

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



EDGAR JOSUÉ CRUZ HERNÁNDEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2011.

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES Y
EXTRACONTRACTUALES DEL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE
CONFORMIDAD CON LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDGAR JOSUÉ CRUZ HERNÁNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2011.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL VI: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

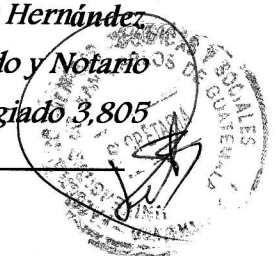
Primera Fase

Presidente: Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez
Vocal: Licda. Claudia Santiago Gómez
Secretario: Lic. Javier Oswaldo Villatoro Morales

Segunda Fase

Presidente: Lic. José Luis de León Melgar
Vocal: Licda: Marta Lidia Nij Patzan
Secretario: Licda: María del Carmen Mansilla Girón

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Guatemala, 30 de abril de 2010

Licenciado

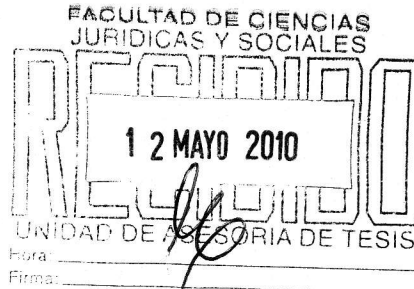
Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su Despacho



Respetable Licenciado Castillo Lutín:

Como ASESOR del trabajo de tesis del bachiller **EDGAR JOSUÉ CRUZ HERNÁNDEZ**, titulado **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES Y EXTRA CONTRACTUALES DEL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS"**, me complace manifestarle que dicho trabajo contiene:

1. Un estudio que aborda una problemática jurídica compleja, que radica en determinar las implicaciones jurídicas de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que surgen del contrato de fideicomiso de administración, derivado de la aplicación de dicho contrato dentro de los procesos de resoluciones bancarias, contenidos en la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Todo ello dentro de un marco jurídico especial, como lo constituye el derecho bancario, el cual por su naturaleza se encuentra revestido de características especiales por el tipo de relaciones que regula.
2. Siendo que esta tesis corresponde a una investigación de tipo jurídico con una tendencia de análisis propositivo, este trabajo brinda un aporte que consiste en ser una referencia útil para quienes estudien el tema de las responsabilidades en el contrato de fideicomiso. Asimismo, se proponen aspectos que deben considerarse en las cláusulas contractuales para mejor instituir y delimitar las responsabilidades que surgen dentro del contrato de fideicomiso de administración. En ese sentido, el trabajo de investigación realizado coadyuva a difundir el conocimiento general de la figura de fideicomiso.
3. Asimismo, el trabajo de tesis fue elaborado utilizando adecuadamente el método analítico con el propósito de determinar las implicaciones contractuales y extracontractuales que nacen en la creación, vigencia y terminación del contrato de fideicomiso, dentro del marco de las obligaciones paralelas que surgen durante el proceso de regularización, suspensión de operaciones y exclusión de activos y pasivos de una entidad bancaria en el sistema financiero guatemalteco.



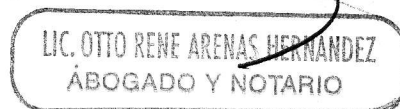
4. La redacción del presente trabajo se desarrolló de forma clara y práctica de tal forma que permita una adecuada interpretación del mismo, utilizando para el efecto las reglas ortográficas de la Real Academia Española de la Lengua. Cabe indicar, que oportunamente se realizaron sugerencias y correcciones que se estimaron convenientes al momento de revisar el presente trabajo de tesis, mismas que fueron acatadas por el sustentante con el objetivo de fortalecer el trabajo de referencia.
5. El trabajo de referencia constituye un aporte científico a la ciencia jurídica pues desde el planteamiento de la hipótesis del proyecto de investigación, de forma acertada se manifiesta que la Ley de Bancos y Grupos Financieros tiende aspectos especiales respecto a las responsabilidades contractuales y extracontractuales de la figura del fideicomiso de administración. Todo ello considerando la naturaleza especializada del derecho bancario derivado de las repercusiones económicas y sociales que de la misma se derivan, así como, las consecuencias que históricamente ha conllevado que el negocio bancario no sea regulado adecuadamente.
6. Respecto a las conclusiones y recomendaciones se arriba a planteamientos importantes, que determinan ampliamente las responsabilidades jurídicas que surgen del contrato de fideicomiso de administración y su relación con las regulaciones contenidas en el marco jurídico guatemalteco.
7. En cuanto a la bibliografía utilizada, se estima que la misma estuvo acorde a un trabajo técnico de esta naturaleza, derivado que fueron consultados documentos bibliográficos con teorías y principios modernos de aplicación al tema investigado.

Hago constar que he guiado personalmente al sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada; con la cual comprueba la hipótesis planteada conforme la proyección científica de la investigación.

En virtud, que el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, dando cumplimiento a lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el suscrito emite DICTAMEN FAVORABLE, por lo que me permito recomendar se continúe con los trámites respectivos para su aprobación definitiva.

Sin otro particular, me despido atentamente.

Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado No. 3,805

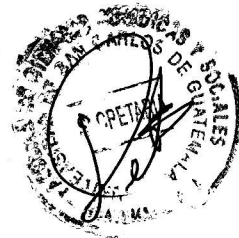


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinte de mayo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ARSENIO LOCON RIVERA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDGAR JOSUE CRUZ HERNÁNDEZ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES Y EXTRA CONTRACTUALES DEL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "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, la 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".

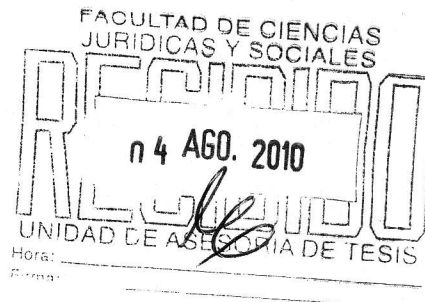

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.



Guatemala, 28 de julio de 2010

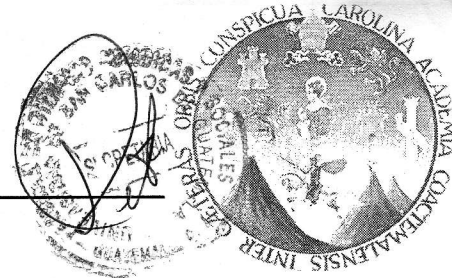
Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Licenciado Castillo Lutín:

Cumpliendo la disposición contenida en la resolución emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha veinte de mayo de dos mil diez, procedí a realizar el análisis correspondiente como REVISOR del trabajo de tesis del bachiller EDGAR JOSUÉ CRUZ HERNÁNDEZ, sobre el tema titulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES Y EXTRA CONTRACTUALES DEL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS", por lo que me complace informarle lo siguiente:

- Que luego de analizar el desarrollo del trabajo de tesis presentado por el Bachiller Cruz Hernández, he podido determinar que en la realización del mismo se ha hecho uso adecuado de los métodos de investigación de carácter científico, puesto que ha permitido descomponer cada una de las particularidades, para tener una visión amplia respecto de los datos suministrados y las diferentes instituciones estudiadas, en torno al tema de investigación.
- Respecto a la estructura formal de la tesis, esta fue realizada en una secuencia adecuada para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, así como, analítico, sintético, en el desarrollo de la investigación.
- Durante el proceso de revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, necesarias para una mejor comprensión y presentación del tema investigado, las cuales fueron atendidas satisfactoriamente, por lo que a juicio del suscrito, la redacción utilizada es clara, sencilla y cumple con los requisitos establecidos para este tipo de trabajos.



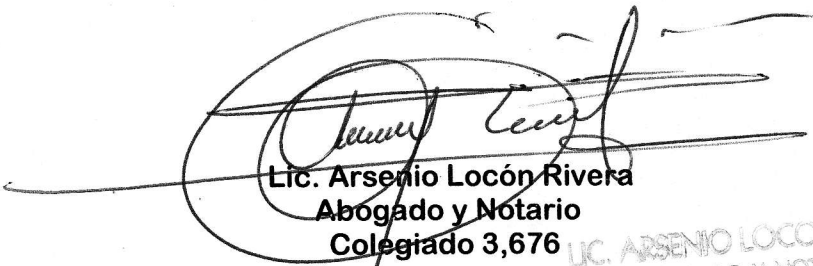
- La investigación desarrollada constituye un aporte de carácter científico, en virtud que presenta un análisis jurídico sobre una problemática compleja, llevando a cabo un exhaustivo trabajo mediante la aplicación del método jurídico de interpretación y análisis, así como de las técnicas modernas de investigación.
- Las conclusiones y recomendaciones fueron emitidas acorde al trabajo desarrollado, siendo redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis, en congruencia con el tema investigado.
- Dentro del proceso de investigación se utilizaron técnicas de investigación bibliográficas, las cuales fueron soportadas por una adecuada recolección de bibliografía, acorde al análisis de los principios, teorías y doctrinas que sustentan el tema de investigación.

En tal sentido, el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida del espacio, conocimiento e investigación, ha estado apegado a las pretensiones del sustentante, derivado que el material es considerablemente actualizado, razón por la cual con base al nombramiento que me ha sido delegado.

DICTAMINO:

1. Procedente otorgar DICTAMEN FAVORABLE al presente trabajo de tesis, por los antecedentes enumerados y porque al haber analizado el contenido del mismo, constituye un aporte de carácter técnico y científico, que a su vez, se ajusta a los requerimientos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva relacionados con la adecuada utilización de una metodología y técnicas de investigación acordes al trabajo de investigación realizado. Asimismo, que en el proceso de revisión se ha cumplido con los requisitos establecidos de forma y de fondo que para el efecto exige el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público. Recomendando que se continúe con la tramitación del presente proyecto para su aprobación definitiva.

Sin otro particular, me despido atentamente.


Lic. Arsenio Locón Rivera
Abogado y Notario
Colegiado 3,676

LIC. ARSENIO LOCON RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticuatro de enero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EDGAR JOSUÉ CRUZ HERNÁNDEZ, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUALES Y EXTRA CONTRACTUALES DEL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

DEDICATORIA

A DIOS:

Mi guía por siempre.

A MI MADRE:

Por ser la influencia e inspiración más grande de mi vida, que este acto le llegue hasta el cielo.

A MI ESPOSA:

Por todo su apoyo.

A MIS HIJOS:

Por ser el centro de mi vida que esto sirva de estímulo en su vida.

A MI PADRE:

Con mucho cariño.

A MIS HERMANOS:

Por ser algo especial a lo largo de mi vida.

A MIS AMIGOS:

Por siempre agradecido.

A:

A la Universidad de San Carlos de Guatemala.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A:

La Superintendencia de Bancos.

	ÍNDICE	Pág.
Introducción.....		i
CAPÍTULO I		
1. El fideicomiso.....		1
1.1. Definición de fideicomiso.....		1
1.2. Antecedentes históricos del fideicomiso.....		3
1.2.1. Características del fideicomiso.....		9
1.3. Naturaleza jurídica del fideicomiso.....		17
1.4. Elementos del contrato de fideicomiso.....		22
1.5. Modalidades de fideicomisos.....		28
CAPÍTULO II		
2. Autonomía del patrimonio fideicometido.....		35
2.1. El patrimonio fideicometido.....		39
2.2. Naturaleza jurídica del patrimonio fideicometido.....		42
2.3. Teorías de transmisión de la propiedad		43
2.4. Derechos reales de propiedad y la propiedad del fideicomiso.....		46
2.5. El patrimonio autónomo del fideicomiso.....		46
CAPÍTULO III		
3. Responsabilidades contractuales y extracontractuales en el contrato de fideicomiso.....		51
3.1. Obligaciones derivadas del contrato de fideicomiso.....		53
3.1.1. Del fiduciante.....		53
3.1.2. Del fiduciario.....		54
3.1.3. Del beneficiario.....		55
3.2. Obligaciones extracontractuales del contrato de fideicomiso por parte del parte del fiduciario.....		56
3.3. Alcance de las obligaciones fiduciarias.....		64

	Pág.
3.4. Diferentes tipos de responsabilidad fiduciaria.....	70
3.4.1. Responsabilidad civil.....	70
3.5. Efectos del fideicomiso.....	73

CAPÍTULO IV

4. Aplicación de responsabilidades contractuales y extracontractuales en el contrato de fideicomiso de administración, para el proceso de resolución bancaria.....	75
4.1. Las entidades bancarias y el sistema financiero.....	75
4.1.1. Antecedentes históricos de los bancos.....	77
4.2. El sistema financiero.....	78
4.2.1. Modelos de sistemas financieros.....	79
4.3. Legislación aplicable.....	81
4.3.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	81
4.3.2. Leyes ordinarias y reglamentarias.....	82
4.4. Autoridad legal.....	84
4.4.1. Historia de crisis bancarias.....	85
4.5. Experiencia en Guatemala	86
4.5.1. Efectos de generales de crisis bancarias.....	90
4.6. El Fideicomiso de administración en el proceso de resolución bancaria.....	91
4.7. El proceso de exclusión de activos y pasivos en una institución bancaria.....	94
4.7.1. Causales para una exclusión de activos y pasivos.....	95
4.7.2. Base legal y legislación aplicable.....	96
4.7.3. Requisitos para la exclusión de activos y pasivos.....	107
4.7.3.1. Existencia de comprador.....	108
4.7.3.2. Minimización de efectos.....	114

	Pág.
4.8. Responsabilidades y obligaciones contractuales y extracontractuales del fideicomiso de administración contenidas en la legislación civil y mercantil y en la Ley de Bancos y Grupos Financieros.....	116
4.8.1. Responsabilidades y obligaciones contractuales.....	117
4.8.1.1. Obligaciones y derechos del fiduciario.....	118
4.8.1.2. Obligaciones y derechos del fideicomitente.....	122
4.8.1.3. Obligaciones y derechos del fideicomisario.....	123
4.8.2. Responsabilidades y obligaciones extracontractuales	125
CONCLUSIONES.....	129
RECOMENDACIONES.....	131
BIBLIOGRAFÍA.....	133

INTRODUCCIÓN

Dentro de los considerandos del Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros, se establecen una serie de enunciados que enmarcan el espíritu de la legislación bancaria guatemalteca, que permiten dar cabida al presente trabajo de investigación al realizar un análisis jurídico de las implicaciones de la aplicación de la utilización de la figura del fideicomiso de administración dentro de la legislación bancaria, considerando para el efecto la especialización de dicha legislación, derivado del interés social que subyace por la obligación del Estado, velar por el desarrollo económico y social del país.

La realización del presente trabajo de investigación fue motivado por la necesidad de determinar las implicaciones extracontractuales que surgen en la creación, vigencia y terminación del contrato de fideicomiso, derivadas de las obligaciones paralelas que surgen durante el proceso de regularización, suspensión de operaciones y exclusión de activos y pasivos de una entidad bancaria en el sistema financiero guatemalteco.

Para lo cual se debe considerar previamente que la legislación guatemalteca muestra cierta tendencia a dar mayor énfasis a la legislación bancaria argumentando criterios de especialización del negocio bancario, así como, el carácter de protección del interés general ante el interés particular, respecto a la aplicación de algunos principios universales del derecho civil y mercantil, es aquí donde cobra importancia el estudio jurídico de las obligaciones del fideicomiso, derivadas del traslado de la propiedad de los bienes fideicometidos y los posibles daños causados a terceros, como parte del proceso de administración de los mismos.

Es de esa manera como se desarrolló el presente trabajo de investigación en cuatro capítulos, en el primero de ellos se define el contrato del fideicomiso, sus antecedentes, características, elementos, obligaciones que nacen del mismo y las diferentes modalidades de este contrato. En el segundo capítulo se aborda el tema de la autonomía del patrimonio fideicometido, su definición, naturaleza jurídica, las teorías de

la transmisión de la propiedad y el ejercicio de los derechos reales respecto a dicho patrimonio. En el tercer capítulo se abordan propiamente las obligaciones contractuales y extracontractuales que nacen del contrato de fideicomiso, sus alcances y tipos de responsabilidades fiduciarias; y finalmente en el cuarto capítulo se aborda la problemática central en cuanto a la aplicación de responsabilidades contractuales y extracontractuales en el contrato de fideicomiso de administración, para llevar a cabo la exclusión de activos y pasivos dentro un proceso de resolución de una entidad bancaria en Guatemala.

Los métodos de investigación utilizados para la realización del presente trabajo de investigación fueron el método deductivo, partiendo de la generalidad que presenta el contrato de fideicomiso y concluyendo en situaciones particulares como son las responsabilidades contractuales y extracontractuales que nacen del mismo, sobre todo ante un proceso de resolución bancaria, con el objetivo de determinar las diferencias existentes en cuanto a las responsabilidades que contempla la legislación civil y mercantil en general, con las contenidas en la Ley de Bancos y Grupos financieros.

Como resultado de la investigación fueron alcanzados los objetivos de la misma, derivado que fueron examinadas las diferencias en las obligaciones contractuales y extracontractuales que surgen en el contrato de fideicomiso dentro de un proceso de resolución bancaria, con lo cual se examinó la hipótesis planteada, toda vez que se concluyó que las responsabilidades contractuales y extracontractuales que surgen derivado de la creación de un fideicomiso de administración para realizar el proceso de resolución bancaria, no se encuentran delimitadas en la legislación bancaria, por lo que se hace necesario la aplicación del derecho civil y mercantil para la solución de las relaciones jurídicas que surgen en dicho contrato. En ese sentido, se deben aplicar las normas y principios generales del derecho civil y mercantil, en cuanto a los reclamos que puedan surgir por parte de los terceros con igual o mejor derecho posteriormente a una resolución bancaria.

CAPÍTULO I

1. El 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. Este negocio, 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.

1.1. Definición de fideicomiso

Respecto a la definición de fideicomiso, existen una diversidad de éstas, dependiendo el autor que se trate, dentro de las cuales se puede mencionar: “el negocio jurídico por el cual se transfieren uno o varios bienes a una persona que se encarga de administrarlos o de enajenarlos y, con el producto de tal actividad, cumplir con la finalidad determinada por el constituyente en su favor o en beneficio de un tercero.”¹

¹ Rodríguez Azuero, Sergio. **Contratos bancarios su significación en América Latina**, pág. 617.

Por su parte, el Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española, se define como: “fideicomiso corresponde a una disposición por la cual el tratador deja algo encomendado a la fe de uno para que ejecute su voluntad.”

Dentro del marco de conferencias de la Federación Latinoamericana de Bancos en el 2002, se definió como: “fideicomiso es un contrato a través del cual el fideicomitente (constituyente o trustor) transfiere bienes a un fiduciario (trustee) para que con ellos actúe en beneficio del fideicomisario (beneficiario o cestui que trust). Se trata de una relación jurídica creada, por acto entre vivos o por causa de muerte, a partir de la cual los bienes son puestos bajo el control del fiduciario para que ejecute actos previamente encargados en beneficio de un tercero.”²

Es importante mencionar que la legislación guatemalteca no contiene una definición de la figura del fideicomiso; sin embargo, el Artículo 766 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República, se establece una serie de características: *“El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.”* No está de más indicar las características descritas son congruentes con las definiciones enunciadas en el presente trabajo.

² Federación Latinoamericana de Bancos. **Memorias del XII congreso latinoamericano de derecho fiduciario**, pág. 17.

1.2. Antecedentes históricos del fideicomiso

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.

- Derecho romano:

Con el propósito de entender el desarrollo del fideicomiso dentro del derecho romano es necesario analizar dos instituciones que sirvieron de antecedente para el surgimiento de lo que hoy día se conoce como fideicomiso, siendo las mismas el fideicommissum y el pactum fiduciae.

En ese sentido, el fideicommissum consistía en: “que una persona transfería a otra, por vía testamentada, uno o más bienes con el objeto de que ésta, figurando externamente como propietario, los empleara en beneficio de otra u otras terceras personas a las cuales, más adelante, si ello era posible, debían serle transmitidos los bienes”.³ Bajo esta premisa, era posible incluir en el pacto que esta transferencia de bienes estuviera sujeta, ya sea al transcurso de determinado período de tiempo, o bien, al cumplimiento

³ Rodríguez Azuero, Sergio. **Contratos bancarios**, pág. 807.

de determinada condición. Se puede decir que esta institución tenía como base la confianza que existía por parte del testador, una confianza absoluta, de tal forma que era capaz de transmitir sus bienes, encomendándolos al fiel y exacto cumplimiento de sus disposiciones.

Cabe indicar, que en esta figura no existían elementos legales que obligaran al encargado de la administración de los bienes, a dar cumplimiento al encargo hecho por el testador, como su última voluntad, de tal forma que, por no existir coacción legal se podía llegar a traducir en abusos en la administración del encargo recibido, negativa a transferir los bienes a los beneficiarios, o incluso hacer suyos los frutos o transferirlos a un tercero, frustrando de esta manera la voluntad última del causante.

La experiencia basada en la falta de controles legales en la citada figura, derivado de la falta de certeza jurídica, dio como resultado la evolución de la misma incorporando una serie de controles legales, de los cuales el más representativo fue la figura del pretor, siendo definido éste como: “funcionarios judiciales investidos de jurisdicción encargados de fiscalizar el desarrollo del encargo de confianza”.⁴

Tal y como se expone: “el surgimiento de estos controles tuvo como finalidad lograr el cumplimiento del encargo, y delimitar el ámbito de acción del fiduciario, impidiendo su trasgresión contractual en detrimento de los fideicomisarios.”⁵

⁴ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 793.

⁵ Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 808.

- Derecho anglosajón:

Durante muchos años, en Gran Bretaña subsistió un régimen jurídico doble en el cual coexistieron principios jurídicos distintos, los cuales fueron aplicados por jurisdicciones diversas. De esta manera: “surgieron acciones legales -Action in Law- y procedimientos de equidad -Equity Jurisdiction-, apoyadas ya sea en el Common Law o en el Equity Law, respectivamente. El Common Law fue un proceso de unificación de leyes que se produjo en Inglaterra, en el cual se dictaban normas elaboradas por el derecho estricto, y el Equity Law se refería a la jurisprudencia originada por los tribunales que decidían en función de la equidad. A través de los años, estas jurisdicciones continuaron paralelamente hasta que en el año de 1873 se fusionaron, manteniendo sin embargo, los propios principios que cada una de sus fuentes inspiraba.”⁶

Es así como en el Derecho Anglosajón se encuentran los orígenes del fideicomiso en los llamados uses. Estos uses constituyen: “el antecedente a lo que hoy en día se conoce como trust, los cuales consistían en los llamados compromisos de conciencia que adquiriría 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.”⁷

Su aplicación se popularizó con la promulgación del denominado estatuto de manos muertas, el cual: “prohibía que las comunidades religiosas poseyeran bienes inmuebles, por lo que los monjes se vieron en la necesidad de adquirir o transferir bienes

⁶ Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 818.

