



**ANÁLISIS JURÍDICO – COMPARATIVO DE LAS FIGURAS
DEL FIDEICOMISO Y DEL TRUST, VENTAJAS PARA
GUATEMALA.**

MARÍA FERNANDA LÓPEZ MONZÓN

Guatemala, Noviembre de 2016



ANÁLISIS JURÍDICO – COMPARATIVO DE LAS FIGURAS DEL FIDEICOMISO Y DEL TRUST, VENTAJAS PARA GUATEMALA.

TESIS

Presentada al Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo por

MARÍA FERNANDA LÓPEZ MONZÓN

para optar al grado académico de:

LICENCIADO EN DERECHO

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO.

Asesor

Licenciada Sonia Verdú

Guatemala, Noviembre de 2016.

Guatemala, 13 de octubre de 2016

Señores

Consejo Facultad de Derecho

Universidad del Istmo

Presente

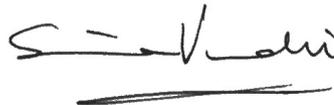
Estimados Señores:

Me dirijo a ustedes con el objeto de referirme a la Tesis del alumno(a) "María Fernanda López Monzón", estudiante de Derecho de la Universidad del Istmo, que se titula "Análisis jurídico comparativo de las figuras del fideicomiso y del trust, ventajas para Guatemala.", el cual he podido revisar y a mi criterio, cumple con todos los requisitos solicitados por dicha Facultad.

En tal sentido, luego de formular determinadas observaciones en cuanto a su contenido, no tengo inconveniente en emitir dictamen favorable sobre al referido trabajo, a efecto de que se apruebe la tesis presentada.

Sin otro particular, me suscribo de ustedes

Atentamente,



Licda .Sonia Verdú

Abogado y Notario

Honorable Consejo
Facultad de Derecho
Universidad del Istmo

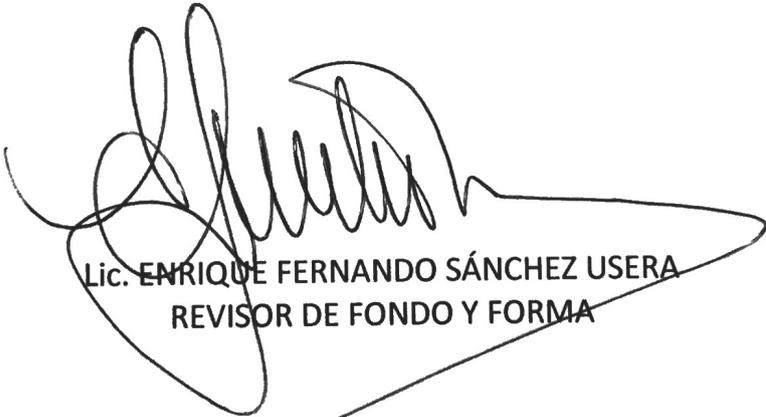
Distinguidos miembros del Consejo de la Facultad de Derecho:

Por este medio pongo en su conocimiento que procedí a realizar, de acuerdo con lo que ese Honorable Consejo me solicitó, revisión de fondo y forma de la tesis de la estudiante María Fernanda López Monzón, titulada: «ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DE LAS FIGURAS DEL FIDEICOMISO Y DEL TRUST, VENTAJAS PARA GUATEMALA».

Con base en el instructivo de tesis de la Facultad, se procedió a realizar la revisión solicitada. Se requirieron de la autora del trabajo correcciones y modificaciones, que fueron realizadas en los términos requeridos.

Por ello y considerando que la tesis cumple los requerimientos reglamentarios de la Facultad, emito el presente dictamen favorable sobre la misma.

Atentamente,



Lic. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
REVISOR DE FONDO Y FORMA



UNIVERSIDAD
DEL ISTMO

FACULTAD DE
DERECHO

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS

En el municipio de Fraijanes del Departamento de Guatemala, el dos de noviembre de dos mil dieciséis, la infrascrita Secretaria del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo,

CERTIFICA:

PUNTO ÚNICO: Haber tenido a la vista el libro de actas del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo correspondiente al año dos mil dieciséis, en el que se contiene el acta número veinte diagonal dieciséis (20/16), correspondiente a la sesión celebrada por el Consejo de Facultad el jueves veintisiete de octubre de dos mil dieciséis.

Consta en el punto cuarto de dicha acta la resolución que, en su parte conducente, dice textualmente:

“El Consejo de Facultad conoció la propuesta de autorización de impresión del trabajo de tesis de la alumna María Fernanda López Monzón, con el título **“Análisis jurídico-comparativo de las figuras del fideicomiso y del trust, ventajas para Guatemala”**. Estudiado el punto, y considerando que se ha cumplido con todos los requisitos exigidos por el Reglamento de Tesis respectivo, el Consejo de Facultad resolvió:

- a. Autorizar la impresión del trabajo de tesis de la alumna María Fernanda López Monzón, con el título **“Análisis jurídico-comparativo de las figuras del fideicomiso y del trust, ventajas para Guatemala”**”.

No habiendo más que hacer constar, se finaliza la presente, firmando la misma la Secretaria del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo, quien da fe.

Licda. Leticia Andrea Morales Díaz
Secretaria de Consejo de Facultad



RESUMEN

Muchas veces estudiamos figuras jurídicas dentro de la carrera de Derecho, que nos resultan interesantes, por lo que nos surge el deseo de profundizar y lograr un mayor entendimiento de esta.

La figura del fideicomiso es una figura mercantil, la cual es bastante utilizada en distintas ramas del derecho, por su versatilidad y los numerosos fines que se pueden lograr con la misma. Es una de las características del derecho mercantil, y por ende de las figuras que este comprende, la adaptabilidad, lo cual significa que se va adecuando al rápido e inevitable evolución que sufren día a día las relaciones mercantiles.

En el presente trabajo se pretende tener un conocimiento concreto pero de manera total de la figura del fideicomiso, así como de una figura que contempla el derecho anglosajón, que al final nos daremos cuenta que es básicamente lo mismo, pero varía en ciertas aristas, así como nos ofrece mayor diversidad. El objetivo principal es conocerlas, compararlas y determinar qué o cuáles características o modalidades se pueden extraer de la misma para dotar la figura del fideicomiso con una mayor seguridad jurídica, y no permitir que la misma caiga en desuso por su falta de actualización.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
Capítulo 1: Figura jurídica del fideicomiso	4
Generalidades.....	4
Antecedentes.....	9
El fideicomiso en Guatemala	12
Naturaleza Jurídica	13
Características	16
Elementos esenciales	18
Forma de operar del fideicomiso.....	28
Otras leyes aplicables	33
Capítulo 2:Trust.....	37
Elementos Esenciales.....	39
Origen y evolución.....	43
Figura principal en la sucesión.....	46
Elementos esenciales en el traspaso del patrimonio familiar	50
Funcionamiento.....	57
Capítulo 3: Diferencias existentes entre el fideicomiso y el trust	63
Similitudes existentes entre el fideicomiso y el trust	67
CONCLUSIONES	68
REFERENCIAS.....	74
ANEXOS	81

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo de tesis recae sobre identificar las diferencias y similitudes existentes entre la figura del fideicomiso y del trust, para así hacer un aporte personal en cuanto a los elementos y características se cree, dotarían de una mayor seguridad jurídica y mantendrían actualizada la figura del fideicomiso en la legislación guatemalteca.

El tema fue elegido debido a que siempre ha sido interesante a título personal el derecho anglosajón, el trust fue un tema tratado durante el curso académico llamado Common Law, que se llevo acabo durante el estudio de la Carrera en la Universidad, y que atrajo mi atención desde el inicio, por lo que se decidió estudiarla a profundidad para realizar la comparación con el fideicomiso, y realizar un aporte personal a la legislación guatemalteca, opinando respecto a cómo se podría brindar mayor seguridad jurídica y actualización a ésta. Determinando las ventajas y desventajas de cada una de estas figuras, y determinando su aplicabilidad en la legislación guatemalteca, conforme a la realidad social de este país.

La metodología utilizada para la realización del presente trabajo fue la jurídica – descriptiva, ya que se realizó una investigación basada en material documental. Se estableció como problema central, la desactualización de la figura jurídica del fideicomiso, en una rama del derecho que va avanzando y desarrollándose a un paso impresionante en la actualidad, por lo que se

pretende dotar de una mayor seguridad jurídica a la misma, así como tratar de que ésta no se quede en desuso.

Como resultado ante esta necesidad, en la presente investigación se plantea un objetivo general y dos específicos: El objetivo general se centra en realizar un estudio y una síntesis de las dos figuras centrales del presente trabajo. El primer objetivo específico pretende sacar las ventajas y desventajas de cada figura con la finalidad de sugerir cambios a la figura del Fideicomiso, y como segundo objetivo específico lograr determinar si efectivamente existen elementos de la figura del trust que puedan ser aplicados en Guatemala, para así mejorar y actualizar la misma, y así lograr los objetivos previamente mencionados.

Durante la elaboración del presente trabajo se cumplieron con dichos objetivos a través del desarrollo del mismo. Es por medio de los capítulos uno y dos que se tratan de manera separada cada una de las figuras jurídicas que son el centro de este trabajo, desarrollándolas de manera amplia, ordenada y sistemática para así lograr una mejor comprensión de las mismas. Sin embargo, en el tercer capítulo, es donde se da el principal aporte y se cumple el objetivo general, describiendo y estableciendo en el mismo las diferencias y similitudes encontradas en ambas figuras y las ventajas y desventajas de las mismas, terminando con el aporte personal en donde se establece cuales son aquellos elementos que se pueden aplicar a la figura del fideicomiso para cumplir con el objetivo de brindar una mayor seguridad jurídica y actualizar la misma, y de este modo esta figura siga siendo la utilizada en la legislación guatemalteca y brindando confianza a quienes deseen utilizarla.

