

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

LA TRANSMISION DE LOS BIENES EN EL FIDEICOMISO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS RENATO PINEDA

Previo a Conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 1998

04
T(3544)

c. 4

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

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I:	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III:	Lic. William René Méndez
VOCAL IV:	Ing. José Samuel Pereda Saca
VOCAL V:	Br. José Francisco Peláez Córdón
SECRETARIO:	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Edgar Mauricio García Rivera
Vocal:	Lic. César Leonel Monterroso Valencia
Secretario:	Lic. Oscar Mauricio Villalta González

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
Vocal:	Lic. Víctor Manuel Hernández Salguero
Secretario:	Lic. Héctor Aqueche Juárez

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

25/9/98
JF



MIRNA LUBET VALENZUELA DE MERIDA
ABOGADA Y NOTARIA

3168-98 JF

Guatemala 22 de Septiembre de 1998.

Señor Decano de la
Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. José Francisco de Mata Vela

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

25 SET. 1998

RECIBIDO
Horas: _____ Minutos: _____
Oficial: _____

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifiestarle, que por resolución emanada de esa decanatura se me nombró Asesora de tesis del bachiller LUIS RENATO PINEDA, quien elaboró el trabajo intitulado: "LA TRANSMISION DE LOS BIENES EN EL FIDEICOMISO".

Luego de haber formulado algunas sugerencias al Bachiller LUIS RENATO PINEDA, mismas que fueron tomadas en consideración en la presentación final del trabajo, estimo que la investigación realizada es de mucha importancia y cumple con los requerimientos necesarios para su aprobación, conforme el respectivo reglamento.

Atentamente,

MIRNA LUBET VALENZUELA DE MERIDA

" II Y ENSEÑAD A TODOS "

DESPACHO JURIDICO NOTARIAL

5a Ave. 16-35 ZONA 10. "QUINTA DE SANTA CLARA" APTD. 7
TEL/FAX: 33-74369, 366-4656 y 366-4657.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



Guatemala, 19 de octubre de 1,998.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, GUATEMALA

Señor Decano de la
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Lic. José Francisco de Mala Vela
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, Zona 12.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

19 OCT. 1998

RECIBIDO

Horas: 19 Minutos: 12
Oficial: [Firma]

Señor Decano.

Por medio de providencia emanada de ese Decanato, se me designó como Revisora de Tesis del bachiller LUIS RENATO PINEDA, en su trabajo de investigación intítulado: "LA TRANSMISION DE LOS BIENES EN EL FIDEICOMISO".

En virtud de lo anterior, rindo mi dictamen en la forma siguiente:

- I- El bachiller Pineda, se reunió en varias oportunidades, con la suscrita, la que le hizo sugerencias sobre el material de consulta y también sobre supresiones o adiciones a su trabajo. Todas las observaciones formuladas fueron atendidas con dedicación y esmero, investigando más el punto y mejorándolo de forma y de fondo.
- II- El trabajo de tesis evidencia que el mismo fue producto de amplia investigación y puso de manifiesto el interés del bachiller Pineda en realizar un buen trabajo. El trabajo es interesante y será de ayuda para los profesionales o alumnos que deseen investigar el tema.

Por todo lo anteriormente expuesto, al emitir DICTAMEN, lo hago en sentido favorable, ya que la tesis cumple con los requisitos exigidos para que el trabajo sea discutido en el examen público.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribir con las muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,

[Firma]
Licda. Carmen Díaz Dubón
Revisora de Tesis

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

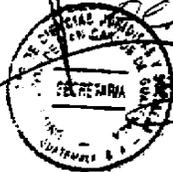
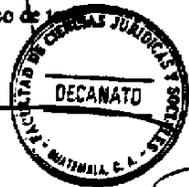


FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, diecinueve de octubre de mil novecientos noventa
y ocho.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del
trabajo de tesis del Bachiller LUIS RENATO PINEDA intitulada "LA
TRANSMISION DE LOS BIENES EN EL FIDEICOMISO" Artículo 22
del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de



Alhj.

ACTO QUE DEDICO

A DIOS:

Ser que es fuente de amor, sabiduría, luz, misericordia, entendimiento y perfección, a quien llegaremos como premio a nuestra realización espiritual.

A MIS PADRES:

Por guiarme por la senda del bien y por demostrarme con su ejemplo la bondad del estudio, así también por su apoyo y esfuerzo.

A MI ABUELITA:

María Alicia Coronado por estar siempre a mi lado; por demostrar coraje y amor a la vida en los embates de ésta. Que Dios la bendiga siempre.

A MIRNA:

Por tu amor sincero e incondicional y por apoyarme y fortalecerme en mis momentos de flaqueza. Te quiero mucho.

A MIS AMIGOS:

Mario del Cid, Gustavo Pérez, Nidia Domínguez, Vita Orellana, Alba Alvizuris, Paty Coronado y Azucena de Del Cid.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL:

A Licda. Mónica Solares por su amistad, confianza y ayuda profesional que me ha brindado. Que Dios te fortalezca.

CON GRAN CARIÑO:

Licda. Mirna Valenzuela por su bondad humana y profesional.
Licda. Carmen Díaz Dubón, por su preocupación en que éste trabajo fuera digno de presentarse.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a sus catedráticos quienes con su esfuerzo y dedicación enaltecen y elevan el nivel académico.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Forjadora de profesionales, que me brindo la oportunidad y orgullo de estudiar en sus magnas aulas.

INDICE

INTRODUCCION	i
CAPITULO I.	
EL FIDEICOMISO	1
1. ANTECEDENTES HISTORICOS	1
1.1 El fideicomisum	1
1.2 El pacto fiduciae	1
2. NATURALEZA JURIDICA	2
3. CARACTERISTICAS DEL FIDEICOMISO	5
4. CONCEPTO DE FIDEICOMISO	6
Etimología	6
4.1 Definición Legal	7
5. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO	7
5.1 Elementos personales	7
5.1.1 El fideicomitente	7
5.1.2 Obligaciones y derechos del fideicomitente .	8
5.1.3 El fiduciario	9
5.1.4 Derechos y obligaciones del fiduciario	10
5.1.5 Causas de Remoción	11
5.1.6 El fideicomisario	12
5.1.7 Derechos y obligaciones del fideicomisario .	12
5.2 Elementos materiales y su inembargabilidad	13
5.2.1 Responsabilidad del patrimonio fideicometido	13
5.2.2 Autonomía patrimonial	14
6. FINALIDAD DEL FIDEICOMISO	14
7. FORMAS DE CONSTITUCION	15
a) Fideicomiso testamentario	15
b) Fideicomiso Contractual	16
c) Fideicomiso Judicial	16
8. CLASES DE FIDEICOMISO	17
8.1 Fideicomiso en administración	17
8.2 Fideicomiso de Garantía	17
8.3 Fideicomiso de inversión	18
8.4 Otras clases de fideicomiso	19
8.4.1 Fideicomiso de Administración de recursos y pagos	19

8.4.2 Fideicomiso de disposición de bienes	19
8.4.3 Fideicomiso de seguridad mobiliaria e inmobiliaria	19
8.4.4 Fideicomiso de administración de seguros ...	19
8.4.5 Fideicomiso de administración de fondo de pensiones	20
9. EXTINCION DEL FIDEICOMISO	20
10. NULIDAD DEL FIDEICOMISO	21
CITAS BIBLIOGRAFICAS	23

CAPITULO II

EL FIDEICOMISO EN GUATEMALA	25
1. EL FIDEICOMISO EN GUATEMALA	25
2. UBICACION DEL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA	25
3. CLASES DE FIDEICOMISO REGULADOS EN EL CODIGO DE COMERCIO	25
4. LA CALIDAD EN QUE SE TRANSMITEN LOS BIENES FIDEICOMETIDOS	26
5. LOS CERTIFICADOS FIDUCIARIOS	27
5.1 Legislación aplicable	27
5.2 Requisitos de creación	27
5.3 Derechos del poseedor del título	28
5.4 Formalidades del título	28
5.5 Formas de emitirlo	29
6. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO	29
6.1 Ventajas del fideicomitente	29
6.2 Ventajas del fiduciario	29
6.3 Ventajas del fideicomisario	30
7. COMITE TECNICO DEL FIDEICOMISO	30
7.1 Concepto del Comité Técnico del Fideicomiso ..	30
7.2 Responsabilidades	31
7.2.1 Responsabilidad única del fiduciario	31
7.2.2 Responsabilidad única del Comité Técnico	31
7.2.3 Responsabilidad solidaria del fiduciario y del comité técnico	31
7.3 Integración del Comité Técnico	31
8. PRINCIPIOS EN QUE SE FUNDA EL CONTRATO DE FIDEICOMISO	32
8.1 Verdad Sabida	32

8.2 Buena fe guardada	32
9. RELACION DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO CON OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES CIVILES Y SUS TEORIAS EN QUE SE SUSTENTAN	32
9.1 Relación con el contrato de mandato	33
9.2 Relación con el contrato de deposito	33
9.3 Relación con el contrato de donación	34
10. LEGISLACION COMPARADA	34
CITAS BIBLIOGRAFICAS	40
CAPITULO III	
EL FIDEICOMISO PUBLICO	
1. EL FIDEICOMISO PUBLICO	41
2. ASPECTOS DOCTRINARIOS	42
3. ASPECTOS ESPECIALES PARA LA CONSTITUCION DE UN FIDEICOMISO PUBLICO EN GUATEMALA	42
4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL FIDEICOMISO PUBLICO	43
5. ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO PUBLICO Y SUS OBLIGACIONES	44
a) fideicomitente	44
b) fiduciario	44
c) fideicomisario	45
6. PROCESO PARA LA CONSTITUCION DE UN FIDEICOMISO PUBLICO DEL ESTADO	46
CAPITULO IV	
1. REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE UNA ESCRITURA PUBLICA DE UN FIDEICOMISO	49
1.1 Obligaciones previas	49
1.2 obligaciones posteriores	49
2. FORMALIDADES ESCENCIALES DE UNA ESCRITURA PUBLICA DE FIDEICOMISO	50
3. SOLEMNIDADES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO	51
4. ASPECTOS REGISTRALES DE UN CONTRATO DE FIDEICOMISO Y SUS EFECTOS	52

5. IMPUESTOS Y HONORARIOS	54
5.1 Impuestos	54
5.2 Honorarios	55

APENDICE

ANALISIS DE LA REGULACION JURIDICA DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO EN GUATEMALA	57
---	----

ANEXO

MODELO DE ESCRITURA PUBLICA DE FIDEICOMISO PUBLICO CON COMITE TECNICO	73
CONCLUSIONES	79
RECOMENDACIONES	83
BIBLIOGRAFIA	85

INTRODUCCION

Con el desarrollo del presente trabajo pretendemos dar una panorámica generalizada de la figura del fideicomiso, comenzando por sus orígenes históricos y sus fines de aquella época en que se originó.

Se desarrollará además, todo lo referente a su naturaleza jurídica, sus elementos personales, su objeto, sus formalidades, y todo aquello que contribuya a una mejor comprensión de lo que el fideicomiso significa.

La forma en que se originó esta figura, para ser más concretos, el Derecho Romano, pasando por su regulación en la doctrina anglosajona, hasta nuestros tiempos, tiene muchos cambios, y esos cambios han traído una serie de interpretaciones del fideicomiso, que genera mucha confusión.

Con lo que respecta a nuestra legislación, su base doctrinaria la encontramos en el derecho anglosajón, la cual trae una serie de innovaciones. De todas formas al leer la regulación legal del fideicomiso nos surgen las siguientes dudas respecto a la doctrina y la ley, por ejemplo: ¿ A que se refiere la doctrina cuando indica que el patrimonio fideicometido es autónomo? ¿ Se podrá constituir garantía a favor de los bienes fideicometidos? ¿ A cuántos registros debe ser sometido el contrato de fideicomiso, para que surta sus efectos?, ¿ Se fundamenta nuestra ley en tales doctrinas y conceptos?.

Las interrogantes antes descritas, no son susceptibles de respuestas concretas, porque como ya se indicó, ni en el Código de Comercio son contempladas, sino que se encuentran reguladas en varias leyes, tales como el Código Civil y de Notariado. Otras respuestas para encontrarlas, se hace necesario acudir a tratadistas doctrinarios.

Otro de los temas a tratar, es el fideicomiso público, que como antecedente a su desarrollo conceptual, diremos que es aquél que realiza el Estado de un país, como una forma de administración y en otros como una forma de desconcentración de sus funciones. Se analizarán sus ventajas y desventajas que esta modalidad conlleva.

Por último, se hará un análisis de cada uno de los artículos que conforman la regulación del fideicomiso. Dicho análisis tendrá como fin fijar la interpretación que se deba dar a cada norma legal; las consideraciones y explicaciones que puedan ser pertinentes exponer, así como los procedimientos a seguir para ejercitar los derechos y obligaciones que el fideicomiso otorga.

El desarrollo de la figura en cuestión y su análisis legal, es una contribución dirigida a los estudiantes y profesionales del derecho que deseen incrementar su acervo cultural, para que en base a esto, ellos también puedan ampliar y proponer mejoras en las normas que regulan el fideicomiso.

CAPITULO I

EL FIDEICOMISO

1. ANTECEDENTES HISTORICOS:

La figura del fideicomiso es conocida, inicialmente, en el Derecho Romano y se encontraba dividida en dos clases, a saber: EL FIDEICOMISSUM y el PACTUM FIDUCIAE.

1.1 EL FIDEICOMISSUM:

Esta figura consistía en que una persona denominada disponente encargaba a otra (fiduciario), la transmisión de una porción o toda su herencia o un bien determinado de ella misma a una tercera persona (fideicomisario) cuando la primera falleciera. Esta figura esencialmente pretendía sustituir al testamento.

La razón por la cual sustituía al testamento era porque existía una diversidad de causales que incapacitaban a determinadas personas para poder heredar y el disponente, con el fin de que la persona incapacitada pudiera adquirir los bienes que le quería dejar, utilizaba esta figura.

Este acto unilateral, conforme su aplicación en la transmisión de los bienes se vio plagado de abusos por parte del fiduciario, debido a que el encargo que se le hacía solamente era de buena fe, sin regulación legal al respecto. Por tal motivo, se creó la figura del Praetor fideicomissarius, con lo cual se garantizó el derecho del beneficiario a exigir la entrega de los bienes que le pertenecían y que se encontraban en poder del fiduciario.

El fideicomissum fue desprestigiado porque constituyó una burla para el Derecho Romano. Se consideró que se violaban sus normas prohibitivas para heredar, ya que el disponente al verse imposibilitado de nombrar heredero a determinada persona, simplemente se avocaba a esta figura y lograba así que la persona incapacitada recibiera los bienes que él quisiera, sin que los herederos que por ley les correspondían, pudieran reclamar al respecto. (1)

1.2 EL PACTUM FIDUCIAE:

Esta figura a diferencia del anterior, consistió en un acto entre vivos, por el cual la persona fiduciaria se comprometía a

transmitir los bienes a las personas que designaba el otorgante.

En el Derecho Anglosajón, también existió una figura equivalente al fideicomiso, denominada " THE TRUST ". Esta palabra que traducida al español, significa CONFIANZA.

Esta figura aparece en Inglaterra en el siglo XII, como respuesta del pueblo en contra del sistema feudalista que imperaba en aquel entonces, que consistía en la transmisión de tierras mediante acto entre vivos a través de la institución testamentaria, para que una persona poseyera dichas tierras en favor de un beneficiario.

Según el Doctor Villegas Lara (2), el " TRUST " ha sido considerado como el antecedente más directo del fideicomiso que se practica en Latinoamérica. Indica, además, que esta figura significa para el fideicomiso un negocio que basado en la buena fe, da como resultado la transferencia de un bien en beneficio de un tercero.

Por último, al respecto de esta figura anglosajona; el Derecho Norteamericano lo ha definido como una relación fiduciaria relativa a los bienes, que obliga a la persona que los detenta a deberes de equidad para administrarlos en beneficio de otra y que nace como resultado de una manifestación de la intención de crearlo. La diferencia que existe entre el fideicomiso romano y el trust anglosajón, radica en que el primero de los mencionados es netamente testamentario y el segundo, es un acto entre vivos de cualquier clase.

Otro de los tantos pactos fiduciarios fue la FIDUCIA CUM CREDITORE, que era un pacto por el que se transmitía un bien para garantizar una obligación; y si esta no se cumplía, el bien podía ser retenido o vendido para garantizar la deuda.

El FIDUCIA CUM AMICO permitía trasladar el dominio sobre un bien en forma parecida al depósito o el comodato, con el fin de que fuera devuelto oportunamente. Se recurría a este pacto cuando se temía perder la propiedad por disposiciones del poder público.

2. NATURALEZA JURIDICA

Quando se hace referencia a la naturaleza jurídica de una figura legal, se está hablando sobre el área del derecho que regula la materia. Esto quiere decir que la figura legal hay que ubicarla dentro de un área específica como lo es el Derecho penal, civil, mercantil, notarial etc.

En ese orden de ideas continuamos con lo siguiente: Según el Doctor Edmundo Vásquez Martínez (3), al contrato de fideicomiso se le ha considerado como un contrato sui generis, cuya esencia es un mandato, patrimonio sin titular, desdoblamiento del derecho de propiedad, operación bancaria, servicio bancario, negocio fiduciario.

Explica el tratadista que para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, es necesario tomar en cuenta un triple punto de vista: a) El que se refiere a la configuración como negocio jurídico, b) el que lo analiza como una modalidad del derecho de propiedad y c) el que lo atiende a su calificación como actividad bancaria.

A) COMO NEGOCIO JURIDICO:

Estima que el fideicomiso es un negocio jurídico fiduciario, ya que se está en presencia del traspaso efectivo de un derecho de una persona a otra estando de acuerdo en que tal traspaso debe servir para fines determinados.

B) DESDE EL PUNTO DE VISTA DE PROPIEDAD:

Significa que el fideicomiso constituye la creación de un régimen nuevo, porque al afectar ciertos bienes y derechos a fines determinados y trasladarlos con ese objeto al fiduciario, se constituye en un patrimonio autónomo. Indica, además, que el fiduciario es titular del patrimonio fideicometido, pero no lo confunde con su masa patrimonial. En cambio, los titulares ECONOMICOS son el fideicomitente y el fideicomisario, porque a ellos van dirigidos los beneficios de la propiedad y la transmisión del dominio al concluir el mismo.

C) COMO ACTIVIDAD BANCARIA:

Explica que el fideicomiso no puede considerarse sino como operación neutra o servicio bancario, porque la ley impone que sólo pueden ser fiduciarios los bancos establecidos en el país y las instituciones de crédito autorizadas para el efecto.

El criterio que puede sustentarse para establecer la naturaleza jurídica del fideicomiso, es tomar en cuenta determinados factores, tales como los elementos personales y los elementos materiales que lo conforman, y la ley que lo regula y el objeto del contrato.

Por lo tanto, si se quiere establecer la naturaleza jurídica del fideicomiso a través de sus elementos personales nos daremos cuenta de que dentro de éstos, existe una persona jurídica indispensable, como lo son las instituciones bancarias y crediticias, entidades eminentemente mercantiles.

Si analizamos la naturaleza jurídica desde el punto de vista de sus elementos materiales, o sea los bienes objeto del fideicomiso, existe la posibilidad de que éstos sean clasificados legalmente como cosas y bienes mercantiles.

En la legislación guatemalteca, la figura del fideicomiso, se encuentra regulada en el Código de Comercio y en consecuencia, con base de lo anterior, se puede asegurar, sin duda alguna, que la figura del fideicomiso es de carácter eminentemente mercantil.

Por último, si es un hecho que en el Código de Comercio se regulan todas las actividades de los comerciantes y que la figura del fideicomiso se encuentra inmersa dentro de su normativa, entonces como consecuencia ineludible, ésta pertenece a una actividad netamente mercantil.

Esta aseveración se apoya además con los conceptos doctrinarios emitidos por el tratadista Raúl Cervantes Ahumada (4) quien indica que el fideicomiso es un acto puramente mercantil y exclusivamente bancario. El autor guatemalteco Doctor Edmundo Vásquez Martínez (5), en resumen, concluye que la mercantilidad de los negocios jurídicos emana del hecho de que formen parte de la actividad profesional de un comerciante o empresario, y en ese sentido, una de las actividades de las instituciones bancarias y crediticias es formar parte obligada de un contrato de fideicomiso.