⁷ Porras Zamora, Jorge. **El fideicomiso en Costa Rica, nociones y productos básicos**, pág. 35

inmuebles a través de un tercero que se denominó feoffee to use, cuyo uso beneficiaba a la comunidad. Sin embargo, la figura del use también sirvió para llevar a cabo transmisiones testamentarias que la ley prohibía o bien, en fraude de acreedores.”⁸

A principios del siglo XV se dieron algunos cambios importantes en los cuales: “los uses dejaron de ser meros compromisos de conciencia, convirtiéndose así en derecho indiscutible, recibiendo toda la protección de un derecho de equidad transmisible por causa de muerte o por cesión, fundamentándose en normas del Common Law y en principios del Equity Law.”⁹

Respecto a su evolución: “el trust se desarrolló rápidamente durante los siguientes años, hasta que en 1873 se promulgó The Trust Act, como una compilación de toda la jurisprudencia sobre el tema, que abarcaba todo su período de evolución y la madurez alcanzada, y actualmente constituye una fuente importantísima de consulta sobre la institución.”¹⁰

- Derecho guatemalteco:

Por su parte, en el derecho guatemalteco podría decirse que el fideicomiso es una figura relativamente nueva, apareció por primera vez en su sistema jurídico en la Constitución Política de 1945. Al respecto se puede mencionar que: “Guatemala como país heredero de la legislación española vigente durante la época de la conquista, dejó

⁸ Rodríguez Azuero. **Ob. Cit**; pág. 819.

⁹ **Ibid**, pág. 820.

¹⁰ **Ibid**, pág. 822.

de lado por mucho tiempo el estudio del fideicomiso romano. El único antecedente remoto del actual fideicomiso en Guatemala fue la institución del mayorazgo, que originó las vinculaciones familiares, también conocidas como sustituciones fideicomisarias”.¹¹

En la Constitución de Bayona, que data de 1808, se prohíben determinadas sustituciones fideicomisarias las cuales posteriormente son eliminadas en la Constitución Política del Estado de Guatemala de 1825. Posteriormente: “la Constitución de 1870, prohibía cualquier vinculación y toda institución a favor de manos muertas, entendiéndose como tales a las personas incapacitadas por la ley para adquirir bienes.”¹²

En la Constitución de 1945, se regula en forma distinta la figura del fideicomiso, a través de su Artículo 28: “se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco años; en todo caso deberán ser ejercidas 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 incapaces.”¹³

La Constitución de la República de 1956, en su Artículo 29: “prohibió las vinculaciones y las instituciones a favor de las entidades que no pueden disponer de sus bienes; sin

¹¹ Martonell, Ernesto. **Tratado de los contratos de empresa**, pág. 140.

¹² Oliva Chacón, Marco Antonio. **Participación del contador público y auditor en el desarrollo del fideicomiso en Guatemala**, pág. 24.

¹³ Noriega Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 176.

embargo, autorizaba la constitución de fideicomisos en los mismos términos que la Constitución de 1945, con la diferencia de un plazo más amplio en caso de que el fideicomiso garantizara a enfermos incurables o incapaces, o para el sostenimiento de instituciones de beneficio social reconocidas por el Estado.”¹⁴

Ninguna de estas constituciones define la figura del fideicomiso de tal forma que permita establecer el alcance que se quiso dar en cada una de ellas. Razón por la cual, han surgido una diversidad de opiniones respecto a la interpretación adecuada: “un grupo de juristas lo interpretaron como un instrumento financiero adaptado al trust anglosajón; otros, sostienen que es la Constitución de 1956 la que en realidad trae más depurado el concepto; y, por último hay quienes consideran que en ambas constituciones se hizo referencia únicamente al fideicomiso sucesorio que toma su base en el derecho romano.”¹⁵

La Constitución de 1956, es la última en regular la figura del fideicomiso; posteriormente, comienza a regularse en el marco de la leyes ordinarias privándolo de su ya acostumbrada jerarquía constitucional. La connotación del fideicomiso como materia del derecho sucesorio, dio lugar a que dentro del sector de la economía, surgiera la inquietud de perfeccionar sus aspectos legales.

Para el año de 1970, el fideicomiso pasó a considerarse como un contrato mercantil regulado por el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República); cuyo

¹⁴ Noriega Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 11.

¹⁵ **Ibid**, pág. 18.

manejo y desarrollo fue encomendado a las instituciones bancarias y de crédito que estuvieran autorizadas por la Junta Monetaria para el efecto.

Con la emisión del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República, en el año de 1970; se regula al fideicomiso como un contrato de naturaleza mercantil, con lo cual fue derogado el Capítulo IV del Título II Libro II del Código Civil, relacionado con la propiedad del fideicomiso.

Durante la década de los noventa el fideicomiso comienza a aplicarse como contrato mercantil en la banca privada guatemalteca, a raíz de la liberalización de las tasas de interés en los bancos del sistema. Al respecto la Junta Monetaria en la resolución número JM 752-93, resolvió: “dicho fenómeno promovió la libre competencia entre las distintas entidades bancarias, obligándolas a implementar nuevos productos con la anuencia de la Junta Monetaria.”

1.2. 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, 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).

- a) Principal: se dice que es principal porque su existencia jurídica no está subordinada ni depende de ningún otro acto o contrato.

- b) Oneroso: la constitución de un fideicomiso y la expresa aceptación del fiduciario a su cargo, representa para éste 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.

- c) 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.

- d) 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, hay quienes 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 su 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.

- e) 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.

Adicionalmente a estas características, hay otras que se refieren más a la esencia del contrato de fideicomiso en sí, a saber:

- f) “La confianza: desde sus orígenes, esta es la característica más importante del Fideicomiso, sobre la cual gira todo su contenido. Como quedó apuntado 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”.¹⁶

- g) 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 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.

¹⁶ Porras Zamora, **Ob. Cit**; pág. 16.

- h) 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.
- i) 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).

Nuevamente existe una excepción a este beneficio, y es la contenida en el Artículo 782 del Código de Comercio, que establece 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.

- j) De tracto sucesivo: 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.

- k) 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.

- l) Servicio bancario: en Guatemala, se califica al fideicomiso como un servicio dentro de las actividades bancarias (Artículo 41 literal e) numeral 1) de la Ley de Bancos y Grupos Financieros).

- m) Intuito persona: 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, razón por la cual se puede decir que: “el fideicomiso es un negocio que se funda en la confianza en las características del fiduciario; es

decir, su profesionalismo, solvencia y habilidad comercial, siendo en consideración a estos atributos, que el fideicomitente transmite confiadamente los bienes en fideicomiso. Ello es independiente de la posibilidad de poder sustituir al fiduciario, cuando tal confianza se vea traicionada.”¹⁷

- n) Contrato a favor de tercero: al respecto se dice que: “el fideicomiso no es un contrato plurilateral, pues la voluntad del fideicomisario no concurre como elemento esencial para la constitución del fideicomiso, salvo en el fideicomiso de garantía.”¹⁸ Otra descripción de esta característica establece: “fideicomiso es un conjunto de obligaciones que el fideicomitente constituye y que obliga al fiduciario, para mantener y administrar los bienes que controla a favor del fideicomisario.”¹⁹

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 (Artículo 769 del Código de Comercio de Guatemala).

- o) 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

¹⁷ Porras Zamora, **Ob. Cit**; pág. 35.

¹⁸ **Ibid**, pág. 39.

¹⁹ Marzorati, Osvaldo. **Derecho de los negocios internacionales**, pág. 285

deber cardinal es destinarlos única y obligatoriamente en la forma establecida por el fideicomitente y para el beneficio del fideicomisario (Artículo 766 del Código de Comercio de Guatemala).

- o) 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: “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.”²⁰

- p) 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

²⁰ Domínguez Martínez, Jorge. **El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico**, pág. 186.

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 provino los fondos.

1.3. Naturaleza jurídica del fideicomiso

Respecto la naturaleza jurídica del fideicomiso existe una diversidad de nociones o posturas sobre el fideicomiso, atendiendo precisamente a las varias teorías que sobre su naturaleza jurídica se han pronunciado. Sin embargo, para efectos de la presente investigación serán recopiladas las de mayor trascendencia y las que más aceptación jurídica han tenido. Las teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso que más se han desarrollado son: la que lo concibe como un mandato irrevocable; la que establece que es un patrimonio autónomo; y finalmente, la que lo encuadra como un negocio fiduciario.

- a. Teoría del mandato irrevocable: esta teoría, surgió como una manera de introducir al sistema latinoamericano el fideicomiso anglosajón: “consistía en la transmisión de bienes que una persona llamada fideicomitente hacía a otra denominada fiduciario, quien haría con ellos lo que le fuera ordenado por aquél, para el beneficio de una tercera persona que recibía el nombre de fideicomisario.

Establecía, adicionalmente, que una vez aceptado el encargo por parte del fiduciario, las facultades conferidas resultaban irrevocables.”²¹

Al respecto es importante mencionar que ésta posición expresa que tanto en el mandato como en el fideicomiso alguien acepta comprometerse a realizar alguna actividad que otra persona le ha encomendado.

Las principales críticas a ésta teoría se relacionan con: “la inconsistencia entre la irrevocabilidad y el mandato como contrato por naturaleza revocable. Otra crítica sostenía que el mandatario obra en representación de su mandante, por lo que los negocios que celebra el primero están destinados a surtir efectos en nombre del segundo, situación que no tiene cabida dentro de la estructura fundamental del fideicomiso, ya que el fiduciario actúa frente a terceros, como titular de los bienes recibidos, celebrando los negocios en su nombre o en nombre del fideicomiso, y no en el del fideicomitente, a pesar de que la relación pudiera significarle provechosa a éste último.”²²

- b. Teoría del patrimonio de afectación: sostenida por un distinguido jurista francés ésta teoría ha pretendido explicar la naturaleza jurídica del trust a través del estudio de sus elementos fundamentales para afirmar que, dentro de las posibilidades del derecho inglés, para lo cual: “no debe hacerse énfasis en las supuestas obligaciones derivadas de las relaciones entre las partes, pues ellas

²¹ Dávalos Mejía, Carlos. **Derecho bancario y contratos de crédito**, pág. 849.

²² Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 832.

no son constantes ni necesarias y las modalidades estudiadas demuestran que pueden faltar una y otras, dentro de las distintas soluciones. Los únicos elementos que son constantes y a la vez esenciales en los negocios del trust, se basan en la existencia de un patrimonio y su destino, consistente en un patrimonio independiente de los sujetos que conforman la relación, cuya afectación es libre sin más límites que los establecidos por las normas de orden público.”²³

Al igual que la anterior teoría, ésta ha sido duramente criticada, principalmente porque: “sus fundamentos tomados de distintas modalidades del trust, en ocasiones podían prescindir de la existencia de un sujeto de derecho, sea el fideicomitente o el fideicomisario, y que en otras oportunidades el fiduciario podía no estar designado, tarea que se encomendaba a los tribunales. Sin embargo, siempre tiene que haber algún elemento personal que se vincule con el trust. También se le criticó fuertemente, porque la expresión afectación carece de contenido propio en muchas de las legislaciones latinoamericanas, lo que impedía darle el alcance que en su momento se pretendió.”²⁴

- c. Teoría del negocio fiduciario: establece que negocio fiduciario es una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro la titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transfiriente o un tercero: “en este orden de ideas, la transferencia es plena, pero sin alejarse de la

²³ Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 833.

²⁴ **Ibid**, pág. 836.

conducta obligatoria asumida en cuanto al destino de los bienes o derechos se refiere.”²⁵

De esta cuenta, esta tercera postura o teoría afirma que: “el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario ya que en él concurren sus dos elementos estructurales: por un lado, el real, que no es más que la transmisión de los bienes o derechos; y por el otro lado está el elemento personal u obligacional, que se refiere a las limitaciones de carácter obligatorio que resultan del acuerdo de las partes, muy especialmente en cuanto a los abusos que podrían darse por parte del fiduciario en su potestad de propietario.”²⁶

De las variadas teorías que han surgido para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, la que lo consagra como un negocio fiduciario es la que más aceptación ha tenido, opinión compartida por los ilustres mercantilistas Rodríguez Azuero y Dávalos Mejía, ambos jurisconsultos exponen que: “el derecho de propiedad del fiduciario se ve restringido por lo expresamente establecido en las relaciones contractuales, muy particularmente con las finalidades previstas en el contrato. Por otro lado, la transmisión de bienes afectos al fideicomiso constituye una característica muy particular de esta clase de contratos, al conformarse lo que anteriormente se desarrolló como patrimonio autónomo, que persigue como finalidad desvincular el conjunto de bienes (o derechos) recibidos por el fiduciario, destinándolos exclusivamente a las

25 Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 617.

26 **Ibid**, pág. 834.

finalidades pactadas, sin que tales bienes puedan acrecentarse o disminuirse, a no ser que esto sea consecuencia exclusiva de la administración o finalidad del propio contrato de fideicomiso.”²⁷

De esta cuenta, el fideicomiso es un negocio fiduciario porque se opera una transmisión real de bienes que formarán un patrimonio autónomo que la fiduciaria recibirá en nombre propio, pero como lo hace para la realización de un fin, no recepta su propiedad, sino sólo su titularidad y posesión.

Algo importante en esta última teoría radica en que ilustra de mejor manera la esencia del contrato de fideicomiso, toda vez que, identifica por un lado un elemento real, consistente en la transmisión de los bienes, y por el otro, un elemento personal, constituido por la relación entre fideicomitente y fiduciario, en la cual se fijan los límites del negocio. Con la transmisión de bienes se conforma el patrimonio del fideicomiso, el cual como ya se estableció, es un patrimonio autónomo, independiente de aquél del fideicomitente y de aquél del fiduciario. El patrimonio fideicometido se ha transmitido con el objeto fundamental de realizar con el mismo un fin específico, el cual se determina en la relación contractual, donde también se le fijan al fiduciario los límites respecto de la propiedad del mismo.

En ese sentido, el derecho de propiedad que tiene el fiduciario sobre los bienes fideicometidos es restrictivo en cuanto a los poderes de disposición que tiene

²⁷ Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 835.

sobre los mismos, determinados por las disposiciones del fideicomitente que resultan en un acuerdo obligatorio, que finalmente se traduce en un beneficio para el mismo fideicomitente o a favor de un tercero, todo lo cual se enmarca dentro de la categoría de negocios fiduciarios.

1.4. Elementos del contrato de fideicomiso

Como cualquier otro contrato, el fideicomiso necesita de elementos que hacen que el mismo tenga existencia y plena validez. Ahora bien, el objeto del fideicomiso constituye el medio a través del cual el fiduciario realizará la actividad o actividades previstas en el contrato. Esto es lo que se conoce como el fin del fideicomiso, o en otras palabras, el destino que el fideicomitente pactó se realice con la afectación de sus bienes. El fin no está subordinado más que a los alcances que la imaginación del hombre pueda darle al contrato de fideicomiso, y a que estos fines sean lícitos; lo que se pretenda realizar con los bienes que fueron fideicometidos está sujeto a su libre determinación, dentro de estos parámetros. Sin embargo, los fines del fideicomiso requieren de ciertos aspectos que son de vital importancia para que el contrato exista:

- Debe ser un fin lícito;
- No debe implicar fraude para los acreedores del fideicomitente;
- Debe estar claramente determinado;
- Que no sea secreto, es decir, que la afectación sea en relación a una finalidad conocida (Artículo 789 Código de Comercio);

- Que no conceda beneficios a personas que deban sustituirse sucesivamente por muerte de la anterior. (Artículo 789 Código de Comercio)

Combinados los requisitos indispensables del fideicomiso, puede constituirse un patrimonio afecto a un número ilimitado de negocios, guiados no más que por la imaginación del hombre. Conociendo entonces los fines del fideicomiso, se puede entrar a conocer sus elementos, que son:

a) Patrimonio fideicometido: éste es el elemento real del fideicomiso, es decir, el objeto del fideicomiso, constituido por los bienes y/o derechos de los que el fideicomitente se ha desprendido para transmitirlos al fiduciario. Como quedó apuntado anteriormente, el objeto del fideicomiso constituye un patrimonio totalmente autónomo e independiente de aquel del fideicomitente y del fiduciario, subordinado este último a disponer del patrimonio de conformidad con las instrucciones pactadas en el contrato. Este objeto o conjunto de bienes requiere de ciertos requisitos que son indispensables para su efectiva afectación:

- Debe existir en la naturaleza;
- Debe ser determinado en el acto de su constitución, o al menos determinable en cuanto a su especie;
- Pueden ser cualquier clase de bienes, siempre que se encuentren en el comercio de los hombres y sean lícitos;
- Deben ser estimados (justipreciados) en cuanto a su valor. (Artículo 771, primer párrafo, Código de Comercio)

b) Elementos personales: en términos generales, la constitución de un fideicomiso conlleva una relación tripartita conformada por el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario. Sin embargo, la presencia de estas tres partes no siempre es esencial para que el contrato surta todos sus efectos como tal, ya que como quedó apuntado anteriormente, el fideicomitente puede al mismo tiempo figurar como fideicomisario de un mismo fideicomiso.

- Fideicomitente: entiéndase 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.

Adicionalmente a la capacidad legal, el fideicomitente debe tener la habilidad jurídica necesaria para poder disponer de sus bienes, o en otras palabras, ser el titular de los bienes que desee afectar al fideicomiso. Por último, el fideicomitente a su vez puede ser el fideicomisario o beneficiario cuando constituye el fideicomiso a su favor y se designa expresamente asimismo como tal.

- Fiduciario: conceptualmente es la persona natural o jurídica que recibe los bienes y se compromete a efectuar con ellos única y exclusivamente los fines previstos en el respectivo contrato de fideicomiso.

En Guatemala así como en otras legislaciones tal el caso de la venezolana o la mexicana, entre otras, existe una restricción en cuanto al fiduciario, y ésta consiste en que solamente los bancos o instituciones de crédito debidamente autorizadas por su Junta Monetaria para actuar como tales, pueden ser o actuar como fiduciario en un fideicomiso. Tal restricción se encuentra regulada en el Artículo 768 del Código de Comercio.

La excepción a esta regla la constituyen aquellas legislaciones, como por ejemplo la costarricense, en que el rol del fiduciario lo puede ejercer cualquier persona natural o jurídica que tenga la capacidad necesaria para adquirir derechos y contraer obligaciones. El fiduciario por el simple hecho de su cargo, está facultado para ejercer todos los actos que sean necesarios para la consecución de los fines previstos en el contrato, y en general está investido para ejercitar la defensa de los mismos. Sin embargo, requiere de facultades especiales que deben constar expresamente en el acto de su constitución para donar, vender o gravar los bienes fideicometidos. (Artículo 775 Código de Comercio).

El fiduciario en ningún caso podrá ser fideicomisario en un mismo fideicomiso, es decir, no podrá recibir los beneficios, frutos o productos que

del referido contrato se deriven, específicamente de los bienes cuyo encargo ha recibido. Esta norma prohibitiva expresamente consignada en la Ley responde muy especialmente a cualquier clase de conflictos de intereses que pudiera suscitarse por la gestión que el fiduciario realice con los bienes que reciba en su encargo como tal. (Artículo 769, Código de Comercio)

- Fideicomisario: es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicomitados al vencimiento del término estipulado. El ordenamiento jurídico mercantil de Guatemala establece que el fideicomisario puede ser cualquier persona que tenga capacidad de adquirir derechos. Nuevamente, al igual que con la figura del fideicomitente, cuando figuren menores o incapaces como fideicomisarios en un fideicomiso, corresponderá a sus legítimos representantes legales recibir los beneficios derivados del fideicomiso en favor de aquellos. (Artículo 769, primer párrafo y Artículo 767, último párrafo del Código de Comercio).

La regla general es que en el acto constitutivo del fideicomiso se designe quién será el fideicomisario. No obstante, su no designación o individualización no invalida el fideicomiso, siendo suficiente que en el contrato mismo se establezcan cuando menos, reglas o normas que sirvan para su posterior determinación, tal como lo describe el Artículo 769, primer párrafo del Código de Comercio. Lo que sí está expresamente prohibido son las llamadas sustituciones fideicomisarias que no son más que aquellas en

las cuales el beneficio derivado de un fideicomiso se otorga a varias personas sucesivamente, que sustituirán unas por otras por la muerte de la anterior. Sin embargo, queda a salvo esta prohibición cuando la sustitución se haga en favor de aquella persona que al momento de la muerte del fideicomisario esté viva o concebida, cuando menos (Inciso 2º, Artículo 789 del Código de Comercio). Finalmente, no está demás repetir que el fideicomisario puede ser la misma persona del fideicomitente, cuando éste último se haya designado asimismo como tal, en un mismo fideicomiso.

- Comité técnico y delegado fiduciario: si bien es cierto estas figuras no están expresamente contempladas en la legislación guatemalteca, han sido aplicadas por analogía y copiadas de ordenamientos tales como el mexicano o el costarricense. Su función principal es la de coadyuvar con el fiduciario en el cumplimiento de su encargo y velar por que los fines del fideicomiso sean ejecutados en su más estricto sentido, de conformidad con las reglas dictadas.

El comité técnico consiste en la posibilidad, por lo general, a favor del fideicomitente, aunque también puede serlo a favor del fideicomisario, de participar directamente en la conducción del fideicomiso, no como titular del patrimonio, sino como un órgano de administración investido de facultades de dictamen y acuerdo sobre la forma en que se desahogue el fin. Se refiere generalmente a un órgano o cuerpo colegiado de personas, integrado en su mayoría de casos por un representante del fideicomitente, un representante

del fiduciario, y un representante del fideicomisario, cada uno con sus respectivos suplentes, quienes en forma conjunta dictan las directrices sobre las cuales deberá versar el actuar del fiduciario.