Capítulo 1: Figura jurídica del fideicomiso

Generalidades

Definiciones sobre el derecho mercantil existen varias, siendo distintas unas de otras debido a la adición o sustracción de elementos que pudieran ser considerados relevantes por los distintos autores o juristas, quienes le van agregando su aporte personal y distintivo, sin alterar en esencia su definición.

A continuación se iniciará el presente trabajo con una definición que abarca los elementos de mayor importancia para brindar así, una enunciación completa que haga comprender a grandes rasgos el contenido del derecho mercantil.

El derecho mercantil, “es una parte de la ciencia del derecho, que estudia los principios, doctrinas, instituciones y normas jurídicas codificadas o no que regulan a los comerciantes y sus auxiliares, las obligaciones profesionales de los comerciantes, las cosas mercantiles y las obligaciones y contratos mercantiles”¹.

El surgimiento del comercio se dio en la Edad Media, hablando de comercio propiamente, y refiriéndose a este como “intercambio de bienes o servicios”.² Sin embargo, no fue durante esta época que surgió propiamente el derecho mercantil, ya que las sociedades que practicaban el comercio no se regían o crearon algún tipo de ordenamiento con el fin de regular las relaciones comerciales.

¹ Garnica, Omar Francisco; La fase privada del examen técnico profesional; Guatemala, Editorial Fénix, 2013, pág. 131.

² Capítulo primero: Historia del derecho mercantil. (en línea). <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3259/3.pdf>. 9-3-2016.

“A pesar de lo comentado anteriormente, en Roma, a diferencia de otras civilizaciones, aunque no contaban tampoco con normas específicas para regular las relaciones comerciales, si contaban con algunas de orden civil que reglamentaban aspectos propios del comercio”³, entre los cuales encontramos:

a) Echazón por avería

Este aspecto llegó a tener tal relevancia en el derecho romano, que el mismo Justiniano en su Digesto le dedicó un título al mismo, siempre tomando como referencia las Leyes Rodias, indicaba dicho cuerpo normativo lo siguiente: “se dispone en la ley Rodia que, si son arrojadas las mercancías para aligerar la nave, se resarza mediante contribución de todos, lo que en beneficio de todos se causó...”⁴

b) Préstamo a la gruesa

Era una forma de denominar en la antigüedad al contrato de seguro, su funcionamiento se daba de la siguiente manera: “Eran contratos otorgados por los propietarios de bancos a los propietarios de barcos, con la finalidad de que estos últimos compraran toda la carga necesaria para poder comercializarla en otros puertos y poder financiar el viaje.

³ Instituto de investigación jurídica UNAM. Universidad Nacional Autónoma de México. Manual de introducción al derecho mercantil.(en línea).
<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3259/3.pdf>. 3-8-2016.

⁴ Durán Alpízar, Shirley. 2013. La echazón (tipo de avería gruesa). [en línea] Revista Judicial. Junio 2013. N° 108. (en línea).
http://sitios2.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/revista%20108/PDFs/10-echazon.pdf. 9-3-2016.

Asimismo, este contrato contenía una cláusula especial en la cual consistía en que si el barco se perdía en el mar durante el viaje, el préstamo que había solicitado el propietario del barco, se tenía como cancelado”.⁵

“...y por medio de él, se compartieron los riesgos marítimos entre comerciante terrestre, prestamista y naviero prestatario...”.⁶

Durante la Baja Edad Media el acontecimiento que le es concerniente al derecho mercantil, es que los comerciantes formaron una clase social, la cual fue organizada para defender sus intereses, surgiendo así reglas que servían exclusivamente para regular su actividad. Es así como por primera vez se hace una separación entre el derecho civil y el derecho mercantil, al regularse a los comerciantes y su actividad de manera distinta.⁷

Para entrar en la materia de esta tesis, se hablará de las características de esta rama del derecho privado, entre las que se pueden encontrar: “es poco formalista, adaptabilidad y posibilita la seguridad del tráfico mercantil”.⁸

Citando a la Real Academia Española, adaptar significa “Acomodar, ajustar algo a otra cosa”.⁹ En la característica de adaptabilidad se centra esta tesis; el derecho mercantil se debe adaptar, y esto debido a que las relaciones comerciales van acelerando a un ritmo impresionante alrededor del mundo, y van surgiendo nuevas necesidades para regular estas nuevas situaciones que se van dando.

⁵ Grajeda Avila, Luis Pablo. Fianza y seguro de caución. Guatemala. 2013. Tesis licenciatura en ciencias jurídicas sociales. Universidad Rafael Landívar. Pág.25

⁶ Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Marítimo. Editorial Porrúa. México. 2001. Primera Edición. Pág. 897.

⁷ Cfr. Academia. Cdserdna Cd. Unidad 1. Generalidades del derecho mercantil. (en línea). <https://independent.academia.edu/CdserdnaCd>. 12-1-2016

⁸ Ibid., p. 132.

⁹ Real Academia Española. [en línea] <http://dle.rae.es/?id=0hMBUwM>. 9-11-2015.

Como todas las figuras jurídicas, existen diversidad de definiciones para una misma, variando unas de otras en la inclusión de nuevos elementos, mayor o menos extensión, etc.

Es de suma importancia para entender una figura jurídica, saber, entender y conocer su definición.

Oscar Vásquez define el fideicomiso como el contrato por virtud del cual se confieren facultades a un sujeto para que realice actos respecto a determinados bienes, a efecto de lograr un fin específico, en provecho de quien otorga las facultades.¹⁰

Rosso y Uriarte (p.32) definen el contrato de fideicomiso como el negocio Jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante transfiere a título de confianza, a otra persona denominada -fiduciario-, uno o más bienes (que pasan a formar el patrimonio fideicomitado) para que al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición, éste transmita la finalidad o el resultado establecido por el primero, a su favor o a favor de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.¹¹

Villegas Lara en una de sus obras define el fideicomiso de la siguiente manera: “un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente,

¹⁰ Trujillo Herrera, Aida Gabriela. “Estudio de casos y análisis doctrinario y jurisprudencia de los contratos mercantiles típicos de compraventa, suministro, estimatorio, depósito, fideicomiso y operaciones típicas de crédito”. Tesis Inédita. Universidad Rafael Landívar. Guatemala, 2013

¹¹ Gestipolis. ¿Qué es un fideicomiso?. 2002. (en línea). <http://www.gestipolis.com/que-es-un-fideicomiso/>. 23-5-2016.

transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.¹²

Así mismo para otros autores el fideicomiso no es más que un acto jurídico de naturaleza civil, que se rige por los principios que regulan la propiedad y las obligaciones, especialmente lo relacionado a la traslación de dominio.¹³

Ahora se procederá a brindar una definición personal, basada en los conceptos brindados anteriormente por los distintos autores mencionados de la siguiente manera: Es el negocio jurídico mercantil en el cual un persona denominada fideicomitente transmite a otra denominada fiduciario, la cual únicamente puede ser una institución bancaria o crediticia legalmente establecida y autorizada por la Junta Monetaria, la totalidad o ciertos bienes, derechos o ambos para que tengan como fin, el indicado con anterioridad, en beneficio de una tercera persona denominada fideicomisario o beneficiario.

El fideicomiso es una figura mercantil que se ha quedado desactualizada sin embargo, sí es utilizada en Guatemala. Esta desactualización la hace quedar obsoleta y por ende no brinda la seguridad jurídica que se busca por parte de los sujetos que pretenden hacer uso de ésta. Es sabido que uno de los fines del Estado es brindar seguridad jurídica, cosa que, al dejar desactualizada y desprotegida una figura jurídica lo único que se puede esperar es que ésta esté llena de falencias y oportunidades para ser atacada por distintas vías, que su

¹² Villegas Lara, René Arturo. Derecho mercantil guatemalteco. Obligaciones y contratos. Guatemala. Editorial Universitaria. 2002. Pág. 137.

¹³ Cfr. López de Zavalía, Fernando J. Teoría de los contratos. Parte General. Argentina. Editorial Zavalía. 1972. Pág. 65

utilización resulte dificultosa y tediosa e inclusive que al quedar tan obsoleta resulte inaplicable.

Antecedentes

Como toda figura jurídica el fideicomiso no se queda atrás al contar con ciertos antecedentes que le dieron origen en alguna época, y que con el paso del tiempo la fue transformando poco a poco en lo que al día de hoy conocemos propiamente como fideicomiso, en cuanto a sus antecedentes existen varias doctrinas para tratar de explicarlos, sin embargo, entre estas son dos las que suenan con más fuerza y cuentan con mayor número de seguidores, que son:

1. Derecho Romano:

1.1 Fiducia romana

El origen del fideicomiso es romano, ya que este derecho tenía varios casos en el cual se daban negocios basados en la confianza; nace en el ámbito de los negocios inter vivos del Derecho romano clásico como una de las plasmaciones principales de la fides. La fides cuyo sentido originario era (la lealtad a la palabra dada) constituía un fenómeno ético fundado en la confianza que el transmitente depositaba en la palabra empeñada por el adquirente de obrar conforme al fin propuesto, y fue el sustrato de multitud de formas de negocios que los ciudadanos romanos comenzaron a realizar durante aquella época.