La legislación guatemalteca ubica a la figura del fideicomiso dentro del área del derecho mercantil, conforme los elementos considerados anteriormente, y los que a continuación se explican, según nuestro criterio, a continuación:

I) CONFORME LOS ELEMENTOS PERSONALES:

Uno de los elementos personales de la figura del fideicomiso lo constituyen las instituciones bancarias y crediticias del país que son consideradas comerciantes. A pesar de que las otras personas que conforman los elementos personales, no son por obligación comerciantes, se debe aplicar obligatoriamente la ley mercantil. Como base legal se puede tomar el artículo 5 del Código de Comercio el cual establece que: " Cuando en un negocio jurídico intervengan comerciantes y no comerciantes se aplicarán las disposiciones de este código ".

II) CONFORME LOS ELEMENTOS MATERIALES:

Cuando se habla de elementos materiales nos referimos a los bienes que se afectan en el contrato de fideicomiso, sin que exista una especificación limitativa de los bienes que pueden afectarse al fideicomiso. Por lo tanto, los mismos pueden ser inmuebles, muebles, empresas mercantiles, títulos de crédito etc.

Si los bienes afectados son de carácter mercantil, definitivamente a esta rama es a la cual su naturaleza jurídica pertenece, en concordancia con lo que establece el artículo 10. del Código de Comercio, el cual indica que los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles se rigen por las disposiciones del código en referencia.

III) CONFORME LA LEY QUE LO REGULA Y ACTIVIDAD QUE REALIZA:

Definitivamente y en resumen, la figura del fideicomiso se encuentra regulada en nuestro Código de Comercio como una actividad mercantil, (Decreto 2-70 del Congreso de la República), en los artículos del 766 al 793. De las tres consideraciones antes expuestas, estimamos que de ellas, la que mejor se ajusta para determinar la naturaleza jurídica de la figura del fideicomiso es la tercera, por ser independiente de las dos anteriores y basada en una finalidad específica.

3. CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO

La mayoría de las características del fideicomiso, se enmarca desde el punto de vista contractual, a excepción de algunas, como a continuación se expone:

- a) Es un contrato unilateral cuando se instituye por testamento, y bilateral cuando se crea por contrato.
- b) Es un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la cosa.
- c) Es un contrato principal porque subsiste por sí solo.
- d) Es un contrato oneroso porque se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.
- e) Es un contrato aleatorio porque su conclusión depende de un hecho incierto.
- f) Es un contrato nominado legislativamente porque lo crea el Congreso de la República y porque tiene nombre específico en la ley.
- g) Es un contrato típicamente mercantil porque está regulado en el Código de Comercio.
- h) Es un contrato formal y solemne porque debe constar en

escritura pública, a excepción de lo que establece la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, que permite que el contrato de fideicomiso se realice en documento privado.

4. CONCEPTO DE FIDEICOMISO

ETIMOLOGIA:

Antes de entrar a dar un concepto de fideicomiso, es importante saber de donde se deriva esta palabra. Proviene del latín FIDEICOMISSUM, que desglosada queda de la siguiente manera: fidei que significa: fidelidad, lealtad; y comissum que infiere: comisión o encargo.

Algunos jurisconsultos y en especial Mario Alberto Carregal, (6) definen al fideicomiso como aquel acto por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido.

El concepto desarrollado por el Doctor Manuel Ossorio y Florit, (7) sin entrar a transcribirlo, indica que el fideicomiso es una disposición testamentaria, concepto que nos remite a la figura del FIDEICOMISSUM, desarrollado en los antecedentes históricos al principio de este trabajo.

También indica que existe una modalidad de fideicomiso no testamentario, en el cual se dispone que los bienes con que se gratifican a una persona, deben ser entregados por ésta a otra que también es beneficiada por el disponente en una fecha estipulada.

El Licenciado José Manuel Villagorda Lozano (8) lo define: " El fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer los bienes y a ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario "

Raúl Cervantes y Ahumada (9) define al fideicomiso así: " El negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado ".

El Doctor Villegas Lara, (10) da un concepto de fideicomiso, tomando en cuenta el contenido del Código de Comercio y dice: " Es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario ".

Antes de dar una definición de fideicomiso, hay que aclarar que un contrato es cuando dos o más personas convienen en crear, modificar y extinguir obligaciones; y en ese orden de ideas, concluimos que fideicomiso es: " UN CONTRATO POR EL CUAL UNA PERSONA LLAMADA FIDEICOMITENTE ENTREGA EL DOMINIO DE SUS BIENES A OTRA PERSONA DENOMINADA FIDUCIARIO PARA QUE ESTA DISPONGA CONFORME SE LE ORDENA EN EL INSTRUMENTO CONSTITUTIVO, Y AL FINALIZAR EL MISMO, LOS BIENES LE SEAN DEVUELTOS AL FIDEICOMITENTE O A LA PERSONA QUE ESTE DESIGNE ".

4.1 DEFINICION LEGAL:

El artículo 766 del Código de Comercio Guatemalteco, define la figura del fideicomiso como: " 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".

La definición antes expuesta, es una definición incompleta. Para el Licenciado Alfonso Novales Aguirre, el hecho de que nuestra ley no defina al fideicomiso de una manera exacta es saludable, porque así no se restringe su campo de aplicación, ni su concepto. (11)

En nuestro criterio, creemos que es necesario delimitar la calidad con que se transmiten los bienes que formarán parte del fideicomiso en cada contrato, para evitar abuso de funciones por parte del fiduciario. Para completar el criterio anterior, las limitaciones a que debe someterse la entrega de los bienes en el fideicomiso es que debe indicarse que los mismos se entregan en administración, garantía e inversión, según el caso.

5 ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

5.1 ELEMENTOS PERSONALES:

5.1.1 EL FIDEICOMITENTE:

Antes de establecer los derechos y obligaciones del fideicomitente, es necesario conocer a ciencia cierta quien es esta persona. Por lo tanto, se aportan los siguientes conceptos doctrinarios.

El Doctor Edmundo Vásquez Martínez (12) define al fideicomitente como: " Aquella persona que por testamento o contrato separa a ciertos bienes y derechos de su patrimonio

afectándolos a fines determinados y constituyendo un patrimonio autónomo".

El Tradadista Villegas Lara (13) dice que " es la persona que mediante testamento o contrato transfiera sus bienes con un fin específico".

Otros profesionales del derecho guatemalteco indican que el fideicomitente, " Es la persona física o moral que destina los bienes o derechos entregados al fiduciario y de los cuales tienen capacidad para disponer".

Antes de entrar en materia legal, podemos definir al fideicomitente como: " AQUELLA PERSONA QUE, POR FACULTAD DE LA LEY O AUTORIZACION JUDICIAL, SOMETE SUS BIENES A UN FIDEICOMISO ".

Nuestro Código de Comercio, en su artículo 767 NO establece una definición de fideicomitente, sino sólo indica la calidad que éste debe tener para poder celebrar un contrato de fideicomiso. Indica que el fideicomitente, como única exigencia para que pueda otorgar un contrato de fideicomiso, debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes. Con esta exigencia, se quiere decir que sólo el propietario de bienes puede otorgar un fideicomiso, o también lo puede celebrar una persona que sea mandatario especial del propietario, con capacidad legal para poder enajenar los bienes de su mandatante. (Artículo 1693 del Código Civil)

También nuestra ley especifica que en lo referente a los menores, incapaces y ausentes, podrán constituir fideicomiso sobre sus bienes, a través de sus representantes, con autorización judicial. (artículo 767 del Código de Comercio)

Los extranjeros y las personas jurídicas, aunque la ley no lo regula, pueden constituir fideicomisos, siempre y cuando tengan la capacidad de enajenar sus bienes, porque no existe limitación especial al respecto.

5.1.2 OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE:

El Código de Comercio, en el capítulo referente al fideicomiso, no regula los derechos y obligaciones del fideicomitente, pero los mismos pueden establecerse al remitirse a otras leyes, tales como el Código de Notariado y Civil y por último, las que se establezcan en el contrato de fideicomiso.

Con respecto a sus derechos, en última instancia, podría aplicársele lo referente a los derechos del fideicomisario.

Los derechos que pueden ser específicos para el fideicomitente, son los siguientes:

a) Rescindir o revocar el fideicomiso.

- b) Disponer del bien en calidad de propietario.
- c) Sustituir a la persona del fideicomisario
- d) Ampliar o restringir las facultades del fiduciario.

5.1.3 EL FIDUCIARIO:

El Doctor Manuel Ossorio y Florit (14) define al fiduciario como la persona de confianza a la que se le entregan determinados bienes que ha de conservar y transmitir a un tercero llamado fideicomisario.

Siempre citando al Doctor Vázquez Martínez, en su tratado de Instituciones de Derecho Mercantil, indica que FIDUCIARIO es: " Aquella persona obligada a realizar los actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso". (15)

Este concepto es muy general y el mismo debería de delimitarse, tal y como lo hacen otros autores que se citan a continuación. Una definición bastante acertada conforme a nuestra ley, es cuando se le define como la institución bancaria o de crédito, encargada de recibir los bienes del fideicomitente para destinarlos conforme lo convenido en el acto constitutivo.

Nuestra ley nos da las siguientes generalidades, en lo que refiere a la persona del fiduciario, en su artículo 788 del Código de Comercio, que sólo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país, así como las instituciones de crédito cuando tiene autorización especial para ello por la Junta Monetaria.

La calidad de fiduciario puede recaer sobre varios ejecutores, ya sea conjunta o sucesivamente, según el artículo 774 del cuerpo legal citado.

Otras de las generalidades claras y específicas es la prohibición expresa de que la calidad personal de fiduciario y fideicomisario no se pueden reunir en una misma persona.

Además de esta limitante, cuando se constituye fideicomiso en garantía, el fiduciario que promueva la venta de los bienes fideicometidos debe ser distinta de la persona del acreedor, tal como lo norma el artículo 791 del Código de Comercio.

Conforme las definiciones y consideraciones anteriores, podemos definir al FIDUCIARIO como " AQUELLA PERSONA CON AUTORIZACION ESPECIAL PARA QUE LE SEAN ENTREGADAS EN FIDEICOMISO EL PATRIMONIO DEL FIDEICOMITENTE Y DISPONGA DE ELLOS CONFORME LA LEY Y EL DOCUMENTO CONSTITUTIVO".

5.1.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO:

Caso contrario a lo que refiere a la persona del fideicomitente, nuestra ley sí regula los derechos y obligaciones que puede exigir y atenerse el fiduciario respectivamente.

En ese caso, el artículo 783 del Código de Comercio establece:

Artículo 783.- Derechos del fiduciario. El fiduciario tiene los derechos siguientes:

- 1 - Ejercitar todas las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que establece la ley o que contenga el documento constitutivo.
- 2 - Ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido.
- 3 - Otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso.
- 4 - Percibir remuneración por sus servicios, cobrar preferentemente su remuneración de los ingresos del fideicomiso.
- 5 - Los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso.

El artículo citado tiene relación con el artículo 775 del mismo código, porque el mismo reza: " Artículo 775.-

Facultades especiales. El fiduciario podrá realizar todos los actos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, pero para donar, vender o gravar los bienes fideicometidos, se requiere facultad expresa que conste en el documento de constitución. Si la ejecución del fideicomiso se hiciera imposible o manifiestamente desventajosa sin enajenar o gravar los bienes y el fiduciario no estuviere expresamente facultado para el efecto, podrá solicitar autorización judicial".

Las obligaciones del fiduciario se encuentran debidamente regladas en el artículo siguiente, del Código de Comercio y dice:

" Artículo 785.- Obligaciones del fiduciario El fiduciario tiene las obligaciones siguientes:

1. Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines.
2. Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves, que deberán ser calificadas por un Juez de Primera Instancia.

3. Tomar posesión de los bienes fideicometidos en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad.
4. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones y rendir cuentas e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario lo requieran.
5. Las demás inherentes a la naturaleza de su cargo."

Respecto a los derechos y obligaciones del fiduciario, los mismos deben ser ejecutados conforme a un procedimiento que debe ser establecido en un reglamento general, emitido por el Organismo Ejecutivo, para la ejecución de fideicomisos públicos y privados.

El motivo por el cual se propone lo anterior, es porque así las partes que integran el fideicomiso, podrán solventar sus diferencias en cuanto a los derechos y obligaciones del fiduciario administrativamente, dejando como última instancia la vía judicial.

5.1.5 CAUSAS DE REMOCION

El artículo 786 del Código de Comercio establece las siguientes causas de remoción:

- " 1. Si no cumple con las instrucciones contenidas en el documento constitutivo del fideicomiso.
2. Si no desempeña su cargo con la diligencia debida.
3. Si tiene intereses antagónicos con los del fideicomisario.

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

Otra causa para remover al fiduciario de su cargo, debería ser: a) cuando el fiduciario decida retirar su domicilio del territorio guatemalteco y; b) Por su disolución de la persona del fiduciario.

Respecto al primer supuesto, se justifica porque la ley exige que el fiduciario se encuentre establecido en el país. En cuanto al segundo supuesto se razona porque la inexistencia jurídica del fiduciario, afecta la naturaleza del contrato.

5.1.6 EL FIDEICOMISARIO

" Es aquella a quien se destina un fideicomiso, dispuesto por un fideicomitente". El anterior concepto, encierra en general y acertadamente lo que constituye la persona del fideicomisario. Igual actitud toma el Doctor Vásquez Martínez al indicar que el fideicomisario " es aquella persona que tiene derecho a beneficiarse con el fideicomiso". (16)

La legislación guatemalteca, como ya se indicó anteriormente, no encierra una definición de lo que es el fideicomisario, sino que expresa las calidades, limitaciones, derechos y obligaciones que le afectan.

Para entrar en materia, el ser beneficiario de un fideicomiso, sólo exige como requisito ser sujeto de adquirir derechos. No podrán ser fideicomisarios, aquellas personas que tengan incapacidad o indignidad para heredar. Esta prohibición sólo afecta a los fideicomisos instituidos por testamento, con el fin de evitar que los testadores burlen la ley, en este caso las disposiciones sobre las incapacidades de heredar reguladas en el Código Civil.

Otras de las disposiciones que encierra nuestra ley es que el fideicomisario puede ser una persona innominada, o sea, que no tiene que individualizarse a alguien en especial. Y por última generalidad, la ley establece que la persona del fideicomisario puede ser la misma que el fideicomitente. (Artículo 769 del Código de Comercio).

5.1.7 OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

El fideicomisario, por ser un elemento pasivo del fideicomiso, no tiene ninguna obligación, salvo cubrir los impuestos que la ley le señala, si el fiduciario no lo hizo. También puede hacer efectivo el pago de honorarios del fideicomiso, y los gastos de restitución de bienes.

Ahora respecto a los derechos, éste tiene aquellos que le fija el artículo 778 del Código de Comercio y que son:

1. Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo.
2. Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso.
3. Pedir la remoción del fiduciario por las causales señaladas en el artículo 786 de este código.
4. Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción a las disposiciones que rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituya al fiduciario los bienes

fideicometidos.

5. Revisar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoría.

Para poder ejecutar estos derechos no existe un procedimiento administrativo de ejecución, en especial el inciso cuarto del referido artículo. Este inciso indica que podrá el fideicomisario impugnar la actuación del fiduciario, pero no explica como, ni la vía por la cual la hará valer.

Por lo tanto el fideicomisario no sabe si impugnará los actos judicial o administrativamente, ni que clase de impugnación procede, el cual consideramos que se debe llevar a cabo por la vía judicial, salvo que se encuentre establecido en el contrato.

5.2 ELEMENTOS MATERIALES Y SU INEMBARGABILIDAD

Cuando se hace referencia a los elementos materiales del fideicomiso, se está hablando de los bienes que pueden ser sometidos al régimen de éste.

Como se ha ido aprendiendo, nuestra ley no da un concepto o delimitación de los bienes que pueden ser objeto del fideicomiso, pero al establecer el momento en que los bienes surten efectos contra terceros (artículo 778 del Decreto 2-70) nos da la siguiente idea de los bienes que pueden ser sometidos al mismo, tales como: bienes muebles, inmuebles, derechos reales, bienes sujetos a inscripción o no, títulos de crédito de cualquier clase, empresas industriales, comerciales y agrícolas, y otros.

Una de las características del fideicomiso establece que el patrimonio que pase a formar parte del mismo, adquiere el carácter de inembargable. Con esto se quiere dar a entender que una autoridad judicial no puede disponer de estos bienes. Al respecto, en el artículo 782 del Código de Comercio se regula que " Los derechos del fideicomisario que pudiere tener en fideicomiso no son embargables por sus acreedores, a excepción de los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso. También se podrá anotar de embargo los bienes, con el fin de que al extinguirse el mismo, la persona que haya anotado su derecho adquiera preferencia sobre las personas que tengan derecho a que se les entreguen los bienes."

5.2.1 RESPONSABILIDADES DEL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO

El artículo 777 del Código de Comercio establece a lo que responderá el patrimonio fideicometido, a saber:

1. Por las obligaciones que se refieren al fin del fideicomiso.

2. De los derechos que se haya reservado el fideicomitente.
3. De los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso.
4. De los derechos adquiridos legalmente por terceros, inclusive fiscales, laborales o de cualquier otra índole.
5. De los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso.

De lo antes expuesto, se puede decir que el patrimonio fideicometido sólo responde de las obligaciones que por su constitución se deriven. En cuanto a las responsabilidades que pudieran generarse independientemente de la constitución del fideicomiso, podrá obligarse a su cumplimiento al extinguirse el mismo.

5.2.2 AUTONOMIA PATRIMONIAL

Quando se hace alusión a la palabra autonomía, nos referimos, en términos generales, como la potestad que tienen los entes de dirigirse bajo sus propias normas y libre arbitrio, siempre que no sea contrario a la ley y a la moral.

En ese orden de ideas y en un ámbito más específico, se puede decir que la autonomía patrimonial en un contrato de fideicomiso, consiste en que los bienes fideicometidos se regirán y subsistirán conforme las normas que le imponga el contrato y la ley que regula la materia y además, subsiste independientemente de la existencia del fideicomitente y el fideicomisario.

El hecho de que el patrimonio fideicometido sea independiente de la existencia del fideicomitente y del fideicomisario, nos da una idea del porqué dentro de las causales que determinan la extinción del fideicomiso, no existe alguna que establezca con motivo de la muerte del fideicomitente o el fideicomisario.

6. FINALIDAD DEL FIDEICOMISO

El tratadista José Manuel Villagordoa Lozano (17) expone que la finalidad del fideicomiso es la actividad jurídica que realiza el fiduciario por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente.

Opiniones de otros juristas indican que los fines del fideicomiso pueden ser tan amplios como la imaginación de quien los crea. Sin embargo, señalan dos fines fundamentales que son:

mantener la titularidad de los bienes, y transmitir los mismos conforme al acto constitutivo.

Para nosotros, previo a determinar la finalidad de esta figura legal, tenemos que establecer la clase de fideicomiso que se constituye, esto quiere decir que una vez determinada la clase de fideicomiso que se constituya, se podrá establecer la finalidad que se persigue con el fideicomiso.

7. FORMAS DE CONSTITUCION

La legislación guatemalteca reconoce tres formas de constituir el fideicomiso, a saber:

- a) fideicomiso testamentario
- b) fideicomiso contractual
- c) fideicomiso judicial

A) FIDEICOMISO TESTAMENTARIO:

Se considera como un fideicomiso testamentario, aquel que se instituye por testamento. El hecho de que en el testamento se establezca cuales bienes formarán parte de un fideicomiso, no quiere decir que el mismo surte sus efectos desde el momento en que se emite la declaración de última voluntad. Dicha disposición tiene un procedimiento que consiste primero, según el Doctor Villegas Lara, en declarar la legitimidad del testamento y luego la entrega al fiduciario.

El Código de Comercio, en el artículo 770 establece de manera expresa la forma de constitución del fideicomiso y entre ellas se encuentra su institución por testamento.