El delegado fiduciario, por su parte, es la persona física en la que descansa la responsabilidad de llevar a cabo, material y físicamente, los fines del fideicomiso. Se trata de una sola persona que vigila la actividad del fiduciario y según sea el caso, por delegación expresa de éste realiza ciertos actos de su gestión. Normalmente se presenta esta clase de sujetos en aquellos fideicomisos cuya finalidad requiera de especial atención por tratarse de intereses colectivos, o bien en aquellos casos en que la finalidad sea muy compleja.

1.5. Modalidades de fideicomisos

La versatilidad de ésta figura permite la creación de cuantas clases de fideicomisos pueda el hombre imaginar, pero para efectos de esta investigación se desarrollarán brevemente las tres clasificaciones que mayor importancia reflejan:

a) De administración

Su finalidad radica principalmente, en la custodia, administración y conservación por parte del fiduciario de los bienes que se transmitan en fideicomiso, o bien simplemente destinarlos en la forma como haya sido pactada en el contrato, todo en beneficio de un

beneficiario que podría ser el mismo fideicomitente. Derivado de lo anterior, varios pueden ser los negocios que se promuevan con ocasión de un fideicomiso de administración, por lo que no puede determinarse un número limitado de actividades, siendo éstas más bien extensivas.

De ordinario, lo que se busca o pretende con estos fideicomisos es: “que el fideicomitente o titular de los bienes, los traspase al fiduciario para que éste ejerza la administración de los mismos, lo que lo convierte en responsable de tales bienes; actividad que estaría dada en función de su profesionalismo y con la certeza que sobre ellos se procedería de la forma más expedita y transparente, desentendiéndose el fideicomitente por completo de dicha actividad, salvo las reservas del caso. El fiduciario por lo tanto, adquiere frente al fideicomitente una postura de administrador, y cuando la finalidad lo requiere de asesor también, quedando obligado a rendir periódicamente o cuando sea requerido, informes sobre su actuar.”²⁸

Dicho en otras palabras: “en los fideicomisos de administración, el contrato propiamente dicho es bastante específico en lo que se desea obtener y el propósito lo ha de determinar de manera clara el fideicomitente desde un principio, haciendo posible que el fiduciario se limite al ejercicio de su función de manera bastante independiente, informando sobre sus resultados en los plazos pactados”.²⁹

²⁸ Domínguez Martínez, **Ob. Cit**; pág. 58.

²⁹ **Ibid**, pág. 61.

Por otra parte se puede establecer que: “los fideicomisos de administración son bastante convenientes, sobre todo cuando el fideicomitente por alguna razón especial, se ve limitado o imposibilitado a ejercer la administración de sus bienes o derechos y desea contar con los servicios de un profesional que lo haga a su nombre y con el menor riesgo posible.”³⁰

b) De inversión:

Estos fideicomisos responden a la modernización en los sistemas financieros y la competencia de los agentes por participar cada día más en la globalización de estos mercados, dejando a un lado las tradicionales operaciones de crédito. De esta inquietante necesidad de nuevos productos de captación de recursos, el fideicomiso de inversión ha logrado un posicionamiento importante, ya que con él se manejan actualmente carteras de fondo de pensiones, fondos para actividades de estudios superiores, recreación, vivienda, salud y otros más.

Conceptualmente, puede decirse que el fideicomiso de inversión es: “aquel en el que una persona (fideicomitente) destina cierta cantidad en efectivo o en títulos de crédito, a la constitución de un fideicomiso; y la fiduciaria se compromete, durante el plazo del contrato, a invertirlos en el mercado de valores o en mesas de dinero de otras bancas, con objeto de obtener con ellos un máximo rendimiento. Al término o periódicamente

³⁰ Davalos Mejía, **Ob. Cit**; pág. 865.

dentro de él, el fiduciario entrega parcialidades o la totalidad tanto de capital como de los rendimientos, al fideicomisario.”³¹

Su finalidad u objeto principal lo constituye la intervención profesional del fiduciario en la colocación de recursos, dando a los participantes una mayor rentabilidad en los beneficios que se obtienen de realizar inversiones a gran escala. Esta participación del inversionista puede darse en operaciones aisladas e individuales de un solo fideicomiso, o bien mayores beneficios al participar de una vinculación de varios inversionistas en un fondo con características comunes a las que se sujetan todos los que en él participan.

Desde el punto de vista macroeconómico, los fideicomisos de inversión son instrumentos que permiten la participación de pequeños y medianos inversionistas en los beneficios que presenta la administración de carteras colectivas. Estos recursos de ahorro son canalizados hacia las distintas actividades productivas, con el propósito de contribuir al desarrollo de las más diversas actividades económicas. De esta forma se logran acumular grandes volúmenes de recursos que son luego transformados en activos productivos, particularmente de tipo financiero.

A pesar de la importancia que conlleva estos fideicomisos para la banca y su sistema financiero, son pocos o casi nulos los estudios que se han pronunciado al respecto. El Código de Comercio establece en el Artículo 784 que cuando se trate de fideicomiso de inversión, el fiduciario, a menos que cosa distinta se haya pactado, únicamente podrá

³¹ Davalos Mejía, **Op. Cit**; pág. 875.

hacer inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez, emitidos o garantizados por la banca central, las entidades públicas, las instituciones financieras, los bancos que debidamente operen en el país y en las empresas privadas cuyas emisiones hayan sido calificadas por la comisión de valores como de primer orden.

Lo anterior se complementa con estipulado por la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, que establece en su Artículo 76 que: “Los bancos y las sociedades financieras privadas podrán convenir con los agentes la delegación de su función como fiduciarios. El fiduciario delegado podrá realizar todas las actividades propias de un fiduciario y será junto con la entidad delegante, solidariamente responsable de su actuación. Tanto los bancos y las sociedades financieras privadas, como los fiduciarios delegados, podrán fungir como funcionarios de fideicomisos constituidos para la inversión en valores que se encuentren en oferta pública. Si como resultado de la constitución del fideicomiso se acordare la emisión de certificados fiduciarios, su oferta pública deberá inscribirse en el registro y a su vez, podrá el fiduciario solicitar su inscripción para cotizarse en bolsa, en cuyo caso, el régimen fiscal de los certificados respectivos será el mismo que el aplicable a los bonos emitidos por sociedades financieras privadas.”

c) De garantía:

Es aquel contrato por medio del cual el fideicomitente transmite al fiduciario uno o varios bienes, en forma irrevocable, para que los mismos y/o su producto, garanticen obligaciones a cargo del primero o de un tercero, frente a un acreedor o fideicomisario.

La finalidad principal de este fideicomiso, es la de constituir un medio más para garantizar obligaciones, las cuales son respaldadas con el patrimonio que para el efecto ha sido fideicometido, sujetándose las partes en caso de incumplimiento a un procedimiento previamente establecido y aceptado en el contrato, que exime de la intervención de órganos jurisdiccionales y que, en el caso de Guatemala, necesariamente deber ser la pública subasta notarial, tal como lo establece el Artículo 791 del Código de Comercio.

La figura típica que se sustituye con estos fideicomisos es, desde luego, los mutuos o créditos con garantía real, y más específicamente aquellos garantizados con hipoteca, con la diferencia que en los primeros cuando deviene incumplimiento por parte del deudor, para satisfacer el crédito y lograr el pago de la cantidad debida, debe obligadamente seguirse un procedimiento judicial denominado en la legislación de Guatemala Ejecución en la Vía de Apremio, procedimiento que muchas veces puede ser muy accidentado y sobre todo extenso; mientras que en los fideicomisos de garantía el fiduciario, al recibir noticia del incumplimiento promueve, sin formar artículo, la venta en pública subasta ante notario de los bienes que conforman el patrimonio del fideicomiso, cuidando por supuesto, el derecho de defensa. Es decir, realiza un procedimiento con mucha más celeridad y eficacia, que a su vez también es totalmente legal.

Lo relativo a este tema se encuentra regulado en el Artículo 791 del Código de Comercio, precepto legal que contiene dos acertadas disposiciones. Por un lado

establece que únicamente el procedimiento de subasta notarial es el mecanismo permitido que ha de seguirse en caso de incumplimiento de las obligaciones que se garanticen con el fideicomiso, siendo nulo cualquier pacto que disponga lo contrario; y por el otro lado, regula que la entidad que actúe como fiduciario no podrá ser al mismo tiempo acreedor, circunstancia que evidentemente tiene su razón de ser y va de la mano con el Artículo 769 del referido cuerpo legal, que taxativamente prohíbe al fiduciario ser fideicomisario (beneficiario) del mismo fideicomiso. Esta clase de fideicomisos es la que en los últimos años ha tenido un significativo crecimiento y aplicación, por lo que su regulación y desarrollo requiere un apartado especial, que por no ser objeto principal de esta investigación, me limitaré únicamente a dejar consignado lo anterior.

d) Mixtos:

Si bien no constituyen una clasificación adicional, los fideicomisos mixtos no son más que aquellos en cuya finalidad se entremezclan aspectos de los fideicomisos de administración, de inversión o de garantía. Así, se tiene que pueden constituirse fideicomisos de administración e inversión; de administración y garantía; de administración, inversión y garantía, por mencionar algunos ejemplos.

CAPÍTULO II

2. Autonomía del patrimonio fideicometido

El presente capítulo tiene como propósito hacer un análisis del concepto clásico de patrimonio utilizado en la doctrina para referirse a este atributo de la personalidad; a fin de establecer cada una de sus características para posteriormente distinguirlo del patrimonio autónomo dentro del contrato de fideicomiso.

En cuanto al patrimonio se entiende como: “el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas pertenecientes a una persona que tengan una utilidad económica y sean susceptibles de estimación pecuniaria.”³² De la anterior definición se sustraen tres aspectos relevantes. El primero indica que el objeto del patrimonio pueden ser tanto derechos como obligaciones, por lo que no necesariamente va a estar compuesto por bienes o activos. El segundo, que es de interés recalcar, consiste en que el patrimonio va a pertenecer a una persona individual o jurídica, partiendo del principio una persona, un patrimonio. Por último, es necesario que estos derechos y obligaciones puedan ser estimados en dinero, cada parte integrante del patrimonio debe ser susceptible de valoración económica. Como puede observarse, del concepto de patrimonio, se excluyen todos aquellos derechos que carecen de contenido pecuniario, tal es el caso de los derechos personalísimos.

³² Rodríguez Azuero, Sergio. **Contratos bancarios**, pág. 37.

Las relaciones patrimoniales de una persona, derivan de todos aquellos derechos individuales cuyo contenido es eminentemente pecuniario, en forma directa o indirecta. Son derechos que forman parte del activo patrimonial de las personas y que, como tales, son susceptibles de enajenación, de gravamen, es decir, de disposición económica por parte de su titular. Al respecto del patrimonio en cuanto a sus derechos, se propone la siguiente clasificación: “en primer lugar, puede hacerse referencia a los derechos reales, que implican el poder o señorío entre un sujeto de derecho y un bien. Estos derechos se caracterizan por la inexistencia de un sujeto pasivo indeterminado, son oponibles erga omnes. Su titular tiene derecho de persecución, de defensa y de preferencia sobre el objeto de los mismos. Están establecidos por la ley, porque no cabe la autonomía de la voluntad para crear nuevos derechos reales. Recaen sobre una cosa material, por lo que se extinguen al perecer ésta.”³³

En referencia a los derechos reales, el dominio o propiedad, que es el derecho real por excelencia, el cual consiste en la aptitud de su titular para gozar y disponer de una cosa en forma absoluta, desde luego, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. Se detallan tres aspectos fundamentales, como lo son: poder usar la cosa, poder gozar de ella beneficiándose de sus frutos o resultados y, poder disponer de ella enajenándola o gravándola.

No obstante lo anterior, su carácter absoluto se ve limitado por: la incorporación del principio constitucional de función social de la propiedad, la cesión del usufructo o del

³³ Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 31.

uso y habitación del bien, la constitución de servidumbres, prenda o hipoteca que graven el mismo. Cabe recalcar, que a excepción de la primera, las otras formas de limitación implican necesariamente un acto de disposición previo por parte del titular del bien.

Un segundo tipo de relaciones patrimoniales son las derivadas de los derechos personales. Éstos implican una relación de persona a persona, se les denomina también derechos de crédito y pueden definirse como el derecho que tiene el acreedor de exigir a su deudor una prestación o servicio consistente de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Los derechos personales, en contraposición a los derechos reales, se caracterizan por la existencia de un sujeto pasivo determinado, denominado deudor: “éstos nacen de la voluntad de las partes y su objeto es una prestación. De generarse alguna acción legal, para exigir su cumplimiento, ésta deberá entablarse en contra del deudor o sus causahabientes a título universal cuando no se ha establecido una garantía determinada, o a título singular en el caso contrario.”³⁴

Como tercera clase de relaciones patrimoniales, se encuentran los denominados derechos universales, que se caracterizan por recaer sobre un patrimonio o conjunto de derechos y obligaciones. Los derechos recaen sobre una universalidad jurídica cuyo contenido puede no conocerse y ser aún indiferente. Un ejemplo claro de los mismos, son los derechos derivados de una masa hereditaria.

³⁴ Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 42.

Por último, se encuentra la cuarta categoría, los derechos intelectuales. Éstos corresponden a los derechos reales sobre bienes inmateriales, comprenden la propiedad industrial y la propiedad artística o derechos de autor.

Una vez presentado el contenido del patrimonio, se procede a mencionar las diversas teorías con relación a su naturaleza jurídica: “la teoría subjetiva clásica, que entiende al patrimonio como una universalidad jurídica directamente emanada de la personalidad, cuyo contenido, más que real es potencial.”³⁵

De acuerdo con esta teoría, el patrimonio no debe apreciarse como algo estático; ni consiste en una masa compuesta por derechos y obligaciones inmutables. La existencia de un patrimonio implica una aptitud de su titular para adquirir bienes o derechos y contraer obligaciones. Como consecuencia de esta teoría: toda persona tiene un patrimonio, solamente las personas pueden tenerlo y transformar su contenido. También, esta sostiene que nadie tiene más que un patrimonio y que el mismo es inseparable e inalienable. Puede mutar, disminuir o incrementarse pero el patrimonio como atributo personal continuará vinculado indefinidamente al individuo mientras subsista como tal.

Otra definición de patrimonio que se hace necesario mencionar, lo describe como: “el conjunto de derechos y de cargas, apreciables en dinero, de que una misma persona puede ser titular u obligada y que constituye una universalidad jurídica. Sin embargo, se

³⁵ Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 43.

concluye la definición, afirmando que la palabra se emplea alguna vez para designar la masa de bienes que tiene una afectación especial, por ejemplo una fundación.”³⁶

Como puede apreciarse, la anterior definición, lejos de calificar al patrimonio como un atributo de la personalidad, lo dota de cierta autonomía, entendiéndolo como una universalidad jurídica de contenido económico a la que su titular asigna un fin determinado. Lo mencionado concuerda con la teoría económica, que reconoce al patrimonio como una individualidad jurídica propia y lo concibe como una afectación de una cierta cantidad de riqueza a un fin determinado, reconocida por la sociedad y jurídicamente protegida.

2.1. El patrimonio fideicometido

Los patrimonios denominados autónomos o separados tienen relevancia jurídica en sí mismos considerados, sin requerir por lo tanto del sustento personal propio de la doctrina clásica. Esta nueva acepción ha tenido gran relevancia en el derecho moderno para explicar ciertas situaciones jurídicas que no coinciden con la teoría tradicional.

Dentro de estas situaciones puede aludirse a la del patrimonio autónomo. Este término ha sido utilizado en algunas legislaciones latinoamericanas, como se analiza más adelante, para calificar jurídicamente los bienes transmitidos en fideicomiso. Estos bienes, si bien tienen un titular (el fiduciario), suelen ser considerados como parte de un patrimonio distinto del suyo para efectos tanto contables como de disposición.

³⁶ Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 46.

Como una facultad de disposición y dentro del contexto del contrato de fideicomiso, el titular del mismo, puede transmitirlo, en parte y bajo estrictas condiciones, a otra persona denominada fiduciario, para su manejo constituyendo un patrimonio autónomo e independiente del patrimonio de ambas partes. Esta transmisión da nacimiento a un nuevo derecho: la propiedad fiduciaria. El derecho real de propiedad que como se mencionó anteriormente, es el derecho real por excelencia, nace en virtud de la legítima aspiración del hombre de tener algo que le pertenezca con exclusión de los demás, a fin de asegurar su propia subsistencia y la de su familia. Su titularidad, otorga una facultad reconocida por la ley para gozar y disponer del objeto de la misma con las limitaciones y las modalidades que la misma ley establece.

Una vez adquirida la propiedad, el propietario puede enajenarla, aprovecharse de ella, usarla y ejercitar su derecho de cualquier forma, siempre que el ejercicio de su derecho no vulnere el de un tercero. De acuerdo con la doctrina moderna el derecho real de propiedad, se caracteriza por:

“a) Ser un derecho absoluto, pues otorga a sus titular la facultad de disponer del bien y una potestad ilimitada sobre el mismo. b) Ser un derecho exclusivo, el propietario de un bien puede rechazar la intervención de terceros en el uso y goce de la cosa. c) Ser un derecho perpetuo, ya que no lleva en sí mismo una razón de caducidad.”³⁷

No obstante, estos caracteres deben enmarcarse dentro de un principio de orden racional y sociológico que consiste en satisfacer las necesidades personales de su

³⁷ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, pág. 45.

titular y a la vez contribuir al bien común, al que se alude como función social de la propiedad. En este sentido se puede señalar que: “el derecho real de propiedad implica un poder unitario y abstracto sobre su objeto, poder que no se delimita más que de forma negativa porque otorga un poder potencialmente ilimitado.”³⁸

A diferencia del derecho real de propiedad, la propiedad fiduciaria nace de la facultad de disposición y enajenación, otorgada por la ley al titular de un patrimonio. En este caso, existe una transmisión de propiedad, no en el sentido tradicional de la expresión, sino en forma condicionada a las limitaciones impuestas, no por la ley, sino por el acto constitutivo del fideicomiso, convirtiéndose el fiduciario en titular de los bienes o patrimonio afecto, sin que pueda incorporar éstos a su propio patrimonio.

Dentro del fideicomiso, resulta evidente que, a partir del día en que se hizo 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.

Los bienes pasan a formar una universalidad jurídica que, técnicamente calificada, consiste en un patrimonio autónomo cuya titularidad corresponde al fiduciario y se encuentra sujeta a un fin previamente establecido por el fideicomitente.

³⁸ Espin Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**, pág. 74.

2.3. Naturaleza jurídica del patrimonio fideicometido

Jurídicamente, la titularidad fiduciaria sustituye a la propiedad civil porque otorga los derechos y acciones a que los bienes se refieran; sin embargo, se encuentra limitada por los fines del fideicomiso por lo que a diferencia, del derecho real de propiedad que es absoluto, exclusivo y perpetuo, la propiedad fiduciaria se caracteriza por:

- a) Comprender todos los derechos reales y personales, así como todas las acciones judiciales, administrativas o de cualquier tipo que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso.
- b) Las restricciones al ejercicio de todos esos derechos y acciones sólo pueden ejercitarse respecto a los bienes fideicometidos; se sujetan a las limitaciones y reglas establecidas en el acto de constitución; y en todo caso queda obligada a cumplir con el fideicomiso conforme al acto constitutivo.
- c) La transmisión real como el único medio de dotar al fiduciario para disponer de la aptitud jurídica necesaria para la realización del fin. Se le transmite el dominio real de la cosa para que se convierta en su propietario, no civil sino fiduciario.
- d) El titular de los bienes y derechos sobre los que recae la propiedad fiduciaria, no puede aprovecharse ni beneficiarse de ellos por prohibición legal.

De conformidad con la doctrina clásica que se ha venido estudiando, el propietario puede gozar y disponer de un bien sólo con las modalidades y limitaciones que fijen las leyes; el fiduciario, en cambio, no tiene derecho de gozar del bien porque no puede disponer en su provecho de la posesión y de los frutos, ya que estos se destinan al

fideicomisario. El acto constitutivo del fideicomiso, atribuye al fiduciario una titularidad de derecho en nombre propio, pero en beneficio del mismo fideicomitente o de un tercero. La transmisión de propiedad es plena, pero ligada obligatoriamente al destino estipulado para los bienes con anterioridad. La propiedad es transmitida entonces, en forma condicional para cumplir con un propósito específico dado a los bienes.

2.4. Teorías de transmisión de la propiedad

Doctrinariamente, los modos de adquirir la propiedad se clasifican en originarios, que se da cuando la adquisición no tiene lugar por efecto de relación jurídica alguna con el anterior propietario por no existir éste, tal es el caso de la ocupación. En contraposición, se encuentran los modos derivativos de adquirir la propiedad, en este caso, la propiedad surge por efecto de una relación jurídica entre el titular y el adquirente que puede ser a través de una cesión, compraventa o donación, entre otros.

Dentro de los modos derivados de adquirir la propiedad, ésta puede ser a título universal o particular, según se transmita la totalidad de un patrimonio o parte de él; a título oneroso o a título gratuito dependiendo del costo que la transmisión implique para las partes.

Las formas de disposición tanto del derecho real de propiedad como de la propiedad fiduciaria, se encuentran ciertas limitaciones. Como se analizó anteriormente, el derecho real de propiedad implica un dominio pleno, perfecto y perpetuo del titular

sobre el bien; sujeto a la función social de este derecho. El propietario puede hacer con el bien todo lo que no esté expresamente prohibido por la ley.

Las limitantes de este derecho, por lo general, derivan de la propia naturaleza del bien sobre el que recaen.

“Se señalan los siguientes límites al derecho real de propiedad:

- a) Límites genéricos: surgen del principio de función social de la propiedad, evitan el abuso de derecho por parte del propietario.
- b) Límites de subsuelo y sobre vuelo, que son de interés común y que en la legislación guatemalteca se encuentran regulados por la Constitución Política de la República y el Código Civil.
- c) Límites de interés privado: son los relativos a la constitución de servidumbres, regulados en el Código Civil.”³⁹

Estos límites se encuentran establecidos por la ley, cuando son de utilidad pública o en interés de la seguridad pública; y por la autonomía de la voluntad cuando se trata de derechos particulares. Como puede apreciarse, las formas de disposición que otorga el derecho real de propiedad son muy amplias, y lo único que prevalece sobre su ejercicio es el interés de la colectividad en aras de su mejor aprovechamiento.

³⁹ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 46.

En contraposición, el ejercicio de la propiedad fiduciaria tiene otras limitaciones; existen las establecidas en la ley y las derivadas de la voluntad del fideicomitente. Para efectos del presente estudio, se mencionaran únicamente las establecidas en el Código de Comercio.