Así, la fiducia constituía en un contrato formal basado en la confianza por el cual una persona, fiduciante, transmitía a otra, fiduciario, la propiedad de

una cosa mancipable, mediante mancipatio o in ure cesio, quedando éste último obligado a restituir la cosa en un determinado plazo o circunstancia al beneficiario designado por el fiduciante; el fiduciante disponía de la actio fiduciae para exigir la restitución de los bienes.¹⁴

”En aquel tiempo esta institución romana tomo dos formas genéricas a las que se llamó fiducia cum amico contracta y fiducia cum creditore contracta. En la primera se transfería la propiedad a una persona de confianza, quien adquiriría la propiedad en la sola razón y medida del fin que persigue; y en la segunda, se atribuía al acreedor la condición de dueño de la cosa transferida, en apoyo de esta condición, el acreedor podía reivindicarla, con excepción de que si la deuda se cancelaba éste quedaba expuesto a la condena que derivaría la actio fiduciae.

Con ambas modalidades se podía atender a variadas finalidades, lo cual facilitó considerablemente la gestión y transmisión de bienes, pago de garantías reales y otros fines relacionados en gran medida con el ámbito familiar”.¹⁵

¹⁴ Tesis en red. Villca Pozo, Milenka. Aspectos jurídicos-tributarios del fideicomiso. Especial atención a los países de la comunidad andina. Tarragona. 2012. (en línea).
http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/84039/Tesis%20doctoral%20.doc_.pdf?sequence=1
. 24-2-2016.

¹⁵ Tesis en red. Villca Pozo, Milenka. Aspectos jurídicos-tributarios del fideicomiso. Especial atención a los países de la comunidad andina. Tarragona. 2012. (en línea).
http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/84039/Tesis%20doctoral%20.doc_.pdf?sequence=1
. 24-2-2016.

1.2 fideicomissium romano

“El fideicomissium nace en el Derecho romano clásico ante la necesidad de eludir la falta de capacidad para suceder de aquella persona a la que el testador quería instituir realmente como heredero.

Con el fideicomissum se superaron los inconvenientes del régimen formalista de los legados y también se colmaron las deficiencias que tanto legado como herencia entrañaban ya que permitió favorecer toda clase de disposiciones mortis causa a peregrinos, solteros, casados sin hijos y esclavos que carecían de la testamenti factio.

En una aproximación general a la institución se la ha definido como un encargo realizado en virtud de un ruego para que una persona, llamada fiduciaria, haga llegar ciertos bienes después de la muerte del causante, llamado fideicomitente, a un tercero, llamado fideicomisario, dentro de los límites de su adquisición”.¹⁶

2. Derecho Anglosajón: El denominado Trust también es considerado como un antecedente del Fideicomiso, sin embargo, por razones de evitar redundancia en el presente trabajo y por ser este un tema que será tratado más adelante, únicamente se hará mención del mismo.

¹⁶ Loc. Cit.

El fideicomiso en Guatemala

Anteriormente se habló y desarrollaron los antecedentes históricos del fideicomiso de manera universal, a continuación siguiendo el mismo esquema se desarrollarán dichos antecedentes propiamente en la República de Guatemala por ser el ámbito territorial sobre el que versará este trabajo.

Específicamente en Guatemala apareció por primera vez en la Constitución de 1945, contenido concretamente en su artículo 28, el cuál establecía “se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco año; en todo caso deberán ser ejercidos por un Banco o institución de crédito facultados para hacer negocios en la República”, este mismo artículo fue plasmado en la Constitución de 1956, solo que en su artículo 49.

Fue la Constitución de 1956 la que indicó que el plazo de los fideicomisos no podía ser mayor de 25 años y que estos debían ser administrados por un banco o institución de crédito, la única forma en que se podía ampliar el plazo era cuando se buscaba favorecer a enfermos incurables o incapaces.

Ahora bien, hablando de leyes ordinarias, fue el Código Civil de 1963, el que reguló el fideicomiso, tratándolo como una forma de propiedad, más tarde se legislo en otra ley de carácter ordinario, en este caso el Código de Comercio, Decreto 2-70, ubicándolo específicamente en el libro de contratos mercantiles, siendo eliminado así del Código Civil.¹⁷

¹⁷ Cfr. Solís Cabrera, Ana Haydeé. El replanteamiento del contrato de fideicomiso en la legislación extranjera y en la legislación guatemalteca. Guatemala. 2006. Tesis licenciatura en Ciencias jurídicas y sociales. Universidad Rafael Landívar. Págs. 14-15.

En la actualidad se encuentra regulado en el Código de Comercio, siendo trasladado al área mercantil por ser considerado un negocio jurídico bancario, que es parte del derecho mercantil.¹⁸

Naturaleza Jurídica

Al hablar de su naturaleza jurídica, son varias las teorías que tratan del tema, sin embargo, para utilidad y fácil lectura del presente trabajo únicamente se trataran aquellas que se consideran las de mayor trascendencia.

1. La primera que se tratará será la que comprende al fideicomiso como un mandato de naturaleza irrevocable. Quien elaboró esta teoría fue el jurista Ricardo Alfaro, y consistía en la transmisión de bienes que realizar el fideicomitente al fiduciario, realizando con estos bienes lo que fue ordenado, para obtener beneficios a nombre del fideicomisario, media vez era aceptado el encargo, estas facultades que eran conferidas adquirirían el carácter irrevocables.¹⁹

Como se puede observar, esta teoría tiene algo de cierto, ya que el fiduciario únicamente podía utilizar los bienes para el fin por el cuál el fideicomiso mismo había sido creado, cosa que actualmente sigue siendo de la misma manera, sin embargo, en la actualidad el fiduciario puede realizar todas aquellas actividades que resulten en un beneficio para el beneficiario, media vez claro está, estas sean lícitas.

¹⁸ Cfr. Villegas Lara, René Arturo. Op. Cit, pág. 128.

¹⁹ Cfr. Nájerea Villamar, Dina Natalia. Consecuencias de aportar bienes para garantizar obligaciones crediticias a fideicomisos generales de garantía, ante instituciones bancarias o financieras. Guatemala. 2009. Tesis licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Universidad San Carlos de Guatemala. Pág. 38.

“Si bien es cierto que, tanto en el mandato como en el fideicomiso alguien acepta comprometerse a realizar alguna actividad que otra persona le ha encomendado, la teoría del mandato irrevocable contiene desaciertos que le llevaron a ser criticada, incluso aún por su mismo autor”.²⁰

2. La segunda teoría es aquella que lo establece como un patrimonio autónomo, la cual indica que el fideicomiso contiene ciertos elementos que poseen el carácter de constantes y esenciales, siendo estos la existencia de un patrimonio y su destino, y que dicho patrimonio consiste en uno totalmente independiente de los sujetos que conforman la relación, cuya afectación es libre, teniendo como límites únicamente los establecidos por las normas de orden público.

21

Sin embargo, esta teoría también sufrió duras críticas, sobre todo al hacer énfasis en la falta del carácter fundamental que hacía a los sujetos que conformaban la relación, dando a entender que en ocasiones se podía eliminar tanto a los sujetos del fideicomitente o el fideicomisario, inclusive que el sujeto de fiduciario no estuviera designado, siendo esta designación tarea de los tribunales respectivos.²²

²⁰ Dávalos Mejía, Carlos. Derecho Bancario y Contratos de Crédito. México. Editorial Oxford University Press. 1992. Tomo II. Pág. 850

²¹ Fiducia mercantil, patrimonio autónomo, operador de libranza. 2013. (en línea). http://camacol.co/sites/default/files/base_datos_juridico/CONCEPTO%20SUPERFINANCIERA%20NACIONAL%202013010362-001%20DE%202013.pdf. 24-2-2016

²² Cfr. Solís Cabrera, Ana Haydeé. Op. Cit. Pág. 21.

Su mayor aportación hacia el entendimiento del fideicomiso, ha sido, la de establecer que los bienes que son transmitidos al fideicomiso son o forman un patrimonio autónomo, estando así, separados de los demás bienes del fideicomitente y del fiduciario, y esto dota al fideicomiso de una mayor seguridad jurídica.²³

Acerca de esta teoría se puede compartir sobre su idea en cuanto a la autonomía que existe en el patrimonio destinado al fideicomiso, sin embargo resulta imposible la probabilidad de eliminar la figura del fideicomitente o fideicomisario, aunque no haya necesidad de establecer un fideicomisario específico al momento de crear el fideicomiso si es necesario indicar ciertos parámetros para que sea un tribunal el encargado de designarlo, siendo la misma legislación quién nos indica la forma de resolver la ausencia de dicho elemento personal, tal como lo indica el artículo 769 del Código de Comercio.

3. Y por último como un negocio fiduciario, el negocio fiduciario es definido por el Diccionario Espasa como: “Aquel por virtud del cual una persona (fiduciante) trasmite a otra (fiduciario) la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho para lograr una finalidad práctica (de garantía -fiducia cum creditore- o de administración -fiducia cum amico-) para la cual no es jurídicamente necesaria tal transmisión”.²⁴

²³ Cfr. Nájerea Villamar, Dina Natalia. Consecuencias de aportar bienes para garantizar obligaciones crediticias a fideicomisos generales de garantía, ante instituciones bancarias o financieras. Guatemala. 2009. Tesis licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Universidad San Carlos de Guatemala. Pág. 38.