La ley citada limita la voluntad del testador, al indicar que no podrán ser beneficiarios de un fideicomiso, toda aquella persona que no pueda heredar por indignidad o incapacidad. En nuestro criterio, esta disposición contenida en el artículo 767 del Código de Comercio es acertada, porque trata de evitar que el fideicomiso sea una vía legal para burlar las disposiciones contenidas en el Código Civil (Artículos 924 y 945 específicamente), relativas a la indignidad e incapacidad.

El Licenciado Novales Aguirre (18) expone que una de las modalidades de fideicomiso testamentario, es el de contratar un seguro de vida por parte del fideicomitente, quien instituye como fiduciario a un banco o a una institución de crédito. En caso de

que el fideicomitente fallezca, el fiduciario recibe inmediatamente el seguro correspondiente, y queda a su vez obligado a entregárselo a las personas designadas por el fideicomitente como fideicomisarios. En estos casos, indica el licenciado citado, que los beneficiarios se ahorran tramitar procesos sucesorios y el pago de impuestos que se imponen.

Al respecto de lo manifestado por el Licenciado Novales Aguirre, consideramos que este tipo de fideicomiso testamentario está mal definido, porque para empezar, el contratar un seguro de vida no es catalogado como testamento. Además, el fideicomitente que adquiere un seguro de vida, tiene que requerírsele a alguien que, por supuesto, tiene que aceptar otorgarlo; por lo tanto, existen una concurrencia de dos personas y que por definición constituye un contrato.

Consideramos oportuno indicar que, el testamento es una declaración unilateral de voluntad. Por lo tanto, en el mismo no existe una aceptación expresa ni tácita por parte del fiduciario de querer aceptar el fideicomiso que se le encomienda. Por lo que cabe preguntarse lo siguiente ¿ Qué sucedería si la institución llamada a ser fiduciario no aceptará tal calidad por no convenir a sus intereses? y también, ¿ Qué sucedería si ninguna institución bancaria o crediticia autorizada acepta tal cargo ?. La respuesta obligatoria y acertada, será: NO HAY FIDEICOMISO.

En consecuencia creemos que, en contraposición de lo manifestado por el Doctor Villegas Lara, (19) el fideicomiso instituido por testamento surte sus efectos, desde el momento en que el administrador de la herencia (albacea), celebre con la institución bancaria o crediticia el fideicomiso ordenado por el causante.

B) FIDEICOMISO CONTRACTUAL

Es la forma normal y debida de constituir un fideicomiso. En este tipo de constitución, existe una voluntad expresa por parte del fideicomitente y del fiduciario de otorgar un fideicomiso. Por lo tanto, éstos cumplen con las formalidades que la ley exige para su validez.

Aunque un fideicomiso puede derivarse de una resolución judicial o instituirse por disposición de última voluntad, el mismo debe concretarse a través de un contrato, en el que obligadamente deba comparecer y aceptar el fiduciario.

C) FIDEICOMISO JUDICIAL

Un fideicomiso puede ser ordenado judicialmente cuando, según

el artículo 767 del Código de Comercio, los bienes pertenezcan a menores, incapaces y ausentes, y sin los requisitos mencionados, no podrá emitirse tal resolución.

El artículo 771 del referido cuerpo legal, complementariamente, establece que los jueces constituirán fideicomisos en los casos en que por ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes. Refiere además, que el fiduciario sólo será administrador de los bienes.

Como ya fue indicado, posterior a la declaratoria judicial de constituir un fideicomiso, el mismo debe concretarse en un contrato.

8. CLASES DE FIDEICOMISO

Las teorías mantenidas por los profesionales del derecho indican que existe un sinnúmero de clases de fideicomiso, pero según el Doctor Villegas Lara, existe un consenso sobre tres: EL FIDEICOMISO DE GARANTIA, FIDEICOMISO DE INVERSION, y FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION.

La legislación guatemalteca no establece las clases de fideicomiso que se pueden constituir, pero hacen referencia tácita al fideicomiso de administración, garantía e inversión.

8.1 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION

Es aquel contrato en el cual, el fideicomitente transmite al fiduciario los bienes fideicometidos con el único fin de que los administre.

En este tipo de fideicomiso, el fiduciario tiene las facultades suficientes para disponer de los bienes entregados, y las que no tenga, las puede solicitar judicialmente. Las personas que posean empresas, fincas productoras o simplemente inmuebles para arrendar y que no quieran o no puedan administrarlos ellos mismos, pueden entregarlos en fideicomiso a una institución bancaria, para que éste se los administre, a cambio de honorarios por su actividad.

8.2 FIDEICOMISO EN GARANTIA

Se constituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias.

Este tipo de contrato, por su complejidad, es necesario ampliarlo un poco más.

El fideicomiso en garantía tiene sus orígenes en el contrato de "fiducia cum creditore", por el cual el deudor requerido por su acreedor para prestarle una seguridad real, transfería por "mancipatio" o "injure cessio" la propiedad, con el encargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación.

En el derecho germano se utilizó, equivalentemente, la denominada "PRENDA INMOBILIARIA" que consistía en que el deudor transmite a su acreedor un bien inmueble, mediante la entrega de una "carta venditiones" y al mismo tiempo, se obligaba al acreedor a devolverlo, en caso de que el deudor cumpliera con su obligación.

Por último, en el derecho anglosajón, se usó el "trust de garantía" por el cual el fiduciario (trustee) asume la obligación de administrar los bienes que el fideicomitente (settlor) le entrega, mientras este último cumple la obligación garantizada con dichos bienes.

Para el tratadista Rodríguez Azuero, el fideicomiso en garantía "se realiza cuando el deudor transfiere bienes a la entidad de una obligación principal a favor de un tercero para que, en el evento de que no se satisfaga la deuda, proceda a venderlos y destinar su producto a la cancelación de la deuda."

Este tipo de fideicomiso, sí se encuentra nominado en el artículo 791 del Código de Comercio guatemalteco. No da una definición o concepto, sino que especifica que cuando un deudor incumple una obligación, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante Notario. En este tipo de fideicomiso, el fiduciario tiene la prohibición expresa de ser la misma persona acreedora.

En definitiva podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- a) El fideicomitente es la misma persona que el deudor.
- b) El fideicomiso en garantía podría sustituir a los contratos de mutuo con garantía hipotecaria.
- c) El fiduciario nunca puede ser la misma persona que el acreedor.
- d) Otorga un procedimiento más sencillo para su ejecución, en caso de incumplimiento del deudor-fideicomitente, porque se evita el trámite de un juicio ejecutivo en la vía de apremio y en su lugar, se procede por una subasta pública notarial.

8.3 FIDEICOMISO DE INVERSION

Para el Doctor Villegas Lara, (20) este tipo de contrato se

manifiesta cuando " El fideicomitente transfiere bienes destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso ". Y aclara lo siguiente: Que el fiduciario se encarga de conceder préstamos con los bienes fideicometidos. Por lo que este fideicomiso, a juicio del tratadista citado, permite la creación de certificados fiduciarios.

El Licenciado Novales Aguirre, (21) expone: " El fideicomiso de inversión es aquél por el cual el fideicomitente transmite al fiduciario derechos o dinero, con el fin de que éste lo conceda o otras personas en calidad de mutuo o con otra finalidad que produzca una ganancia."

En Guatemala, este tipo de fideicomiso es bastante utilizado, más por las entidades estatales.

8.4 OTRAS CLASES DE FIDEICOMISO

8.4.1 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION DE RECURSOS Y PAGOS:

Es aquel que para el cumplimiento de sus fines, utiliza los recursos dinerarios aportados por el fideicomitente, con el encargo de que el banco de acuerdo a las instrucciones recibidas, efectúe pagos específicos en fechas establecidas, cuyas características y condiciones han sido previamente determinadas en el contrato respectivo y además, con el fin de que mientras se efectúen los pagos, se inviertan dichos recursos en valores que reúnan las mejores condiciones del mercado financiero.

8.4.2 FIDEICOMISO DE DISPOSICION DE BIENES

Es llamado también testamentario. El objetivo de este fideicomiso es cumplir la finalidad específicamente señalada por el testador en su testamento. Para tal efecto, se debe constituir un fideicomiso para cumplir con tales disposiciones.

8.4.3 FIDEICOMISO DE SEGURIDAD MOBILIARIA E INMOBILIARIA:

Tiene por objeto la constitución de un patrimonio autónomo, conformado por el aporte de toda clase de bienes inmuebles. Su finalidad principal es trasladar a nombre del fideicomiso dichas propiedades y constituir un fideicomiso de administración, en el cual las atribuciones del fiduciario, se pueden agregar el manejo y control de los impuestos y tributos de los inmuebles.

8.4.4 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION DE SEGUROS

Tipo de contrato que consiste en designar como beneficiario

de una póliza de seguro de vida, a una entidad bancaria para que a la muerte del tomador, aquélla administre el dinero del seguro y con su producto, atienda los gastos básicos de los hijos, cónyuges e incapacitados o la persona que el fideicomitente designe para que en su momento oportuno, le sean transmitidos los bienes que se hubieren adquirido.

8.4.5 FIDEICOMISO PARA FONDOS DE PENSIONES

Es aquel que ofrece la opción a cualquier persona que desee asegurar su futuro, para que a través del aporte mensual de determinadas sumas de dinero o mediante aportes extraordinarios, pueda ir formando un fondo, el cual se invertirá a la mejores tasas de interés que se obtengan en el mercado financiero, y que cuando desee retirarse de su actividad laboral, reciba los fondos del fideicomiso.

9. EXTINCION DEL FIDEICOMISO

Las causas de extinción del fideicomiso, se encuentran especificadas en el artículo 787 del Código de Comercio, en el cual se establecen los siguientes:

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

Al hacer una revisión de las causas de extinción, se debe entender que el mismo subsiste en los casos en que el fideicomitente y/o fideicomisario fallezcan. Y por supuesto, en ausencia de ellos, los únicos beneficiarios serán los herederos

testamentarios o ab-intestato.

10. NULIDAD DEL FIDEICOMISO

La nulidad de un acto quiere decir que éste nunca nació a la vida jurídica, a pesar de que el mismo se inició en su ejecución.

Dentro de la legislación guatemalteca, existen reguladas dos tipos de nulidad, La relativa y la absoluta.

Como este tipo de figura, se encuentra regulada en el Código Civil y no es parte de nuestro estudio, sólo haremos referencia para diferenciar uno de otro.

NULIDAD RELATIVA: Son todos aquellos actos jurídicos anulables, pero que son revalidables por confirmación.

NULIDAD ABSOLUTA: Son todos aquellos actos jurídicos nulos, que no son revalidables por confirmación; por lo tanto, nunca nacerán, ni surtirán efecto alguno.

Respecto a la nulidad de un fideicomiso, nuestro campo de acción, el Código de Comercio señala, en su artículo 789, dos casos:

1. Cuando son constituidos en forma secreta, y
2. Aquellos en los cuales el beneficio se otorgue a diversas personas, sucesivamente, y deban surtirse por muerte de la anterior, salvo que la sustitución se efectúe en favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

El tratadista Carlos Dávalos Mejía (22) establece que los fideicomisos que son secretos no acarrearán una simple nulidad, sino la responsabilidad que se deriva de haber incumplido con una prohibición expresa impuesta en un no hacer. Indica que no se debe confundir el fideicomiso secreto con la obligación del secreto profesional, porque el primero consiste en un ocultamiento dirigido de un bien o del fin del fideicomiso, que no son conocidos por el fiduciario; y el secreto profesional, se da el ocultamiento sobre un caso particular que atañe no directamente al interesado y a la autoridad judicial.

En lo que respecta a los fideicomisos sucesivos, indica que son aquellos en que los beneficiarios (fideicomisarios), desde el momento de la constitución, se designan seriamente uno tras otro y que pasarán a ser beneficiarios sólo por fallecimiento del

anterior. Este tipo de fideicomiso es prohibido en la legislación guatemalteca, el cual, en materia de sucesión acepta que podría pactarse siempre que las personas designadas sucesivamente como fideicomisarias estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

En nuestra opinión, en lo que refiere a que si es válido el fideicomiso sucesivo cuando esté concebida la persona a la muerte del fideicomitente es discutible, porque una persona concebida, jurídicamente no existe. Para ser más claros, nuestra legislación civil, doctrinariamente adopta la teoría de la viabilidad, la cual consiste en que la personalidad jurídica (la capacidad de ser sujeto de derecho y obligaciones), se adquiere cuando la persona nace y puede subsistir por sus propios medios. Dicha adaptación, se encuentra regulada en el artículo 10. del Código Civil, que establece que la personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte. Por lo tanto, esta persona concebida no tiene capacidad legal para ser beneficiario de un fideicomiso.

A pesar de anterior, el mismo artículo citado establece que al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad. Por lo tanto, creemos conveniente que el artículo 789 del Código de Comercio, debe ampliar su norma en el sentido, de que la persona concebida, debe nacer en condiciones de viabilidad, en caso contrario, el contrato de fideicomiso será nulo. Se debe agregar otras dos causales para reclamar la nulidad de un fideicomiso. Una de ellas es que sea nulo cuando se nombre como fideicomisario al fiduciario, o cuando se establezca que se transmitan los bienes al fiduciario cuando se extinga el fideicomiso.

Otra causal debe ser cuando el fideicomiso se constituya en fraude de acreedores. Se debe especificar que hay fraude de acreedores cuando, el fideicomitente constituya el fideicomiso en perjuicio de sus acreedores, salvo que demuestre que posee otros bienes suficientes para satisfacer sus deudas.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

1. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. " III curso de Contratación Financiera y Tributario" Guatemala, 1997 p. s/n
2. Villegas Lara, René Arturo. Derecho Mercantil Guatemalteco Edit. Universitaria. Vol.III Guatemala 1988. pag. 148
3. Vásquez Martínez, Edmundo. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Serviprensa Centroamericana 1978. pag. 665
4. Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito Editorial Herrero, S.A. 7a. Edición. México 1972. pag. 292
5. Vásquez Martínez, Edmundo. ob. cit. pag. 553
6. Carregal, Mario Alberto. El Fideicomiso 1a. Edición Buenos Aires Argentina 1982. pag. 98
7. Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Sociales, JJ Y PP Edit. Heliastra S.R.L Buenos Aires 1980. pag. 319
8. Villagordoa Lozano, José Manuel. Editorial Porrúa. S.A 2a. Edición; México 1982. pag. 176
9. Cervantes y Ahumada, Raúl. Ob cit. pag. 294
10. Villegas Lara, René Arturo. Ob cit. pag. 148
11. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. ob. cit. pag. s/n
12. Vásquez Martínez, Edmundo. ob cit. pag. 665
13. Villegas Lara, René Arturo. ob cit. pag. 150
14. Ossorio, Manuel. ob cit. pag. 320
15. Vásquez Martínez, Edmundo. ob cit. pag. 669
16. Vásquez Martínez, Edmundo. ob cit. pag. 670
17. Villagordoa Lozano, José Manuel. ob. cit. 179
18. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. ob. cit pag. s/n
19. Villegas Lara, René Arturo. ob cit. pag. 151
20. Villegas Lara, René Arturo. ob cit. pag. 154
21. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. ob. cit pag. s/n
22. Dávalos Mejía, Carlos. Títulos y contratos de Crédito, Quiebras. Editorial Harla. México 1984.

CAPITULO II

1. EL FIDEICOMISO EN GUATEMALA

Tuvo sus orígenes con la promulgación de la Constitución Política de Guatemala de 1945; y después se legisló ordinariamente en el Código Civil.

Al promulgarse el Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio, se le trasladó a éste por considerar que es un negocio bancario y, por lo tanto, de naturaleza eminentemente mercantil.

En el Código de Comercio, el fideicomiso se regula en los artículos del 766 al 793 y se complementa con los artículos del 609 al 614, que se refiere, a los títulos de crédito fiduciarios.

Dichas normas no dan una definición de lo que es fideicomiso, ni de sus elementos personales y materiales, sino que sólo se limitan a exponer la forma en que esta figura se va a desarrollar.

2. UBICACION DEL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA

Al desarrollar los antecedentes históricos del fideicomiso en la legislación guatemalteca, se estableció como primer dato que el fideicomiso se reguló en el Código Civil en los artículos del 560 al 570, como un modo de propiedad.

Posteriormente, dichos artículos fueron derogados por el artículo I inciso 4o. de las disposiciones derogatorias y modificatorias del Decreto 2-70, Código de Comercio, y regulados nuevamente por los artículos del 609 al 614, que se refieren a los certificados fiduciarios que se pueden emitir y por los artículos del 766 al 793 que se refiere al contrato de fideicomiso propiamente.

3. CLASES DE FIDEICOMISO REGULADOS EN EL CODIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio, en lo referente a la figura del fideicomiso, no establece conceptos, categorías, ni clasificaciones del mismo, ni lo concerniente a los elementos personales, ni las clases de fideicomiso que puedan existir.

En determinados casos, sí establece la clase de fideicomiso que debe realizarse, tal es la situación regulada en el artículo 771 del Código de Comercio, que en su parte conducente, establece que en los fideicomisos constituidos judicialmente, el fiduciario sólo actuará como administrador de los bienes.

En el artículo 784 de la ley de mérito, se establece que el fiduciario podrá realizar, con autorización del fideicomitente, inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez; por consiguiente, en este caso estaríamos hablando de un fideicomiso de inversión.

Ahora bien, en el artículo 791 se habla de una clase de fideicomiso en particular, denominado " fideicomiso de garantía ", el cual no está definido, y sólo habla de las consecuencias que se pueden dar, en caso de incumplimiento del deudor, como lo es la venta en subasta pública de los bienes fideicometidos.

Se puede concluir entonces, que nuestra legislación no hace una nominación específica de fideicomisos que se pueden realizar, sino que la clasificación de fideicomisos es tan amplia como la imaginación del Notario que los facciona. Las funciones de administración, inversión y garantía son las actividades más comunes que se realizan en cualquier clase de este contrato.

4. LA CALIDAD EN QUE SE TRANSMITEN LOS BIENES DEL FIDEICOMISO

Como se ha expuesto anteriormente, la figura del fideicomiso, consiste en la transmisión de bienes para la ejecución de determinado fin, la cual no es delimitada por la ley; por lo tanto, pueden haber tantas maneras de transmisión como clases de fideicomiso existan.

Si cualquiera pretendiera delimitar la calidad en que se transmiten los bienes, tácitamente estaría delimitando las funciones del fideicomiso que se pudieran crear.

Para ilustrar un poco más la forma en que se transmiten los bienes, se hará alusión a las tres clases más comunes de fideicomiso: el de garantía, de inversión y de administración.

Si se constituye un fideicomiso de garantía, el cual tiene la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación, se puede deducir que dicha transmisión se da únicamente en depósito del bien que garantiza la obligación.

Ahora bien, cuando se instituye un fideicomiso de inversión o de administración, el fiduciario tiene que realizar actividades que permitan la buena administración de los bienes invertidos, de

tal manera que pueda ejecutar acciones judiciales en favor del fideicomitente; por lo tanto, se están dando facultades de representación - general o judicial - a favor del fiduciario, con la modalidad de que el fideicomitente, cuando entrega los bienes, no puede disponer de lo fideicometido, más de lo que la ley y el contrato le faculta.

5. CERTIFICADOS FIDUCIARIOS

Esta figura no es un contrato, sino como su nombre lo indica, es un título de crédito. La razón por la cual se menciona este documento dentro del trabajo, es porque éste puede formar parte del contrato de fideicomiso, si así se instituye. Otra razón por la que se incluye, es porque es una de las formas en que se desarrolla el fideicomiso en una de sus tantas modalidades.

5.1 LEGISLACION APLICABLE

Esta figura se encuentra regulada en el libro tercero, referente a los títulos de crédito, específicamente en los artículos del 609 al 614 del Código de Comercio. A pesar de que son infimos el número de los artículos en los que se fundamenta, regula lo más importante, como lo son los derechos que confiere dicho título, así como su contenido formal. Si existiere alguna duda respecto a ellos, habrá que remitirse a los artículos del 385 al 414 del mismo código, que se refieren a las generalidades aplicables a todos los títulos de crédito existentes.