La primera limitación, consiste en la prohibición de constituir fideicomisos en forma secreta. Los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en este negocio jurídico deben encontrarse definidos y tutelados tanto por la ley como por el contrato que de origen al fideicomiso en cuestión. Por otra parte, el fideicomiso, por mandato legal debe otorgarse en escritura pública, y esta solemnidad forzosamente dota al contrato de publicidad. Otro aspecto que hace imposible la constitución de fideicomisos secretos, es la supervisión y control que ejerce la Superintendencia de Bancos sobre las entidades autorizadas para fungir como fiduciarios.

La segunda limitación, la referente a la constitución de fideicomisos sucesivos, que busca impedir que la perpetuación de la propiedad de una sola familia sobre unos bienes. En Guatemala, existe una prohibición expresa a este respecto, pues son nulos los fideicomisos en los cuales el beneficio se otorgue a terceras personas, sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo que la sustitución se efectúe a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

Otra limitación relevante, es la que obliga al fiduciario a no devengar ganancias distintas de los honorarios establecidos en el contrato, y que percibirá por la ejecución del

encargo. De hecho, el fiduciario tiene prohibición legal para designarse asimismo como beneficiario del fideicomiso y de adquirir los bienes que integran el patrimonio a su cargo.

2.5. Derechos reales de propiedad y la propiedad del fideicomiso

En el caso específico del contrato de fideicomiso, el fiduciario adquiere la propiedad de los bienes en virtud de un negocio jurídico plasmado en la escritura constitutiva que documenta el contrato fideicomiso en toda su extensión. Se trata de una transmisión derivada, a título oneroso que puede ser universal o particular, según los bienes objeto del mismo. La propiedad fiduciaria, es distinta del derecho real de propiedad y surge del ejercicio de la misma a través de un acto de disposición.

2.6. El patrimonio autónomo del fideicomiso

La constitución de un fideicomiso en una institución bancaria o financiera, apareja la creación de un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio de los sujetos que intervienen en el contrato. Los bienes o derechos son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario, quien es responsable de su manejo y cuidado por ser su titular, todo en beneficio de uno o varios fideicomisarios.

El patrimonio del fideicomiso se encuentra fuera de la esfera de los patrimonios que corresponden a cada uno de estos sujetos. En tal virtud, el patrimonio fideicometido resulta ajeno a la circunstancia de que un tercero embargue los bienes del

fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario. De hecho, el destino de los bienes y derechos fideicometidos se concreta exclusivamente al fin de cada fideicomiso, sin que se encuentren sujetos a las responsabilidades propias del fiduciario, sino únicamente aquellas que correspondan a terceros ajenos a la constitución del fideicomiso, cuando se encuentren fundadas de acuerdo con la ley. Más aún, en caso de quiebra del fiduciario, los bienes y derechos que tiene en fideicomiso no entran a ellas, por encontrarse separados de su propio patrimonio.

El Código de Comercio a este respecto, prevé respecto al fideicomisario, que los derechos que éste pueda tener en fideicomiso no sean embargables por sus acreedores; sin embargo, éstos sí pueden embargar los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso. En cuanto al fideicomitente, se establece que sobre los bienes en fideicomiso puede anotarse el embargo y en el caso de bienes no objeto de registro, darse el aviso al fiduciario. En este caso deberá aguardarse a la extinción del fideicomiso para hacer efectiva esta clase de garantía.

El caso del fiduciario es distinto pues es éste quien tiene la titularidad de los bienes pero no forman parte de su patrimonio. Una de las principales obligaciones del fiduciario dentro del contrato de fideicomiso, consiste en hacer un inventario de los bienes que recibe, así como llevar cuenta separada y detallada de su gestión. Bajo esta premisa, la quiebra del fiduciario no puede implicar la pérdida de los bienes que le fueron confiados. Una institución fiduciaria jamás responderá con los bienes de los que es titular en virtud de un contrato de fideicomiso por sus deudas propias.

Cabe hacer la salvedad que si dentro de los fines del fideicomiso se encuentra el constituir una garantía con los bienes que integran su patrimonio y se otorga al fiduciario facultades suficientes para contraer obligaciones garantizadas con los bienes fideicometidos, resulta evidente que el patrimonio fideicometido va a respaldarlas; sin perjuicio, de la responsabilidad que los interesados puedan deducir más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de sus funciones o de la adopción de conductas censurables. Los bienes fideicometidos, una vez establecido el contrato, pasan a ser un patrimonio autónomo a nombre del fideicomiso, lo que implica las siguientes consecuencias:

- a) La separación total de los bienes del fiduciario: los bienes recibidos del fideicomiso, deben de mantenerse separados tanto de los bienes del fiduciario como de los bienes de otros fideicomisos. Esto opera tanto en la parte jurídica como en la parte contable.

- b) La exclusión de los bienes del fiduciario para efectos legales: este es uno de los aspectos que hace atractivo el contrato del fideicomiso. En caso de que existiera quiebra, administración por intervención judicial o intervención de la entidad fiduciaria, los bienes fideicometidos no son considerados como parte de los bienes de la entidad, por lo que, en caso de existir incapacidad de la entidad para seguir administrando esos bienes, lo que procedería sería sustituir al fiduciario, pero no disponer de los bienes.

- c) La exclusión del patrimonio del fideicomitente: como se ha dicho anteriormente, cuando el fideicomitente traslada sus bienes a un fideicomiso, estos dejan de ser de su propiedad, para formar un patrimonio autónomo. Por tanto, no podrán ser perseguidos por sus acreedores sino hasta la extinción del contrato, excepto los de aquellos fideicomisos que fueron creados en fraude de acreedores.

- d) El patrimonio autónomo garantiza las obligaciones del propio fideicomiso cuando la consecución del fin obligue al fiduciario a enajenar o gravar los bienes recibidos, éstos deberán responder por las deudas adquiridas por el fideicomiso. Para el efecto, el fiduciario debe estar debidamente autorizado por el contrato respectivo, ya que de otra forma podría atribuírsele posteriormente extralimitación de funciones.

- e) La obligación de retornar el patrimonio al fideicomitente: en algunos tipos de fideicomiso esto no es posible, ya que los bienes se consumen en la consecución del fin para el que fue creado el fideicomiso.

- f) El patrimonio autónomo no se encuentra sujeto a ciertas regulaciones a que se encuentra sujeto el fiduciario: esto es aplicable en nuestro país en el caso de intermediarios financieros. Por ejemplo, la cartera de crédito de un banco debe de cumplir ciertas condiciones con respecto a la garantía, capacidad de pago del deudor etc. En los casos de cartera de crédito, la obligación del fiduciario es seguir las instrucciones del fideicomitente y no las disposiciones de la Superintendencia de Bancos.

Un efecto relevante en cuanto a la constitución de un fideicomiso, es la creación de un nuevo sujeto fiscal. Es obligación del fiduciario, inscribir los fideicomisos en la Superintendencia de Administración Tributaria, a fin de que le sea asignado su respectivo número de identificación tributaria (NIT). Lo anterior, por supuesto, en virtud de la creación de un patrimonio autónomo que tiene por titular o responsable una institución bancaria o de crédito debidamente autorizada por la Junta Monetaria.

Como puede apreciarse, existe una obligación por parte del fiduciario de inscribir el fideicomiso en la Superintendencia de Administración Tributaria, constituyendo así un nuevo sujeto fiscal obligado a su vez al pago de impuesto. Sin embargo, el cumplimiento del pago de tributos y de los deberes formales previstos por las leyes tributarias, corresponde al fiduciario como representante de lo que la ley califica como una situación especial.

CAPÍTULO III

3. Responsabilidades contractuales y extracontractuales en el contrato de fideicomiso

En la actualidad, la creciente celeridad de los negocios y las diversas manifestaciones de la actividad mercantil coinciden con mayor frecuencia en soportarse en negocios jurídicos complejos. En estas nuevas figuras, puede reconocerse la presencia de distintos negocios típicos e individuales unidos por una finalidad común, así como el influjo de legislaciones internacionales. El fideicomiso, es un ejemplo claro de ello, pues su forma de operación denota la clara influencia del trust anglosajón; además de constituir una herramienta ideal en contratos de colaboración empresaria, por ejemplo: en los que varias empresas de distintas ramas buscando su desarrollo común, crean un patrimonio autónomo que responda de la ejecución de dichos fines.

En efecto, el fideicomiso, debido a su versatilidad, contribuye a encontrar mecanismos óptimos para la integración de diversos contratos y negocios mercantiles dentro de un mismo ámbito, controlado por el fiduciario, quien puede actuar incluso como un amigable componedor permanente en el que se deposita toda la confianza de los sujetos que intervienen.

El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso. El fideicomiso, en el derecho mercantil guatemalteco, implica pues la renuncia por parte del propietario a disponer de

los bienes fideicometidos a favor de la entidad fiduciaria, y por lo tanto la existencia de un negocio de confianza.

La confianza depositada en una institución fiduciaria conlleva un riesgo importante para el fideicomitente, el cual se pudiera reflejar en un abuso por parte del fiduciario, en virtud del exceso de facultades que le son otorgadas y que derivan de convertirlo en titular de los bienes fideicometidos. A pesar de tener el fiduciario establecida la finalidad para la que se constituye el fideicomiso, pudieron otorgársele las facultades suficientes para enajenar los bienes que integran el patrimonio autónomo o administrarlo. Gran parte del encargo fiduciario, radica en la elección del fiduciario, buscando en él a un profesional en la materia que actuará con relación al fideicomiso como un buen hombre de negocios.

Este control debe tenerse también sobre el fiduciario a fin de fiscalizar su actuación y se le denomina inspección. Tal fiscalización en los países como Guatemala, donde los fiduciarios únicamente pueden ser los bancos y las demás instituciones de crédito autorizadas para el efecto, se ejerce por organismos dedicados al control de la actividad bancaria y financiera, quienes deben verificar el manejo de los fideicomisos con la finalidad de vigilar que tales negocios se estén conduciendo conforme a lo pautado en la leyes que regulan la materia.

Otro aspecto importante de los fundamentos de la ética fiduciaria, consiste en contribuir con el Estado en la realización de sus fines. Toda institución, dentro de sus objetivos lleva intrínseco el deber de contribuir con el Estado en la realización de sus fines. En

ese sentido las instituciones bancarias y financieras no escapan a ese deber dentro del cúmulo de actividades que desempeñan, es por ello que la labor de impedir el ingreso de bienes provenientes de la comisión de delitos, a través de un negocio lícito como el fideicomiso y el evitar que esta figura sea usada para ocultar hechos que involucran la comisión de un delito, son medio a través de los cuales las instituciones financieras contribuyen con el Estado en la realización de sus fines.

3.1. Derechos y obligaciones derivadas del contrato de fideicomiso.

Es importante analizar los derechos y obligaciones que surgen del contrato de fideicomiso, atendiendo a cada uno de los elementos personales que intervienen en el mismo.

3.1.1. Del fideicomitente o fiduciante

Derechos:

Designar uno o más fiduciarios y reservarse derechos específicos, vinculados con la posibilidad de vigilar que se cumplan las disposiciones del convenio, entre los cuales conviene destacar la facultad de revocar el fideicomiso, aún contra el principio genérico que impone la irrevocabilidad, única forma de ponerle fin, cuando éste resulta ineficaz o innecesario. Entre las causas de extinción del fideicomiso se encuentra la remoción del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad. El fiduciante puede pedir judicialmente la remoción del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones. El

fiduciante puede exigir al fiduciario rendición de cuentas y, eventualmente, ejercer acciones de responsabilidad.

Obligaciones:

- remunerar al fiduciario,
- reembolsar los gastos efectuados por este en ocasión del encargo y,
- sanear la evicción.

3.1.2. Del fiduciario

Derechos:

Posee todas las facultades inherentes a la finalidad del fideicomiso, en particular las relativas al dominio y administración que tiene de la cosa. Puede usar y disponer de los bienes, no puede apropiarse de los frutos, pero siempre hasta lograr el fin del contrato.

Obligaciones:

Administrar en la forma establecida, resultando inherente la conservación y custodia material y jurídica de los bienes, efectuar las mejoras y reparaciones necesarias, contratar seguros y pagar los tributos que los graven.

Administrar haciendo producir frutos de acuerdo con la utilización regular de las cosas sin disponer de ellas, pero produciendo el mayor rendimiento. Algunas legislaciones imponen la diversidad de inversiones para evitar los riesgos derivados de la concentración en una sola actividad económica.

Mantener la identidad de los bienes del encargo separados de los del fiduciario, no pudiendo incluirlos en su contabilidad ni considerarlos en su activo. Puede gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requiera los fines del fideicomiso. Se encuentra legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de dichos bienes, tanto contra terceros como contra el beneficiario. Rendir cuentas sobre las gestiones que realiza avisando dentro de un corto tiempo la celebración de ciertas operaciones de inversión o el recibo de frutos derivados de éstas. Los fiduciarios deben rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año. Presentar informaciones completas y fidedignas sobre el movimiento contable de los bienes en su poder. Transferir los bienes de acuerdo con lo convenido al tiempo del encargo al beneficiario o al fideicomisario.

Cese del fiduciario

- revocación judicial,
- incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante, o ha pedido del beneficiario con citación al fiduciante,
- muerte o incapacidad declarada judicialmente si fuese persona física;
- quiebra o liquidación; o
- renuncia.

3.1.3. Del fideicomisario o beneficiario

Es un acreedor especial del fideicomiso, pudiendo serlo por los frutos que produzcan los bienes fideicomitidos, o con relación a éstos, una vez transcurrido el tiempo o

cumplida la condición prevista para transferir la propiedad. El beneficiario puede exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. Tiene derecho al ejercicio de acciones de responsabilidad por incumplimiento y de exigir acciones conservatorias. Puede impugnar los actos cumplidos por el fiduciario contrariando las instrucciones del fiduciante. El derecho a la obtención de la propiedad una vez concluido el fideicomiso, puede ser trasladado al fideicomisario sin que coincida con la persona del beneficiario.

3.2. Obligaciones extracontractuales del contrato de fideicomiso por parte del fiduciario

La importancia del desempeño de un buen papel por parte del fiduciario dentro del contrato de fideicomiso en Latinoamérica es tal que diversos autores y profesionales del derecho, han dedicado varias publicaciones al estudio de los deberes éticos del fiduciario. Se ha aprobado incluso en el seno de la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), el Código de Ética del Fiduciario Latinoamericano. En la exposición de motivos de dicho código, se expone que la esencia de la idea de elaborar esta guía es la darle a las instituciones fiduciarias de Latinoamérica un producto que además de tener la confianza como principio motivador, confluyan en él, valores morales que rijan el desarrollo del negocio fiduciario, dentro de los cuales se exponen los siguientes.

a. Ética

Entre las obligaciones extracontractuales del contrato del fideicomiso se encuentra la ética del ente fiduciario, la cual se fundamenta en siete componentes: la confianza, la competencia, la profesionalización, el control, la inspección, la veracidad y el contribuir con el Estado en la realización de sus fines.

- a.1. La confianza, constituye el eje fundamental a través del cual gira el fideicomiso. La transmisión de patrimonios, bienes y derechos al fiduciario, refleja que este negocio es un encargo o comisión de fe. Esta fe depositada en él es la razón de ser que le motiva en la función y lo distingue de otros negocios que no implican los factores de imparcialidad, confidencialidad y desempeño de negocios por cuenta ajena. La confianza es un elemento intrínseco del fideicomiso, que se vincula plenamente con su aspecto material: la transmisión de los bienes que hace el constituyente a favor del fiduciario.
- a.2. La competencia, se refiere al elemento que estimula la actividad económica y que permite a las instituciones fiduciarias incrementar continuamente su eficiencia, obligándolas a prestar un mejor servicio o implementar nuevos productos. En caso del fideicomiso, este elemento busca ofrecer mejores condiciones, costos de administración con porcentajes adecuados, eficiencia y transparencia en la administración de los bienes son las vías para hacer efectiva esta sana competencia.

- a.3. En cuanto a la profesionalización, cabe indicar que el fiduciario debe estar en su búsqueda constante. A este respecto el Artículo 12 del Código de Ética del Fiduciario Latinoamericano prevé que: “las entidades fiduciarias deberán velar por mantener un alto grado de formación y conocimiento a todos los niveles para lo cual deben establecer programas de capacitación y actualización del personal que desempeña la actividad fiduciaria con miras a la optimización en la prestación del servicio.”
- a.4. Otro fundamento a considerar es el de control. La institución fiduciaria debe desarrollar estrictos mecanismos de control tanto del personal dedicado al desarrollo de la actividad fiduciaria como del manejo del patrimonio fideicometido, como una forma de hacer más eficiente su labor y de establecer niveles de supervisión que faciliten en cierta medida la toma de decisiones acertadas cuando así se requiera. Este control debe tenerse también sobre el fiduciario a fin de fiscalizar su actuación y se le denomina inspección. Ésta, en los países como Guatemala, donde los fiduciarios únicamente pueden ser los bancos y las demás instituciones de crédito autorizadas para el efecto, se ejerce por organismos dedicados al control de la actividad bancaria y financiera, quienes deben verificar el manejo de los fideicomisos con la finalidad de vigilar que tales negocios se estén conduciendo conforme a lo pautado en las leyes que regulan la materia.
- a.6. En concordancia con lo anterior, se encuentra el principio de veracidad, en el cual la publicidad que se haga a los beneficios obtenidos a través de fideicomisos

debe ser cierta, de lo contrario se lesionaría la imagen del fiduciario y se estaría cometiendo a las personas a una contratación equívoca.

a.7. El último, y quizá el más importante de los fundamentos de la ética fiduciaria, consiste en contribuir con el Estado en la realización de sus fines. Toda institución, dentro de sus objetivos lleva intrínseco el deber de contribuir con el Estado en la realización de sus fines. Las instituciones bancarias y financieras no escapan a ese deber dentro del cúmulo de actividades que desempeñan, es por ello que la labor de impedir el ingreso de bienes provenientes de la comisión de delitos, a través de un negocio lícito como el fideicomiso y el evitar que esta figura sea usada para ocultar hechos que involucran la comisión de un delito, son medio a través de los cuales las instituciones financieras contribuyen con el Estado en la realización de sus fines.

b. El deber de representación

Tanto el patrimonio autónomo como el patrimonio del fiduciario tienen vida propia diferente y aun son capaces de tener mutuas relaciones jurídicas, sin embargo tienen un sujeto o titular común. Pero el patrimonio autónomo no es una persona jurídica, porque si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes.

De aquí se deduce que patrimonio autónomo es un patrimonio especial, con titular que se encuentra afecto al cumplimiento de un fin determinado. Esta acepción es la que lo

separa de la clásica concepción del patrimonio como atributo de la personalidad, ya que según las tendencias modernas y las leyes vigentes, es posible que una persona tenga más de un patrimonio. Sin embargo, cabe recalcar que el fiduciario es titular de varios patrimonios pero siempre en interés ajeno y no en su propio beneficio. Esta afirmación toma su sustento en que una de las obligaciones principales del fiduciario consiste en mantener el patrimonio autónomo separado del propio, siendo que éste no podrá formar parte de la garantía general de sus acreedores. El patrimonio autónomo únicamente responde por las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

La titularidad de la que deriva la representación legal del patrimonio por el fiduciario, puede definirse como la cualidad jurídica que determina el poder de una persona sobre un derecho o una pluralidad de derechos dentro de la relación jurídica. En el caso del fideicomiso, delimita la actuación del fiduciario dentro de la esfera creada a través del acto de constitución. Los únicos derechos y acciones que se ejercitan sobre el patrimonio autónomo son los tendientes a la finalidad del mismo; y sólo estos precisamente se otorgan al fiduciario. El cargo de fiduciario, dentro del fideicomiso, se caracteriza, independientemente de las sanciones que la ley imponga a los fiduciarios negligentes o abusivos, por ser un cargo de confianza.

La responsabilidad del fiduciario es entonces absoluta por la administración inadecuada del patrimonio. La titularidad del patrimonio del fideicomiso le corresponde exclusivamente, pero es oportuno hacer notar que en muchos casos el fiduciario no detenta el derecho de propiedad, por ejemplo, cuando únicamente se afecta en el

fideicomiso el derecho de usufructo sobre determinados bienes, reservándose el fideicomitente la propiedad sobre los mismos; así como en aquellos casos en los que sólo se fideicometen derechos personales. El fiduciario recibe entonces, la titularidad y la ejercita destinando los bienes o derechos relativos a la realización de los fines del fideicomiso, y no en su propio provecho. En estos términos surge la relación obligatoria, cuyos efectos son inter partes, ya que el ejercicio de los derechos transmitidos al fiduciario se convierte en una obligación hacia el fideicomitente y el fideicomisario.

Es por estas razones que el fiduciario se ve obligado a actuar en nombre propio pero siempre indicando que actúa en su calidad de fiduciario de un fideicomiso determinado, ya que los únicos derechos y acciones que se ejercitan sobre los bienes, le corresponden. Es necesario tener presente que, en conjunto, la conducta esperada por parte del fiduciario, se exige con base al que se impone a un administrador de intereses ajenos, que consiste en actuar invariablemente en interés de su cliente y no en el suyo propio.

c. El deber de prudencia

De acuerdo con la definición que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por prudencia una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo para seguirlo o huir de ello. Para el fiduciario, supone el actuar con la diligencia y cuidado debido en la

administración del patrimonio que le es encomendado, cuidando de él como si se tratara del propio, como lo haría un buen padre de familia.

Visto desde una perspectiva dinámica, el deber de prudencia implica la realización en forma diligente y cauta de todos los actos necesarios para la debida consecución de la finalidad del fideicomiso, teniendo en cuenta la condición de gestor profesional que tiene el fiduciario. De esta cuenta, el fiduciario responde en forma estricta por el mal manejo del patrimonio, pues se toma en cuenta tanto su calidad de profesional por ser concesionario de un servicio remunerado como la confianza que implica la constitución de un fideicomiso.