²⁴ Diccionario Jurídico Espasa. España, Editorial Espasa Calpe, S.A. 2007, pág. 1028

Manuel Ossorio lo define de la siguiente manera: “El de índole jurídica en que una persona, el fiduciario, recibe de otra, el fiduciante, con su confianza en aquélla, la titularidad de una cosa, con el compromiso de usar de ella para el fin tenido en vista por ambas”.²⁵

De esta última teoría los aspectos más importantes que se aportan son: identificación del elemento real del contrato de fideicomiso, siendo este la transmisión de los bienes, además del elemento personal formada por la relación existente entre el fideicomitente y el fiduciario, siendo en esta relación donde se establecen los parámetros bajo los cuáles se regirá el fideicomiso.²⁶

Características

Así también está dotado de ciertas características que deben ser tratadas, para que resulte más fácil su entendimiento, entre las que encontramos:

- Contrato real, esto debido a que para que nazca o surja a la vida jurídica y se dé su ejecución, es necesario que el patrimonio que estará sujeto a este régimen sea traspasado.²⁷

²⁵ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. (en línea).https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf. 04-04-2016

²⁶ Cfr. Cruz Hernández, Edgar Josué. Análisis jurídico de las responsabilidades contractuales y extracontractuales del fideicomiso de administración de conformidad con la ley de bancos y grupos financieros. Guatemala. 2011. Tesis licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Universidad San Carlos de Guatemala. Pág. 21.

²⁷ Cfr. Cruz Hernández, Edgar Josué. Op. Cit. Pág. 10-11

- Consensual, porque es necesaria la existencia de un acuerdo de carácter expreso de las partes involucradas, por lo menos del fideicomitente y del fiduciario.²⁸
- Acto unilateral o bilateral, puede ser unilateral cuando se plasma en un testamento, que es un acto unilateral por excelencia²⁹, así también puede ser bilateral cuando el acto que le da vida es un contrato.³⁰
- Formal, porque como se hizo mención anteriormente, el fideicomiso debe estar plasmado en escritura pública, requisito establecido en el mismo Código de Comercio.

Sin embargo, para ciertos autores como Villegas Lara, existen otras características para este contrato, entre las que menciona:

- Onerosidad, de conformidad con el artículo 793 del Código de Comercio el cual establece o trata acerca de los honorarios del fiduciario. También el pago por llevar a cabo el fideicomiso pueden ser en calidad de comisiones.³¹
- Tracto sucesivo o de ejecución inmediata, ya que su cumplimiento se va extender en el tiempo, el fideicomiso tiene un plazo máximo de 25 años, "...salvo que se pacte a favor de un incapaz, enfermo incurable

²⁸ Cfr. Loc. Cit.

²⁹ Cfr. Loc. Cit.

³⁰ Cfr. Loc. Cit.

³¹ Cfr. Loc. Cit.

o institución de asistencia social, en donde no opera dicho límite...”³²
Este plazo puede que se establezca por un plazo mayor al permitido por la ley, esto no lo invalida, lo que sucedería es que el negocio es válido, únicamente el plazo se reduce al permitido. Sería de ejecución inmediata en el caso en que consista en la realización de una sola actividad, por lo que al cumplirse la misma el fideicomiso se extinga.³³

En el caso en que se establezca como fideicomisario a una entidad estatal, o un institución de asistencia social, cultural, científica o artística que no tenga finalidad lucrativa, además del caso mencionado anteriormente de los incapaces o enfermos incurables, el plazo del mismo puede ser indefinido.³⁴

Elementos esenciales

Los elementos esenciales que conforman el fideicomiso se dividen de la siguiente manera:

Elementos personales

El contrato de fideicomiso, como se hizo mención con anterioridad está compuesto por personas, cada una de ellas conforman una parte, y cada una de ellas posee derechos y obligaciones que deben cumplir.

³² Trujillo Herrera, Aida Gabriela. Op, Cit.,pág. 49

³³ Cfr. Cruz Hernández, Edgar Josué. Op. Cit. Pág. 11

³⁴ Cfr. Muñoz, Nery. La forma notarial en el negocio jurídico. Editorial Infoconsult. Guatemala. 2005. Cuarta edición.

- I. **Fideicomitente:** esta persona es quien establece el fideicomiso, quien indica las reglas y el fin que se debe dar a los bienes sometidos a éste. “Es quien determina la separación de ciertos bienes y derechos de su patrimonio, ya sea por testamento o contrato, estableciéndolos a fines determinados y constituyendo un patrimonio autónomo”.³⁵

Es necesario que esta persona, otorgue su consentimiento expreso³⁶ sobre la constitución del fideicomiso, su declaración de voluntad la puede realizar, ya sea de manera personal, o por medio de apoderado con facultades especiales³⁷; ahora bien, en el caso de menores, incapaces y ausentes, esto se debe realizar por medio de su representante legal, siempre y cuando medie autorización judicial.³⁸

Derechos y obligaciones

“Derechos

- a) Exigir al fiduciario que le rinda cuentas;

- b) Acción de responsabilidad contra el fiduciario por su gestión negligente o por abuso contravención de sus facultades, y

³⁵ Vásquez Martínez, Edmundo. Instituciones de derecho mercantil. Guatemala, Editorial Ius Ediciones, 2012. pág. 569

³⁶ Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio. Artículo 771.

³⁷ Ibid. Artículo 767

³⁸ Loc. Cit.

- c) Solicitar judicialmente la remoción del fiduciario y designar uno nuevo³⁹
- d) Devolución de los bienes fideicometidos al finalizar el fideicomiso.
- e) “Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho en el documento constitutivo.”⁴⁰

Obligaciones

- a) Pago de honorarios, cuando fue pactado.⁴¹
 - b) Entregar los bienes que fueron sometidos a fideicomiso, de conformidad con lo pactado.⁴²
 - c) Reembolsar los gastos realizados por el fiduciario, en cumplimiento con sus obligaciones.⁴³
- II. **Fiduciario:** Es la persona a quien se le trasmite la propiedad del patrimonio fideicometido y se encarga de cumplir de acuerdo a lo establecido por el fideicomitente el fideicomiso. Únicamente pueden ser fiduciarios los bancos

³⁹ Reyes Villatoro, Pablo Francisco Javier. El Comité técnico en los contratos de fideicomiso en la legislación guatemalteca. Guatemala, 2006. Tesis Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar.

⁴⁰ Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio. Artículo 787.

⁴¹ Ibid. Artículo 793.

⁴² Ibid. Artículo 778.

⁴³ Ibid. Artículo 793.

establecidos en el país y las instituciones de crédito especialmente autorizadas por la Junta Monetaria.⁴⁴

El fiduciario puede ser designado, tanto en el contrato como en el testamento, y si en el testamento no se estableciera quién será el fiduciario, corresponderá a un juez hacer la designación del mismo. Es totalmente viable hacer la designación de varios fiduciarios, quienes podrán actuar de forma conjunta o separadamente, de conformidad con lo que se constituya, ya sea en el contrato o en el testamento.⁴⁵

“Artículo 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”.⁴⁶

Los derechos del fiduciario están contemplados en el artículo 783 del Decreto 2-70 Código de Comercio, el cuál establece los siguientes:

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

⁴⁴ Cfr. Alvarado, Ricardo y José Antonio Gracias. El notario ante la contratación civil y mercantil. Guatemala. Editorial Fénix. 2013. Pág. 525.

⁴⁵ Cfr. Villegas Lara, René Arturo. Op. Cit. Págs 4-5.

⁴⁶ Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio. Op. Cit. Artículo 780.

1. Ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que se quieran 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.”

Así mismo, este mismo cuerpo normativo regula las obligaciones del fiduciario, de la siguiente manera:

“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 se lo requieran.
5. Las demás inherentes a la naturaleza de su encargo.”

III. **Fideicomisario o beneficiario:** Esta parte es la persona a quien se designa para que reciba los beneficios producidos por el fideicomiso. Cualquier persona puede ser el beneficiario de un fideicomiso, a excepción del mismo fiduciario, es una limitación taxativa contenida en nuestro Código de Comercio. No es necesario, o un requisito indispensable para el nacimiento a la vida jurídica de un fideicomiso, el establecimiento o designación individualizada del mismo, sin embargo, si deben estar establecidas en el documento constitutivo, reglas o parámetros para que este sea determinado posteriormente.⁴⁷

Derechos

- a) Exigir al fiduciario el cumplimiento del Fideicomiso.
- b) Atacar los actos anulables del fiduciario en donde se haya observado mala fe o se hayan contrariado las disposiciones acordadas y poder reivindicar los bienes del fideicomiso. Si el beneficiario actúa directamente contra un

⁴⁷ Villegas Lara, René Arturo. Op. Cit. Pág. 131.

tercero, el resultado de la acción redunda en provecho del patrimonio fideicometido y no de él mismo.

- c) Revisar y auditar los estados contables en cualquier momento, por sí mismo o tercero comisionado.
- d) Suplir al fiduciario en la defensa de los bienes fideicometidos en contra de terceros, promoviendo acciones, excepciones o recursos, o bien oponiéndose a las pretensiones de terceros.⁴⁸

Sin embargo, existen también otros autores que enumeran o consideran que existen además otros derechos, ya que pueden surgir otros que sean pactados por las partes en el instrumento respectivo.

Obligaciones

Básicamente la única obligación que podría tener el fideicomisario es el pago de honorarios si fue estipulado de esta manera en el instrumento respectivo.⁴⁹

Elementos reales

Los elementos reales del fideicomiso, son todos aquellos bienes o derechos que se someten a un fin determinado, y de los cuales se transmite su titularidad al fiduciario, así como aquellas obligaciones que surjan de este.

⁴⁸ Cfr. Tobias Muñoz, Mayra Lisbeth. El contrato mercantil de fideicomiso en el sistema bancario. Guatemala. 1997. Tesis licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Universidad Rafael Landívar. Págs. 27-28.