5.2 REQUISITOS DE CREACION

Una de las características de creación de este título de crédito es que es subsidiario del fideicomiso, o sea, que el título no puede crearse por su cuenta sino tiene que haber un contrato de fideicomiso de por medio otorgado. Además, en el contrato debe estipularse la creación de dicho documento.

El certificado fiduciario, por encontrarse regulado en el Código de Comercio, tiene una naturaleza mercantil y si tomamos en cuenta que "fiduciario" sólo lo puede ser una institución bancaria o financiera, se deduce que dichos títulos de crédito sólo los pueden crear éstos.

De todas las clases de fideicomiso, que pudieren existir, la que más se adecua para emitir este título de crédito, es el fideicomiso de inversión, ya que como se ha anotado, esta clase de fideicomiso es aquel que se constituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, de manera especial, las crediticias.

5.3 DERECHOS DEL POSEEDOR DEL TITULO

Como cualquier tipo de título de crédito, éste confiere determinados derechos al titular del mismo, los cuales se encuentran regulados en el artículo 611 del Código de Comercio y facultan:

- a) A una parte alícuota de los productos de los bienes fideicometidos.
- b) A una parte alícuota del derecho de propiedad sobre dichos bienes o sobre el precio que se obtenga en la venta de los mismos.
- c) Al derecho de propiedad sobre una parte determinada del bien inmueble fideicometido.

Otro derecho que debe de incorporarse a los ya descritos, es que el título será ejecutable a pesar de que el contrato que le dio origen sea extinto.

5.4 FORMALIDADES DEL TITULO

Las formalidades para la validez de este título de crédito, están contenidas en el artículo 613 del Código de Comercio. Para esto se exige:

- a) La mención de ser certificado fiduciario.
- b) Los datos que identifiquen la escritura de constitución del fideicomiso y de la creación de los propios certificados.
- c) La descripción de los bienes fideicometidos.
- d) El avalúo de los bienes, si los certificados tuvieran valor nominal;
- e) Las facultades del fiduciario;
- f) Los derechos de los tenedores con circunstanciada expresión de las condiciones de su ejercicio.
- g) La firma del fiduciario y la del representante de la autoridad administrativa que intervenga en la creación de los títulos.

Consideramos pertinente indicar que dentro dentro de las formalidades antes expuestas se omitió, por una circunstancia aún no determinada, el número del título de crédito, el cual sí se debe de incluir como requisito formal.

5.5 FORMAS DE EMITIRLO

Este tipo de título de crédito debe ser emitido nominalmente, o bien, puede ser emitida al portador.

Son nominativos los títulos de crédito creados a favor de personas determinadas cuyo nombre se consigna en el propio texto del documento, como en el registro del creador. En este caso, los títulos fiduciarios deberán ser nominativos obligatoriamente, cuando el bien fideicometido sea un inmueble.

En otras circunstancias, los títulos fiduciarios pueden ser emitidos a la orden o al portador.

6. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO

Hablar de las ventajas del fideicomiso, es hablar de los beneficios que este contrato conlleva y que sería difícil exponerlas en un orden jerárquico y convencional a las partes; por lo tanto, se establecerán las mismas conforme los elementos personales que participan en esta figura.

6.1 VENTAJAS PARA EL FIDEICOMITENTE

- A. Se garantiza que sus bienes serán bien administrados por una entidad con capacidad y experiencia.
- B. Se evita tener que administrar negocios que no conoce y que le pudieran representar pérdida.
- C. En caso de una mala administración, la persona del fiduciario es un ente con solvencia económica para restituir los bienes del fideicomitente.
- D. El fideicomitente asegura sus bienes, de tal manera que no pueden ser embargados hasta finalizar el plazo del contrato.
- E. El hecho de otorgarse para su celebración escritura pública, le da una certeza jurídica de validez.
- F. Los riesgos de pérdida por inversión son mínimos.

6.2 VENTAJAS PARA EL FIDUCIARIO

- A. Por los servicios prestados, adquiere un beneficio como lo son sus honorarios por servicios profesionales.
- B. Se agencia de fondos para hacer inversiones propias de su naturaleza.

- C. Genera empleos para las personas que van a administrar el fideicomiso.

6.3 VENTAJAS PARA EL FIDEICOMISARIO

- A. Se garantiza que los frutos que le corresponden le serán entregados en tiempo.
- B. Si el fideicomisario es una persona incapaz, menor de edad, el fiduciario está obligado a garantizarle sus derechos, por el tiempo que dure su incapacidad o minoría de edad.
- C. El fideicomisario no tiene necesidad de preocuparse como administrador de los bienes fideicometidos.

7. EL COMITE TECNICO EN EL FIDEICOMISO (1)

Por la diversidad de fideicomisos que se pueden celebrar, el fiduciario, en quien recae la responsabilidad del éxito del negocio, puede que no tengan los conocimientos necesarios para la ejecución de un fideicomiso. Por lo tanto, éste puede auxiliarse de un grupo de asesores técnicos, expertos en determinada materia, que le recomiende o le fijen las directrices por ejecutar.

Dicha figura de "Comité Técnico", no se encuentra regulada en el Código de Comercio y tampoco es muy utilizada por los profesionales del derecho ni por las entidades fiduciarias, ya que estas últimas están capacitadas y preparadas para realizar este tipo de contratos. Por otra parte, en donde es más común utilizar este asesor, es en los fideicomisos públicos, ya que el Estado se está aventurando a realizar una actividad en que no tiene experiencia.

7.1 CONCEPTO DE COMITE TECNICO

Es un grupo formado por dos o más personas que poseen determinados conocimientos científicos y técnicos. Se constituyen para asesorar al fiduciario y al fideicomitente, o para tomar decisiones de ejecución sobre los bienes fideicometidos. Basan su función en las disposiciones contractuales del fideicomiso.

Doctrinariamente, el Comité Técnico ha sido un órgano de asesoramiento, pero conforme ha evolucionado la sociedad y la tecnología, ha adquirido la calidad de un órgano de decisión, o sea de un asesor vinculante, en el cual sus opiniones deben ser acatadas estrictamente.

7.2 RESPONSABILIDADES

En todo tipo de acto jurídico, una toma de decisión que realice cualquiera de las partes que lo integren, conlleva una responsabilidad y este caso, no se escapa de esta premisa. A continuación entramos a conocer las responsabilidades de las partes:

7.2.1 RESPONSABILIDAD UNICA DEL FIDUCIARIO

Se presenta en aquellos casos en que el Comité Técnico, Únicamente asume la calidad de asesor o consultor, sin que por ello el fiduciario esté obligado a acatar su opinión. Por lo tanto, el fiduciario es responsable de las decisiones que tome, conforme o no, el dictamen que el Comité Técnico emita.

7.2.2 RESPONSABILIDAD UNICA DEL COMITE TECNICO

Se da cuando el Comité Técnico toma el papel de órgano de decisión y el fiduciario se concreta a obedecer y ejecutar lo ordenado, asumiendo así, la responsabilidad del éxito o fracaso del fideicomiso el Comité Técnico.

7.2.3 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL FIDUCIARIO Y DEL COMITE TECNICO

Es cuando la responsabilidad afecta al fiduciario y Comité Técnico, pues uno ordena y el otro ejecuta, siendo compartidas así las obligaciones que se deriven.

7.3 INTEGRACION DEL COMITE TECNICO

Como ya se explicó anteriormente, la figura del Comité Técnico, no está regulada en nuestra legislación, sino su regulación es únicamente contractual y para casos determinados. Así también, no existe una especificación de las calidades que debe tener cada uno de los integrantes de dicho comité.

Conforme la afirmación anterior, el profesional del derecho que pretenda crear un Comité Técnico, sólo deberá basarse en sus conocimientos jurídicos y la lógica, para crearlo y asignarle sus atribuciones, así como también en base a la razón, deberá fijar la calidad profesional de cada uno de sus integrantes.

En conclusión, un Comité Técnico se integra conforme lo estipulado en el contrato de fideicomiso que le de origen, y sus calidades, atribuciones, responsabilidades, plazo de duración, etc. dependerá de éste.

8. PRINCIPIOS EN QUE SE FUNDA EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Generalmente, cuando se habla de principios, fuentes, fundamentos, nos estamos refiriendo a que toda figura legal tiene un origen moral, de uso, de costumbre y doctrinal.

Y para determinar los principios en que se funda la figura del fideicomiso, tenemos que remitirnos a las disposiciones del Código de Comercio en lo que refiere a la contratación mercantil, específicamente el artículo 669, que establece: " Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales. "

Al analizar el artículo anterior, deducimos lo siguiente: a) Que el contrato de fideicomiso es una figura netamente mercantil; y b) En consecuencia, es determinante que la figura de nuestro estudio se tiene que basar en los principios filosóficos de verdad sabida y buena fe guardada.

Para una mejor comprensión, es pertinente explicar los principios en que se fundamentan los contratos mercantiles y por supuesto el contrato de fideicomiso.

8.1 VERDAD SABIDA

Por el poco formalismo que requiere la contratación mercantil, la verdad sabida actúa como su esencia y, en consecuencia, no es necesario consignarla en el contrato. Esto quiere decir que los contratantes conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan con el principio siguiente.

8.2 BUENA FE GUARDADA

Si nos basamos en lo que manifiestan varios juristas, podemos establecer que la buena fe, en términos generales, significa o se interpreta como " El convencimiento en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo " (Dr. Manuel Ossorio y Florit). (2)

9. RELACION DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO CON OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES CIVILES Y SUS TEORIAS EN QUE SE SUSTENTA

En todo tipo de contrato que se realiza, a pesar de las distintas denominaciones típicas y atípicas de las negociaciones, existe una relación de contratos civiles que son fáciles de

identificar. El contrato de fideicomiso no se escapa a la premisa antes referida, por lo que a continuación se hará una reseña de cada contrato que se vaya relacionando con el mismo.

9.1 RELACION CON EL CONTRATO DE MANDATO:

Una de las facultades que posee el fiduciario, que le confiere el fideicomitente, es la facultad de representación para que éste pueda darle un cumplimiento sin problemas. Ejemplo: El caso de que el fideicomitente fideicomita derechos reales de garantía (hipotecas y prendas) al fiduciario para que éste los administre y en su caso los cobre judicialmente. Para que éste le pueda dar fiel cumplimiento, necesita facultades de representación para administrar frente a terceros y frente a los órganos administradores de justicia. Por lo tanto, el contrato de fideicomiso, tiene vínculos con el contrato de mandato.

Al respecto, el tratadista Ricardo Alfaro, propuso adecuarlo a un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten ciertos bienes a una persona llamada fiduciario, para que haga con ellos lo que le ordene otro sujeto llamado fideicomitente, siempre en beneficio de otro más, denominado fideicomisario. Pero tal enunciado, no tuvo defensa contra la crítica de que en el mandato no hay transmisión de dominio, pues se trataría de una compraventa; crítica que resulta contundente y nulifica toda posibilidad de ver en el fideicomiso un mandato.

9.2 RELACION CON EL CONTRATO DE DEPOSITO:

Otro vínculo que consideramos existente es el que se da entre el fideicomiso de garantía y el contrato de depósito.

Inicialmente, es pertinente indicar que el fideicomiso de garantía, es aquel que se constituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. De manera más gráfica, se puede decir que es cuando el deudor transfiere a una entidad, una obligación principal a favor de un tercero para que, en el momento en que no se satisfaga la deuda, proceda a venderlos y destinar su producto a la cancelación de la deuda. En este caso, el fiduciario sólo recibe el bien en depósito mientras es satisfecha la deuda, de lo contrario, tiene las facultades de mandato para promover su venta judicial.

El tratadista Rodolfo Batiza (3) expone a este respecto: A pesar de que en el fideicomiso, invariablemente, se constituye por acto entre vivos sobre bienes presentes, hay una entrega material de la cosa; pero se diferencia de la entrega que se hace en el depósito, en que sólo hay un cambio de posesión del depositante al depositario. En el fideicomiso se produce un cambio de propiedad con limitantes establecidos en el contrato.

9.3 RELACION CON EL CONTRATO DE MUTUO:

El fideicomiso, a su vez, también tiene relación con el contrato de mutuo, en el sentido de que ambos contratos persiguen garantizar una obligación, con la diferencia de que el contrato de mutuo se ejecuta a través de un juicio ejecutivo en la vía de apremio y en el fideicomiso de garantía, se promueve una subasta pública ante notario.

Es tal la relación, que el fideicomiso en garantía, podría sustituir a los contratos de mutuo con garantía hipotecaria.

9.4 RELACION CON EL CONTRATO DE DONACION

De igual forma, el tratadista Rodolfo Batiza indica que existe identidad entre el contrato de donación y el fideicomiso, cuando éste es el resultado de una liberalidad.

Pero indica que hay que observar que el contrato de donación se refiere a bienes presentes sin que puedan incluirse los bienes futuros, caso contrario al del fideicomiso.

10. LEGISLACION COMPARADA

La figura del fideicomiso en nuestro ordenamiento jurídico no es única, ni novedosa, sino que ésta tiene sus bases en la doctrina y legislación extranjera, sin menospreciar a los jurisconsultos nacionales que estudian a la figura en cuestión.

En conclusión, lo regulado al respecto del fideicomiso, es similar con las figuras extranjeras de fideicomiso, por lo tanto consideramos que es necesario hacer una comparación entre estas, tomando como base el Código de Comercio de México, Costa Rica y El Salvador.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo sobre las diferencias y similitudes de la figura del fideicomiso que se aplica en los países referidos.

CODIGO DE COMERCIO GUATEMALA (4)	CODIGO DE COMERCIO MEXICO (5)	CODIGO DE COMERCIO EL SALVADOR (6)	CODIGO DE COMERCIO COSTA RICA (7)
1. Se encuentra catalogado como un contrato mercantil.	1. Se encuentra catalogado como una operación de crédito.	1. Se encuentra catalogado como una operación bancaria y contrato mercantil.	1. Se encuentra catalogado como un contrato mercantil.
2. No define los elementos personales del fideicomiso.	2. No define los elementos personales del fideicomiso.	2. No define los elementos personales del fideicomiso.	2. No define los elementos personales del fideicomiso.
3. No establece la calidad en que se transmiten los bienes	3. El fideicomitente encomienda sus bienes al fiduciario. No establece transmisión.	3. Transmite los bienes en propiedad al fiduciario.	3. Se transmiten los bienes en propiedad limitativamente.
4. Requiere que el fideicomitente tenga capacidad legal para enajenar sus bienes, esencialmente .	4. Sólo requiere que el fideicomitente tenga capacidad necesaria para hacer la afectación de sus bienes al fideicomiso.	4. No regula requisitos para poder ser un fideicomitente, pero se intuye que tiene que tener capacidad civil.	4. No regula requisitos para poder tener la capacidad legal de fideicomitente.
5. El fideicomisario no requiere requisito para serlo, salvo al fideicomisario testamentario, que no debe ser incapaz para heredar por indignidad.	5. La persona del fideicomisario puede ser cualquier persona física y jurídica que tenga capacidad para recibir el provecho de los frutos del fideicomiso.	5. La persona del fideicomisario puede ser cualquiera, salvo el indigno para heredar y el incapaz.	5. El fideicomisario puede ser cualquier persona, salvo el instituido por testamento, que no debe ser incapaz para heredar, ni ser indigno testamentario.
6. Los menores e incapaces pueden constituir fideicomiso, sólo que debe mediar autorización judicial.	6. No regula su ley al respecto, sobre si los menores e incapaces pueden constituir un fideicomiso.	6. No regula su ley al respecto, sobre si los menores e incapaces pueden constituir un fideicomiso.	6. No regula su ley al respecto, sobre si los menores e incapaces pueden constituir un fideicomiso.
7. La persona del fiduciario sólo pueden ser los bancos e instituciones de crédito	7. La persona del fiduciario sólo pueden ser las instituciones de crédito autorizadas	7. La persona del fiduciario sólo pueden ser los bancos e instituciones de crédito	7. La persona del fiduciario pueden ser las personas físicas y jurídicas.

CODIGO DE COMERCIO GUATEMALA	CODIGO DE COMERCIO MEXICO	CODIGO DE COMERCIO EL SALVADOR	CODIGO DE COMERCIO COSTA RICA
8. No es necesario que se individualice al fideicomisario, pero requiere reglas para su determinación.	8. No es necesario que se individualice al fideicomisario.	8. Es necesario especificarlo, salvo, cuando el fideicomiso sirve de base para emisión de certificados fiduciarios de participación.	8. No existe prohibición o regulación que haga pronunciamiento al respecto.
9. La persona del fideicomitente se puede confundir con la del fideicomisario.	9. La persona del fideicomitente puede ser la misma del fideicomisario.	9. La persona del fideicomitente puede confundirse en la persona del fideicomisario.	9. No puede confundirse la persona del fideicomitente con la del fideicomisario, porque incurre en fraude de acreedores, salvo que demuestre tener otros bienes para solventar sus deudas.
10. El fideicomiso se constituye por contrato o instituirse por testamento.	10. El fideicomiso se constituye por acto entre vivos y por testamento.	10. El fideicomiso se constituye por 3 formas: por acto entre vivos, por testamento y mixto (es una mezcla de los dos anteriores).	10. El fideicomiso se constituye por acto entre vivos y por testamento.
11. El otorgamiento de un fideicomiso debe constar en escritura pública.	11. El otorgamiento de un fideicomiso debe constar por escrito, pero debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de derechos o propiedad.	11. El otorgamiento del fideicomiso debe constar en escritura pública (No lo especifica expresamente, pero de manera tácita la da a entender.	11. El otorgamiento de un fideicomiso, se debe constituir por escrito, sin especificar que tipo de documento.
12. Si en el fideicomiso no se determina la persona del fiduciario, lo nombra un juez de primera instancia a requerimiento de la persona del fideicomisario.	12. Si en el fideicomiso no se determina la persona del fiduciario, lo nombra un juez de la jurisdicción que corresponda nombrarlo a requerimiento del fideicomisario.	12. Si en el fideicomiso no se determina la persona del fiduciario, lo nombra un juez de la jurisdicción que corresponda nombrarlo a requerimiento del fideicomisario.	12. Si en el fideicomiso no se determina la persona del fiduciario, lo nombra un juez de la jurisdicción que corresponda nombrarlo a requerimiento del fideicomisario.

CODIGO DE COMERCIO GUATEMALA	CODIGO DE COMERCIO MEXICO	CODIGO DE COMERCIO EL SALVADOR	CODIGO DE COMERCIO COSTA RICA
13. La persona del fiduciario, puede recaer en varias instituciones bancarias o crediticias.	13. La persona del fiduciario puede recaer en varias instituciones bancarias o crediticias.	13. La persona del fiduciario puede recaer en varias instituciones bancarias o crediticias.	13. La persona del fiduciario puede recaer en varias personas individuales o jurídicas.
14. Para vender, donar o gravar los bienes fideicomitidos, el fiduciario necesita facultad expresa o autorización judicial para ello.	14. No existe regulación legal al respecto de esa situación.	14. Para vender, donar o gravar los bienes fideicomitidos, el fiduciario necesita facultad expresa o autorización judicial para ello.	14. Para vender, donar o gravar los bienes fideicomitidos, el fiduciario necesita facultad expresa o autorización judicial para ello.
15. Como requisito esencial del contrato de fideicomiso debe constar la aceptación del fiduciario	15. Como requisito esencial del contrato de fideicomiso, debe constar la aceptación del fiduciario.	15. Como requisito esencial del contrato de fideicomiso, debe constar la aceptación del fiduciario.	15. No hay regulación legal al respecto, pero se intuye que así debe ser.
16. Cuando el fideicomiso recaer sobre bienes inmuebles, es obligatorio su inscripción en el Registro de la Propiedad.	16. Cuando el fideicomiso recaer sobre bienes inmuebles, es obligatorio su inscripción en el Registro de la Propiedad.	16. Cuando el fideicomiso recaer sobre bienes inmuebles, es obligatorio su inscripción en el Registro de la Propiedad.	16. Cuando el fideicomiso recaer sobre bienes inmuebles, es obligatorio su inscripción en el Registro de la Propiedad.
17. El contrato de fideicomiso, surte sus efectos contra terceros al momento de <u>PRESENTARSE</u> en el Registro General de la Propiedad.	17. El contrato de fideicomiso sobre inmuebles surte sus efectos contra terceros al momento de su <u>INSCRIPCIÓN</u> en el Registro Público.	17. El contrato de fideicomiso sobre inmuebles surte sus efectos contra terceros al momento de su <u>PRESENTACIÓN</u> en el Registro Público.	17. No existe regulación al respecto, cuando surten los efectos contra terceros, cuando deba presentarse al registro de la Propiedad.