Como se ha venido exponiendo, el cargo de fiduciario implica alto grado de confianza, se trata de un cargo *intuitu personae*, atendiendo a las cualidades de la institución fiduciaria y a las facultades que se le otorgarán. El cargo se otorga a un fiduciario determinado tomando en cuenta sus aptitudes y profesionalismo, procurando evitar la potencial posibilidad de abuso.

d. El deber del ejercicio personal del fiduciario

En tal virtud, el fiduciario debe actuar en forma personal en todo lo referente a la administración del patrimonio autónomo. Este principio surge del derecho anglosajón que reza el delegado no puede delegar. De hecho, no fue sino hasta el siglo XIX que se admitió que el trustee (fiduciario) delegara ciertos poderes en otras personas cuando

fueran necesarios conforme a la práctica ordinaria de los negocios, consistentes por lo general en tareas complementarias o de soporte.

Como ejemplo se puede citar: “el caso del fiduciario que designa un mandatario judicial con representación para el ejercicio de una acción legal como la defensa del patrimonio fideicometido, por ejemplo. Como titular y representante legal del patrimonio autónomo el fiduciario goza de facultades discrecionales o de disposición, siempre dentro de lo estipulado en el acto constitutivo del fideicomiso.”⁴⁰ Estas facultades se le confieren por tratarse, en el caso específico de Guatemala, de una entidad bancaria o de crédito, profesional que conoce el mercado y está en capacidad de anticipar los riesgos y vicisitudes derivadas de su actuación. Sin embargo, la toma de decisiones no se encuentra limitada al fiduciario, existe la posibilidad de dar oportunidad de participar en ella al fideicomisario e incluso al fideicomitente. Estos tres actores pueden formar parte de un órgano consultivo que recibe el nombre de comité técnico, encargado de subordinar la actuación del fiduciario, pero que carece de facultades de representación y de las especiales para el cumplimiento del fin primordial del fideicomiso.

e. El deber de lealtad

Este deber ético del fiduciario, se encuentra estrechamente ligado al deber de prudencia, pues en conjunto definen la posición esperada del fiduciario respecto a la defensa y administración del patrimonio autónomo. El fideicomiso, desde esta perspectiva, es considerado como un cliente de la institución fiduciaria; cliente cuyo

⁴⁰ Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 54.

interés debe prevalecer. Este principio queda establecido en virtud de que el fiduciario no puede generar provecho distinto de sus honorarios por su gestión, negociar en forma directa con el fideicomiso, ni competir con éste.

Es importante para el fiduciario tener presente en todo momento su deber de lealtad; las facultades que le son otorgadas sobre el patrimonio fideicometido son amplias, y en consecuencia lo es en igual medida su campo de actuación y de decisión. Sin embargo: “la doctrina considera que esta aparente amplitud es engañosa, al extremo que puede vincular al más alto grado de responsabilidad del fiduciario pues su gestión no podrá soportarse en las instrucciones que haya recibido, sino queda librada a su propio criterio, buen juicio y discernimiento que deberá basarse, sin duda alguna, en la lealtad para con su cliente.”⁴¹

3.3. Alcance de las obligaciones fiduciarias

Es obligación del fiduciario el hacer su mejor esfuerzo y aplicar todos sus conocimientos y profesionalismo para conseguir el resultado que tanto el fideicomitente como el fideicomisario esperan; sin embargo no puede garantizarlo puesto que, como se anotó, sus obligaciones son, en su gran mayoría, de medio y no de resultado. Entendiéndose por obligaciones de resultado aquellas que consisten la entrega, construcción u obtención de determinado objeto; mientras que las obligaciones de medio se miden por la diligencia y desempeño del administrador, en este caso del fiduciario, para deducirle

⁴¹ Rodríguez Azuero, **Ob. Cit**; pág. 79.

responsabilidad. Respecto a las obligaciones del fiduciario, el Código de Comercio de Guatemala sólo señala cinco:

- a) Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines

La primera de estas obligaciones, consistente en ejecutar el fideicomiso de conformidad con la escritura de constitución y los fines en ella plasmados, deriva del otorgamiento de las facultades necesarias para su cumplimiento. Esto implica una adecuada conservación y custodia de los bienes recibidos, material y jurídicamente, e incluso la contratación de los seguros que se acostumbre tomar para cubrir los riesgos de los bienes en su poder.

Si bien le son conferidos al fiduciario todos los derechos y acciones necesarios para el cumplimiento de los fines, puede observarse que éstos se encuentran a su vez restringidos por las limitaciones establecidas en el acto de constitución y por la previsión legal de que sólo se puedan ejercitar en función del fin, del objeto y de las consecuencias del fideicomiso. En tal virtud, se deduce que la principal obligación del fiduciario, consiste en el exacto y fiel cumplimiento del fin pactado con el fideicomitente. Pero cuando el fin no sea claro o cuando se hubiere otorgado facultades discrecionales al fiduciario, éste deberá actuar con la prudencia y diligencia debidas e incluso consultar al comité técnico del fideicomiso, cuando se haya previsto su existencia.

- b) Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves que deberán ser calificadas por un juez de primera instancia

El numeral 2º. del Artículo 785 del Código de Comercio, abarca dos aspectos importantes en esta obligación del fiduciario. La primera, que consiste en el desempeño del cargo con la diligencia debida, y la segunda denota el calificativo de *intuitu personae* de la que se encuentra investido el cargo de fiduciario, pues su renuncia no podrá otorgarse más que por causas graves previamente calificadas por un juez de primera instancia. No obstante, ¿qué se entiende por causas graves? las decisiones del fiduciario y los resultados de las operaciones que lleva a cabo son discutibles en todo momento.

Al respecto, de la responsabilidad fiduciaria es importante exponer tres elementos mencionados en la doctrina, siendo estos: "en un primer lugar, se encuentra la noción de culpa grave, consistente en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que aun las personas negligentes pondrían en sus negocios propios y que en algunos sistemas equivale al dolo. En esta caso, podrían incluso preverse el ejercicio de una acción penal, como sería el caso de la apropiación del patrimonio fideicometido, por ejemplo. En segundo lugar, está la culpa leve, que implica falta de diligencia y cuidados empleados por una persona en el manejo de sus propios negocios y que corresponde en general a la noción del manejo o administración de los bienes como lo haría un buen padre de familia. Ésta incluso, constituye una causa de remoción de fiduciario pues éste

tiene la obligación de atender los bienes y negocios derivados de un fideicomiso a su cargo como si se tratase de los propios.”⁴²

- c) Tomar posesión de los bienes fideicometidos, en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad

Anteriormente, se afirmó que el fiduciario es el titular del patrimonio autónomo, y que como tal tiene la representación legal del mismo. El Código de Comercio, indica en su Artículo 776, los momentos a partir de los cuales esta titularidad comienza a tener efectos contra terceros, según la naturaleza de los bienes.

Esta transmisión plena de los bienes, implica una gran responsabilidad para el fiduciario puesto que éste se ve obligado, a partir de estos momentos, a ejercitar las acciones judiciales pertinentes para conservar los bienes y derechos en su integridad jurídica, frente a las pretensiones de terceros o cualquier otro evento que pueda ponerlos en peligro.

El fiduciario debe agotar todas las instancias y recursos a fin de proteger el patrimonio a su cargo; teniendo la potestad para nombrar mandatarios judiciales, si fuera necesario. El fiduciario debe cuidar de los bienes y derechos fideicometidos como si se tratase de los propios, al extremo de velar por la contratación de seguros en caso de siniestros, servicio de seguridad y otras previstas en la escritura constitutiva.

⁴² Rodríguez Azuero, Sergio. **La responsabilidad del fiduciario**, pág. 617.

- d) Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones y rendir cuenta e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requieran

Como se explicó anteriormente, el fiduciario tiene la titularidad del patrimonio autónomo; pero éste es independiente de su patrimonio particular y de los patrimonios que correspondan al fideicomitente, al fiduciario y a cualquier otro fideicomiso que pueda tener a su cargo. Los bienes son transmitidos al fiduciario y la separación de los mismos de su patrimonio, se refleja en la existencia de registros contables que permiten identificar, dentro de su contabilidad, los bienes vinculados a un determinado fideicomiso y su aumento o disminución en virtud del ejercicio del encargo.

La separación de ambos patrimonios, debe presentarse dentro de la contabilidad de la sociedad fiduciaria, dentro de las llamadas cuentas de orden ya que no incrementan ni disminuyen el activo de esta sociedad. Constituyen bienes y derechos radicados en cabeza del fiduciario, pero ajenos a su patrimonio general. De aquí la obligación de rendir cuentas de su gestión anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario lo soliciten por tratarse de los sujetos interesados en el desarrollo del encargo fiduciario, y en cuyos patrimonios repercute la gestión del fiduciario al finalizar el contrato.

- e) Las demás inherentes a su cargo.

Aparte de las obligaciones establecidas en el Código de Comercio ya mencionadas, existen otras obligaciones del fiduciario en doctrina:

- La primera consiste en la obligación de hacer inventario. Se encuentra íntimamente ligada a la obligación de llevar una contabilidad separada para cada fideicomiso a cargo del mismo fiduciario. Consiste en tomar nota detallada de los bienes que se han recibido y, por lo general, se hace dentro de la escritura constitutiva a fin de hacer su recuento y la constatación física de su existencia. En la ley guatemalteca, se prevé el inventario en el caso de los fideicomisos instituidos por testamento, pero la obligación de llevar cuenta detallada de los bienes y derechos implica forzosamente su elaboración en todos los casos.
- Una obligación del fiduciario inherente a su naturaleza, por tratarse de instituciones bancarias o financieras, consiste en guardar secreto. Esta abarca toda la información a la que la entidad fiduciaria tenga acceso, relativa al contrato celebrado con el fideicomitente. La violación al secreto bancario, origina la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados, además del ejercicio de las acciones penales correspondientes.

En concordancia con estas obligaciones, cabe recalcar que el fiduciario debe identificar y aclarar la calidad con que actúa, al momento de celebrar actos o contratos en el ejercicio de su función, a fin de establecer que por las obligaciones contraídas va a responder el patrimonio fideicometido y no su patrimonio. Tal obligación se encuentra contenida en el Artículo 781 del Código de Comercio, y denota claramente la separación no sólo de patrimonios, sino de calidades; es necesario tener presente que el fiduciario actúa en nombre propio pero en interés del fideicomiso.

3.4. Diferentes tipos de responsabilidad fiduciaria

La responsabilidad fiduciaria por acción, implica una actuación del fiduciario en exceso de sus facultades, pues si su conducta se ajusta a los términos de contrato de fideicomiso no incurrirá en responsabilidad alguna. En contraposición, incurre en responsabilidad por omisión cuando la ley o el contrato lo obligan a actuar de una forma determinada y éste se abstiene, cometiendo así un ilícito del que deberá asumir las consecuencias.

3.4.1. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil, en el derecho guatemalteco, se encuentra regulada en el Código Civil y toma su base en el principio general de resarcimiento, contenido en el Artículo 1645: “toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

De manera general, la responsabilidad nace de una obligación, es decir, una relación jurídica entre dos sujetos de derecho, en virtud de la cual una de ellas llamada acreedor tiene derecho de exigir de otra llamada deudor, cierta prestación; o bien nace de un hecho ilícito que radica en una conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con un deber jurídico o con el abuso de un derecho. Una vez establecido el principio fundamental de la responsabilidad civil y las principales causas de su origen es pertinente recordar sus elementos:

- La responsabilidad civil deriva de una acción u omisión; cuando la ley, el contrato o una declaración unilateral de voluntad preceptúan que se haga o se deje de hacer una cosa determinada, y se hace lo contrario a la acción o abstención que ordena la ley o el contrato, se comete un hecho ilícito.
- La comisión de esta acción u omisión deberá causar un daño o perjuicio; entendiéndose el daño como la pérdida o menoscabo surgido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación; y como perjuicio, la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.
- Adicionalmente, es imperativo que exista una relación de causalidad entre la conducta de acción u omisión y el daño o el perjuicio; estos deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.
- Que la conducta dañosa sea imputable al autor de la acción u omisión (salvo que exista causa que lo libere de responsabilidad)
- Se requiere además, que la acción u omisión sea de hecho propio, de personas que tiene a su cuidado o de cosas o animales que posee.
- Tratándose de obligaciones contractuales o provenientes de una declaración unilateral de voluntad, se requiere un elemento más para determinar la responsabilidad civil, esto es, que haya mora. (retraso culpable en el cumplimiento de la obligación).

Las instituciones fiduciarias no escapan de estas consignas y deben responder por las pérdidas, menoscabos, daños y perjuicios que sufran los bienes o los fideicomisarios,

por su culpa o negligencia grave. Las instituciones fiduciarias, como personas jurídicas, no pueden cometer hechos ilícitos por sí mismas; sin embargo obran y se obligan por medio de los órganos y las personas individuales que los representan. De conformidad con el Artículo 1664 del Código Civil, estos entes son responsables de los daños o perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, existe una responsabilidad de la fiduciaria por la acción u omisión cometida por sus funcionarios o empleados, de cuyos actos deberá responder.

Desde esta perspectiva, se resalta la importancia de la actuación de los delegados o administradores fiduciarios en el desarrollo de un fideicomiso. Estos delegados son funcionarios que las instituciones fiduciarias nombran para que desempeñen el cometido del fideicomiso y ejercitan las facultades que les sean necesarias. De los actos que ejecuten, responderá directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurrirán personalmente. Las partes en el contrato de fideicomiso pueden incorporar a su texto una cláusula que limite la responsabilidad del fiduciario en sus obligaciones respecto de ellas frente a terceros.

En primer lugar, la cláusula limitativa de responsabilidad deberá ajustarse a lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso. En el contrato de fideicomiso, se especifican las facultades y atribuciones de la entidad fiduciaria para dar cumplimiento a los fines del mismo, ésta deberá prever en el clausulado diversos aspectos relacionados con la administración de los bienes y su transmisión a terceros.

Otra forma viable de limitar la responsabilidad civil es el establecer en acto lo relativo al saneamiento de los bienes fideicomitidos; en el acto constitutivo, esta obligación es a cargo del fideicomitente, y se deberá pactar que en caso de que la fiduciaria transmita la propiedad a un tercero, dicha obligación seguirá a cargo del propio fideicomitente. En ningún caso la fiduciaria será responsable de la evicción y así deberá pactarse en el acto constitutivo.

3.5. Efectos del fideicomiso

La responsabilidad objetiva del fiduciario se limita al valor de la cosa cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño, si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado. En ese sentido, los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y tampoco podrán agredir los mismos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de dichos bienes.

Como un ejemplo en la legislación mexicana, los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de éstos para atender las obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal caso, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conformes al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso

financiero, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el boletín oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta (60) días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio.

Estas normas podrán prever:

- a. La transferencia del patrimonio fideicomitado como unidad a otra sociedad de igual giro;
- b. Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales;
- c. La continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso;
- d. La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitado;
- e. La designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman;
- f. Cualquier otra materia que determine la asamblea, relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado.

CAPÍTULO IV

4. Aplicación de responsabilidades contractuales y extracontractuales en el contrato de fideicomiso de administración, para el proceso de resolución bancaria

La figura del fideicomiso de administración ha sido incorporada dentro del proceso de resoluciones bancarias contenidos en la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Para lo cual se contempla la creación de un fideicomiso en el cual son trasladados los activos y pasivos de las entidades bancarias sujetas a dicho proceso de resolución con el objetivo de administrar los mismos, previo a la cancelación de la licencia para operar como una entidad bancaria. En tal sentido, se hace necesario estudiar algunos elementos relacionados con el negocio bancario.

4.1. Las entidades bancarias y el sistema financiero

Los bancos son entidades de crédito, cuya función es servir de intermediarios financieros, entre depositantes y prestatarios. La Ley de Bancos y Grupos Financieros respecto a la intermediación financiera en el Artículo 3 establece: “los bancos autorizados conforme a esta Ley o leyes específicas podrán realizar intermediación financiera bancaria, consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier

naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos.” Asimismo, establece que le corresponde con exclusividad a las entidades autorizadas de conformidad con la citada Ley, la utilización de la denominación banco.

Otra definición importante establece: “empresa dedicada al negocio de la banca, entendiéndola a ésta como la actividad económica que genéricamente consiste en la intermediación financiera de depósitos. Obtención de depósitos o pasivo para destinarlos a fines de préstamo, descuento y garantía.”⁴³

Se puede decir entonces, que banco es el establecimiento público o privado legalmente autorizado para ejercer intermediación financiera, dentro del territorio nacional. Entendiéndola la intermediación financiera, como aquella actividad que consiste en la captación de recursos a través de depósitos, venta de bonos, obligaciones, etc., y la colocación de los recursos obtenidos, por medio de distintos instrumentos crediticios ya sean a corto y/o a largo plazo.

Al respecto de las principales funciones que puede realizar un banco, se pueden mencionar las siguientes:

- “a) Recibir depósitos a la vista y a término, aceptar los instrumentos emitidos en su contra y pagar interés sobre los mismos como lo permita la ley.

⁴³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de términos bancarios**, pág. 68.

- b) Emitir pagarés con descuentos, conceder empréstitos e invertir en valores gubernamentales o privados.
- c) Cobrar cheques, giros, pagarés y demás.
- d) Emitir giros y cheques de caja.
- e) Certificar los cheques de sus depositantes.
- f) Actuar en capacidad fiduciaria cuando lo autorice el gobierno.”⁴⁴

En Guatemala, la Ley de Bancos y Grupos Financieros define que únicamente las entidades debidamente autorizadas podrán legalmente efectuar dentro del territorio de la república, negocios que consistan en el préstamo de fondos obtenidos del público mediante el recibo de depósitos o la venta de bonos, títulos u obligaciones de cualquier otra naturaleza, y serán consideradas para los efectos legales como instituciones bancarias.

4.1.1. Antecedentes históricos de los bancos

La Enciclopedia Práctica de la Banca, describe una historia detallada respecto a dicha actividad a través de las diferentes edades, pero para el presente trabajo indicaremos algunos eventos notables. La aparición de la actividad bancaria requiere la previa existencia de una economía monetaria en la que el comercio juega un papel relevante. En Babilonia, el arqueólogo Lenormant descubrió una tablilla de barro con una inscripción que prueba tanto el tráfico interurbano, como el recurso a medios de pago de índole comercial financiera.

⁴⁴ Rosenberg, M. **Diccionario de banca**, Argentina, pág. 37.

El código legal más antiguo que se conoce completo, es el de Hammurabi, casi 2000 años antes de Cristo, es esencialmente comercial, pero revela aspectos relacionados con los contratos, aspecto que hace suponer la existencia de un sistema bancario.

El desarrollo del sistema bancario resalta en la edad media, cuando en Inglaterra, los establecimientos de los orfebres recibían de sus clientes el oro y objetos de valor para su custodia y resguardo, por lo que a cambio emitían un comprobante que contenía el compromiso del orfebre de devolver a su propietario los objetos recibidos al momento que éste lo reclamara, a cambio de una comisión.

Al principio los depositarios observaron que el oro recibido en concepto de depósitos, no era retirado de forma inmediata y que los depositantes estaban dispuestos a aceptar exactamente la misma pieza de oro, siempre y cuando tuviera el mismo valor que la depositada. El carácter anónimo de los valores depositados permitió a los orfebres evitar la ociosidad de los recursos obtenidos para su custodia, por lo que los depositarios comenzaron a correr el riesgo de concederlo como préstamos con el propósito de obtener más ganancias. Este breve antecedente nos permite comprender la antigüedad de la banca, la existencia de un marco legal y la importancia que ha jugado en las diferentes economías que nos han antecedido.

4.2. El sistema financiero

Es el conjunto de instituciones que actúan como intermediarias, captando recursos de los ahorradores y encauzándolos hacia la financiación. En nuestro país, el sistema

financiero está compuesto por diversos tipos de instituciones que se desenvuelven en dos sectores: reguladas y no reguladas.

Las instituciones financieras reguladas, son las que para su formación y operación se rigen por las leyes específicas emitidas para normar el sector financiero, por lo que son fiscalizadas y supervisadas por la Superintendencia de Bancos, entre las que se encuentran: bancos, sociedades financieras, aseguradoras, afianzadoras, almacenadoras, casas de cambio y otras que la ley disponga. Las entidades no reguladas se rigen por la legislación genérica de carácter mercantil y no están sujetas a dicha fiscalización y supervisión.

4.2.1. Modelos de sistemas financieros

Actualmente, los modelos de sistemas financieros mundiales, se enmarcan dentro de dos grandes categorías: los de banca especializada y los de banca universal. Aunque, como lo demuestran diversos estudios de la legislación financiera comparada puede extraerse una gama mucho más amplia de modelos de sistemas financieros.

- Banca especializada: se caracteriza por el hecho de que los intermediarios financieros limitan sus actividades a segmentos específicos y en muchos casos excluyentes del mercado financiero. Adicionalmente, por establecer un régimen legal particular, cuyo propósito es proveer el servicio financiero a cierta región o sector económico por lo que las instituciones únicamente pueden realizar aquellas operaciones propias de su giro específico, teniendo vedada la realización de otras

operaciones financieras. La comisión de legislación financiera guatemalteca, define a la banca especializada como: “el tipo de banca que realiza las operaciones de intermediación financiera específicamente definidas en la Ley de Bancos, para bancos comerciales e hipotecarios”.⁴⁵

- Banca múltiple: se caracteriza por que las entidades financieras pueden realizar sus operaciones con libertad, lo que les permite operar en cualquier actividad y en cualquier plazo. También se define como: “un sistema en el cual las instituciones financieras pueden desarrollar cualquier tipo de operaciones propias de su carácter financiero, siempre que cumplan con los requisitos legales y reglamentarios de carácter general establecidos.”⁴⁶
- Banca universal: es la banca que puede realizar inversión directa en acciones de empresas, genera economías de escala y de elevado alcance, generalmente es identificada por el modelo alemán de organización bancaria. Puede ser definida como: “la organización del negocio bancario, que permite la oferta de todos los productos, servicios y operaciones financieras, a todos los clientes potenciales y en todos los mercados de posible operación.”⁴⁷

⁴⁵ Superintendencia de Bancos, **Proyecto de modificaciones técnicas y legales a la Ley de Bancos**, pág. 12

⁴⁶ Superintendencia de Bancos, **Revista visión financiera número 43, año V**, pág. 6

⁴⁷ Tamames Santiago Ramón, **Ob. Cit**; pág. 54.

4.3. Legislación aplicable

Las entidades que participan dentro del sistema financiero nacional, lo hacen con base a un conjunto de normas que establecen las relaciones, contratos y operaciones que están permitidas, con el propósito de garantizar a los entes económicos y a la población en general, la transparencia de las operaciones, a fin de cumplir con el propósito del bien común perseguido por el Estado.