⁴⁹ Cfr. Loc. Cit.

Cabe hacer la aclaración que tanto los bienes como derechos que se pretendan someter al régimen del fideicomiso, pueden ser aquellos que pertenecen al patrimonio del fideicomitente, sin limitación alguna.⁵⁰

“En el fideicomiso el fideicomitente lo que hace precisamente es separar ciertos bienes y derechos de su patrimonio, integrándolos en una situación unitaria a la que atribuye fines determinados, y sobre la cual inciden derechos y obligaciones propios”.⁵¹

“...para que ese patrimonio autónomo pueda cumplir los fines que el fideicomitente le ha fijado, éste le trasmite al fiduciario su titularidad, esto es, la cualidad jurídica que le confiere la posibilidad de ejercitar el poder y la responsabilidad que el mismo implica y que delimitan los fines del fideicomiso. La titularidad del fiduciario no implica la propiedad”.⁵²

Los honorarios pactados dentro del contrato son considerados como el segundo elemento real dentro del contrato de fideicomiso, el pago de los mismos está regulado en el Código de Comercio, Decreto 2-70 el cual establece lo siguiente: “Artículo 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”.

⁵⁰ Cfr. Capítulo V Elemento real u objeto del contrato de fideicomiso. (en línea). <https://masterpyc.files.wordpress.com/2013/03/objeto-del-fideicomiso-y-patrimonio-fideicometido.pdf>. 25-11-2015.

⁵¹ Ibid., p. 572

⁵² Ibid., p. 573

Elemento formal

El elemento formal del fideicomiso gira en torno a que este puede ser constituido, ya sea, por medio de testamento o por contrato y es necesario que conste en escritura pública, tal y como establece el Código de Comercio, específicamente en los artículos 770 y 771:

- Artículo 770. “**Constitución.** El fideicomiso puede constituirse por contrato o instituirse por testamento”⁵³

Es decir, que la declaración de voluntad necesaria para que nazca a la vida jurídica un fideicomiso se puede dar de dos maneras: manera unilateral (testamento) o de manera bilateral (contrato).⁵⁴

- Artículo 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...”⁵⁵

Además del Código de Comercio en el Código Civil, específicamente en su artículo 1577, establece que aquellos contratos que son calificados expresamente como solemnes, deben constar en escritura pública, y que si no se cumple dicho requisito los mismos no tendrán validez.

⁵³ Decreto 2-70. Código de Comercio. Guatemala, 1970.

⁵⁴ Cfr. Solís Cabrera, Ana Hadydeé. Op. Cit. Pág. 57.

⁵⁵ Loc. Cit.

Al enunciado anterior que establece la solemnidad que conlleva la constitución de un fideicomiso en una escritura pública, existe una excepción⁵⁶ establecida en la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Decreto Número 34-96, el cual nos indica lo siguiente: “...El documento constitutivo de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones, podrá constar en documento privado...”.

⁵⁶ Cfr. Loc. Cit.

Forma de operar del fideicomiso

La función del fideicomiso básicamente es la misma, existen las mismas tres partes involucradas, únicamente varía en cuanto a la finalidad y objetivo que se pretende alcanzar mediante la constitución del fideicomiso.

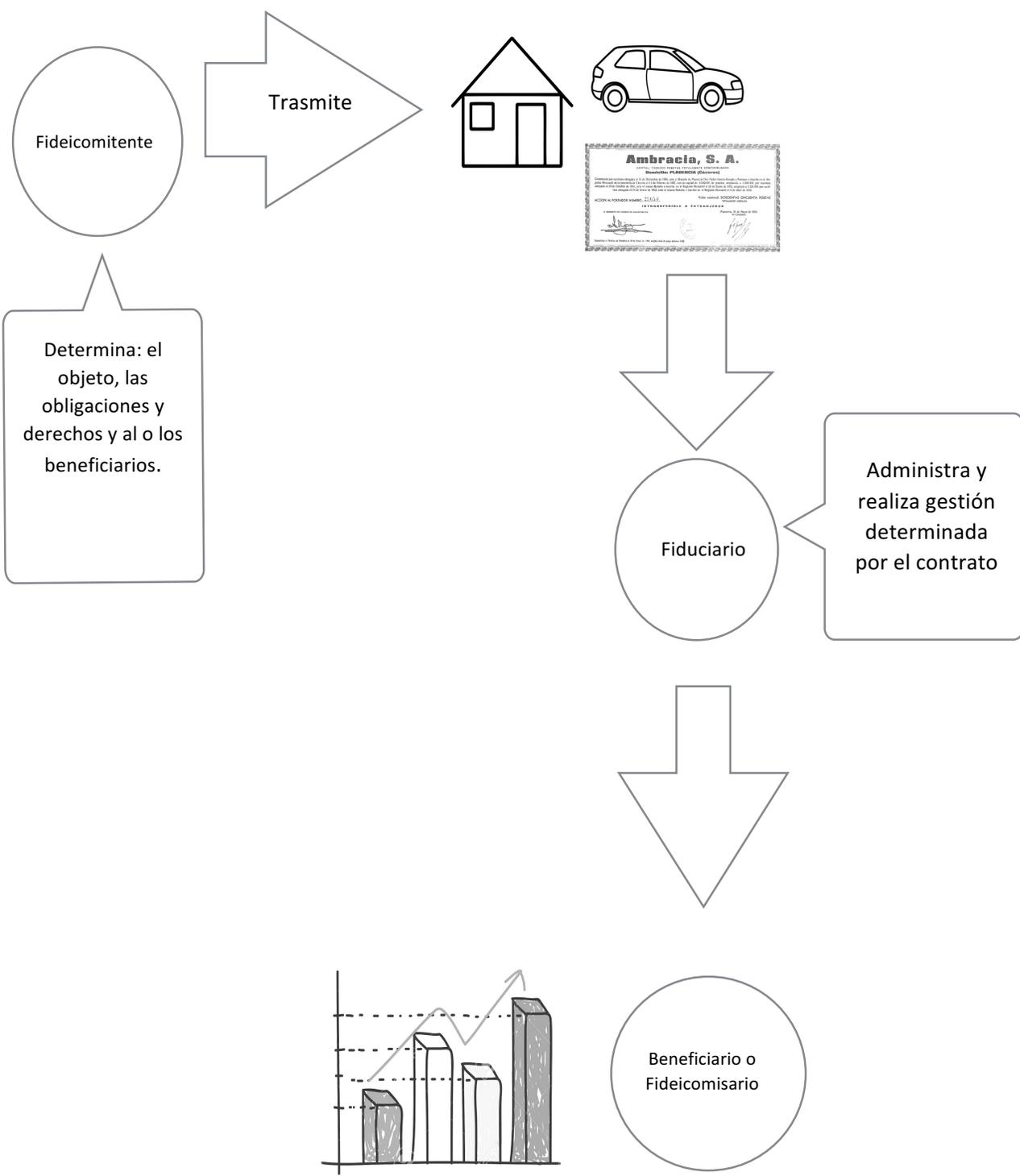
En términos generales su forma de operar sería la siguiente:

El fideicomitente trasmite sus bienes y derechos al fiduciario, quien adquiere la titularidad para administrarlos y gestionar lo determinado en el contrato de fideicomiso, logrando así la finalidad establecida en éste y transmitiendo los beneficios obtenidos al fideicomisario o beneficiario designado por el fideicomitente.⁵⁷

Sin embargo, al tratar cada una de las clases existentes de fideicomiso, se podrá observar como varía en sí la función por el cuál fue creado e instituido ese régimen.

Las tres principales serían la de administración, de garantía y de inversión, sin embargo es un contrato mercantil el cuál permite su creación para distintos y variados fines, siendo posible establecerle varias finalidades como podremos ver a continuación.

⁵⁷ Cfr. Martorello, Ernesto Eduardo. Tratado de los contratos de empresa. Tomo II. Argentina. Editorial Depalma. 1996. Pág. 894.



I. Administración: La finalidad principal de la creación de esta clase de fideicomiso es la custodia, administración y conservación de los bienes transmitidos a este, por parte del fiduciario.⁵⁸

Para lograr dicha finalidad los bienes fideicometidos pueden ser utilizados para promover una variedad ilimitada de negocios, de conformidad, como se hizo mención anteriormente en cumplimiento con lo pactado y lo obtenido, es decir las ganancias o frutos se transmiten al fideicomisario.

II. Inversión: Esta clase de fideicomiso va más relacionada con los sistemas financieros, su finalidad es la de captar recursos.⁵⁹

Se busca que los bienes rindan de una manera óptima debido al “know how” que poseen las instituciones bancarias sobre este tema.⁶⁰

III. Garantía: En esta clase de fideicomiso es por medio del cual el fideicomitente transmite ciertos o todos sus bienes al fiduciario, para que estos garanticen el cumplimiento de una obligación frente a un acreedor o fideicomisario. Es de suma importancia hacer resaltar el hecho que esta transmisión se realiza con carácter irrevocable.⁶¹

⁵⁸ Cfr. Batiza, Rodolfo. Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria. México. Editorial Porrúa. 1977. Pág. 58.

⁵⁹ Cfr. Solís Cabrera. Ana Haydeé. Op. Cit. Pág. 188.

⁶⁰ Buache Garcíadiego, Mario. Operaciones mercantiles. Segunda Edición. México. Editorial Porrúa. Pág. 207.

⁶¹ Cfr. Nájera Villmar, Dina Natalia. Op. Cit. Pág.21.

Lo que se busca es evitar los trámites de ejecución judicial, ganando así economía y rapidez.

Ahora como se mencionó con anterioridad, también existen otras clases de fideicomisos, que se explicaran de forma breve a continuación.