CODIGO DE COMERCIO GUATEMALA	CODIGO DE COMERCIO MEXICO	CODIGO DE COMERCIO EL SALVADOR	CODIGO DE COMERCIO COSTA RICA
18. Los bienes sometidos al fideicomiso, son inembargables, salvo los frutos del mismo	18. Los bienes sometidos al fideicomiso no estan sujetas a demanda o embargo, salvo por las acciones que de él se deriven.	18. Las rentas sometidas al fideicomiso no estan sujetas a demanda o embargo.	18. Los bienes sometidos al fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo, afecto a los propósitos del fideicomiso.
19. El plazo máximo de un contrato de fideicomiso, es de 25 AÑOS.	19. El plazo máximo para un contrato de fideicomiso, es de 30 AÑOS.	19. El plazo máximo de un fideicomiso es de 25 AÑOS.	19. El plazo máximo de un fideicomiso es de 30 AÑOS.
20. El fideicomiso puede ser de plazo indefinido cuando el fideicomisario es una entidad estatal o una de asistencia social, cultura, científica o artística no lucrativa, o incapaces o enfermo incurable.	20. El fideicomiso puede ser de plazo indefinido cuando el fideicomisario es una entidad de orden público o cuando se constituya para el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico, sin fin de lucro	20. El fideicomiso es de plazo indefinido -- cuando el fideicomisario es el estado, municipios, instituciones públicas, de beneficencia o de cultura y de los legalmente incapaces.	20. El fideicomiso es de plazo indefinido -- cuando el fideicomisario es el estado, instituciones de beneficencia, culturales o artísticas no lucrativos.
21. El fideicomiso se extingue por: a) Por realización del fin por el que se constituyó; b) Por ser imposible su realización. c) Por haberse cumplido la condición resolutoria. d) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario. e) Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado el derecho en el contrato	21. El fideicomiso se extingue por: a) Por la realización del fin por el que se constituyó. b) Por hacerse este imposible. c) Por hacerse imposible la condición suspensiva de que dependa o dentro del plazo de veinte años d) Por haberse cumplido la condición resolutoria a que se sujeto. e) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario	21. El fideicomiso se extingue por: a) Por cumplimiento de sus fines por el que se constituyó; b) Por no haberse cumplido en tiempo la condición suspensiva; c) Por cumplimiento de la condición resolutoria. d) Por destrucción de los bienes fideicometidos; e) Por resolución del derecho del fideicomitente sobre los bienes;	21. El fideicomiso se extingue por: a) Por realización del fin por el que se constituyó; b) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a que esta sujeto; c) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario d) Por revocación del fideicomitente cuando se haya reservado el derecho; e) Por falta de fiducia cuando exist

CODIGO DE COMERCIO GUATEMALA	CODIGO DE COMERCIO MEXICO	CODIGO DE COMERCIO EL SALVADOR	CODIGO DE COMERCIO COSTA RICA
<p>f) Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario g) Por el transcurso del plazo legal, salvo los incapaces, en ferros incurables o instituciones de asistencia social.</p>	<p>sario. f) Por revocación expresa hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado el derecho. g) Por renuncia, no aceptación, o remoción del fiduciario.</p>	<p>f) Por revocación del fideicomitente cuando se haya reservado el derecho; g) Por muerte o renuncia del fideicomisario; h) Por transcurso del plazo legal.</p>	<p>ta imposibilidad de sustituirlo.</p>
<p>22. Son nulos los fideicomisos: a) Los constituidos en forma secreta; b) Aquellos en que se designe a varios beneficiarios, en que uno sustituya a otro sucesivamente cuando fallezca el primero, salvo que la sustitución se haga en favor de personas vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.</p>	<p>22. Son prohibidos los fideicomisos: a) Los fideicomisos secretos; b) Aquellos en que se designe a varios beneficiarios, en que uno sustituya a otro sucesivamente cuando fallezca el primero, salvo que la sustitución se haga en favor de personas vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente. c) Aquellos duración sea mayor de treinta años, salvo las de plazo indefinido fijadas por la ley.</p>	<p>22. No se puede establecer fideicomiso cuando el beneficio pase a otra persona, después de fallecido el primer fideicomisario. No se aplica esta prohibición, a los certificados fiduciarios de participación.</p>	<p>22. Son prohibidos los fideicomiso: a) Con fines secretos; b) En los que se concede el beneficio a diversas personas que sucesivamente deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo que la sustitución se realice en favor de personas que, a la muerte del fideicomitente se encuentren vivas o concebidas. c) Los que tengan una duración mayor de treinta años. d) Los fideicomisos en que el fiduciario beneficio, además de sus honorarios que le corresponden por ley.</p>

CITAS BIBLIOGRAFIA

1. Instituto Guatemalteco de Derecho Guatemalteco. El Comité Técnico del Fideicomiso. Guatemala, 1996
2. Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Sociales, JJ Y PP Edit. Heliastra S.R.L Buenos Aires 1980.
3. Batiza, Rodolfo. El fideicomiso. Editorial Porrúa; 4a. Edición. México, 1980.
4. Código de Comercio. Decreto 2-70 Tipografía Nacional de Guatemala.
5. Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos. Decreto de 4 de junio de 1887.
6. Código de Comercio de la República de El Salvador. Sin número de Decreto. año 1982.
7. Código de Comercio de la República de Costa Rica. Decreto No. 3284 de la Asamblea Legislativa.

CAPITULO III

1. EL FIDEICOMISO PUBLICO

Indistintamente de que la figura del fideicomiso pertenece a la rama del derecho privado, la ley no priva a los órganos estatales para que puedan celebrar esta clase de contratos.

Para este efecto, el artículo 13 del Código de Comercio establece que, a pesar de que las entidades que conforman el Estado, no son considerados como comerciantes, si están facultadas para realizar actividades comerciales, con base a la ley que las rige y, por leyes especiales, en el caso que se requieran.

El pretender dar una definición de fideicomiso público, nos tendríamos que remitir a las definiciones dadas anteriormente, porque no existe ninguna característica que lo haga distinto de un fideicomiso privado, en lo referente a su naturaleza jurídica. Ahora bien, en lo que respecta a sus elementos personales, sí existe una diferencia elemental, como lo es que el fideicomitente y el fideicomisario siempre lo será el Estado, representado por sus entidades administrativas. Inclusive, en el Estado también puede concurrir la persona del fiduciario, cuando la institución bancaria que actúa, también es estatal.

Otra de las diferencias especiales es que, a pesar de que el fideicomisario o beneficiario es el propio Estado, el único beneficiado realmente es cierto sector de la población a quien va dirigido.

Para que el Estado se decida a formalizar un fideicomiso, previamente tiene que realizar un proyecto de trabajo sobre el área que se pretende beneficiar con los frutos del mismo. Uno de estos proyectos, se da cuando el Organismo encargado de promulgar normas jurídicas o acuerdos gubernativos emite una ley para beneficiar un sector poblacional, un área pública determinada o un aspecto social fundamental (educación, salud y asistencia social, seguridad social etc..).

Para que la ley promulgada surta efectos tangibles, dentro del texto legal creado, el mismo ente normador ordena que se debe crear un fondo económico para llevarlo a cabo, por conducto del Ministerio de Finanzas Públicas. Es aquí, donde el ministerio a quien corresponda erogar los fondos, decide que los mismos se entregarán en forma de fideicomiso, a través de una institución bancaria, estatal o privada, para que se beneficie lo proyectado.

2. ASPECTOS DOCTRINARIOS

El tratadista Carlos Dávalos Mejía (1), indica que el fideicomiso público es una forma de administración estatal, con características de libertad, agilidad, cuyo control y vigilancia pueden ejercerse mediante intervenciones periódicas. Esta forma de administración se materializa cuando, surgen necesidades sociales que necesitan un tipo de solución que reúna las siguientes características:

- a. Por la naturaleza propia del fideicomiso, su utilización es generalmente aplicable a actividades temporales, fáciles de identificar y de aislar de cualquier otro tipo de relación administrativa, ya que, por tratarse de un contrato, permite concentrar la actividad a desarrollar con la especificación de su objeto en el texto de la misma convención.
- b. Por la misma razón, el fideicomiso permite como ninguna otra figura mercantil, concentrar e independizar los bienes que la administración pública dispone y afecta a la realización de un objeto que, como se ha dicho, es temporal.
- c. Por el carácter de patrimonio autónomo sujeto a reglas diferentes, que adquiere la masa de bienes fideicometidos y, por lo mismo, su fácil consideración en un presupuesto de egresos e ingresos, los fines de los fideicomisos públicos son principalmente de financiamiento, y en algunos casos, de asesoría respecto a la aplicación que deberá darse a tal financiamiento.
- d. De acuerdo con la realidad que presentan los fideicomisos públicos, generalmente los destinatarios del fideicomiso, puede comprenderse en grupos, a saber: agentes económicos alienados del desarrollo del país; regiones geográficas con deficiente desarrollo; sectores y regiones económicas precisas, y agentes económicos igualmente precisos.
- e. Por la estructura del fideicomiso, la responsabilidad de cumplimiento del objetivo que tuvo la administración pública al crearlo, es exclusivamente de la fiduciaria y no del sector central.

3. ASPECTOS ESPECIALES PARA LA CONSTITUCION DE UN FIDEICOMISO PUBLICO EN GUATEMALA

Cuando el Estado participa de la constitución de un fideicomiso, los bienes que transfere al mismo, son erarios públicos. Para poder disponer de ellos en cualquier forma, tiene

(1) Dávalos Mejía, Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Editorial Harla. México 1984

que llenar ciertos requisitos especiales, que en un fideicomiso privado no son necesarios.

- a) Como ya se indicó anteriormente, tiene que existir un acuerdo gubernativo o un decreto legislativo que ponga en marcha la necesidad de crear un fideicomiso.
- b) Para constituir el contrato de fideicomiso propiamente, debe emitirse previamente un acuerdo gubernativo que autorice a celebrarlo.
- c) En este tipo de contrato, no comparece en representación del Estado el Presidente de la República de Guatemala, ni el Procurador General de la Nación, sino el Ministro de Finanzas Públicas en su calidad de mandatario especial con representación del segundo de los mencionados.
- d) Los bienes fideicometidos siempre provendrán del erario público nacional, o de donaciones o contribuciones de entidades extranjeras.
- e) El fin de este fideicomiso es beneficiar al propio Estado, el cual por consecuencia, beneficia a un sector poblacional o un área determinada.
- f) Este tipo de fideicomiso se encuentra exento de todo tipo de impuestos que pudieran afectarle, inclusive, el mismo protocolo del Escribano de Gobierno, sobre el que se redacta no paga impuesto alguno.

4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL FIDEICOMISO PUBLICO

Todo acto jurídico que se realice, siempre tendrá ventajas y desventajas. El caso del fideicomiso público no es la excepción, pero si se verifican estos aspectos, hay que hacerlo desde el lado positivo. Por lo tanto, la única desventaja que se podría acusar, sería la del trámite tan burocrático y largo que se hace para la autorización de un contrato de fideicomiso, ya que puede llevar varios meses su ejecución.

Respecto a las ventajas del mismo existen varias, tales como:

- a) Una buena administración del patrimonio fideicometido;
- b) Quien ejecuta el proyecto tiene la experiencia necesaria para obtener el resultado deseado;
- c) Es una de las tantas formas de descentralización del Estado, a través de entidades privadas o sus entidades descentralizadas;

- d) A falta de experiencia del administrador o ejecutor, puede crearse una comisión asesora, para una mejor realización.
- e) Permite al organismo ejecutivo una solución óptima para necesidades socioeconómicas, que por razones diversas no las pueda atacar directamente, ni por la vía descentralizada, ni por un organismo descentralizado o una empresa de participación estatal.

5. ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO PÚBLICO Y SUS OBLIGACIONES

Como ya se indicó al principio de este capítulo, los elementos personales participantes en el fideicomiso público guatemalteco, son los siguientes:

A. FIDEICOMITENTE:

Es el Estado de Guatemala, quien a través de un acuerdo gubernativo, autoriza al Ministerio de Finanzas Públicas la realización del fideicomiso público, en su calidad de mandatario especial del Procurador General de la Nación.

Este es el encargado de programar y autorizar, fiscalizar, las inversiones que efectúe el gobierno central.

Dentro de las obligaciones del Ministerio de Finanzas Públicas, se encuentran:

- a) La elaboración del cuerpo del contrato de fideicomiso;
- b) Elaborar el acuerdo gubernativo para la aprobación del contrato de fideicomiso.
- c) Realizar un estudio jurídico y financiero de la conveniencia del contrato de fideicomiso.
- d) Precisar jurídicamente la creación, modificación, y extinción del contrato de fideicomiso. También deberá precisar los derechos y obligaciones de las partes, así como las limitaciones, reservas, facultades y derechos especiales que le confieran al Comité Técnico.

B. FIDUCIARIO:

En nuestro sistema legal, es una institución bancaria privada o estatal.

Dentro de las obligaciones que a este elemento personal le corresponden se encuentran:

- a) Responsabilizarse de realizar los fines del fideicomiso y de asumir el cumplimiento directo de las obligaciones legales y de las estipulaciones contractuales.
- b) Someterse a las decisiones que el Comité Técnico emita, si estas son de carácter vinculante.
- c) Manejar los recursos del fideicomiso, los títulos de crédito y cuanto documento consigne una obligación.
- d) Presentar la información contable cuando le sea requerida, para precisar la situación financiera del fideicomiso.
- e) Verificar que los fondos que le son sometidos a su administración, sean utilizados conforme los fines que en el contrato se establezcan.

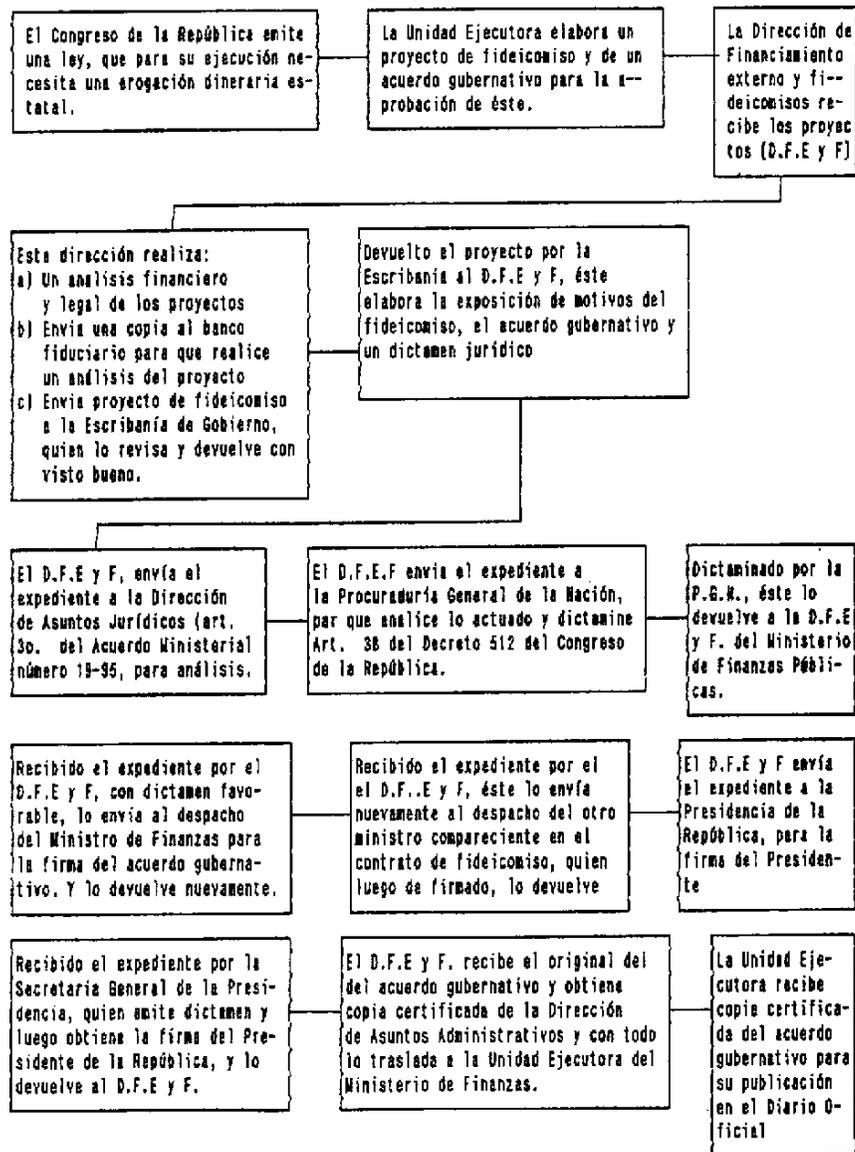
C. FIDEICOMISARIO:

La persona del fideicomisario recae en el propio Estado de Guatemala, a través de una entidad gubernativa, autónoma, descentralizada, distinta al Ministerio de Finanzas Públicas.

Es opinión nuestra, que a pesar de que la persona del fideicomisario es el Estado de Guatemala, el beneficiario real de los bienes fideicometidos es el sector poblacional que reside en donde se ejecutaran los fines del fideicomiso.

6.

**PROCESO PARA LA CONSTITUCIÓN DE
UN FIDEICOMISO DEL ESTADO**



La Unidad Ejecutora gestiona publicación del acuerdo gubernativo en la Tipografía Nacional, quien luego lo publica en el Diario Oficial

Publicado el acuerdo gubernativo el D.F.E. y F. emite dictamen sobre el texto del contrato de fideicomiso y lo traslada al banco fiduciario escogido.

La autoridad superior del banco emite resolución autorizando al representante legal del banco para firmar el contrato

Mientras tanto, el D.F.E y F elabora la escritura pública de fideicomiso en papel español, gestionando además la firma del Ministro de Finanzas Públicas y luego lo envía al banco fiduciario para la firma correspondiente

Firmada la escritura pública de fideicomiso, se traslada a la Escribanía de Gobierno para la autorización respectiva, quien emite los testimonios de mérito y lo devuelve al D.F.E y F.

El D.F.E y E, recibe los testimonios de mérito, y envía copia a la Unidad Ejecutora del Ministerio de Finanzas. También envía copia al banco fiduciario para su custodia.

F I N
D E L
T R A M I T E

CAPITULO IV

1. REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE UNA ESCRITURA DE FIDEICOMISO

El notario cuando facciona una escritura pública, tiene ciertas obligaciones que acatar para cumplir con la ley, protegerse a sí mismo y principalmente a su cliente. Estas obligaciones se dividen en dos, y son: las previas y las posteriores.

1.1. OBLIGACIONES PREVIAS

Cuando el notario es requerido para que autorice un instrumento público, previamente debe de hacer lo siguiente:

- a) Verificar la identidad de los otorgantes (a través de la cédula de vecindad y/o pasaporte, si es alguno una persona extranjera) o por medio de dos testigos.
- b) Verificar la titularidad de los bienes por parte del otorgante, para lo cual se debe presentar certificación de los registros respectivos sobre la existencia de bienes sujetos a registro, o por cualquier otro título que demuestre la propiedad de algún bien no registrable.
- c) Explicarle al cliente la clase de contrato que debe realizarse, conforme a sus requerimientos, así como las consecuencias que ello conlleva.
- d) Pactar los honorarios a percibir por el notario.

1.2 OBLIGACIONES POSTERIORES

Una vez faccionado el instrumento público que contiene el contrato por el notario, éste debe verificar bajo su responsabilidad las siguientes situaciones:

- a) Que el instrumento público sea firmado en su presencia por los otorgantes;
- b) Emitir el primer testimonio de la escritura faccionada;
- c) Cubrir los impuestos fiscales que genera el contrato;
- d) Ingresar el primer testimonio a los registros correspondientes para su inscripción;
- e) Entregar a los otorgantes el primer testimonio debidamente

razonado de la inscripción en el registro.