El sistema bancario es por así decirlo un bien social. Por este motivo, con mayor o menor grado de intensidad, el sistema bancario y por extensión todo el sistema financiero, es objeto de regulación y supervisión por todos los gobiernos del mundo.

Las principales normas que ordenan el sistema financiero en el país, van desde las de orden constitucional, orden legal ordinario y reglamentario.

4.3.1. Constitución Política de la República de Guatemala

Su organización formal está fundamentada en la Constitución Política de Guatemala, vigente a partir del 14 de enero de 1986, que en la Sección Décima, referente al Régimen Económico y Social, en su Artículo 132 establece:

“(…) Moneda. es potestad exclusiva del Estado, emitir y regular la moneda, así, como formular y realizar las políticas que tiendan a crear y mantener condiciones cambiarias y crediticias favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional. Las actividades monetarias, bancarias y financieras, estarán organizadas bajo el sistema de banca central, el cual ejerce vigilancia sobre todo lo relativo a la circulación de dinero y a la

deuda pública. Dirigirá este sistema, la Junta Monetaria de la que depende el Banco de Guatemala, entidad autónoma con patrimonio propio, que se regirá por su Ley Orgánica y la Ley Monetaria”.

Seguidamente, en su Artículo 133 la Constitución Política de Guatemala, establece que la Junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional. Asimismo, reconoce como órgano de supervisión a la Superintendencia de Bancos, la cual ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de créditos, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.

4.3.2. Leyes ordinarias y reglamentarias

La organización bancaria en nuestro país, se encuentra regulada por un conjunto de leyes, reglamentos y disposiciones especiales dictadas por el Congreso de la República y la autoridad monetaria, entre las que podemos citar:

a. Ley Monetaria

Emitida según el Decreto número 17-2002 del Congreso de la República, del 24 de abril de 2002, vigente a partir del uno de junio del 202. Norma técnicamente lo relacionado con la materia de la moneda y define la unidad monetaria de Guatemala, denominada quetzal, la cual se encuentra dividida en cien partes iguales denominados centavos.

b. Ley Orgánica del Banco de Guatemala

Emitida según el Decreto número 16-2002 del Congreso de la República, del 23 de abril de 2002, vigente a partir del uno de junio del 202. Esta ley da nacimiento a un banco con carácter autónomo, denominado Banco de Guatemala y se rige por las disposiciones de esta ley y la Ley Monetaria. En dicha ley se establecen los órganos encargados de la dirección y administración del mismo, siendo uno de ellos la Junta Monetaria. Además de establecer las funciones generales de operación del Banco de Guatemala, norma las funciones específicas que el banco mantendrá con el Estado, siendo las de consejero, agente fiscal y banquero del Estado.

c. Ley de Bancos y Grupos Financieros

Emitida por el Congreso de la República, bajo el Decreto 19-2002. Establece los procedimientos para la constitución y autorización de las instituciones bancarias, su organización administrativa, el capital y reservas, las clases de bancos y sus operaciones, la intervención de instituciones por parte del órgano de supervisión, las disposiciones penales y el concurso de quiebra, liquidación y procedimientos de resolución bancaria. Esta ley se constituye en uno de los pilares principales sobre el cual se fundamenta el sistema financiero supervisado en Guatemala.

d. Otras disposiciones reglamentarias

Las anteriores son las principales normas ordinarias que rigen el sistema financiero nacional, no obstante, existen otras disposiciones de observancia general, entre las que se encuentran las emitidas por la autoridad monetaria, a través de la Junta Monetaria, Superintendencia de Bancos y el Banco de Guatemala. Algunas de las disposiciones

más importantes que podemos mencionar son: el Reglamento para la Auditoría Externa de las Instituciones Financieras de Guatemala, el Reglamento para la Constitución y Fusión de Bancos y Autorización de Sucursales y Agencias Bancarias, la Ley Transitoria del Régimen Cambiario, el Reglamento para la Adquisición de Acciones por Parte de las Instituciones Bancarias Nacionales, el Reglamento para la Valuación de Activos Crediticios y Normas para determinar y Clasificar los de Recuperación Dudosa y el Manual de Instrucciones Contables para Bancos y Sociedades Financieras. En su mayor parte, éstas disposiciones son de carácter prudencial, orientadas bajo un enfoque de autorregulación bancaria y son emitidas por la Junta Monetaria, con aprobación técnica del Banco de Guatemala y la Superintendencia de Bancos.

4.4. Autoridad legal

La autoridad legal para ejercer la vigilancia e inspección de las entidades que participan en el sistema financiero nacional supervisado, de acuerdo al marco legal jurídico vigente en Guatemala, lo establece el Artículo 133 de la Constitución Política de Guatemala , que dice: “La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga”. Las funciones y atribuciones del órgano de supervisión, establecidas conforme ley, se encuentran en el Decreto 18-2002, Ley de Supervisión Financiera del Congreso de la República de Guatemala, que en su Artículo 1 establece: “La Superintendencia de Bancos es un órgano de banca central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta

Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros (...)” La autoridad legal establecida constitucionalmente, faculta a la Superintendencia de Bancos a realizar una supervisión y fiscalización del sistema financiero guatemalteco.

4.5. Historia de crisis bancarias

En el período de 1980 a 1996 por lo menos dos tercios de los países miembros del Fondo Monetario Internacional (FMI) tuvieron problemas bancarios; y por lo mismo cada país padeció un problema bancario serio. Estas crisis han sido más severas en los países en vías de desarrollo como los países latinoamericanos, tales como México, República Dominicana, Venezuela, Argentina, etc.; que en los países industrializados, tales como Estados Unidos o algunos países europeos.

La crisis bancaria puede definirse como aquella situación en que una institución bancaria, o bien, un grupo significativo de bancos posee un exceso de pasivos con respecto a sus activos, conduciendo a corridas de depósitos, colapso de algunas instituciones financieras y la intervención por parte del gobierno, mediante el ente supervisor.

El riesgo de una eventual crisis bancaria o financiera siempre ha estado presente en cualquier economía, máxime en aquellos países que participan en mercados globalizados; las crisis no solo afectan a un sector de la economía, se expanden

abarcándola en su conjunto. Muchas economías altamente desarrolladas con mercados sofisticados y sistemas bancarios que operan desde hace muchos años han tenido quiebras o crisis bancarias durante los pasados 30 años. Los banqueros centrales le temen a las quiebras bancarias extendidas ya que ellas exacerban recesiones cíclicas y pueden llevar a una crisis financiera.

No es sorprendente que estos episodios de quiebras han dado como resultado en numerosos cambios legales y de regulación prudencial en los países afectados, que fueron diseñados para disminuir la probabilidad de quiebras bancarias futuras y su respectivo costo, tanto financiero como social. El capital bancario pretende amortiguar la inestabilidad económica de los países, al aumentar los niveles de capital necesarios para que éste sea más sensitivo a los riesgos, estabilizando el sistema bancario y disminuyendo la incidencia y el costo de las quiebras bancarias.

4.5.1. Experiencia en Guatemala

La quiebra de bancos, en la historia económica guatemalteca, era un hecho extraordinario. Se pensaba que la banca era sólida y la sociedad tenía confianza plena en las instituciones, las que no habían dado señales de problemas financieros. No obstante, hace varias décadas algunos bancos presentaron dificultades financieras, pero el Estado absorbió las pérdidas de acuerdo con la legislación vigente de esa época, y no creando inestabilidad financiera.

Ya en la década de los noventa, ocurrieron algunas situaciones especiales en la banca gubernamental, como lo fue la intervención del Banco Nacional de la Vivienda, el cual fue liquidado en enero de 2004, y la transformación del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola BANDESA, en un banco mixto, siendo ahora el Banco de Desarrollo Rural, S.A. -BANRURAL-.

Así mismo, en el año de 1998, se presentaron problemas en la Financiera Agrocomercial, S. A., la cual no fue intervenida administrativamente ni se financió con líneas de crédito contingentes del Banco de Guatemala, en virtud que sus captaciones se realizaban a través de la emisión de títulos valores. Su liquidación se concilió entre sus inversionistas y prestatarios, disponiéndose la constitución de un fideicomiso para manejar el monto adeudado y la finalización de sus operaciones de una forma ordenada.

A principios de la presente década, comenzaron a darse sucesos novedosos en la historia bancaria, tal como la intervención administrativa, ordenada por Junta Monetaria, al Banco Empresarial, S. A. (febrero de 2001); al Banco Metropolitano, S. A. y al Banco Promotor, S. A. (estos últimos en marzo de 2001). La intervención de estos bancos se realizó en virtud que presentaban serios problemas financieros y graves irregularidades administrativas, por lo que fue necesaria la aplicación del Decreto 5-99 del Congreso de la República de Guatemala, Ley para la Protección del Ahorro - FOPA - (actualmente derogada por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, pues se incorporaron a ésta, todos los aspectos relacionados con el seguro de depósitos).

Posteriormente, para preservar la solidez del sistema bancario nacional, se propicio la fusión por absorción del Banco del Ejército, S. A. y Banco del Nororiente, S. A., con el Crédito Hipotecario Nacional, las cuales quedaron formalizadas en abril y junio de 2003.

La experiencia local e internacional, demuestra que la intervención estatal no logra revertir las causas que llevan a las entidades a la insolvencia, dando lugar a enormes costos para el Estado, y en algunos casos, concluyen hasta con demandas presentadas por los propios accionistas del banco en problemas. Por su parte, la liquidación judicial resulta sumamente costosa en términos económicos, ya que la administración y recuperación de los activos en el ámbito judicial es, generalmente, muy tardada y dichos activos pierden muy rápidamente su valor, con consecuencias muy serias para los depositantes y acreedores.

En cuanto a la experiencia guatemalteca, en el año 2001, la Junta Monetaria resolvió intervenir administrativamente los tres bancos mencionados, por presentar serios problemas de liquidez, solvencia y rentabilidad; con el fin de preservar la liquidez del sistema financiero y garantizar el buen funcionamiento del sistema de pagos. Cabe señalar, que el Banco de Guatemala, como prestamista de última instancia, concedió tres líneas de crédito contingentes para dar soporte financiero a las intervenciones y salvaguardar los intereses de los depositantes, evitando una posible corrida de depósitos que pudiera desembocar en un pánico financiero.

Las intervenciones indicadas se efectuaron con base en el Artículo 15 de la Ley para la Protección del Ahorro –FOPA-, hasta ese entonces vigente, en el que se establecía que

en las instituciones bancarias en las que se detectara, a criterio de la Superintendencia de Bancos, graves irregularidades administrativas o serios problemas financieros que pongan en peligro su posición de liquidez, solvencia o solidez patrimonial, quedaban sujetas a intervención.

De acuerdo con el documento del Banco de Guatemala procesos recientes de intervención administrativa de bancos, adelantos y líneas de crédito contingentes 1998-2004, las líneas de crédito otorgadas y el impacto neto en la monetización al 31 de enero de 2004, es en total de Q.1,821.1 millones y se señala que a esa fecha, las intervenciones de bancos en Guatemala no habían afectado ostensiblemente al PIB ni a las principales variables macroeconómicas, tales como la tasa de interés, el tipo de cambio y el nivel de precios, los cuales han permanecido estables.

Lo anterior puede atribuirse, en gran parte, a las acciones implementadas por la autoridad monetaria: el otorgamiento de líneas de crédito contingentes para cubrir las obligaciones de los bancos respectivos, de las cuales alrededor del 47% se otorgó en certificados de depósito a plazo -CDPs-; la exclusión del pago a los accionistas y empresas vinculadas; la suspensión de los derechos patrimoniales y administrativos de los accionistas; y, la política de información al mercado.

El costo potencial de resolución de la intervención de los tres bancos indicados representa aproximadamente 0.59 % del PIB, cifra que incluso se encuentra muy por debajo de los costos incurridos en países desarrollados; sin embargo, actualmente los tres bancos intervenidos están pendientes de liquidación judicial. Como se observó en

los ejemplos precitados, el costo de la resolución de crisis bancarias es bastante alto, llegando a afectar a la economía en general de un país, una supervisión bancaria eficaz es importante para minimizar el riesgo de que se presenten éstas, de hecho en algunos países después de solucionar la crisis bancaria se vio la necesidad de fortalecer la supervisión bancaria.

4.5.2. Efectos de generales de crisis bancarias

Las crisis bancarias propician efectos adversos sobre el sector real de la economía. En la mayoría de casos, los países registran promedios de crecimiento económico más bajo en los cinco años posteriores a las crisis, que en los cinco años anteriores a las mismas. En muchos casos la moneda local tiende a depreciarse durante las crisis así como en el periodo posterior, debido principalmente a la incertidumbre en los mercados financieros locales y a la fuga de capitales.

Los costos de las crisis bancarias se distribuyen entre los que impactan directamente en los presupuestos de los gobiernos, es decir, los costos fiscales, y los que se derivan de los préstamos de rescate que otorgan los bancos centrales, es decir, los costos cuasi-fiscales. Los problemas bancarios pueden provocar efectos más severos en la economía que aquellos que se originan en empresas no financieras y se pueden dar mediante diferentes mecanismos.

La capitalización de bancos insolventes, con recursos públicos, afecta los esfuerzos para controlar el déficit fiscal, ocasiona una transferencia de los causantes a los bancos y

puede propiciar un desplazamiento de recursos financieros hacia el sector público. Si la capitalización se acompaña de disminuciones en el otorgamiento de créditos y ampliaciones en los márgenes de intermediación se afecta el crecimiento económico.

La problemática bancaria también influye sobre la política monetaria, debido a que distorsiona los vínculos normales que existen entre los instrumentos monetarios y las variables objetivo. Derivado de la alta integración de los mercados financieros internacionales, los problemas bancarios requieren especial atención ya que sus consecuencias internas en las económicas repercuten en otros países.

4.6. El Fideicomiso de administración en el proceso de resolución bancaria

En el esquema tradicional, cuando una entidad financiera presenta problemas de solvencia, y ha agotado todos los recursos para superarlos sin resultados positivos, generalmente se adopta alguno de los siguientes dos caminos: la intervención de la entidad por parte del Estado, o la liquidación judicial. La experiencia local e internacional demuestra que la intervención estatal no logra revertir las causas que llevaron a la entidad a la situación de insolvencia y/o iliquidez, al tiempo que causa enormes costos para el Estado que se traducen en costos sociales y en algunos casos concluye con demandas a accionistas del banco con problemas, o en su caso, de dichos accionistas a las entidades o funcionarios que tuvieron que ver con la intervención.

Toda resolución bancaria, entendida ésta como el conjunto de medidas adoptadas para solucionar o prevenir una crisis bancaria, es una situación traumática, en la que el Estado interviene cuando los mecanismos de mercado resultan insuficientes, para evitar o reducir los costos sociales asociados al evento. La liquidación judicial, por su parte, también resulta sumamente costosa en términos económicos, ya que la administración y recuperación de activos en el ámbito judicial es, en general, extremadamente ineficiente. Los estrados judiciales no están en condiciones de administrar los activos de un banco de forma adecuada y, por lo tanto, éstos pierden su valor rápidamente.

La experiencia de varios países demuestra que en las liquidaciones judiciales el recupero de los activos es aproximadamente del 10%; el resto lo pierden los depositantes y acreedores, o el Estado si se hace cargo de parte o la totalidad de esos pasivos.

En cualquier liquidación o quiebra bancaria hay, además, otros costos más difíciles de cuantificar, pero no menos importantes: el impacto sobre la confianza del sistema financiero (efecto contagio), la interrupción parcial de los servicios financieros, la pérdida de puestos de trabajo, la eventual desbancarización de los clientes de la entidad quebrada, y la carga administrativa adicional para la Superintendencia de Bancos y el sistema judicial.

Para contrarrestar lo anterior se han puesto en práctica mecanismos que, en general, dentro de la entidad que se ha tornado inviable, se identifican los elementos propios de un banco malo, con otros característicos de un banco bueno. Esta es una solución

menos costosa que la intervención tradicional, en virtud procurará preservar los elementos buenos, separándolos de los malos, a los que sí se les aplicará la solución tradicional (liquidación judicial).

Este mecanismo es precisamente uno de los espíritus de la legislación financiera guatemalteca, la cual ha incorporado un moderno esquema de resolución bancaria, acorde con las actuales tendencias internacionales de supervisión bancaria, que recoge, entre otros, las expectativas exitosas de varios países. Este nuevo enfoque ofrece una alternativa socialmente beneficiosa, comparada con la tradicional intervención y liquidación judicial forzosa.

Esta concepción moderna también encuentra sustento en los principios básicos de Basilea para una supervisión bancaria efectiva, universalmente aceptados como las mejores prácticas en materia de supervisión bancaria. Precisamente, el primero de estos veinticinco principios establece las precondiciones para una efectiva supervisión bancaria, entre las que menciona un marco legal adecuado para la supervisión bancaria, que brinde al organismo de supervisión facultades para imponerlo, así como independencia operativa y protección legal para los supervisores.

Adicionalmente, el principio veintidós establece que los supervisores bancarios deben tener a su disposición medidas adecuadas para iniciar acciones correctivas cuando los bancos incumplan en requisitos prudenciales (como los requerimientos mínimos de capital) o violen regulaciones prudenciales, o cuando los depositantes se encuentren amenazados, incluyendo la potestad de revocar la autorización para operar a las

entidades financieras, en los casos extremos. Así, la legislación financiera guatemalteca, sustentada en los principios mencionados, ha establecido un esquema de resolución bancaria basado en la exclusión de activos y pasivos.

4.7. El proceso de exclusión de activos y pasivos en una institución bancaria

Cada uno de los componentes que describen al proceso de exclusión de activos y pasivos son definidos a continuación:

Exclusión de activos: se entiende por exclusión de activos, la selección y traslado de activos, que la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos realiza en la entidad sujeta al régimen de suspensión de operaciones, al fideicomiso administrado por la entidad elegida para el efecto. Dicha Junta es nombrada por la Junta Monetaria, a propuesta de la Superintendencia de Bancos, el día siguiente de dispuesta la suspensión de operaciones de la entidad bancaria.

Exclusión de pasivos: se entiende por exclusión de pasivos, la selección que la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos realiza de los depósitos y pasivos laborales de la entidad sujeta al régimen de suspensión de operaciones, para ser trasladados a otra u otras entidades bancarias. En la literatura especializada la exclusión de activos y pasivos, se conoce como good bank - bad bank, o el banco bueno y el banco malo, aludiendo a la escisión en dos de un banco con problemas que ha sido intervenido por el ente supervisor.

En un banco en problemas, cualquiera sea el origen de éstos, se produce un deterioro de sus activos (solventía) que, en ausencia de correctivos (cuando ellos están disponibles), conducen al cierre de la entidad, produciéndose los costos que resulta valioso y conveniente evitar. La exclusión de activos y pasivos una herramienta de la resolución bancaria, cuya utilización parte del supuesto de que, en un banco en problemas, habrá casos en los que no todos los activos se habrán deteriorado, de modo que todavía existirá algún respaldo para pasivos que resulta particularmente valioso preservar desde el punto de vista social.

Entonces pues, la exclusión de activos y pasivos consiste en separar el banco bueno del banco malo, para que otras entidades del sistema asuman los pasivos del banco bueno, compensándose las con certificados de participación en un fideicomiso que recupera los activos del banco bueno. Dispuesta la citada exclusión, la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos debe comunicarlo a la Superintendencia de Bancos para que ésta elija la entidad fiduciaria que administrará el fideicomiso, cuyo objeto será administrar y realizar los activos excluidos para la cancelación de los certificados de participación emitidos. A la hoja de balance así conformada (pasivos transferidos y certificados de participación - activos -) se le denomina unidad de negocio.

4.7.1. Causales para una exclusión de activos y pasivos

De conformidad con lo establecido en la normativa legal, contenida en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, la aplicación de un proceso de exclusión de activos y pasivos,

parte de la premisa fundamental que la entidad se encuentre en suspensión de operaciones. Esta suspensión de operaciones puede darse, en los casos siguientes:

- a) Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones,
- b) Cuando presente deficiencia patrimonial superior al cincuenta por ciento del patrimonio requerido; y,
- c) Otras razones debidamente fundamentadas en informe de la Superintendencia de Bancos.

4.7.2. Base legal y legislación aplicable

La base legal del proceso de exclusión de activos y pasivos se encuentra contenida y reglamentado en la Ley de Bancos y Grupos Financieros y en el Reglamento de la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, Resolución de Junta Monetaria JM-223-2002; como ya se indicó, este inicia con la suspensión de operaciones de una entidad bancaria, determinada por la Junta Monetaria, todo el proceso se encuentra regulado de conformidad con el Título IX Regularización, Suspensión de Operaciones y Exclusión de Activos y Pasivos, de la referida Ley de Bancos y Grupos Financieros.

El Artículo 70, de la referida ley, indica que cuando un banco o una sociedad financiera presenté deficiencia patrimonial, debe informarlo inmediatamente a la Superintendencia de Bancos; asimismo, dentro del plazo de cinco días a la fecha de su informe, debe presentar a ésta un plan de regularización. Si dicha deficiencia fuera determinada por la Superintendencia de Bancos, el banco o la sociedad financiera deberá presentar el plan de regularización dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que la

Superintendencia de Bancos lo notifique. Quien a su vez, en el plazo de cinco días siguientes a la fecha de la presentación del mismo, lo aprobará, rechazará por considerarlo inviable o le formulará enmiendas.

De ser rechazado el plan o requerir enmiendas, el banco o la sociedad financiera deberá presentar el plan corregido dentro del plazo de los cinco días siguientes a la fecha en que la Superintendencia de Bancos se lo notifique. Ésta última, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de haber recibido el plan corregido, lo aprobará o lo rechazará; en este último caso, por considerarlo no viable.

En caso de rechazo del plan corregido, o si la entidad de que se trate no lo presenta en los plazos establecidos, se procederá a la aplicación de las demás medidas establecidas en la referida ley. De conformidad con el citado artículo, la entidad financiera deberá iniciar las acciones que correspondan para subsanar la deficiencia patrimonial desde el momento en que ésta se determine. Este artículo establece que la entidad financiera de que se trate, debe ejecutar el plan de regularización aprobado, dentro del plazo que se le fije, el cual no puede exceder de tres meses contado a partir de la fecha de su aprobación.