IV. Fines testamentarios: “son aquellos en los cuales el fideicomitente transmite determinados bienes con el objeto de que a su muerte se entreguen a las personas que hayan sido designados como fideicomisarios. Aquí también se pueden incluir a los fideicomisos que resultan de una estipulación en el testamento en la cual se ordena que a la del causante con la masa hereditaria o determinados bienes del mismo, se instituya un fideicomiso para que cumpla con determinadas finalidades. “⁶²

V. De seguro: En esta clase de fideicomiso se establece como fideicomisario del seguro de vida a una entidad bancaria, para que al momento de la muerte del fideicomitente la suma correspondiente se destine al fin establecido específicamente.⁶³

VI. De pensión: esta modalidad de fideicomiso contempla que el fideicomitente o los fideicomitentes dispongan de determinados bienes con el objeto de que estos se administren en un fondo común y que de los frutos de ese capital se generen los fondos necesarios para obtener beneficios del fideicomiso que luego se transmitirán a los fideicomisarios.⁶⁴

⁶² García Archila, Marvin Fernando. El fideicomiso en Centroamérica. Guatemala. 2010. Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar. Pág.19.

⁶³ Cfr. Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos bancarios: Su significación en América Latina. Bogotá. Federación Latinoamericana de Bancos. 1979. Pág. 651.

⁶⁴ García Archila, Marvin Fernando. Op. Cit. Pág. 19.

VII. Administración de cobro y pago: Aquí el fideicomitente transmite al fiduciario, quien muchas veces cuenta con la infraestructura necesaria para poder llevar a cabo el cobro de cualquier tipo de rentas, carteras de créditos, pagos por servicios etc., con el recaudo de los mismos se puede acordar el pago de cualquier tipo de obligaciones, en otros casos se podrá acordar que se administren los ingresos y se inviertan de la forma en que se indique en el contrato”.⁶⁵

VIII. Públicos: “En el fideicomiso público el Estado o alguna de las dependencias relacionadas con el mismo transmite a una institución bancaria (banco o financiera legalmente establecida en el país) determinados bienes del dominio público para la realización de fines que en strictu sensu se encuentren acordes o vinculadas con las finalidades del Estado; por lo que para la constitución y ejecución de esta figura junto con la legislación mercantil es de observancia previa y obligatoria la legislación administrativa”.⁶⁶

IX. Privados:” son aquellos constituidos con recursos de personas particulares, ya sean estas individuales o jurídicas; por lo que se establecen en beneficio de personas determinadas, aun cuando no sean de inmediato identificables”.⁶⁷

⁶⁵ Loc. Cit.

⁶⁶ Archila Mendizábal, Juan Fernando. El contrato de fideicomiso en la administración pública. Guatemala. 2007. Tesis licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Universidad Rafael Landívar. Pág. 46.

⁶⁷ Calderón López, Gonzalo Leopoldo. El fideicomiso como una alternativa en la administración de la inversión pública. Guatemala. 2004. Tesis Carrera contador público y auditor. Universidad de San Carlos.

Otras leyes aplicables

Luego de haber visto algunas de las clases que existen de fideicomiso, daremos un vistazo a las leyes que regulan el fideicomiso en Guatemala.

El Código de Comercio, Decreto 2-70, es el cuerpo normativo por excelencia que trata el tema de fideicomisos, tema tratado a lo largo de veintiocho artículos, contenidos en el Libro IV de dicho cuerpo legal, el cuál se titula “Obligaciones y contratos mercantiles”.

El tema da inicio en el artículo 766 y finaliza en el 793, sin embargo, también existen otros cuerpos normativos que regulan el fideicomiso, de los cuales mencionamos los siguientes:

1. **Congreso de la República de Guatemala, Decreto 19-2002, Ley de Bancos y Grupos Financieros:** en su artículo 41 “Operaciones y Servicios”, numeral 1 de la literal “c”, Establece que entre los servicios que pueden ser ofrecidos por las instituciones bancarias, se encuentran las de actuar como fiduciario.
2. **Jefe de Gobierno, Decreto-Ley 208, Ley de Sociedades Financieras Privadas:** en concreto en el artículo 5, literal “e”, nos indica que las entre las operaciones que pueden ser realizadas por estas sociedades financieras privadas, se encuentra la de actuar como fiduciario.
3. **Congreso de la República de Guatemala , Decreto 34-96, Ley del Mercado de Valores y Mercancías:** específicamente en el artículo 76, en el cuál se puede leer lo siguiente: “Artículo 76.- CONTRATO DE

FIDEICOMISO DE INVERSION. Los bancos y las sociedades financieras privadas podrán convenir con los agentes la delegación de su función como fiduciarios. El fiduciario delegado podrá realizar todas las actividades propias de un fiduciario y será junto con la entidad elegante, solidariamente responsable por su actuación.

Tanto los bancos y las sociedades financieras privadas, como los fiduciarios delegados, podrán fungir como fiduciarios de fideicomisos constituidos para la inversión en valores que se encuentren en oferta pública. Si como resultado de la constitución del fideicomiso, se acordare la emisión de certificados fiduciarios, su oferta pública deberá inscribirse en el registro y su vez, podrá el fiduciario solicitar su inscripción para cotizarse en bolsa, en cuyo caso, el régimen fiscal de los certificados respectivos será el mismo que el aplicable a los bonos emitidos por sociedades financieras privadas.

El documento constituido de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones podrá constar en documento privado; y la emisión y negociación de los certificados fiduciarios a que se refiere el presente artículo estarán sujetas únicamente a los requisitos que esta ley establece para realizar oferta pública de valores emitidos por sociedades mercantiles. “

4. **Congreso de la República de Guatemala, Decreto 27-92, Ley del Impuesto al Valor Agregado:** “Artículo 7. De las exenciones generales. Están exentos... 8. La constitución de fideicomisos y la devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente. Los actos gravados conforme esta ley que efectúe el fiduciario quedan afectos al pago de este impuesto...”

5. **Congreso de la República de Guatemala, Decreto 6-91, Código Tributario:** “Artículo 21. Situaciones especiales. Cuando ocurra el hecho generador en las situaciones que adelante se enumeran, serán responsables del cumplimiento de las obligaciones tributarias formales y materiales, los sujetos que en cada caso se indica: 1) Fideicomiso – el fiduciario...”.

6. **Congreso de la República de Guatemala, Decreto 114-97, Ley del Organismo Ejecutivo:** “Artículo 31. Ministerio de finanzas públicas. Al Ministerio de Finanzas Públicas le corresponde cumplir y hacer cumplir todo lo relativo al régimen jurídico hacendario del Estado, incluyendo la recaudación y administración de los ingresos fiscales, la gestión de financiamiento interno y externo, la ejecución presupuestaria y el registro y control de los bienes que constituyen el patrimonio del Estado; para ello, tienen a su cargo las siguientes funciones:...r) Gestionar la constitución, en cualquiera de las instituciones del sistema bancario nacional, de los fideicomisos, fondos y otros instrumentos financieros...”.

7. **Congreso de la República de Guatemala, Decreto 12-2002, Código Municipal:** “Artículo 116. Fideicomisos. La municipalidad podrá optar por obtener fondos corrientes en fideicomiso directamente del Organismo Ejecutivo y por intermedio del Ministerio de Finanzas Públicas. Para el efecto, deberá presentar los estudios técnicos, económicos y financieros de la operación proyectada.”.

8. **Congreso de la República de Guatemala, Decreto 15-98, Ley del impuesto único sobre inmuebles:** “Artículo 9. Responsables solidarios del pago del impuesto. Son responsables solidarios y mancomunados

con los contribuyentes referidos en el artículo anterior, por el pago del impuesto: ...Los fiduciarios por los bienes inmuebles administrados en fideicomiso;...”.

9. **Congreso de la República de Guatemala, Decreto 26-92, Ley del impuesto sobre la renta:** “Artículo 3. Contribuyentes. ...Para los efectos de esta ley, los entes, patrimonios o bienes que se refieren a continuación, se consideran como sujetos del Impuesto sobre la renta: los fideicomisos...”

“Artículo 13. Fideicomiso. Para los efectos de esta ley, los fideicomisos serán considerados independientemente de sus fideicomitentes y fiduciarios. De las rentas que obtenga el fideicomiso, no son deducibles de las distribuciones de beneficios a los fideicomisarios u otros beneficiarios del fideicomiso.

Cuando por cualquier circunstancia se liquide un fideicomiso, deberá determinar su renta y pagarse el impuesto resultante, antes de distribuir a cada uno de los integrantes del mismo, la parte que les corresponde de los bienes fideicometidos y de los beneficios obtenidos; constituyen renta bruta para los beneficiarios, la diferencia entre el valor comercial que posean los mismos, a la fecha en que se adjudiquen y, su valor residual”.

Con la mención de los distintos cuerpos normativos que nos hablan del contrato de fideicomiso podemos observar la variedad de usos que se le pueden dar a este negocio jurídico, así como la dispersión del tema en las distintas leyes de la República de Guatemala.