- f) Cobrar los honorarios pactados;
- g) Emitir los avisos respectivos, según el caso.
- h) Enviar el testimonio especial al Archivo General de Protocolos.

Aunque estos requisitos no se refieren especialmente al instrumento público del contrato de fideicomiso, sí son de vital importancia para un buen resultado en el negocio que se realice.

Las referidas obligaciones no se encuentran establecidas en esa forma (previas y posteriores), pero sí se encuentran implícitas en la ley, como requisitos del otorgamiento, y posterior registro del mismo.

2. FORMALIDADES ESENCIALES EN UNA ESCRITURA PUBLICA

Previo a enumerar las formalidades esenciales de una escritura pública, es necesario definir lo que esto significa: "Las formalidades esenciales son aquellas que si no se consignan en el documento público, causa la nulidad del mismo a solicitud de parte".

Partiendo de esa idea, el Código de Notariado (Decreto 314 del Congreso de la República), establece unas formalidades esenciales en general para cualquier tipo de instrumento en cuya ausencia, no nace a la vida jurídica el instrumento público.

Específicamente, el artículo 31 del código en discusión, establece que: " son formalidades esenciales de los instrumentos públicos:

1. El lugar y fecha de otorgamiento;
2. El nombre y apellido o apellidos de los otorgantes;
3. Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro;
4. La intervención de intérprete, cuando el otorgante ignore el español
5. La relación del acto o contrato con sus modalidades;
6. La firma de los que intervienen en el acto o contrato o la impresión digital en su caso.

Existen también otras formalidades esenciales y son las que se refieren a determinados instrumentos públicos, tales como los testamentos, compraventas, de constitución de sociedades y de hipotecas. Es aquí en donde no se establecen los requisitos esenciales para una escritura de fideicomiso, los cuales consideramos que sí deben ser normados por la complejidad del contrato. Las formalidades pueden ser:

1. Describir a quienes les corresponde la calidad personal de fideicomitente, fiduciario, y fideicomisario;
2. La aceptación expresa del fiduciario;
3. La facultad expresa que adquiere el fiduciario para poder enajenar, donar, vender, gravar los bienes que forman parte del fideicomiso.
4. Descripción y valoración de los bienes que se aportan;
5. Destino que debe dársele a los bienes aportados;
6. Establecer los honorarios profesionales que va a devengar el fiduciario;
7. Si se van a emitir certificados fiduciarios, hacer constar tal circunstancia;
8. Establecer las facultades generales y especiales que tendrá el fiduciario.

3. SOLEMNIDAD DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Una de las características analizadas por el Doctor Villegas Lara, respecto al fideicomiso, es que es "formal ad solemnitatem" (sic). Esto quiere decir que el mismo debe constar necesariamente en escritura pública para que haga existente su vínculo.

Dicha característica solemne se encuentra regulada en el Código de Comercio en el artículo 771 el cual establece que el contrato de fideicomiso, en el momento de suscripción, debe constar en escritura pública.

Toda norma jurídica tiene su excepción, y en este caso, la encontramos contemplada en el artículo 76 del Decreto 34-96 del Congreso de la República, Ley del Mercado de Valores y Mercancías.

Dicha norma establece que los contratos de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones podrán constar en documento privado. Otra de las excepciones, en la cual el contrato de

fideicomiso no consta en escritura pública, es en el fideicomiso testamentario (aquel que consiste en designar como beneficiario de una póliza de seguro de vida, a una entidad bancaria, para que a la muerte del tomador, éste administre el dinero del seguro, y con su producto, atienda los gastos básicos de los hijos menores, y otros incapacitados, y que en su momento oportuno, le sean transmitidos los bienes que se hubieren adquirido). La mayoría de las veces, se realiza en formularios impresos previamente.

Las excepciones antes referidas, podrían interpretarse como una ilegalidad, ya que se contraponen al Código de Comercio, pero si lo analizamos podemos llegar a la siguiente conclusión:

Respecto al fideicomiso de inversión regulado en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, se está aplicando el principio de especiabilidad, en el cual se aplica una ley especial, sobre la ley general, y en base a este principio se podría oponer a una acción de nulidad de dicho contrato.

Dicha disposición, en nuestro criterio, no puede ser aplicable cuando el fideicomiso de inversión recaiga sobre bienes inmuebles, porque si se pretendiera inscribir en el Registro General de la Propiedad, éste requeriría que el contrato constara en escritura pública.

En cuanto al segundo supuesto, el Código de Comercio en sus artículos 672 y 673 establece que los contratos pueden ser celebrados mediante formularios o pólizas, ya que éstos para su validez, no se encuentran sujetos a formalidades especiales.

4. ASPECTOS REGISTRALES DE UN CONTRATO DE FIDEICOMISO Y SUS EFECTOS:

Todo contrato que se celebre y que afecte determinados bienes debe ser inscrito en el registro que corresponda, según la naturaleza de los bienes, con el fin de garantizar los derechos de los contratantes y de que surta sus efectos contra terceros.

En lo que respecta al contrato de fideicomiso, por afectar bienes, también debe someterse a uno o varios registros.

Uno de los tantos registros al que debe ser sometido este contrato es cuando se afectan inmuebles, derechos reales y demás bienes sujetos a inscripción. El artículo 776 del Código de Comercio establece en su inciso primero, que éste surte sus efectos contra terceros: "Desde el momento de la presentación del documento constitutivo en el Registro de la Propiedad, si se tratare de inmuebles, derechos reales y demás bienes sujetos a inscripción".

El inciso antes transcrito, debe ser ampliado en el sentido de que si surtirá efectos contra terceros, desde el momento de su presentación en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el contrato sea inscrito definitivamente.

Otro registro al que debe ser sometido el contrato de fideicomiso, es el registro interno de la persona creadora del título, cuando se tratará de títulos nominativos, que si exigen un registro, de conformidad con el artículo 415 y 766 inciso 3o. del Código de Comercio.

El Código de Comercio no establece otro tipo de registros al que debe ser sometido el contrato de fideicomiso, pero consideramos, que como toda clase de bienes pueden ser sometidos a un fideicomiso y dentro de estos bienes se encuentran las empresas mercantiles, las marcas, nombres comerciales, las mercancías y los contratos negociados en el contrato bursátil, deben ser inscritos en el Registro Mercantil, en el Registro de Marcas, y el en Registro del Mercado de Valores y Mercancías.

Existen clases de fideicomisos que permiten a su titular realizar acciones de representación general y judicial; por lo tanto, a criterio nuestro, consideramos que dicho contrato de fideicomiso, si se debería someterse a su inscripción en el Registro de Mandatos.

No es capricho nuestro esta consideración, sino en el fundamento de lo que establece el Código Civil y la Ley del Organismo Judicial, que se anota a continuación:

Si en el contrato de fideicomiso, se otorgan facultades de representación generales y especiales de ejercicio, entonces se está otorgando un mandato y el mismo debe regirse a lo que estipula el Código Civil en el artículo 1704, que indica que la escritura de mandato debe ser inscrita en el Registro de Mandatos.

En el caso de las facultades judiciales, se ejemplifica de la siguiente manera: Una persona que se dedica al arrendamiento de bienes inmuebles, constituye un fideicomiso de administración, en el cual los bienes fideicometidos son contratos de arrendamiento, con el fin de que la entidad fiduciaria se encargue de recibir y administrar las rentas que el fideicomitente percibe. En el caso de que el fiduciario se vea en la necesidad de promover un juicio de desahucio por incumplimiento de los arrendatarios, éste tiene las facultades necesarias para representar al fideicomitente, facultades que devienen a ser judiciales. Por consecuencia, toda facultad de representación ante los órganos jurisdiccionales, deben ser inscritos en el Registro de Mandatos. Esta aseveración se encuentra acorde a lo regulado en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Mercantil, último párrafo, que establece que los tribunales no admitirán credenciales de representación que no esté

debidamente registrada en la oficina respectiva.

5. IMPUESTOS Y HONORARIOS:

5.1 IMPUESTOS

El artículo 792 del Código de Comercio establece: " El documento constitutivo de fideicomiso y la traslación de bienes en fideicomiso, al fiduciario, estarán libres de todo impuesto. Igualmente, queda exonerada de todo impuesto la devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente, a la terminación del fideicomiso. El contrato o acto por el cual el fiduciario traspase o enajene bienes inmuebles al fideicomisario o a terceros, quedará sujeto a todos los impuestos que estuvieren vigentes en la fecha del acto o contrato, pero en caso de fideicomisos testamentarios, en lo que se refiere a inmuebles, el impuesto se graduará según el parentesco del fideicomitente con el respectivo fideicomisario ".

Partiendo de la transcripción del artículo anterior referente a los impuestos que genera el contrato de fideicomiso, se deduce los casos exentos siguientes:

1. La constitución del contrato de fideicomiso y su respectivo testimonio.
2. Cuando finaliza el plazo del contrato de fideicomiso o se cumple la condición de su constitución, la devolución de los bienes por parte del fiduciario al fideicomitente, se encuentra libre de todo impuesto.

Ahora bien, se genera impuesto en los casos siguientes:

1. Cuando el fiduciario transmite los bienes fideicometidos al fideicomisario o a terceras personas, sí se genera impuesto, tal como lo es el Impuesto al valor agregado IVA.
2. A pesar de que no se encuentra regulado en el Código de Comercio, los frutos que se obtengan de la ejecución del fideicomiso, sí se encuentran afectos al pago de Impuesto Sobre la Renta.
3. Otro de los impuestos que se genera es el del Impuesto del Timbre Notarial al emitir el testimonio especial que se envía al Archivo General de Protocolos, el cual varía de conformidad con el valor del contrato.

5.2 HONORARIOS:

El artículo 793 del código de Comercio, establece que los honorarios del fiduciario serán a cargo del fideicomitente, del fideicomisario, o de ambos.

El artículo antes relacionado, sólo habla de los honorarios que ha de percibir la persona del fiduciario, por su actividad dentro del fideicomiso. Pero, aunque no consta en el artículo de mérito, el contrato de fideicomiso genera los honorarios que corresponden a los registros que hagan las inscripciones correspondientes, así como los honorarios que debe percibir el notario que facione el contrato de conformidad con el Decreto 29-75 del Congreso de la República.

APENDICE

ANALISIS DE LA REGULACION JURIDICA DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO EN GUATEMALA

En este capítulo entraremos a analizar cada uno de los artículos que regulan la figura del fideicomiso en nuestro país. Hay que considerar que nuestra ley nos da las directrices, pero no dice cómo, ni cuándo hay que aplicarlas. Además, contiene muchas lagunas legales, que en el momento de un problema complejo, no nos ayudan a resolverlo adecuadamente.

En el desarrollo de este tema, habrá ocasiones en que se harán las remisiones a los capítulos anteriores; y en otros no se hará análisis alguno, por ser claros sus términos y por ende, indiscutibles.

Entonces entremos a analizar los artículos:

" **ARTICULO 766.- CARACTERISTICAS.** El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolo 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."

ANALISIS:

Como ya hemos anotado anteriormente, este artículo no da una definición de lo que es fideicomiso, sino que sólo, como su epígrafe lo indica, da las características generales del mismo y menciona dos de sus elementos personales que formarán parte de la relación contractual.

El artículo en mención no especifica la calidad con que se transmiten los bienes. En nuestro criterio, este artículo deja una amplia interpretación de lo que es el fideicomiso.

Desde el punto de vista del fideicomitente se puede determinar que es una limitación de la propiedad que le impone la ley y el contrato; si se observa desde la perspectiva del fiduciario y el fideicomisario, lo consideramos como la constitución de un derecho real.

" **ARTICULO 767.- FIDEICOMITENTE.** El fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes y el fideicomisario para adquirir el provecho del fideicomiso."

El que no puede heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario. Por los menores, incapaces y ausentes, pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial. Puede también constituirse por apoderado con facultad especial."

ANALISIS:

En este artículo aparece por primera vez el restante elemento personal, que es el fideicomisario. Se comprende que es el beneficiario de la relación, por el hecho que indica que es el que adquiere el provecho del fideicomiso. Establece dos clases de capacidad legal del fideicomitente: una de disposición de enajenar sus bienes; y la otra de ejercicio, conferida por la ley, y regulada en el artículo 8 del Código Civil.

Si la persona propietaria del bien nombra un mandatario especial para que lo represente en la constitución del fideicomiso, éste debe tener la facultad expresa de la misma. para poder hacerlo o sea, poseer un mandato especial o un mandato general con cláusula especial para poder someter los bienes en fideicomiso, sin esta autorización no se puede llevar a cabo el acto.

Los legalmente incapaces pueden someter al fideicomiso sus bienes, pero lo harán a través de sus representantes legales, previa obtención de la autorización judicial.

En este caso, los representantes de los menores deben iniciar unas diligencias voluntarias de disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil o notario con intervención de la Procuraduría General de la Nación. Se fundamenta en los artículos 264 y 332 del Código Civil, y los artículos del 11 al 13 del Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

Otro aspecto a analizar es aquel que indica que no puede ser fideicomisario el que no puede heredar por indignidad o incapacidad. El espíritu de esta norma pretende que no se ejecute un fraude de ley, burlando las disposiciones del Código Civil en lo referente a las incapacidades para heredar, establecidas en el artículo 924 y 926.

" ARTICULO 768.- FIDUCIARIO. Sólo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Las instituciones de crédito podrán asimismo actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria."

ANALISIS:

La calidad para ser fiduciario, sólo la tienen los bancos e instituciones de crédito, que estén radicadas en el país. Una persona individual no puede serlo. Por lo tanto, el requisito esencial para ser fiduciario es ser una institución bancaria o de crédito radicada en el país y poseer autorización de la Junta Monetaria para ejercer tal cargo.

" ARTICULO 769.- FIDEICOMISARIO.- Fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior. El fideicomitente podrá designarse a sí mismo con fideicomisario. El fiduciario nunca puede ser fideicomisario del mismo fideicomiso."

ANALISIS:

Este artículo es bastante claro, que no admite discusión al respecto. Sólo hay que indicar que contiene facultades para el fideicomitente y prohibiciones expresas para el fiduciario. Respecto a la prohibición que recae sobre el fiduciario, si ésta se omite y fuere nombrado como beneficiario y administrador del mismo, también se daría una causal para declarar la nulidad absoluta del contrato, por ser norma prohibitiva expresa.

" ARTICULO 770.- CONSTITUCION. El fideicomiso puede constituirse por contrato o instituirse por testamento."

" ARTICULO 771.- CONTRATO DE FIDEICOMISO. El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de los bienes."

ANALISIS:

Se analizan estos artículos en conjunto porque uno complementa al otro. En este caso, al indicar que el fideicomiso debe constar en escritura pública, hay que tomar en cuenta la excepción contenida en el artículo 76 del Decreto 34-96 del Congreso de la República, Ley del Mercado de Valores y Mercancías.

Dicha norma establece que los contratos de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones podrán constar en documento privado.

El problema tendría verificativo cuando el contrato de fideicomiso sea constituido conforme a la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, tenga que inscribirse en el Registro General de la Propiedad, por afectar bienes inmuebles o bienes inscribibles. Dicho problema radicaría al tenor de lo regulado en el artículo 1576 del Código Civil que establece la inscripción en los registros públicos de los contratos que consten solamente en escritura pública.

En lo referente a que debe constar aceptación del fiduciario, creo que es un requisito esencial para que nazca a la vida jurídica; y por lo tanto, sea cualquiera su forma de constitución, debe elaborarse un contrato con la entidad designada para que ésta acepte en el mismo acto.

El artículo 771 en su último párrafo establece: " Los jueces de primera instancia de ramo civil, a solicitud de parte y con opinión favorable del Ministerio Público, podrán constituir fideicomisos en los casos en que por ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes. El fiduciario nombrado judicialmente sólo será administrador de los bienes ".

ANALISIS:

No hay que confundir la autorización judicial para constituir un fideicomiso, que se tramita a través de las diligencias voluntarias de disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, con la constitución de fideicomisos judiciales, o sea, constituirlo por orden de juez competente.

Al respecto del segundo supuesto, no hay una regulación expresa que describa los motivos por el cual se puede constituir un fideicomiso por orden judicial. En este caso, existe una laguna de ley que debe ser subsanada.

" ARTICULO 772.- INVENTARIO Y AVALUO. Reconocida la legitimidad de un testamento en que se establezca fideicomiso, se efectuará inventario y avalúo de los bienes fideicometidos con intervención del fiduciario."

ANALISIS:

Este artículo no amerita mayor análisis por ser lo suficientemente claro. Sólo cabe anotar que es redundante hacer un avalúo de un bien, que ya fue valuado en el trámite judicial o extrajudicial del proceso sucesorio testamentario.

Contrario es la diferencia que existe entre el avalúo que ordena la ley (Código de Comercio), y el se realiza en el trámite sucesorio testamentario, y es que en el primero es un avalúo comercial y en el segundo es un avalúo fiscal.

" ARTICULO 773.- DESIGNACION INNOMINADA. Si en el testamento no se designa nominalmente al fiduciario, el juez nombrará al que proponga el fideicomisario y, en su defecto, el juez hará la designación."

ANALISIS:

Si se diere un caso práctico, la ley no establece la vía judicial, ni el procedimiento a seguir, por el cual el fideicomisario debe hacer su solicitud de nombramiento de fiduciario. La vía que se considera conveniente es que el interesado (albacea, representante legal, herederos) promueva diligencias voluntarias de nombramiento de fiduciario y presente como prueba el testimonio del testamento y proporcione los nombres de los posibles fiduciarios.

" ARTICULO 774.- VARIOS FIDUCIARIOS.- Puede designarse uno o varios fiduciarios, y en este último caso, podrán actuar conjunta o sucesivamente, de acuerdo con las disposiciones del documento constitutivo."

ANALISIS:

A este respecto, no existe problema legal, pero, hay que pensar que al ejecutarlo conjuntamente y exista una diferencia de criterio en la interpretación o ejecución del mismo, los fiduciarios deben someter sus controversias ante un juez. Y mientras dilucidan sus diferencias, podrían descuidar el fideicomiso.

" ARTICULO 775.- FACULTADES ESPECIALES. El fiduciario podrá realizar todos los actos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, pero para donar, vender o gravar los bienes fideicometidos, se requiere facultad expresa que conste en

el documento de constitución. Si la ejecución del fideicomiso se hiciera imposible o manifiestamente desventajosa sin enajenar o gravar los bienes y el fiduciario no estuviera expresamente facultado para el efecto, podrá solicitar autorización judicial."

ANALISIS:

Al respecto de este artículo, es aquí en donde se demuestra que dentro del contrato de fideicomiso, se encuentra inmerso el contrato de mandato, porque este artículo es semejante al artículo 1693 del Código Civil. A pesar de que la redacción del artículo referido es distinta, su fin es el mismo.

" ARTICULO 776.- EFECTO CONTRA TERCEROS. El fideicomiso surte sus efectos contra terceros:

10. Desde el momento de la presentación del documento constitutivo al Registro de la Propiedad, si se tratare de inmuebles, derechos reales y demás bienes sujetos a inscripción."

ANALISIS:

Este inciso incurre en una omisión que consiste en lo siguiente: No puede el documento surtir sus efectos contra terceros al momento de su presentación en el Registro de la Propiedad, porque se contrapone al artículo 1148 del Código Civil que establece " Únicamente perjudicará a tercero lo que aparezca inscrito o anotado en el Registro...". En este caso, se debió hacer constar que surtía efectos contra terceros, a partir de la fecha de su presentación, siempre y cuando el documento fuera inscrito en el registro definitivamente.

Y el artículo en mención sigue así:

2. Desde que la traslación se perfeccione de acuerdo con el documento constitutivo de la obligación o la ley, si se tratare de créditos u obligaciones no endosables;
3. Desde la fecha del endoso o registro, en su caso, si se tratare de títulos a la orden o nominativos, o de bienes muebles sujetos a registro o inscripción.
4. Desde la fecha del documento constitutivo del fideicomiso si se tratare de bienes muebles no sujetos a registro.
5. Desde que se efectúa la tradición si se tratare de títulos al portador.
6. Desde que se efectúa la publicación de un edicto en el Diario

oficial, notificándolo a los interesados, si se tratare de empresas industriales, comerciales o agrícolas.