Cuando una entidad esté sometida a un plan de regularización no podrá pagar dividendos ni otorgar préstamos a sus accionistas, gerente general o a empresas vinculadas o relacionadas a ésta. El artículo y ley citada, establece que el plan de regularización deberá contener como mínimo alguna o todas las medidas siguientes, según el caso:

- a) La reducción de activos, contingencias y/o la suspensión de operaciones sujetas a requerimiento patrimonial;
- b) La capitalización de reservas y/o utilidades necesarias para cubrir las deficiencias patrimoniales;
- c) El aumento del capital autorizado y la emisión de acciones en el monto necesario para cubrir las deficiencias patrimoniales.
- d) El pago con sus propias acciones a sus acreedores, con el consentimiento de éstos;
- e) La contratación de uno o más créditos subordinados dentro de la estructura de capital del banco;
- f) La venta en oferta pública de un número de acciones del banco o la sociedad financiera que, colocadas a su valor nominal o a uno distinto, permitan subsanar total o parcialmente, según sea el caso, la deficiencia patrimonial, observando lo dispuesto en el Artículo 19 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Si el banco o la sociedad financiera no cuenta con suficiente capital autorizado para emitir el monto de acciones requerido, entonces, el capital autorizado se entenderá automáticamente incrementado por ministerio de la ley, en la suma que fuere necesaria para cubrir la deficiencia; y,
- g) La enajenación o negociación de activos y/o pasivos.

El Artículo 19 citado, indica que cuando la sucursal de un banco extranjero presente deficiencia patrimonial, la Superintendencia de Bancos lo comunicará a la casa matriz, quien deberá subsanar la deficiencia dentro del plazo de treinta días, contado a partir

de la fecha de la comunicación. En caso de no subsanarse dicha deficiencia, se le aplicará el régimen de suspensión de operaciones y exclusión de activos y pasivos.

Por su parte el Artículo 71 de esta ley, obliga a la Superintendencia de Bancos a mantener informada a la Junta Monetaria sobre los bancos y las sociedades financieras que presenten deficiencia patrimonial, éstos a su vez, deben rendir informes sobre su posición patrimonial a la Superintendencia de Bancos, con la periodicidad que ésta determine.

El Artículo 72, de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, regula lo relacionado con la deficiencia patrimonial de los grupos financieros, indicando que cuando éstos presenten deficiencia patrimonial, la empresa controladora o la empresa responsable, deben informarlo inmediatamente al órgano supervisor y subsanar dicha deficiencia. De no subsanarse, la Superintendencia de Bancos solicitará a juez competente la disolución correspondiente, de la empresa deficitaria. La empresa controladora o empresa responsable deberá rendir informes de la forma y periodicidad que le sean requeridos, sobre la posición patrimonial consolidada del grupo financiero e individual de cada una de las empresas integrantes.

En cuanto a los planes de regularización, el Artículo 73, de la referida ley, indica que los bancos también estarán obligados a presentar planes de regularización con los plazos y características mencionados, cuando la Superintendencia de Bancos detecte lo siguiente:

- a) Incumplimiento de manera reiterada de las disposiciones legales y regulatorias aplicables, así como de las instrucciones de la Superintendencia de Bancos;
- b) Deficiencias de encaje legal por dos meses consecutivos o bien por tres meses distintos durante un período de un año;
- c) Existencia de prácticas de gestión que a juicio de la Superintendencia de Bancos pongan en grave peligro su situación de liquidez y solvencia; y,
- d) Presentación de información financiera que a juicio de la Superintendencia de Bancos no es verdadera o que la documentación sea falsa.

Por su parte el Artículo 74, faculta a la Superintendencia de Bancos, para designar, durante el período de la regularización a un delegado con derecho a veto en las decisiones que adopte el banco encaminadas a impedir la realización del plan de regularización, lo cual no significa que ejerza funciones de co-administración. Según el Artículo 76, no se podrá solicitar la liquidación voluntaria ante el juez a menos que se obtenga la autorización previa de la Superintendencia de Bancos, que sólo podrá ser otorgada cuando al menos hubiesen sido satisfechas íntegramente todas las acreedurías de la entidad. El Artículo 77, establece que mientras dure el régimen de suspensión, todo proceso de cualquier naturaleza o medida cautelar que se promueva contra el banco o la sociedad financiera de que se trate quedará en suspenso. Asimismo, durante la suspensión la entidad no podrá contraer nuevas obligaciones y se suspenderá la exigibilidad de sus pasivos, así como el devengamiento de sus intereses.

En cuanto al proceso en sí, de la exclusión de activos y pasivos, se encuentra regulado en los Artículos del 78 al 84; contenidos en el capítulo II, del título IX, de la referida ley.

En ese sentido el Artículo 78, regula lo relacionado con la conformación de la junta de exclusión de activos y pasivos, indicando que la Junta Monetaria, a propuesta de la Superintendencia de Bancos, a más tardar al día siguiente de dispuesta la suspensión de operaciones, deberá nombrar una Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, conformada por tres miembros, quienes estarán relevados, como cuerpo colegiado o individualmente considerados, a prestar fianza o garantía por su actuación. Dichos miembros tienen todas las facultades legales para actuar judicial y extrajudicialmente dentro del ámbito de las atribuciones que le señala la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Tendrán, además, las facultades que se requieran para ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean del giro de sus atribuciones.

Por ministerio de la ley y por razones de interés social, los derechos que incorporan las acciones de la entidad de que se trate quedan en suspenso y sus directores o administradores quedan separados de sus cargos. La Junta de Exclusión de Activos y Pasivos dependerá funcionalmente del Superintendente de Bancos, y dará cuenta de sus actuaciones a la Junta Monetaria por medio de ésta.

De conformidad con el Artículo 79, de la referida ley, la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos estará facultada para adoptar la aplicación de una o todas, sin orden determinado, de las medidas siguientes:

- a) Determinar las pérdidas y cancelarlas con cargo a las reservas legales y otras reservas y, en su caso, con cargo a las cuentas de capital;

- b) Disponer la exclusión de los activos en el balance de la entidad suspendida, por un importe equivalente o mayor al de los pasivos mencionados en el inciso c) de este artículo, y la transmisión de estos activos a un fideicomiso administrado por la entidad elegida por la Superintendencia de Bancos; los activos excluidos se tomarán de acuerdo con normas contables, a su valor en libros, neto de provisiones, reservas y cualquier otro ajuste que determine la Superintendencia de Bancos conforme a las normas y regulaciones prudenciales existentes;
- c) Excluir del pasivo todos los depósitos hasta por el monto cubierto por el Fondo para la Protección del Ahorro. En caso que el valor estimado de los activos en el fideicomiso mencionado en el inciso b) del citado Artículo 79 así lo permita, se excluirá también el resto de los depósitos a prorrata; y,
- d) Transferir los pasivos indicados en los incisos anteriores a otro u otros bancos, quienes recibirán como contrapartida un monto equivalente a tales pasivos en certificados de participación que para el efecto emita el fideicomiso a que se refiere el inciso b) antes citado, neto de los costos de transacción autorizados por la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos. Para realizar dicha transferencia no se requiere el consentimiento del deudor o acreedor.

Estas funciones y atribuciones fueron reguladas más detalladamente en el anexo a la Resolución de Junta Monetaria JM-223-2002, Reglamento de la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos. De conformidad con el Artículo 80, de la referida ley, los procesos iniciados y las medidas cautelares decretadas, que tiendan a afectar los activos excluidos, cuya transferencia hubiese sido dispuesta por la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos conforme a esta Ley, quedarán en suspenso.

En cuanto a la participación del Fondo para la Protección del Ahorro, el Artículo 81, de esta ley, indica que éste podrá, a requerimiento de la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, realizar aportes, aún sin contraprestación, al fideicomiso a que se refiere el Artículo 79 de la referida ley. Adicionalmente, el citado fondo podrá comprar a valor facial, los certificados de participación en el fideicomiso, asimismo podrá celebrar contratos de compra venta sobre parte o la totalidad de dichos certificados. En ningún caso el total de las erogaciones efectuadas por éste, podrán superar el monto de los depósitos del banco suspendido, cubiertos por la garantía del mismo. El Artículo 82, regula lo relacionado con la suspensión definitiva de operaciones, indicando que la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, dentro de los cinco días de concluida la transferencia de activos y pasivos, rendirá informe por escrito a la Junta Monetaria sobre el resultado de su gestión.

En igual plazo, la Junta Monetaria, a petición de la Superintendencia de Bancos, deberá revocar la autorización para operar de la entidad de que se trate. Según el Artículo 83, de la referida ley, la Junta Monetaria, dentro del plazo de quince (15) días de recibido el informe a que se refiere el Artículo 82, precitado, instruirá a la Superintendencia de Bancos para que solicite a un juzgado de primera instancia del ramo civil, la declaratoria de quiebra de la entidad de que se trate.

El juzgado que conozca de tal solicitud deberá resolver la declaratoria de quiebra dentro del plazo de cinco (5) días contado a partir del día en que reciba dicha solicitud. Para los efectos de la indicada declaratoria de quiebra, el juzgado tomará como base el

balance proporcionado por la Superintendencia de Bancos, que resulte después de efectuarse la exclusión y transmisión de activos y pasivos. De conformidad con el Artículo 84, de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, cualquier saldo o remanente de valor que quedare en el fideicomiso, una vez pagados todos los certificados de participación en el mismo, se trasladará al Fondo para la Protección del Ahorro, hasta por el monto aportado por éste al fideicomiso indicado; si queda algún remanente se trasladará a la liquidación judicial.

El fundamento legal para la creación del Fondo para la Protección del Ahorro se encuentra en el Artículo 85 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, mientras que el Artículo 86 de la misma, regula las fuentes de financiamiento del mismo, las cuales estarán constituidas por:

- a) Las cuotas que obligatoriamente deberán aportar los bancos nacionales y sucursales de bancos extranjeros;
- b) Los rendimientos, multas e intereses de las inversiones de los recursos de dicho fondo;
- c) Los recursos en efectivo que se obtengan en virtud del proceso de liquidación del banco de que se trate;
- d) Los recursos en efectivo que se obtengan de la venta de los activos que le hubieren sido adjudicados, en virtud del proceso de liquidación del banco de que se trate;
- e) Los aportes del Estado para cubrir deficiencias o ampliar su cobertura; y,
- f) Otras fuentes que incrementen los recursos del mismo.

Los recursos del Fondo para la Protección del Ahorro serán inembargables, no tendrán carácter devolutivo y sólo podrán ser aplicados para las finalidades previstas en la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Según el Artículo 87 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros establece que serán reintegrados montos hasta veinte mil quetzales, o su equivalente en moneda extranjera, por persona individual o jurídica que tenga depósitos constituidos en un banco privado nacional o sucursal de banco extranjero. Para tal efecto se excluirán los intereses pendientes de capitalización, y las cuentas mancomunadas se entenderán abiertas por una sola persona, individual o jurídica, excepto en aquéllas en las que uno de los titulares sea diferente.

El valor de cobertura deberá ser modificado por la Junta Monetaria cuando el porcentaje de cuentas de depósitos, cuyos saldos sean menores o iguales al monto de cobertura vigente, se sitúe por debajo del noventa por ciento del total de cuentas de depósitos abiertas en los bancos nacionales y sucursales de bancos extranjeros. Para el efecto, la Superintendencia de Bancos verificará los extremos anteriores y, al darse el caso señalado, presentará a la Junta Monetaria la propuesta de revisión del monto de cobertura, que permita que éste cubra totalmente a no menos del noventa por ciento de las referidas cuentas.

Si el depositante es al mismo tiempo prestatario del banco, se deberán compensar ambos saldos únicamente por las cantidades que sean líquidas, exigibles y de plazo vencido. De la misma manera, en el caso de cuentas de depósitos abiertas en forma mancomunada, si alguno de los depositantes es al mismo tiempo prestatario del banco se deberán compensar los saldos en la proporción que le corresponda al deudor.

En ambos casos, si después de realizar la compensación de mérito existiere saldo a favor del depositante, dicho saldo será restituido hasta por el monto máximo de cobertura a que se refiere el presente artículo. De conformidad con el Artículo 87, de la referida Ley de Bancos y Grupos Financieros, no se incluyen en la cobertura a los depósitos siguientes:

- a) Los de las personas individuales o jurídicas vinculadas con el banco de que se trate; y,
- b) Los de los accionistas, miembros del consejo de administración, gerentes, subgerentes, representantes legales y demás funcionarios del banco respectivo.

Las cuotas que los bancos deben aportar mensualmente a la formación del Fondo para la Protección del Ahorro, durante los dos primeros años de vigencia de la Ley de Bancos y Grupos financieros, según el Artículo 88 de esta ley, serán el equivalente a una doceava parte del uno por millar del promedio mensual de la totalidad de las obligaciones depositarias que registren tales entidades, durante el mes inmediato anterior.

La Junta Monetaria, transcurrido el período a que se refiere el párrafo anterior, y previo informe de la Superintendencia de Bancos, podrá, con el voto favorable de las tres cuartas partes de los miembros que la integran, modificar dicha cuota. En ningún caso las cuotas serán menores a la doceava parte del uno por millar, ni mayores a la doceava parte del dos por millar, del promedio mensual de la totalidad de las obligaciones depositarias. La modificación que se efectúe a dichas cuotas deberá ser en forma gradual, conforme lo disponga la Junta Monetaria.

Como ya se indicó, el proceso de exclusión de activos y pasivos, consiste en la separación, de un banco con problemas, en un banco bueno y un banco malo. El banco bueno o unidad de negocios, se forma excluyendo y transfiriendo los pasivos privilegiados (depósitos hasta por Q20,000.00 y pasivos laborales) y los activos que aún conservan valor económico. Un banco solvente (el banco comprador) se hace cargo del pago de los pasivos transferidos, y recibe como contrapartida certificados de participación de un fideicomiso creado al efecto, al que se transfieren los activos del banco con problemas, para su eficiente administración y recuperación.

Al transferirse los activos a un fideicomiso, se evitan procesos lentos y costosos, como la determinación del valor de los activos, las auditorías de compra, o las garantías de los bienes transferidos. Adicionalmente, reduce el riesgo de incobrabilidad del banco comprador. La presencia de un administrador independiente (el fiduciario) brinda mayor transparencia al proceso. El resto de activos no transferidos, el banco malo o unidad residual, se transfiere a un juez competente para su liquidación a través del mecanismo habitual de declaratoria de quiebra. Así el proceso de exclusión de activos y pasivos protege a los depositantes y no a los banqueros incapaces de gestionar prudentemente las entidades bancarias.

4.7.4. Requisitos para la exclusión de activos y pasivos

La exclusión de activos y pasivos presenta condicionales cuyo cumplimiento es necesario para su culminación exitosa. Estas condiciones o requisitos hacen, algunos,

a la naturaleza de la operación y otros, al logro de los objetivos más generales. Los requisitos propios de la exclusión de activos y pasivos son, la existencia de un comprador, minimización de efectos, información anticipada a la suspensión y previsión de tareas de conservación de activos y planes de contingencia para operaciones críticas de la entidad.

4.7.4.1 Existencia de un comprador

Sin una entidad bancaria del sistema dispuesta a asumir la unidad de negocio (banco bueno), la exclusión de activos y pasivos pierde sentido. Como es obvio, cuanto mayor sea el número de bancos interesados en comprar la unidad de negocio, se maximizará la posibilidad de que los fines perseguidos se alcancen en mayor grado a través de la puja competitiva entre ellos. El requisito de existencia de un comprador no es dado. Tal existencia puede ser favorecida o desalentada por el organismo supervisor.

Como en cualquier operación de compra-venta, debe existir un bien sujeto de la transacción, y ese bien debe ser conocido por los contratantes, en el sentido que no haya duda de su existencia, estado, propiedad, ausencia de vicios ocultos, etc. Consecuentemente el organismo supervisor debe procurar que los activos y pasivos de la entidad que constituirán la unidad de negocio estén en condiciones de ser examinados por el interesado en comprarlos, lo cual incluye identificación, valuación contable, aporte de toda la información adicional de modo de satisfacer al comprador, tales como calificaciones, auditorias, avalúos.

Debe también intentar resaltar las características de la unidad de negocio que la hacen valiosa y atractiva, todo ello bajo el supuesto de que tales acciones despertarán el interés del comprador o, en el caso de ser varios, agudizarán la puja competitiva entre ellos, reduciendo así el costo de la resolución bancaria, que es uno de los principales objetivos perseguidos por el organismo supervisor que está llevando a cabo la resolución bancaria.

La condición de existencia de un comprador implica para el organismo regulador la asunción de una serie de responsabilidades y la realización en tiempo y forma de tareas específicas, como son:

- Obtención de información de la entidad: esta etapa no se realiza con el objetivo prioritario de calcular la pérdida sufrida por la entidad, o para lograr una valuación contable de calidad. Estos últimos son objetivos valiosos, pero lo obtenido no será el verdadero valor de los activos. Es el mercado quien determinará su valor, cuando el fiduciario recupere los activos cuya administración y recuperación se le habrán encomendado. Una auditoría tradicional obtendrá información, la analizará y validará, en la búsqueda de lo peor del balance: le interesará encontrar los activos malos cuya baja calidad no está reflejada en el balance. En la exclusión de activos y pasivos, lo que los funcionarios de supervisión buscan es lo mejor del balance de la entidad, los activos buenos, los que tienen valor y que por lo mismo será conveniente excluir, para aumentar los activos del fideicomiso y maximizar la cantidad de depósitos no cubiertos que se transfieren al comprador.

- Conformación de un paquete de información: este debe estar compuesto por información relevante y útil para valorar las carteras de activos y examinar la cartera de depósitos. La información relativa a las carteras de activos es especialmente importante en mercados financieros poco desarrollados, en los que muy probablemente no se contará con precios de mercado para una valuación rápida y confiable, por falta de estandarización y prácticas uniformes, así como por una relativa abundancia de operaciones con vinculados. El armado de este paquete de información requiere una tarea de revisión distinta a la acostumbrada en los procedimientos on-site, dado que se procurará identificar los activos buenos, es decir, aquellos con valor económico y, entre ellos, los más valiosos, con el objetivo de convertirlos en un argumento de venta. Cuanto más organizado, completo y transparente sea el paquete de información puesto a disposición de los interesados en la unidad de negocio, más rápida será su decisión; esto es importante debido a que, a esa altura del proceso de exclusión de activos y pasivos, la entidad se encontrará suspendida, y el tiempo de que se dispondrá para la revisión de sus activos y pasivos que se proyecta excluir será muy limitado.
- Unidad de negocios equilibrada: la unidad de negocios que se arma con los activos y pasivos excluidos del banco en problemas, es lo que se conoce como banco bueno. Esta denominación alude a que el conjunto de activos y pasivos puede considerarse como un banco dotado de las características estándar de mercado de las entidades financieras saludables del sistema; es decir, que es

solvente y arroja una rentabilidad acorde con los estándares de mercado. De la unidad de negocio se han quitado todos los elementos que podrían contagiar a las entidades adquirientes. Estos se resumen en el denominado banco malo, que es el conjunto de activos y pasivos que se remiten al juez que conoce la quiebra. Sin embargo, por problemas de valuación y transparencia, los activos recibidos por el comprador no son solo los del banco bueno, sino que también un certificado de participación cuyo respaldo sí es ese conjunto de activos, transferidos a un fideicomiso creado al efecto de proceder a su realización para honrar el mencionado certificado.

Es decir que tanto el activo como el pasivo de la unidad de negocio transferida son valores ciertos, quedando el problema de la determinación del verdadero valor de mercado de los activos en manos del fiduciario. La unidad de negocios es equilibrada, en el sentido de que presenta una rentabilidad positiva y razonable, de modo de no afectar la solvencia del comprador; antes bien, podría mejorar su posicionamiento estratégico en el mercado.

- Otros incentivos: otro factor clave para encontrar un comprador es el conjunto de atractivos adicionales que se tienen disponibles, tal como el uso de fondos de capitalización por parte del comprador de la unidad de negocio derivado de la exclusión de activos y pasivos. En ese sentido por medio del Decreto Número 74-2002 del Congreso de la República, en su Artículo 3, se crea el Fondo Fiduciario de Capitalización Bancaria (FCB), el cual tiene como objeto apoyar financieramente el proceso de saneamiento y fortalecimiento del sistema

bancario nacional, dentro del contexto de procesos de fusión de bancos, adquisición de activos, y procesos de exclusión de activos y pasivos. Según el artículo citado, en casos específicos y cuando sea estrictamente necesario, dicho fondo podrá apoyar financieramente al Fondo para la Protección del Ahorro.

Los recursos del FCB, se encuentran administrados por el Banco de Guatemala, mediante un fideicomiso constituido para tal fin. Las entidades interesadas en la adquisición de una unidad de negocios derivada de un proceso de exclusión de activos y pasivos, pueden solicitar asistencia financiera al comité técnico del fideicomiso del FCB, quien después de analizar dicha solicitud puede otorgar la asistencia financiera solicitada. Las condiciones de desembolso de estos fondos son también importantes a la hora de tornar atractiva la unidad de negocio.

- Fiduciario reputado y posibilidad del comprador de participar en la recuperación de activos del fideicomiso: de las capacidades y habilidades del fiduciario elegido para administrar el fideicomiso dependerá buena parte del monto que se recuperará finalmente, por la venta de los activos con valor económico. Por lo tanto, la elección del fiduciario deberá hacerse de modo que no se transforme en un desincentivo para presentar ofertas por parte de los potenciales compradores. Un paso más allá en este sentido lo constituye la posibilidad para los compradores de participar en la recuperación de activos, actuando como agentes de cobranzas del fiduciario. También, la alternativa de que el comprador puede elegir entre cancelar parte de sus certificados de participación con la recepción de activos del fideicomiso, a valores contables.

- **Transparencia:** todo el proceso de exclusión de activos y pasivos, desde la recolección inicial de información, hasta la resolución final, debe seguir normas y pautas prefijadas, a modo de reducir los riesgos de interrupción comunes a cualquier salida bancaria. Son dos los puntos más sensibles el citado proceso, para que el mismo se desarrolle satisfactoriamente:

a) **Valuación de los activos:** los ajustes sobre el valor de los activos que realiza la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, son estrictamente contables y según normas contables. El comprador no recibe activos para realizarlos, sino una suma fija, expresada en el monto del certificado de participación, que es independiente del monto finalmente recuperado por la realización de activos. El valor real de los activos lo decidirá el mercado, a través de la tarea del fiduciario. Esta es precisamente una de las principales ventajas del esquema de exclusión de activos y pasivos, ya que desliga al órgano de supervisión de la determinación de valores de activos que no sólo no ésta en condiciones de realizar, sino que constituirían un flanco débil a la hora de defender el proceso de salida bancaria.

b) **Puja competitiva:** cuando hubiera más de un interesado en la compra de la unidad de negocio, el proceso debe garantizar que todos las entidades en condiciones de realizar la adquisición sean convocados a realizar ofertas, y debe proveerse un sistema de mejora de ofertas prefijado, claro y comprensible.