Capítulo 2:Trust

“En los países que se rigen por el derecho anglosajón, el trust es uno de los instrumentos más utilizados debido a su éxito, gracias a su facilidad, flexibilidad e informalidad”.⁶⁸

“El trust del derecho anglosajón es una entidad legal para mantener administrar y transferir bienes. el concepto del trust es único porque involucra a tres partes, -el settlor (fideicomitente), trustee (fiduciario) y beneficiaries (beneficiario)- y requiere la división de propiedad entre el trustee (fiduciario), quien recibe el título de propiedad, y el beneficiaries (beneficiario), quien recibe el título sobre el bien”.⁶⁹

“Un trust es una relación legal, en la cuál una de las partes mantiene la propiedad para el beneficio de otra - en términos legales, una relación en la cual el propietario del título de propiedad no posee el título sobre el bien”.⁷⁰

“Es una entidad legal que se crea para mantener bienes que, una vez que son transferidos al trust, son administrados de conformidad con sus términos escritos. Dichos términos del trust describen cómo se desea que se administren y distribuyan los bienes del mismo. Usted elige a una persona para administrar los bienes de su trust, el trustee (fiduciario), quien está de acuerdo en aceptar esa responsabilidad y se somete a los términos de dicho trust. Usted también

⁶⁸ Devaux Angelique, Beckner & Ryznar. The trust as more than a common law creature. (Traducción Jaqueline Balz). Pág. 91

⁶⁹ Ibid. pág. 93

⁷⁰ Trusts and trust responsibilities. <https://www.lincolnst.edu/subcenters/managing-state-trust-lands/publications/trustlands-responsibility.pdf>. 7-4-2016. (Traducción Jaqueline Balz).

debe elegir a los beneficiaries (beneficiarios) de su trust y cuándo ellos deberán recibir los ingresos del mismo, o la distribución de los bienes fideicometidos”.⁷¹

“Cualquier arreglo por medio del cual bienes son transferidos de una persona a un trustee (fiduciario) para ser administrados para el beneficio de terceros. También se define como un derecho de propiedad (bienes inmuebles o personales) que mantiene una persona para el beneficio de otra”.⁷²

“Un acuerdo en el que un settlor (fideicomitente) transfiere bienes a uno o más trustee (fiduciarios), quienes lo mantendrán para el beneficio de una o más personas (los beneficiaries (fideicomisario) o *cestuis que trust*, que pueden incluir al o los beneficiaries (fideicomisario) o al settlor (fideicomitente)) quienes tienen derecho para hacer cumplir el trust, si fuese necesario por medio de una acción ante un tribunal”.⁷³

Luego de leer las definiciones anteriores y basados en las aportaciones de las mismas, se establece una definición de un trust: Es una figura jurídica, en la cual se transfieren bienes por parte del settlor (fideicomitente), para ser administrados y distribuidos por la persona designada (trustee (fiduciario)), de conformidad a los términos que fueron acordados , los cuales deben ser respetados, que así mismo indicaran cuanto y cuando se le distribuirán al beneficiaries (fideicomisario) designado.

El trust ayuda a determinar quién recibe qué y cuando, al igual que cómo lo obtienen y por qué. Así mismo puede hacerse efectivo mientras dure la vida de una persona o luego de su muerte.

⁷¹ Larson, Aaron. *Wills and trust kits for dummies*. United States, Wiley Publishing, Inc. 2008. Pág. 151. (Traducción Jaqueline Balz).

⁷² Clarkson, Kenneth; Miller and Cross. *Business Law, text and cases*. United States, South-Western CENGAGE Learning. 2012. Pág1029. (Traducción Jaqueline Balz).

⁷³ *Dictionary of law*. Eight Edition. Oxford University Press. 2015. Págs. 1821-1822. (Traducción Jaqueline Balz).

Elementos Esenciales

Al igual que la figura del fideicomiso del sistema civil, el trust está conformado por ciertos elementos, la doctrina los divide en seis grandes elementos necesarios, siendo estos los siguientes:

1. Existencia de una manifestación expresa donde se establezca la intención del settlor (fideicomitente) de crear un trust. Sin embargo, en este elemento, es de suma importancia hacer mención que las Cortes van a reconocer una “manifestación de intención” de crear un trust, si del instrumento que contiene el mismo, se puede concluir del lenguaje utilizado dicha pretensión.⁷⁴
2. Deben existir efectivamente bienes que puedan ser administrados y conservados por el beneficiaries (fideicomisario).⁷⁵
3. Un trustee (fiduciario) designado.⁷⁶
4. Debe establecerse e identificarse al beneficiaries (beneficiario) o el beneficio público para el cuál se destina el trust.⁷⁷
5. Un fondo que esté suficientemente identificado, para permitir el traspaso de la propiedad al trustee (fiduciario).⁷⁸
6. Una entrega real por parte del settlor (fideicomitente) al trustee (fiduciario) con la intención de pasar la propiedad.⁷⁹

⁷⁴ Cfr. Álvarez Ramos Abogados. Álvarez Ramos Abogados. Contratos especiales: el trust anglosajón. (en línea). <http://www.alvarezramosabogados.com/contratos-especiales-el-trust-anglosajon/>. 13-4-2016.

⁷⁵ Cfr. Larson, Aaron. Op. Cit. Pág. 157

⁷⁶ Cfr. Loc. Cit.

⁷⁷ Cfr. Ibid. Pág. 158

⁷⁸ Cfr. Loc. Cit.

“Existen varios requisitos para la creación de un trust en los Estados Unidos: la intención de crearlo, los bienes objeto del trust y los beneficiarios (beneficiarios) deben estar designados. En algunas jurisdicciones se requiere de un trust por escrito, mientras que en otras se permite un trust oral”.⁸⁰

Lo interesante e importante de lo que se estableció anteriormente es hacer constar y resaltar que el trust puede establecerse en algunas jurisdicciones de manera oral.

Ahora se desarrollará el modo de funcionamiento del trust y sus elementos personales, las personas que componen esta figura jurídica son las siguientes:

Elementos personales

- I. **Settlor o grantor (Fideicomitente):** Básicamente es la persona quien crea el trust, a quien le pertenece el bien y decide transferirlo.⁸¹

También se le conoce con el nombre de *grantor*, que de conformidad con el diccionario de Oxford, titulado “Dictionary of Law” se define como “Quien crea o transfiere la propiedad por medio de un instrumento escrito.”⁸²

Obligaciones

- a) Para crear un trust se necesita que el settlor (fideicomitente) desee crearlo, sin embargo, en el Common Law puede existir el caso que sea la ley la que obligue a la creación del mismo.⁸³

⁷⁹ Cfr. Loc. Cit.

⁸⁰ Devaux, Angelique. Op. Cit., pág. 93

⁸¹ Cfr. Larson, Aaron. Op. Cit. Pág. 151.

⁸² Dictionary of law. Op. Cit. Pág. 1755. (traducción propia)

b) Establecer los términos del trust.

II. **Trustee (Fiducario):** el Trustee (fiducario) es la persona que juega el papel dentro del trust de poseer la propiedad de los bienes sometidos a este. A falta de designación es nombrado por una corte.⁸⁴ “El trustee puede ser desde un familiar, amigo de confianza, un profesional o una institución”.⁸⁵

Obligaciones

Las obligaciones que debe cumplir esta parte de conformidad con el texto citado son las siguientes:

- a) “Honestidad
- b) Buena fe
- c) Prudencia
- d) Estándar general de cuidado: a lo que hace referencia esta obligación, es al deber que tiene el trustee (fiducario) de cuidar los bienes del trust como si fueran negocios de él mismo.
- e) Lealtad: se debe actuar en exclusivo interés del beneficiarios (beneficiario).⁸⁶
- f) “...el trustee (fiducario) debe rendir cuentas de los bienes del trust y administración”⁸⁷

⁸³ Cfr. Estate sor trusts. aronson, J.A.J. What is a settlor?. 2012. (en línea).

<http://www.estatesortrusts.co.uk/what-is-a-settlor.html>. 15-9-2016. (Traducción propia).

⁸⁴ Cfr. Larson, Aaron. Op.Cit. Pág. 157

⁸⁵ Larson, Aaron. Ibid. Pág. 156.

⁸⁶ Clarkson, Kenneth; Miller and Cross. Op. Cit., (traducción propia) pág. 1033

⁸⁷ Devaux, Angelique. Op. Cit., pág. 94

Facultades

“Cuando un settlor (fideicomitente) crea un trust, él o ella podrá establecer las facultades y los lineamientos para el desempeño del trustee (fiducario). La ley estatal regula en ausencia de términos específicos en el trust, y los estados a menudo restringen inversiones del trustee (fiducario) con fondos del trust”.⁸⁸

III. **Beneficiaries (Beneficiarios):** “Todo trust debe tener al menos un beneficiary (beneficiario), los más comunes son su cónyuge e hijos, amigos, organizaciones de beneficencia y organizaciones educativas.

Al designar a los mismos, esta designación se puede realizar de manera individual o por clases.”⁸⁹

Por ejemplo: -individual- “*A mi prima Estefanía Kleé Monzón*”. –Clase- “*A mis primas*”.

⁸⁸ Clarkson, Kenneth; Miller and Cross. Op. Cit., pág. 1033

⁸⁹ Larson, Aaron. Op. Cit. Pág. 158.

Origen y evolución

“El trust se desarrolló en Inglaterra en los siglos XII y XIII, cuando la propiedad se basaba en el sistema feudal. Los caballeros que debían abandonar sus tierras para luchar en las Cruzadas, acostumbraban a dejar sus propiedades a un administrador, que las gestionaba en favor de su esposa e hijos y se ocupaba del pago del correspondiente diezmo feudal hasta que su propietario regresaba. A menudo, el administrador causaba problemas y la ley británica no reconocía ningún tipo de derecho al propietario que había cedido sus posesiones”.⁹⁰

Como se mencionó en el párrafo anterior el origen histórico del trust lo encontramos en el derecho inglés surgido en la Baja Edad Media, durante esta época estaba la Corte de la Cancillería, la cual era presidida por el Canciller del Rey, quien era un funcionario eclesiástico, fue este quien creó un sistema de normas de equidad para suplir todas aquellas lagunas legales existentes en el sistema del Common Law que daban lugar a injusticias que no se podían resolver por la vía legal.