ANALISIS:

Al respecto de los incisos 2o. al 5o. no existe comentario u oposición al mismo, por considerar que estos se encuentran bien establecidos.

En cuanto al inciso 6o. haré referencia a lo manifestado por el Doctor Villegas Lara (1) que dice: " Existe en este caso un error conceptual, porque el Código de Comercio no clasifica a las empresas en agrícolas, comerciales o industriales."

" ARTICULO 777.- PATRIMONIO FIDEICOMETIDO. El patrimonio fideicometido sólo responderá:

1. Por las obligaciones que se refieren al fin del fideicomiso.
2. De los derechos que se haya reservado el fideicomitente.
3. De los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso.
4. De los derechos adquiridos legalmente por terceros, inclusive fiscales, laborales y de cualquier otra índole
5. De los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso. "

ANALISIS:

Los bienes fideicometidos sólo responderán hasta el máximo del patrimonio constituido, sin abarcar los bienes no fideicometidos del fideicomitente, ni los bienes propios del fiduciario.

" ARTICULO 778.- DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO. El fideicomisario tiene los derechos siguientes:

1. Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo.
2. Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso.
3. Pedir la remoción del fiduciario por las causales señaladas en el artículo 786 de éste código.

(1) Villegas Lara, René Arturo. Ob. cit. pag. 152

4. Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción a las disposiciones que rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituya al fiduciario los bienes fideicometidos.
5. Revisar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoría. "

ANALISIS

No consideramos necesario analizar los derechos del fideicomisario, a excepción del inciso 4o. del artículo en mención. Este inciso indica que podrá el fideicomisario impugnar la actuación del fiduciario, pero no explica cómo, ni la vía por la cual la hará valer. La vía más adecuada para impugnar es la judicial, sino se establece un procedimiento distinto en el contrato.

Por eso creemos, como lo proponemos en las conclusiones, que se debe emitir un reglamento para la ejecución de fideicomisos y ampliar su regulación en el Código de Comercio.

" ARTICULO 779.- AUSENCIA DEL FIDEICOMISARIO. Cuando no exista fideicomisario determinado, corresponderá al Ministerio Público los derechos a que se refiere el artículo anterior."

ANALISIS

Este artículo debe ser modificado, porque en lugar de beneficiar al Ministerio Público, cuando no haya determinación del fideicomisario, mejor se debería nombrar a una institución de beneficencia, cultural o científica como tal, por cumplir éstos con una función social.

Otro aspecto a analizar es que el Ministerio Público, cumple con dos funciones esenciales, ejercer la acción penal pública que corresponde al Jefe del Ministerio Público y, la de asesoría, consultoría y representación del Estado que le corresponde al Procurador General de la Nación. Y por lo tanto se debe especificar a cuál de estos dos representantes le corresponde reclamar el beneficio.

Si el fideicomiso fuere instituido por testamento, y el beneficiario no pudiere heredar por incapacidad o indignidad, o no existiere legalmente, los bienes se deben destinar a las universidades del país.

" ARTICULO 780.- ABUSO DE FIDUCIARIOS. Si el fiduciario enajena o grava los bienes en abuso de las facultades que le otorgue el contrato o el acto constitutivo, el fideicomitente o el fideicomisario, podrán exigirle que responda por los daños y perjuicios derivados de la negociación, así como promover su remoción y la imposición al fiduciario de las demás sanciones que corresponden."

ANALISIS:

El fideicomitente o fideicomisario en estos casos debe promover una acción por daños y perjuicios, ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, en un juicio sumario, conforme el artículo 1039 del Código de Comercio y no como lo establece el Código Procesal Civil y Mercantil, cuya disposición es que se tramite en un juicio ordinario.

La razón de esta afirmación recae en lo siguiente:

El Código de Comercio y el Código Procesal Civil y Mercantil, jerárquicamente, se encuentran en la misma escala o categoría y por lo tanto, se debe aplicar el principio de interpretación de la ley denominado " Principio de Especialidad ", que establece que si dos leyes regulan una misma situación, se aplicará la ley específica al caso.

" ARTICULO 781.- EL FIDUCIARIO DEBE IDENTIFICARSE. El fiduciario debe declarar que actúa en esa calidad, en todo acto o contrato que otorgue en ejecución del fideicomiso."

ANALISIS:

Cuando el fiduciario actúe en representación y ejercicio de las facultades que le confiere el fideicomiso, en toda gestión que haga debe hacer constar tal extremo. En este artículo se demuestra, según nuestra opinión, que en el contrato de fideicomiso, se encuentra inmerso el contrato de mandato.

" ARTICULO 781.- INEMBARGABILIDAD. Los derechos que el fideicomisario pueda tener en fideicomiso no son embargables por sus acreedores; pero sí lo son los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso.

Podrá anotarse los bienes fideicometidos con el objeto de gozar de preferencia sobre los derechos de las personas que consigna el artículo 788 de este Código al extinguirse el fideicomiso. Cuando se trate de bienes no objeto de registro el fiduciario deberá extender constancia de enterado para tenerlo presente en el momento de la liquidación."

ANALISIS:

La finalidad que tiene esta norma es permitir que se cumplan los fines del fideicomiso. Otro aspecto por el cual no es embargable los derechos que tenga el fideicomisario, es porque en caso de embargo de los bienes y posterior remate de bienes, el fideicomisario pierde ese derecho y sería sustituido por el acreedor, violandose así las estipulaciones del contrato o testamento que instituye el fideicomiso. El permitir que se anote de embargo los bienes sometidos al fideicomiso, tiene la finalidad de evitar un fraude de acreedores.

" ARTICULO 783.- DERECHOS DEL FIDUCIARIO. El fiduciario tiene los derechos siguientes:

- 1 - Ejercitar todas las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que establece la ley o que contenga el documento constitutivo.
- 2 - Ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido.
- 3 - Otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso.
- 4 - Percibir remuneración por sus servicios, cobrar preferentemente su remuneración de los ingresos del fideicomiso.
5. Los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso. "

ANALISIS

Los derechos del fiduciario antes relacionados, no son los únicos, sino también la escritura constitutiva del contrato de fideicomiso le puede otorgar otras, como lo es la facultad especial para poder vender o gravar bienes. Pero, los derechos aquí descritos, aunque no consten en el documento constitutivo, lo puede hacer valer el fiduciario, por ser inherentes a su cargo y finalidad del fideicomiso.

" ARTICULO 784.- INVERSIONES. Salvo autorización expresa en contrario, dada por el fideicomitente en el documento constitutivo, el fiduciario únicamente podrá hacer 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 operen en el país y las empresas privadas cuyas emisiones califique como de primer orden la Comisión de Valores."

ANALISIS:

Al respecto de este artículo, hay que recalcar que la prohibición debe ser expresa. Sin embargo, si no se prohíbe, el fiduciario puede hacer acopio de tal facultad, aunque en el documento constitutivo no se exprese, sin incurrir en responsabilidad, salvo culpa, dolo, o negligencia de su parte.

Otra situación que debe ser regulada es que el fiduciario no debe hacer inversiones en situaciones de riesgo o inciertas, así como tampoco invertir la totalidad del fideicomiso en una sola operación de negocios.

" ARTICULO 785.- OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO. El fiduciario tiene las obligaciones siguientes:

1. Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines.
2. Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves, que deberán ser calificadas por un Juez de primera Instancia.
3. Tomar posesión de los bienes fideicometidos en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad.
4. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones y rendir cuentas e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario lo requieran.
5. Las demás inherentes a la naturaleza de su cargo. "

ANALISIS

Las obligaciones generales del fiduciario se encuentran bien definidas en este artículo. Sólo hay que agregar que la vía en que el fiduciario podrá renunciar a su calidad es a través de un juicio sumario de separación del cargo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1039 del Código de Comercio.

Nuestra opinión es que, también se debe permitir al fiduciario renunciar al cargo, con aceptación expresa y por escrito del fideicomitente y fideicomisario, porque si no, se está violando su autonomía de voluntad.

" ARTICULO 786.- REMOCION DEL FIDUCIARIO. El fiduciario debe ser removido:

1. Si no cumple con las instrucciones contenidas en el documento constitutivo del fideicomiso.
2. Si no desempeña su cargo con la diligencia debida.
3. Si tiene intereses antagónicos con los del fideicomisario. La remoción del fiduciario no termina el fideicomiso, a menos que su sustitución sea imposible. "

ANALISIS:

Estas son las causales que el fideicomitente y el fideicomisario pueden invocar para la remoción del fiduciario. Además creemos que se debe agregar como una causal más, la insolvencia o quiebra del fiduciario. Por qué? Porque consideramos que la finalidad de que sólo los bancos o instituciones crediticias puedan ser fiduciarios, es por su solvencia económica y capacidad de administración, así como el respaldo de la Junta Monetaria.

" ARTICULO 787.- EXTINCION DEL FIDEICOMISO. El fideicomiso termina:

1. Por realizarse el fin para el que fue constituido.
2. Por hacerse imposible su realización.
3. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.
4. Por convenio expreso entre el fideicomitente y del fideicomisario.
5. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho en el documento constitutivo.
6. Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo.
7. Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia Social.
8. Por sentencia Judicial. "

ANALISIS

Al hacer una revisión de las causas de extinción, se debe entender que el fideicomiso subsiste en los casos en que el fideicomitente y/o fideicomisario fallezcan. Y por supuesto, en ausencia de ellos, los únicos beneficiarios lo serán los herederos testamentarios o ab-intestato del o de los causantes.

" ARTICULO 788.- EFECTOS DE LA EXTINCION. Al terminar el fideicomiso, los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario, deberán ser entregados a quien corresponda, según las disposiciones del documento constitutivo o sentencia judicial, en su caso; y, en su defecto, al fideicomitente o sus herederos en los casos señalados en los incisos 2o., 3o., 4o., 5o., y 6o. del artículo 787 de este Código y al fideicomisario, en los casos señalados en los incisos 1o. y 7o. del mismo artículo. "

ANALISIS:

La forma en que deben ser entregados los bienes fideicometidos, no es específica. Consideramos que los mismos deben ser devueltos mediante escritura pública de finiquito, cuando son bienes no registrables.

Si los bienes fueren inmuebles o bienes registrables, deberá solicitarse por escrito al Registrador General de la Propiedad, en donde conste la extinción del contrato de fideicomiso y haga las cancelaciones registrales respectivas. En este caso, sólo si hay que devolver los bienes al fideicomitente.

Si los bienes fueren inmuebles o bienes registrables y hubiere que entregárselos a tercero o fideicomisario distinto del fideicomitente, la entrega se debe hacer a través de una escritura pública para que pueda ser inscrita en el registro de mérito.

" ARTICULO 789.- NULIDAD DEL FIDEICOMISO. Son nulos los fideicomisos:

1. Cuando son constituidos en forma secreta, y
2. Aquellos en los cuales el beneficio se otorgue a diversas personas, sucesivamente, que deban surtirse por muerte de la anterior, salvo que la sustitución se efectúe en favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

ANALISIS:

En lo que se refiere a la prohibición del fideicomiso secreto y sucesivo, se hará alusión a la opinión del tratadista Carlos Dávalos Mejía (2) quien establece que los fideicomisos que son secretos no acarrea una simple nulidad, sino la responsabilidad que se deriva de haber incumplido con una prohibición expresa impuesta en un no hacer, o sea, la violación de una norma de orden público.

" ARTICULO 790.- PLAZO MAYOR DEL LEGAL. Los fideicomisos constituidos por un plazo mayor de veinticinco años serán válidos, pero su plazo se entenderá reducido al máximo legal. Cuando se designe fideicomisario a una entidad estatal o una institución de asistencia social, cultural, científica o artística con fines no lucrativos o a un incapaz o a un enfermo incurable, el plazo del fideicomiso podrá ser indefinido. "

ANALISIS:

Otros países regulan que, si el fideicomiso, en su plazo excede del legal, es nulo. Nuestra legislación es benévola en este sentido, ya que si se contraviene el plazo máximo fijado por la ley, se debe entender que el mismo es de 25 años.

A este artículo se le debe agregar lo siguiente: Que el fideicomiso se prorrogará automáticamente por plazo indefinido o a condición, cuando el fideicomisario fallezca y sus herederos sean incapaces o menores de edad, y el mismo cesará hasta que el incapaz sea rehabilitado legalmente o que el menor cumpla su mayoría de edad.

" ARTICULO 791.- FIDEICOMISO DE GARANTIA. Si se tratare de fideicomisos de garantía, en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario, siendo nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta. Las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilarán a los créditos con garantía real.

El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta al acreedor. "

ANALISIS:

Esta innovación que se encuentra en nuestra ley, es porque permite que el acreedor obtenga el fruto de sus bienes en un

(2) Dávalos Mejía, Carlos. Títulos y Contratos de Crédito. Quiebras. Edit. Harla. México 1984.

tiempo reducido, evitándose así un juicio de ejecución que le pueda llevar demasiado tiempo, en perjuicio de su patrimonio.

" ARTICULO 792.- IMPUESTOS.- El documento constitutivo de fideicomiso y la traslación de bienes en fideicomiso al fiduciario, estarán libres de todo impuesto. Igualmente queda exonerada de todo impuesto la devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente a la terminación del fideicomiso.

El contrato o acto por el cual el fiduciario traspase o enajene bienes inmuebles al fideicomisario o a terceros, quedará sujeto a todos los impuestos que estuvieren vigentes en la fecha del acto o contrato, pero en caso de fideicomisos testamentarios, en lo que se refiere a inmuebles, el impuesto se graduará según el parentesco del fideicomitente con el respectivo fideicomisario."

ANALISIS:

Como ya fue indicado anteriormente, el contrato de fideicomiso se encuentra afecto a los siguientes impuestos:

1. Cuando el fiduciario transmite los bienes fideicometidos al fideicomisario o a terceras personas, si se genera impuesto tal como lo es el Impuesto al Valor Agregado IVA.
2. A pesar de que no se encuentra regulado en el Código de Comercio, los frutos que se obtengan de la ejecución del fideicomiso si se encuentran afectos al pago de Impuesto Sobre la Renta.
3. Otro de los impuestos que se genera es el del Impuesto del timbre notarial al emitir el testimonio especial que se envía al Archivo General de Protocolos, el cual varía de conformidad con el valor del contrato.
4. Cuando el fideicomiso es testamentario, se regirá por la Ley de Herencias, Legados y Donaciones, que le sean aplicables.

" ARTICULO 793.- HONORARIOS.- Los honorarios del fiduciario podrán ser a cargo del fideicomitente, del fideicomisario o de ambos; en todo caso, el fiduciario tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de honorarios, créditos y de los gastos del mismo fideicomiso, que tuvieren que hacerse efectivos con los bienes fideicometidos. "

ANALISIS:

Los honorarios del fiduciario son de libre pactación, por lo que no está sujeto a ninguna ley. Hay que tomar en cuenta lo que se refiere el contrato de servicios profesionales. El artículo antes relacionado sólo habla de los honorarios que ha de percibir la persona del fiduciario por su actividad dentro del fideicomiso.

Pero, aunque no consta en el artículo de mérito, el contrato de fideicomiso genera los honorarios que corresponden a los registros públicos que hagan las inscripciones correspondientes, así como los honorarios que debe percibir el notario que faccione el contrato.

ANEXO

7. MODELO DE ESCRITURA PUBLICA DE FIDEICOMISO PUBLICO CON COMITE TECNICO

NUMERO UNO (1). En la Ciudad de Guatemala, el ocho de junio de mil novecientos noventa y ocho, ante mí: LUIS RENATO PINEDA, Escribano de Gobierno, comparecen: por una parte: La señora NIDIA VIOLETA DOMINGUEZ TZUNUN, de cuarenta y dos años de edad, casada, guatemalteca, Licenciada en Economía, de este domicilio, se identifica con la cédula de vecindad número de orden A - uno y de registro trescientos noventa y seis mil ochocientos setenta, extendida por el Alcalde Municipal de la Ciudad de Guatemala; actúa en su calidad de Ministra de Finanzas Públicas, la cual acredita con: a) transcripción del acuerdo gubernativo de Nombramiento número diecinueve de fecha catorce de enero de mil novecientos noventa y seis; b) certificación del Acta de toma de posesión del cargo número uno - noventa y seis, y como mandatario General con Representación del Procurador General de la Nación, acreditando dicha calidad con mediante el primer testimonio de la escritura pública número cincuenta, autorizada en esta ciudad el día veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis, por el Escribano de Gobierno, el cual se encuentra registrado en el Registro de Poderes, bajo el número cuatrocientos setenta mil ciento ochenta; y el señor MARIO JAVIER DEL CID MORAN, de cuarenta y ocho años de edad, casado, guatemalteco, de este domicilio, Abogado y Notario, quien se identifica con su cédula de vecindad número de orden A - uno y de registro doscientos cuarenta y ocho mil ciento veintiuno, extendida por el Alcalde Municipal de la Ciudad de Guatemala; quien actúa en su calidad de Gerente General y Representante Legal del Banco del Crédito, Sociedad Anónima - BANCRESA - y como tal, acredita su personería con el acta notarial de su nombramiento, autorizada en esta Ciudad, el día cuatro de agosto de mil novecientos noventa y seis, por el Notario Gustavo Adolfo Pérez Reyes, la cual se encuentra inscrita en el Archivo General de Protocolos al número ciento noventa mil (190,000), folio cien (100) del libro cuarenta (40) de auxiliares de Comercio. Hago constar: a) que los comparecientes me aseguran ser de los datos de identificación consignados y de hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles; b) que las representaciones que se ejercitan son de conformidad con la ley y a mi juicio, suficientes para la celebración de este acto. Los comparecientes me manifiestan que desean celebrar CONTRATO DE FIDEICOMISO de conformidad con las siguientes cláusulas: PRIMERA: ANTECEDENTES: a) mediante Decreto número diecisiete guión noventa y ocho (17-98), del Congreso de la República, se creó la Secretaría de la Paz de la Presidencia de la República, en adelante identificada únicamente como "SEPAZ", con el objeto primordial de asegurar que las diversas dependencias que conforman el Organismo Ejecutivo, en el diseño y ejecución de sus labores y proyectos, sean congruentes con las políticas de gobierno, para dar cumplimiento a los compromisos contraídos en los acuerdos de paz. b) mediante Acuerdo Gubernativo número setecientos cincuenta

y cinco guión noventa y ocho (755-97), de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y siete, el Gobierno de la República facultó al Ministro de Finanzas Públicas para que, como Mandatario Especial con Representación del Procurador General de la Nación, constituya un fideicomiso para administrar los recursos asignados para apoyar institucionalmente a la "SEPAZ", como una forma de facilitarle el cumplimiento de su mandato y como instrumento de gestión y finanzas que viabilice y presente transparencia en las operaciones que se deriven de los mismos.

SEGUNDA: CONSTITUCION Y DENOMINACION DEL FIDEICOMISO: El Gobierno de Guatemala, representado por el Ministro de Finanzas Públicas, con base en lo que establece el artículo primero del Acuerdo Gubernativo número setecientos cincuenta y cinco guión noventa y siete, constituye FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION DE RECURSOS Y PAGOS E INVERSIONES, denominado, " Fideicomiso del Fondo de Apoyo Institucional a la Sepaz -Fosepaz-", en adelante denominado el fideicomiso, para administrar los recursos del Fondo de Apoyo Institucional a la SEPAZ. Este fideicomiso se regirá por lo que estipula el Código de Comercio, Decreto número dos guión setenta (2-70) del Congreso de la República; la Literal a) del artículo sexto de la Ley del Impuesto sobre la Renta, Decreto veintiseis guión noventa y dos (26-92), también del Congreso de la República, y el presente instrumento público.

TERCERA: ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO: De conformidad con lo estipulado con el Código de Comercio, para la constitución y funcionamiento del presente fideicomiso, se determinan sus elementos personales en la forma siguiente: a) EL FIDEICOMITENTE: El Estado de Guatemala, representado por el Ministro de Finanzas Públicas; B) EL FIDUCIARIO: El Banco del Crédito, Sociedad Anónima; C) EL FIDEICOMISARIO: El Gobierno de la República de Guatemala, representado por la SEPAZ.