- Colaboración del personal de la entidad: sobre este elemento no existen garantías. Pero sí es posible colocar los incentivos correctos para que ello ocurra. En particular, la asunción de los pasivos laborales (junto con los depósitos) por parte del comprador, es un elemento importante de la exclusión de activos y pasivos. A partir de la clarificación del futuro laboral de los empleados de la entidad en problemas, los intereses de los primeros pasan a ser coincidentes con el éxito del proceso de exclusión.

4.7.4.2 Minimización de efectos

Los activos de una entidad en problemas, que no logra revertir el rumbo declinante de su solvencia y desempeño, se deterioran en forma constante. En algún momento y ante la incapacidad de la entidad para revertir su situación mediante mecanismos de mercado, el órgano supervisor se verá obligado a ordenar la suspensión de sus actividades, para detener dicho deterioro mientras se busca una solución lo menos traumática posible. A partir de ese momento el tiempo se transforma en la principal restricción que enfrenta el órgano supervisor, dado que no es posible mantener la medida de suspensión indefinidamente. En particular, porque los problemas de la entidad (que podrían haber sido de conocimiento del mercado), luego de la suspensión quedarán en abierta evidencia, tanto para los depositantes como para los deudores de la entidad, transformándose también en un tema de opinión pública.

Dado que el tiempo es una de las principales restricciones, entonces, todo lo que contribuya a reducir la duración del proceso de resolución bancaria, reducirá asimismo

los efectos traumáticos de la misma. La anticipación a los acontecimientos será, por tanto, un factor clave a la hora de proceder a la exclusión de activos y pasivos. En este sentido será importante lo siguiente:

- Anticipación (a la suspensión), en la medida de lo posible, a la conclusión de tareas tales como:
 - Paquete de información;
 - Armado de la unidad de negocio;
 - Cálculo de la garantía y estratificación de depósitos (para determinar los depósitos cubiertos por el Fondo de Protección al Ahorro);
 - Documentación estándar (contrato de fideicomiso y certificados de participación); y solicitudes de desembolso al Fondo de Capitalización y al Fondo de Protección al Ahorro.

- Previsión de tareas de conservación de activos y planes de contingencia para operaciones críticas de la entidad (cuentas sueldo, recuperación de activos, tarjeta de crédito, etc.).

En resumen el proceso de exclusión de activos y pasivos puede condensarse en las siguientes actividades:

- a. La Junta Monetaria resuelve la suspensión de actividades de una entidad bancaria, conforme las causales establecidas en la Ley de Bancos y Grupos Financieros);

- b. Se nombra la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, la cual dependerá administrativamente de la Superintendencia de Bancos, y será la encargada de determinar la viabilidad de la exclusión de activos y pasivos, estableciendo la calidad de los activos para conformar el banco bueno y el banco malo;
- c. Establecido el banco bueno o unidad de negocio, se traslada al fideicomiso constituido en un banco solvente, para que este promueva la realización de los activos transferidos; y,
- d. El banco malo es trasladado a la liquidación por la vía judicial.

4.8 Responsabilidades y obligaciones contractuales y extracontractuales 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 aquel por el cual, el constituyente aporta bienes o derechos con la finalidad de que la fiduciaria realice actividades de administración o gestión determinadas. En ese sentido, derivado de la complejidad del objeto y de las actividades del fideicomiso mercantil, podrá ser necesario que además de cumplir con las instrucciones del contrato, se deba considerar otros aspectos no contractuales que puedan tener incidencia en las relaciones jurídicas entre las partes que intervienen en el mismo.

4.8.1. Responsabilidades y obligaciones contractuales

Dentro de los fideicomisos de administración pueden existir de diversidad de objeto y de actividades, éste tipo de fideicomiso es el más general o amplio, puesto que dependiendo del objeto y de la cantidad de actividades que requiera realizar el fideicomiso, comprender desde una administración y gestión simple hasta una administración y gestión compleja, en ese sentido la responsabilidad fiduciaria quedará de la manera siguiente:

- La responsabilidad fiduciaria es sólo de medio y no de resultados.
- Estará exenta de cualquier responsabilidad que esté más allá del cumplimiento de las instrucciones del contrato.
- No es responsable de cumplir con las disposiciones del contrato del fideicomiso mercantil, si los constituyentes o los beneficiarios no han proporcionado los recursos necesarios para ello.

Adicionalmente, el fideicomiso de administración es un contrato, es decir, un acto jurídico que implica un acuerdo de voluntades; el fideicomitente transmite la propiedad al fiduciario y, por tanto, éste es el titular del derecho real de propiedad del patrimonio fideicometido. Por tanto, de acuerdo con la ley civil, el fiduciario es responsable, tanto del cumplimiento del contrato, como de la trascendencia de la cosa cuya propiedad detente. Respecto de la propiedad es responsable en dos sentidos, en la extensión estipulada en los términos del contrato, y en la extensión que la ley establece respecto de los propietarios fiduciarios y, en su defecto, de los propietarios en general. Desde el

punto de vista del contenido volitivo del sujeto activo en el acto o el hecho jurídico dañoso o perjudicial, existen dos tipos de responsabilidad, la contractual lato sensu, y la extracontractual, generalmente objetiva.

La responsabilidad contractual se origina en el incumplimiento, sea de las estipulaciones del contrato, o de las obligaciones que la ley establezca respecto del contrato. Por su parte, la responsabilidad objetiva se origina en un acontecer no deseado por persona alguna, pero que se ubica en una hipótesis legal de trasgresión al buen comportamiento cívico y/o social, que simultáneamente le causa un daño al sujeto pasivo.

Al respecto, a continuación son recogidas las principales obligaciones legales relacionadas con la figura de fideicomiso, las cuales sirven de fundamento de los contratos con los cuales se constituyen los fideicomisos, para el efecto son presentadas atendiendo a los elementos personales que intervienen en dicho contrato.

4.8.1.1. Obligaciones y derechos del fiduciario

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

- Ejecutar el fideicomiso de conformidad con el contrato, es decir darle el más exacto y fiel cumplimiento a los fines pactados. Ésta, desde luego, constituye la más importante de las obligaciones a que está sujeto el fiduciario, siendo

responsable ante el fideicomitente o fideicomisario, por su negativa a cumplir con lo estrictamente establecido. (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)
- En los fideicomisos de inversión, deberá realizar sus inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez, emitidos o garantizados por el Estado, las entidades públicas, las instituciones financieras, los bancos que legalmente operen en el país o por las empresas privadas que la comisión de valores haya calificado como de primer orden, salvo que en el contrato se estipule cosa distinta. (Artículo 784 Código de Comercio)
- En los fideicomisos de garantía, promover la subasta pública notarial del patrimonio fideicometido, cuando exista incumplimiento por parte del deudor y sea requerido para el efecto. (Artículo 791 Código de Comercio)

Adicional a lo anterior, contractualmente pueden pactarse o establecerse otras obligaciones, las cuales revestirán las condiciones que las partes establezcan al constituir el fideicomiso.

Por su parte, competen al fiduciario por la práctica generalizada de su gestión como tal, los siguientes derechos legales:

- Al cobro de honorarios por su gestión, teniendo preferencia sobre cualquier otro que tuviera que hacerse con los bienes fideicometidos. (Artículo 783, inciso 4º y 793 Código de Comercio)
- Al reembolso de los gastos en que hubiere incurrido por la conservación y guarda de los bienes.
- Ejercitar todas las facultades, así como realizar todas las erogaciones que sean necesarias para darle cumplimiento al contrato de fideicomiso. (Artículo 783, inciso 1º. ,Código de Comercio)
- Ejercitar todas las acciones de la naturaleza que sean, para la defensa de los bienes fideicometidos. (Artículo 783, inciso 2º., Código de Comercio)
- En su caso, otorgar los mandatos especiales con representación que tengan relación con el fideicomiso. (Artículo 783, inciso 3º., Código de Comercio)
- Cualesquiera otros que sean necesarios para el cumplimiento de las finalidades del fideicomiso. (Artículo 783, inciso 5º., Código de Comercio)

Igualmente, el fiduciario gozará de todos aquellos derechos que contractualmente hayan sido pactados y aceptados por las partes, según las finalidades propias del fideicomiso.

4.8.1.2 Obligaciones y derechos del fideicomitente

El fideicomitente, por su lado, está sujeto a las siguientes obligaciones legales:

- Por la esencia misma del fideicomiso, la principal y más importante obligación del fideicomitente, es la 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 cuanto a sus derechos legales, pueden citarse los siguientes:

- Escoger a su más libre determinación, la entidad que desee actúe como fiduciario.
- Designar, de igual manera, las personas que desee se beneficien del fideicomiso (fideicomisarios).
- Cuando por cualquier causa se extinga el fideicomiso y el fiduciario aún tenga en su poder todo o parte del patrimonio fideicometido, el fideicomitente tiene el derecho de pedir su restitución. (Artículo 788 Código de Comercio)
- Cuando el caso lo amerite, el fideicomitente puede reservarse la facultad de revocar el fideicomiso.

- Cuando se haya reservado la calidad de fideicomisario, remover al fiduciario cuando su gestión se aleje de los términos que constan en el contrato de fideicomiso.
- Solicitar del fiduciario las cuentas o informes que sobre su administración lleva. (Artículo 785, inciso 4º, Código de Comercio)

Se considera necesario aclarar que los derechos y obligaciones contenidos en este punto, responden a aquellos legal o institucionalmente establecidos, pudiendo generarse un sin número de facultades, obligaciones y derechos para el fideicomitente cuya naturaleza sea eminentemente convencional, ya que como dejé apuntado en páginas anteriores, 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.

4.8.1.3 Obligaciones y derechos del fideicomisario

Finalmente, en cuanto al fideicomisario, dentro de las obligaciones legales a su cargo están:

- 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)

Los derechos legales que asisten al fideicomisario son:

- El fideicomisario tiene, por el simple acto de su designación, todos los derechos que el contrato de fideicomiso concede. En tal virtud, es él el único que podrá ejercitarlos. (Artículo 778, inciso 1º, Código de Comercio)
- Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. (Artículo 778, inciso 2º, Código de Comercio)
- Remover del cargo al fiduciario cuando éste no cumpla con las instrucciones contenidas en el contrato, cuando no desempeñe su gestión con la debida diligencia, o bien si sus intereses sean contrarios con los del fideicomisario. (Artículo 778, inciso 3º, Código de Comercio)
- Impugnar los actos que el fiduciario realice con manifiesta mala fe, excediéndose en sus facultades, o cuando sean contrarios a los fines establecidos en el contrato de fideicomiso. (Artículo 778, inciso 4º, Código de Comercio)
- Consecuentemente, puede pedir judicialmente que sean reivindicados los bienes que por esos actos hayan salido de la esfera del fideicomiso.
- Revisar en cualquier tiempo por sí o por tercera persona, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como practicar auditoria. (Artículo 778, inciso 5º, Código de Comercio)
- Solicitar informe de las cuentas que del fideicomiso lleve el fiduciario. (Artículo 785, inciso 4º, Código de Comercio)

4.8.2. Responsabilidades y obligaciones extracontractuales

La responsabilidad extracontractual es, pues, básicamente objetiva, porque se califica en función del objeto que la motivó, y no del sujeto. En tal sentido, se detallan las principales implicaciones que derivan en este tipo de responsabilidades

- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, tiene obligación de indemnizarlo.

Éste es el tipo civil conocido como responsabilidad objetiva. Evoca simplemente el acontecimiento de cualquier suceso que, en violación de una ley, o en violación del comportamiento cívico vigente en el lugar del acontecimiento, causa un daño cualquiera, trátase desde la ruptura de un cristal por un tropezón, hasta la muerte de miles por los desórdenes de una central nuclear. La única excluyente es la culpa inexcusable de la víctima, es decir, del sujeto pasivo, que no tiene caso analizar. Este es el eje del problema a tratar: si una cosa fideicomitada causa un daño objetivo a otro, quién es el responsable, el fideicomitente, el fiduciario o ambos.

La estructura del negocio fiduciario no permite duda, por cuanto a que quien tiene interés en el negocio y representa la verdadera titularidad sustantiva de la cosa, es el fideicomitente. Sin embargo, el texto legal destinado a organizar los daños causados por las cosas no sólo genera dudas, sino incluso un grado de certeza respecto de que el fiduciario puede erigirse en el responsable, toda vez que el quid de la calificación consiste precisamente en la propiedad, en soslayo de todo elemento volitivo.

- Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas.

Este principio de solidaridad legal permite la posibilidad de que un tercero, ante la dificultad de señalar con claridad en su demanda el verdadero responsable del daño causado por la cosa fideicomitada, pueda demandar simultáneamente a ambos, fideicomitente y fiduciario. La necesaria participación ya sea virtual o real, de ambos, fideicomitente y fiduciario, en la tenencia del derecho de propiedad y generalmente la posesión del bien, necesariamente también supone que ambos serán receptáculo de la demanda judicial. Esta participación se deberá deslindar durante un juicio que, necesariamente, deberá concluir con la condena a uno de los dos, o tal vez de ambos, lo que dependerá de la forma en que el demandante accione y estos dos contesten y se defiendan en relación con la titularidad formal, económica y sustantiva de la cosa, lo que a su vez permite suponer que por obvias razones, los dos demandados también se van a pelear entre ellos, porque ninguno querrá ser condenado.

- El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios.

Este es el principio general de acuerdo con el cual el incumplidor debe indemnizar los daños y reparar los perjuicios que su incumplimiento causó. Es general por cuanto a que en forma genérica y, por tanto, englobando la conducta de la fiduciaria, establece el origen del derecho que tendrá el sujeto pasivo, sea un fideicomitente, un fideicomisario

o un tercero, de reclamar cualquier incumplimiento, de cualquier magnitud, sea a la ley o al contrato, incurrido por la fiduciaria.

- La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio entre las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga otra cosa.

Este es el precepto en el que los fiduciarios se han fundamentado para estipular en sus contratos que éstos no incurrirán en responsabilidad, por el sólo hecho de así haberlo pactado en el contrato. En ese sentido, la base lo constituye lo convenido entre las partes derivado que dicha responsabilidad queda limitada sólo a los actos y circunstancias derivadas de la relación que existe entre las partes, fiduciario y fideicomitentes y/o fideicomisarios, y sólo respecto de ellos mismos, pero no puede involucrar la eventual responsabilidad que cualquiera de éstos genere en relación a terceros, incluso por motivo del cumplimiento o incumplimiento del contrato, simplemente porque los terceros son ajenos a esa convención y, por tanto, a la amplitud obligacional de este precepto.

Con estas afirmaciones se establece con claridad, los alcances de la res Inter alios acta (sólo los contratantes tienen interés jurídico en el contrato), pero no incluye, por ser imposible, las relaciones que pueda llegar a crear un tercero con cualquiera de esos contratantes, mediante una demanda judicial, es decir, en una res Inter alios iudicata (sólo los litigantes tienen interés jurídico en el juicio), la que queda sometida a las reglas propias del litigio judicial o arbitral y no del contrato, tanto más si el fondo del juicio es una responsabilidad objetiva.

La propiedad fiduciaria no es una propiedad civil, porque ni el fiduciario ni el fideicomitente pueden ejercer sobre ella el jus fruendi, ni el utendi ni el abutendi; al grado de que la doctrina considera la existencia de un patrimonio autónomo afecto los fines contratados.

En ese sentido, el fiduciario sólo puede ejercitar sobre la cosa, pero sólo el fiduciario siempre y cuando se refieran a los derechos y acciones establecidos. Esta noción, recogida por la doctrina como titularidad fiduciaria, implica que cualquier tercero, para determinar la correcta actuación del fiduciario, no dispone de la ley, sino del contrato de fideicomiso en el que se refleje la amplitud de derechos que el fiduciario puede ejercer sobre la cosa, cuando dicha cosa le causó un daño.

Por este motivo, cuando un tercero piensa enderezar una acción en contra del fiduciario o el fideicomitente, con base en que la cosa fideicomitada le causó un daño, inicia el proceso mediante diligencias preparatorias, en las cuales pide al juez que cite a aquellos dos, para que manifiesten la forma en que cada uno debió haberse conducido respecto de la cosa en litigio, lo que sólo puede saberse leyendo el texto del contrato constitutivo.

CONCLUSIONES

1. El contrato de fideicomiso de administración constituye una herramienta útil para desarrollar una de exclusión de activos y pasivos, como parte de un proceso de resolución bancaria, con el propósito de administrar adecuadamente los derechos y obligaciones resultantes en un proceso de quiebra bancaria, que tenga como objetivo resguardar los intereses de los ahorrantes de dichas entidades bancarias.
2. Como resultado de la administración de los activos y pasivos sujetos a exclusión, surgen una diversidad de relaciones jurídicas que presentan efectos jurídicos, los cuales deben ser resueltos de acuerdo con la legislación civil y mercantil, derivado que la Ley de Bancos y Grupos Financieros no regula la figura del negocio fiduciario como tal, toda vez que se limita a establecer la aplicación de dicho fideicomiso a un caso concreto, sin marcar normas especiales.
3. La institución del fideicomiso de administración presenta en su constitución un patrimonio fideicometido autónomo, el cual se constituye con los derechos resultantes de una entidad bancaria con problemas de suspensión de operaciones, que tiene como objeto resarcir a los acreedores de las entidades bancarias sujetas a dicho proceso de exclusión de activos y pasivos, con los beneficios económicos presentes y futuros que se obtengan de la administración del mismo.

4. La figura del fideicomiso de administración contenida dentro de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, no incorpora obligaciones contractuales o extracontractuales adicionales a las contenidas en la legislación civil y mercantil; sin embargo, es necesario indicar que la normativa bancaria privilegia a los depositantes respecto al resto de acreedores, lo que conlleva una serie de responsabilidades por daños y perjuicios que pudieran alegar éstos últimos por el hecho de ser tratados igualitariamente.

RECOMENDACIONES

1. Que las entidades financieras en su carácter de fiduciarios previo a la constitución de un fideicomiso de administración con propósito de llevar a cabo un proceso de resolución bancaria, revisen todas las responsabilidades que surjan del contrato mismo, así como, de aquellos elementos contenidos tanto en la legislación civil, mercantil y bancaria con el propósito de incorporar en el mismo todos esos elementos necesarios a efecto de no tener inconvenientes durante el desarrollo de la administración de los activos y pasivos correspondientes.
2. Que el Congreso de la República dentro de su función legislativa estudie y revise la legislación bancaria y financiera, de tal forma que, la misma establezca reglas claras y transparentes para la constitución y administración de los fideicomisos con el propósito que no existan interpretaciones sujetas a criterios personales, más que las interpretaciones que por ley procedan.
3. Las entidades financieras deben tomar parte activa en la constitución de los fideicomisos, derivado que por ley les corresponde a éstas con exclusividad la administración de los mismos. De esta manera, podrán evitar demandas que surjan por desacuerdos o inconformidades de parte de terceros que se sientan afectados por la administración de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

BATIZTA, R. **Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria**, 2ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1985

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de términos bancarios**, España, Ed. Epise, 1975.

CEDIEL DE LA PEÑA, Martha. **La Fiducia en la contratación estatal**, Colombia, Ed. Juris Consulta, 1999.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, **Derecho bancario y contratos de crédito**, Mexico, Ed. Oxford University Press, 2001.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. **Títulos y contratos de crédito, quiebras**, 2ª. ed., México, Ed. Harla, 1984.

Diccionario enciclopédico ilustrado lengua española, Barcelona, Ed. Ramón Sopena, S.A., 1995.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge, **El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico**, México, Ed. Porrúa, 1975.

DRAKE LÓPEZ, Ronald. **El contrato de fideicomiso y su regulación**, Costa Rica, Ed. Jiménez & Tanzi, 2000.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, **Manual de derecho civil español**, 4ª. ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1975.

FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE BANCOS. **Memorias del XII congreso latinoamericano de derecho fiduciario**, Lima, (s.e.), 2002.

MARTONELL, Ernesto, **Tratado de los contratos de empresa**, Argentina, Ed. Depalma, 2000.

MARZORATI, Osvaldo. **Derecho de los negocios internacionales**, Argentina, Ed. Astrea, 1993.

NORIEGA MUÑOZ, Antonio Gilberto, **El fideicomiso de financiamiento en Guatemala generalidades, fiscalización y auditoría**, Guatemala, Facultad de Ciencias Económicas USAC, (s.e.), 1983.

OLIVA CHACÓN, Marco Antonio, **Participación del contador público y auditor en el desarrollo del fideicomiso en Guatemala**, Guatemala, Facultad de Ciencias Económicas USAC, (s.e.), 1985.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Argentina, Ed. Heliasta S.R.L., 1996.

PORRAS ZAMORA, Jorge. **El Fideicomiso en Costa Rica, nociones y productos básicos**, Costa Rica, (s.e), 1998.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español**, 2ª. ed., Pamplona España, Ed. Aranzadi, 1974.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, **Contratos bancarios**, 5ª. ed., Colombia, Ed. Legis, 2002.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, **Contratos bancarios, su significación en América Latina**, 4ª. ed., Colombia, Ed. ACB Ltda., 1990.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, **La fiduciaria mercantil en Colombia: relaciones con el fideicomiso mexicano, actualidad y futuro del fideicomiso en México**, Mexico, Ed. Obsidiana Ediciones, 1997.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **La responsabilidad del fiduciario**, Colombia, Ed. Rosaristas, 1997.

ROSENBERG, Jerry M. **Diccionario de banca**, Argentina, Ed. Heliasta, 2001.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. **Doctrina general del fideicomiso**, México, Ed., Porrúa, 2003.

Legislación:

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

Código Civil, Decreto Ley 106, Jefe del Gobierno de la República. Guatemala, 1963.

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

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

Ley de Supervisión Financiera, Decreto 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley Orgánica del Banco de Guatemala, decreto número 16-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.