CUARTA: PATRIMONIO FIDEICOMETIDO: El presente fideicomiso se constituye con un monto inicial equivalente en quetzales a la cantida de UN MILLON DE CIENTO CINCUENTA MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA (US \$ 1.150,000.00), provenientes del convenio de donación número USAID GUION QUINIENTOS VEINTE GUION CERO CUATROCIENTOS VEINTISEIS. El patrimonio fideicometido podrá ser incrementado con a) los recursos adicionales que se programen anualmente para el presente fideicomiso, en el Presupuesto General de Ingresos y egresos del Estado; b) los recursos que por cualquier título lícito se reciban de personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras para el cumplimiento de los objetivos del presente fideicomiso; y c) los intereses que generen las inversiones temporales de los saldos disponibles del patrimonio fideicometido. El patrimonio será disminuído por: a) Los desembolsos de recursos que efectúe el fiduciario para financiar las actividades, proyectos y programas, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula sexta de este contrato; y b) los honorarios por administración que cobre el fiduciario, tal como se estipula en la cláusula décima del presente instrumento público;

QUINTA: OBJETO: El objeto del presente fideicomiso es la administración del patrimonio

fideicometido para fortalecer a la SEPAZ, en su función de dirección, coordinación y capacitación, así como el fortalecimiento de su estructura organizacional para convertirla en una entidad eficiente y capaz de cumplir sus responsabilidades, asegurando que las actividades desarrolladas por las distintas dependencias que integran el Organismo Ejecutivo, sean congruentes con las políticas del gobierno, tanto en el diseño como en la ejecución, a manera de cumplir con los compromisos contraídos por el Gobierno de la República de Guatemala, en los acuerdos de paz.

SEXTA: DESTINO DE LOS FONDOS FIDEICOMETIDOS: Los fondos fideicometidos se destinarán a financiara, con carácter no reembolsable, la ejecución de actividades, programas y proyectos para cumplir con los objetivos de la SEPAZ, conforme las instrucciones del Comité Técnico, establecido en la cláusula séptima del presente instrumento público, de la forma siguiente: a) desarrollo de sistemas financieros, contables, administrativos, de control, de seguimiento, etcétera; b) contratación de consultorías; c) capacitación de funcionarios; d) arrendamiento de muebles e inmuebles; e) compra de materiales y equipos; f) apoyo técnico para instalación y funcionamiento de comités, comisiones especiales y unidades de la SEPAZ; g) compra y contratación en general, tendentes a cubrir costos y gastos de funcionamiento de la SEPAZ; h) dietas de los funcionarios públicos que participen como miembros titulares en el Comité Técnico, conforme lo establecido en la cláusula séptima de este instrumento; i) otros costos y gastos que previamente autorice el Comité Técnico, para el adecuado funcionamiento del presente fideicomiso. Las aportaciones al fideicomiso, provenientes de donaciones o préstamos, estarán limitadas en su destino, por las regulaciones contenidas en el instrumento que origine la fuente del financiamiento; **SEPTIMA COMITE TECNICO DEL FIDEICOMISO:** Con el objeto de coordinar las actividades del presente fideicomiso, se deberá integrar un Comité Técnico con representantes de la SEPAZ, del Ministerio de Finanzas Públicas y del banco fiduciario, cuyas funciones se establecerán en el Reglamento de Administración del fideicomiso - FOSEPAZ, que deberá elaborarse de común acuerdo entre la SEPAZ y el fiduciario, sometiéndolo a la posterior aprobación del fideicomitente. Los funcionarios públicos que participen como titulares en el Comité Técnico, percibirán dietas a razón de Trescientos cincuenta Quetzales (Q.350.00), por sesiones ordinarias y extraordinarias a la que asistan, no debiendo percibir dietas por más de cuatro sesiones celebradas en un mismo mes calendario. **OCTAVA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES:** El fideicomitente, fiduciario y el fideicomisario tienen los derechos y obligaciones establecidos en el Código de Comercio, y, adicionalmente, los siguientes: A) **DEL FIDEICOMITENTE:** i) derechos: 1) solicitar la información necesaria y auditar anualmente las operaciones financieras y contables del fideicomiso, por conducto de sus dependencias competentes o la contratación de servicios de contadores públicos independientes, con cargo al patrimonio fideicometido; 2) revocar el presente

contrato, de común acuerdo con el fideicomisario; 3) de común acuerdo con el fideicomisario, remover al fiduciario, cuando éste no cumpla con sus obligaciones; y 4) participar en el proceso de liquidación del fideicomiso; ii) obligaciones: 1) incluir en el presupuesto general de ingresos y egresos del Estado los fondos necesarios para garantizar la continuidad y desarrollo del fideicomiso; y 2) trasladar los fondos al fiduciario, conforme lo establezca la respectiva programación presupuestaria o los convenios de donación o préstamo. B) DEL FIDUCIARIO: i) derechos: 1) cobrar los honorarios que le corresponden por la administración del presente fideicomiso, de conformidad con lo estipulado en la cláusula décima del presente contrato; 2) suscribir los contratos o convenios, para la adquisición de bienes y servicios que le instruya el Comité Técnico del fideicomiso, a solicitud de la SEPAZ; ii) obligaciones: 1) Efectuar los desembolsos de fondos aprobados y requeridos por el Comité Técnico del Fideicomiso; 2) Establecer los registros contables específicos del fideicomiso, que le permitan rendir mensualmente al fideicomitente y al fideicomisario la información contable y financiera sobre el uso de los fondos dentro de los quince días siguientes al mes terminado, así como toda la información que estos requieran oportunamente; 3) Crear los registros necesarios que permitan llevar, en forma separada, cuenta y razón de los fondos según la fuente de financiamiento, cuando estos se deriven de donaciones o préstamos nacionales o extranjeros y sea requisito de la entidad cooperante; 4) cumplir las disposiciones, lineamientos y procedimientos técnicos y financieros que establezcan por escrito el fideicomitente; 5) elaborar juntamente con el fideicomisario el Reglamento de Administración del fideicomiso- FOSEPAZ - para someterlo a la aprobación del fideicomitente; 6) permitir y facilitar al fideicomitente la realización de las auditorías que evidencien transparencia en la ejecución del presente fideicomiso; 7) trasladar a la SEPAZ en usufructo gratuito, los bienes que adquiriera con fondos del presente fideicomiso; y 8) otras compatibles con su condición de fiduciario. C) DEL FIDEICOMISARIO: i) derechos: 1) solicitar al fideicomitente que traslade en tiempo al fiduciario los recursos programados; y 2) solicitar al Comité Técnico, que efectúe la compra o contratación de bienes o servicios para el cumplimiento de sus fines; ii) obligaciones: 1) programar los desembolsos que deberá realizar el fiduciario, para someterlos a la aprobación del Comité Técnico del Fideicomiso 2) elaborar juntamente con el fiduciario, el Reglamento de administración del fideicomiso - FOSEPAZ - para someterlo a la aprobación del fideicomitente; y, 3) Preparar y presentar las solicitudes de desembolsos ante los organismos financieros, para el caso de fondos externos. NOVENA: PLAZO: El plazo del presente fideicomiso, es de cuatro años, contados a partir de la fecha de suscripción de este contrato; DECIMA: HONORARIOS POR ADMINISTRACION: El fiduciario, por concepto de honorarios por administración del presente fideicomiso, cobrará al fideicomitente la cantidad de ochenta y seis mil doscientos cincuenta quetzales

(Q.86,250.00), anuales, pagaderos en mensualidades de siete mil ciento ochenta y siete quetzales con cincuenta centavos (Q.7,187.50) revisables anualmente con el fiduciario; además el uno punto veinticinco por ciento (1.25%) anual sobre el excedente de seis millones novecientos mil quetzales (Q.6.900,000.000) del patrimonio fideicometido, calculado sobre saldos diarios. Los cobros se realizarán mensualmente en forma vencida, con cargo automático al patrimonio del fideicomiso. UNDECIMA: EJERCICIO CONTABLE Y DETERMINACION DE RESULTADOS: El ejercicio contable de este fideicomiso, será del uno de enero al treinta y uno de diciembre de cada año, salvo el primer ejercicio que principiará el día de su constitución y terminará el treinta y uno de diciembre de ese mismo año. DUODECIMA: INVERSIONES Los saldos temporalmente disponibles deberán ser invertidos por el fiduciario, según instrucciones del Comité Técnico, en valores del Estado de convertibilidad inmediata, en títulos de primer orden, o en depósitos o valores en bancos o financieras del sistema nacional que cumplan con las características de seguridad, garantía, mejor rentabilidad y liquidez, y que no interrumpan la continuidad del programa. El fiduciario queda autorizado para pagar al agente de bolsa que autorice el Comité Técnico medio punto sobre el capital invertido. Los intereses percibidos se consideran como productos del Fideicomiso, y se utilizarán para los destinos del presente fideicomiso. DECIMO TERCERA: MODIFICACIONES: El contenido de la presente escritura pública podrá ser ampliado y modificado, de mutuo acuerdo entre fideicomitente y fiduciario, de conformidad con lo que regula el artículo 1578 del Código Civil, sin que sea necesario emitir un nuevo acuerdo gubernativo, tal como lo establece el artículo 2o. del Acuerdo Gubernativo número setecientos cincuenta y cinco guión noventa y siete; DECIMO CUARTA: REINTEGRO DEL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO AL VENCIMIENTO DEL PRESENTE CONTRATO: Al vencimiento del presente contrato, el patrimonio fideicometido deberá ser reintegrado de la manera siguiente: a) por parte del fiduciario: El saldo del patrimonio fideicometido que tenga bajo su administración en la fecha de la liquidación, deberá devolverlo al Ministerio de Finanzas Públicas, en su calidad de fideicomitente; b) por parte del fideicomisario: Los bienes que tenga en su poder, por haberle sido transferidos por el fiduciario, en calidad de usufructo gratuito, deberá entregarlos a la Presidencia de la República o, a la entidad que ésta designe, para que pasen a formar parte del inventario de bienes de la nación; DECIMO QUINTA: EXTINCION DEL FIDEICOMISO: Este fideicomiso se podrá dar por terminado por cualquiera de las causales contenidas en el artículo 787 del Código de Comercio y por el incumplimiento de las condiciones y estipulaciones establecidas en el presente contrato. DOY FE: a) de todo lo expuesto; b) de haber tenido a la vista: 1o. la documentación con la cual los otorgantes acreditan su personería y las cédulas de vecindad con que se identificaron; 2o. El acuerdo gubernativo número setecientos cincuenta y cinco guión noventa y siete (755-97) que en su parte

conducente dice: " ACUERDO GUBERNATIVO No. 757-97 Palacio Nacional: Guatemala, 29 de octubre de 1997. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. considerando: Artículo 1.- Facultar al Ministro de Finanzas Públicas para que, en ejercicio del Mandato especial con representación que le otorgara el Procurador General de la Nación comparezca en representación del Estado, como fideicomitente, ante el Escribano de Gobierno a suscribir con el representante legal de un banco del sistema nacional, que actuará como fiduciario, la escritura pública constitutiva del fideicomiso denominado " FONDO DE APOYO INSTITUCIONAL A LA SEPAZ", el cual podrá ser abreviado como FOSEPAZ, con un patrimonio fideicometido inicial equivalente en quetzales, a la cantidad de un millón de dolares de los Estados Unidos de América. Dicho patrimonio podrá ser incrementado con recurso tanto nacionales como internacionales, los cuales deberán estar contenidos en el presupuesto general de ingresos y egresos del Estado. El fideicomisario de dicho fideicomiso será la Secretaría de la Paz de la Presidencia de la República. El plazo de duración del referido fideicomiso será de cuatro años. Artículo 4. El presente acuerdo empezará a regir el día siguiente de su publicación en el diario oficial. COMUNIQUESE. ALVARO ARZU IRIGROYEN. 3o.) la resolución dictada por el Comité de Crédito del banco fiduciario contenida en el punto quinto del acta número cuarenta y cinco guión noventa y siete de fecha once de noviembre de mil novecientos noventa y siete; de haber leído lo escrito a los otorgantes, quienes, enterados de su objeto, contenido, validez y efectos legales, lo ratifican, aceptan y firman.

CONCLUSIONES

1. La figura del fideicomiso, tiene sus orígenes en el derecho romano y en el derecho anglosajón. Nuestra legislación se encuentra influida por el segundo de los mencionados, porque la mayoría de veces, es un acto entre vivos.
2. El contrato de fideicomiso es de naturaleza mercantil, porque sus elementos personales, su objeto y su regulación legal se encuentran vinculadas al comercio.
3. Los bienes que se someten al contrato de fideicomiso, forman un patrimonio autónomo, porque se rigen por sus propias normas fijadas por la ley y el contrato.
4. Los bienes fideicometidos son bienes independientes del dominio y disposición del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, salvo las que autorice la ley.
5. Los bienes que pueden someterse a un fideicomiso son los muebles, inmuebles, derechos reales, bienes inscribibles o no, títulos de crédito y empresas mercantiles.
6. Los elementos personales del fideicomiso, como mínimo deben ser dos personas, excepto en los fideicomisos públicos, en los cuales, las calidades de fideicomitente, fiduciario y fideicomisario pueden recaer en el Estado, con distintas representaciones.
7. Las formas de constituir un fideicomiso pueden ser tres: El testamentario, judicial y el contractual, siendo éste último la manera formal correcta, porque las otras dos clases, son disposiciones personales y judiciales, que se formalizan con el contrato.
8. Las clases de fideicomiso que se pueden crear, son ilimitadas e innominadas, pero sea cual fuere su finalidad, siempre existirán influencias del fideicomiso en garantía, administración y de inversión.
9. La prohibición para ser fideicomisario se encuentran acorde a las normas establecidas que imposibilitan a las personas heredar por incapacidad e indignidad contempladas en el Código

Civil en sus artículos 924 y 945.

10. Un fideicomiso que se derive de un testamento o una resolución judicial debe concretarse a través de un contrato, para que el fiduciario pueda aceptarlo en el mismo acto.
11. En los fideicomisos de garantía, se regula un procedimiento más sencillo para su ejecución, porque en caso de incumplimiento del deudor - fideicomitente, se procede a la venta del bien en subasta pública ante notario.
12. En el contrato de fideicomiso pueden incluirse órganos asesores y directores, que se encarguen de la resolución efectiva del cometido, tal y como lo es " EL COMITE TECNICO ".
13. Los fideicomisos permiten que la persona del fideicomisario sea una que no posee capacidad civil, pero exige que nazca en condiciones de viabilidad.
14. El fideicomiso público, permite al Estado descentralizar su función administrativa, delegándola en otros órganos estatales y privados.
15. No existen elementos esenciales mínimos que se exijan para la realización de un contrato de fideicomiso.
16. Los extranjeros y las personas jurídicas pueden constituir fideicomisos, siempre y cuando tengan la capacidad de enajenar sus bienes, porque no tienen limitación especial alguna.
17. Los fideicomisos deben constar en escritura pública, con excepción de los fideicomisos de inversión que pueden constar en documento privado, de conformidad con el artículo 76 del Decreto 34-96 del Congreso de la República, Ley del Mercado de Valores y Mercancías.
18. Los fideicomisos constituidos sobre inmuebles, surte sus efectos desde el momento de su presentación en el Registro General de la Propiedad, contraviniendo lo establecido en el artículo 1148 del Código Civil que establece que únicamente perjudica a tercero lo que aparezca inscrito o anotado en el registro.

19. En el caso de abuso de fiduciarios, el fideicomitente o fideicomisario debe promover una acción de daños y perjuicios, ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, en un juicio sumario, tal y como lo norma el artículo 1039 del Código de Comercio.
20. El fiduciario podrá renunciar a su cargo y para el efecto debe solicitarlo a través de un juicio sumario de separación de cargo, ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil.
21. Al extinguirse el fideicomiso y cuando los bienes inscribibles deban entregarse a persona distinta del fideicomitente, el acto debe consta en escritura pública y cubrir los impuestos de ley.
22. Cuando un fideicomiso se estipula un plazo mayor de 25 años, que es el máximo legal, se debe entender que el mismo se reduce a tal cantidad de años, salvo que el fideicomisario, sea una institución artística, de beneficencia, de asistencia social o bien que la persona sea incapaz permanentemente.

RECOMENDACIONES

1. Debe ampliarse la regulación de normas jurídicas sobre la figura del fideicomiso, para ajustarse a los preceptos doctrinarios que lo informan y cubrir las lagunas de ley que se pudieran detectar.
2. Debe de establecerse, con base a normas jurídicas, las atribuciones, obligaciones y derechos de los cuerpos asesores de administración del fideicomiso.
3. En los fideicomisos públicos debe de reducirse el trámite burocrático en el otorgamiento del fideicomiso público, para obtener un rápido beneficio de la población destinada.
4. Deben especificarse los casos en que el contrato de fideicomiso, tiene que ser inscrito en cada uno de los registros públicos del país.
5. Debe crearse un reglamento general para la creación, administración y finalización de un contrato de fideicomiso público y privado.
6. El contrato de fideicomiso debe de ser utilizado obligatoriamente por las entidades estatales que no tengan capacidad técnica para prestar un servicio público.
7. En los casos de menores, incapaces y ausentes, si sus tutores no poseen la capacidad para administrar los bienes de éstos, deben otorgar obligatoriamente un contrato de fideicomiso en favor de sus pupilos, con la autorización judicial respectiva.
8. Cuando una empresa mercantil forma parte de un fideicomiso, el mismo debería de inscribirse en el Registro General Mercantil, y no publicar edictos como se regula actualmente.
9. Se debe definir que los bienes que se entregan a un fideicomiso son en calidades de administración, inversión o garantía, según la finalidad del contrato.
10. Se debe normar que un fideicomiso privado es nulo cuando es constituido en fraude de acreedores, salvo que se demuestre que el fideicomitente posee otros bienes para solventar deudas.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

1. Vázquez Martínez, Edmundo Instituciones de Derecho Mercantil
Editorial Serviprensa
Centroamericana 1978
2. Villegas Lara, René Arturo Derecho Mercantil
Guatemalteco
Editorial Universitaria
Volumen II.
Guatemala 1988
3. Villegas Lara, René Arturo Derecho Mercantil
Guatemalteco
Editorial Universitaria
Volumen III.
Guatemala 1988
4. Domínguez Martínez
Jorge Alfredo El Fideicomiso ante la
Teoría General del Negocio
Jurídico. Editorial Porrúa
México 1972.
5. Carregal, Mario Alberto El Fideicomiso 1a.
Edición Buenos Aires
Argentina 1982.
6. Batiza, Rodolfo El Fideicomiso
Editorial Porrúa; 4a. Edición.
México, 1980.
7. Cervantes Aumada, Raúl Títulos y Operaciones de Crédito
Editorial Herrero, S.A
7a. Edición. México 1972
8. Villagordoa Lozano, José
Manuel El Fideicomiso.
Editorial Porrúa. S.A
2a. Edición; México 1982.
10. Dávalos Mejía, Carlos Títulos y Contratos de Crédito,
Quiebras.
Editorial Harla. México 1984

DICCIONARIOS:

1. Ossorio, Manuel.

Diccionario de Ciencias Sociales, Jurídicas y Políticas. Editorial Heliastro S.R.L. Buenos Aires 1980.

LEGISLACION

1. Código de Comercio

Decreto 2-70
Tipografía Nacional de Guatemala.

2. Código Civil

Decreto Ley 106
Tipografía Nacional de Guatemala.

3. Ley de Mercado de valores y Mercancías

Decreto 34-96 del Congreso de la República.

4. Código de Notariado

Decreto 314 del Congreso de la República.

5. Código de Comercio de República de El Salvador 1a

Sin número de Decreto. año 1982.

6. Código de Comercio de los Unidos Mexicanos 1887.

Decreto de 4 de junio de Estados

7. Código de Comercio de República de Costa Rica

Decreto No. 3284 de la la Asamblea Legislativa.

CONFERENCIAS

1. Instituto Guatemalteco De Derecho Notarial.

III curso " Contratación Financiera y Tributario" Guatemala, 1997

2. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial.

El comité Técnico del fideicomiso Guatemala, 1996