Parte de aquellas lagunas existentes que daban lugar a injusticias se daba en esa época en el tema de la incapacidad jurídica que tenían los menores de edad y las mujeres, ya que no podían adquirir ni ejercer derechos de propiedad,

⁹⁰ Guerrerocg. Cañete, Inma. ¿Qué es un trust? Definición y finalidad. España. 2014.<http://carlosguerrero.es/2014/03/03/que-es-un-trust-definicion-y-finalidad/>. (en línea). 13-04-2016.

por lo tanto cuando los varones se iban a luchar en las guerras y deseaban asegurar a estos el uso y goce de sus bienes debía confiar en la buena fe de un tercero capaz de derecho –trustee (fiduciario)- y debía transferirle la titularidad de los bienes y encomendarle que los usara en beneficio de sus herederos – beneficiaries (beneficiarios)-. La transferencia que se realizaba media vez fuera hecha no cabía impugnación alguna, desde ese momento el tercero de buena fe era propietario de los bienes y por ende podía disponer de los mismos.

Por esto mismo muchas viudas y menores de edad dependían del tercero de buena fe o trustee (fiduciario), y en muchos casos la honorabilidad de estos quedaba en entre dicho, y existían muy limitados o ningún recurso para asegurar el cumplimiento del trust.

El Canciller era la persona que legalizaba los actos jurídicos mediante el sello real, por lo tanto podía convocar al trustee (fiduciario) que había actuado de manera inmoral y exhortarlo a que cumpliera con sus deberes, si al momento de hacerlo el trustee (fiducario) se negaba, estaba facultado a arrestarlo por tiempo indefinido por rebeldía.⁹¹

“Se señalan cuatro periodos en relación con el desarrollo del Trust.

- I. Se inicia con la aparición del use aproximadamente en el siglo XIII, hasta principios del siglo XV, cuando el use es declarado obligatorio por el canciller.
- II. Se prolonga hasta la promulgación de la ley de usos, en el siglo XVI.
- III. Llega hasta finales del siglo XVII cuando se inicia el desarrollo del Trust moderno.

⁹¹ Centro virtual Cervantes. Deferrari, David José. Trusts y fideicomisos: un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español. (en línea). http://cvc.cervantes.es/lengua/esletra/pdf/01/013_deferrari.pdf. 13-04-2016.

IV. El desenvolvimiento del Trust como institución.”⁹²

*“Era algo continuo el que él administrador le causara problemas al caballero, y al inicio el derecho de Inglaterra no reconocía ningún tipo de derechos al caballero propietario de la tierra, y derivado de esto se creó un sistema legal conocido como “Equity”.*⁹³

⁹² EPIKEIA. Hernández Domínguez, Joel. Comparación entre el fideicomiso y el trust. México. (en línea). http://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/08/epikeia08-el_fideicomiso.pdf. 13-04-2016.

⁹³ Guerrerocg. Cañete, Inma. ¿Qué es un trust? Definición y finalidad. España. 2014.(en línea). <http://carlosguerrero.es/2014/03/03/que-es-un-trust-definicion-y-finalidad/>. 13-04-2016

Figura principal en la sucesión

Este capítulo trata básicamente de explicar de una manera amplia, la razón de crea un trust para transmitir sus bienes al momento de morir, en lugar de hacerlo por medio de la figura del testamento.

“El trust no debe presentarse al tribunal en materia de sucesiones y su trustee (fiduciario) no necesita de la aprobación del tribunal en materia de sucesiones para hacer cumplir sus deseos ...”⁹⁴

“Cuando usted presenta un testamento para ser validado, puede surgir una disputa. En la impugnación de un testamento, la persona que lo impugna pretende demostrar que en un momento determinado usted no estaba apto para celebrar su testamento, o que usted estaba siendo presionado o engañado para firmar un testamento que en realidad usted no deseaba.

Mientras que las impugnaciones de testamentos no son comunes y usualmente no tiene éxito, éstas pueden retrasar la distribución de su patrimonio. Sus herederos pueden llegar a un acuerdo y dar parte de la herencia a la que tienen derecho sólo para minimizar los gastos judiciales y para poder seguir adelante con sus vidas.

Impugnar un trust en vida es mucho más difícil. La persona que impugna el trust debe establecer que usted no estaba apto o que había coacción o confusión, no solo cuando usted otorgó el trust, sino en todo momento cuando usted transfirió los bienes hacia o del trust o tomó decisiones administrativas o de inversión relacionadas con los bienes del trust. Mientras que la impugnación de un testamento puede paralizar todo su patrimonio hasta que la disputa se

⁹⁴ Larson, Aaron. Op.Cit., pág.267

resuelva, su trust en vida empieza a funcionar al momento de su muerte. Su trustee (fiduciario) administra sus bienes en la forma en que usted lo estipuló mientras el litigio continua, lo que significa que su cónyuge e hijos que le sobrevivan se beneficiaran de su trust a pesar de cualquier litigio”.⁹⁵

“Un will contest es un tipo de demanda que es interpuesta para impugnar la validez de un testamento y disposición de última voluntad”.⁹⁶

“El objetivo de este procedimiento es, por una parte, certificar la autenticidad del testamento, y por otra, garantizar que los bienes del causante son distribuidos conforme a su voluntad testamentaria y de acuerdo con la normativa estatal del derecho sucesorio”.⁹⁷

¿En qué puede ser de utilidad evitar la realización de una autenticación o legitimación al que está sujeto un testamento? Básicamente y elementalmente por cuestiones temporales, ya que, un proceso de esta índole dependiendo, claro está, de la cantidad de bienes que conforma la masa hereditaria, este puede llegar a ser un proceso bastante prolongado, que puede llevar entre seis meses a dos años enteros.⁹⁸

Además puede surgir un will contest, que lograría atrasar por mucho más tiempo el proceso de validez y que al final podría tener como resultado que los designados como herederos con tal de evitarse los gastos de continuar con ese

⁹⁵ Ibid., pág. 269

⁹⁶ About money. Garber, July. What is a will contest and when can a will contest be filed?. 2014. (traducción propia).(en línea).
<http://wills.about.com/od/fiveessentialdocuments/qt/whatisawillcontest.htm>. 16-04-2016.

⁹⁷ Martín Santisteban, Sonia. La figura del trust en los Estados Unidos de América, sus aplicaciones en el derecho de familia.España, 2008, Licenciatura en Derecho. Universidad de Cantabria. Pág 10.

⁹⁸ Larson, Aaron. Op.Cit. Pág. 155.

proceso y no estar gastando tanto tiempo en esto, decidan renunciar a parte de sus derechos y bienes.⁹⁹

- “También en el caso de poseer bienes inmuebles que se desean transferir, si fuera por medio de un testamento y los bienes estuvieran en distintos lugares un “tribunal en materia de sucesiones” no tiene autoridad sobre un bien inmueble localizado en otro lado. Estableciendo o transfiriendo estos bienes en un living trust el fiduciario tiene la libertad de manejar y administrar los bienes sin importar en donde estén ubicados, además de evitarse tener que litigar cuestiones de herencias en distintos lugares.
- Cuando sus bienes pasan a través de un proceso de validación testamentaria, se hace un registro público de su testamento y de sus bienes y su valor. Cualquier persona puede ver su registro y conocer los detalles íntimos de su patrimonio. Algunas oficinas de abogados y agentes financieros utilizan registros de sucesiones testamentarias para identificar a los herederos y ofrecerles planes de inversión.”¹⁰⁰

Sin embargo, es importante mencionar que no del todo la persona se libera de que se hagan públicos sus bienes y su valor, ya que únicamente estarán sujetos a este tipo de protección los bienes que hayan sido sometidos a fideicomiso.

- Dependiendo que tan complicado sea el plan de sucesión de una persona, realizarlo o establecerlo por medio de un testamento puede llegar a ser más costoso, sin embargo, esto no es un hecho, ya que muchas veces el trust

⁹⁹ Loc. Cit

¹⁰⁰ Loc. Cit.

puede llegar a ser igual o más caro que un testamento, y esto debido al costo de administración que se debe pagar en esta figura.¹⁰¹

- Al momento de llevarse a cabo el proceso para probar la legitimación de un testamento los bienes pueden llegar a ser congelados, dejando así sin opción de realizar inversiones con estos bienes, caso distinto es si los bienes están dentro de un trust, el fiduciario puede continuar con el manejo, administración e inversión de los bienes.¹⁰²

- Se puede proteger a los beneficiarios que son designados en un trust de sus acreedores, esto por medio de un spendthrift trust.¹⁰³

“Con este tipo de disposición se impide al beneficiary (beneficiario) (de rédito o de capital) transmitir su derecho y a sus acreedores embargar dicho derecho...no obstante la cláusula spendthrift no protege al beneficiario una vez que los frutos / bienes le han sido entregados”.¹⁰⁴

- En el caso en que uno posea negocio propio, un trust puede resultar ventajoso al momento en que uno tiene la intención de dejarlo a sus herederos. ¿Por qué puede resultar ventajoso? Por el hecho de que evita el pago de impuestos sobre el patrimonio y mantiene el negocio funcionando, aún después de que se es declarado incapaz o de la muerte.¹⁰⁵

¹⁰¹ Cfr. Loc. Cit. Pág.

¹⁰² Cfr. Ibid. Pág 272.

¹⁰³ Cfr. Loc. Cit.

¹⁰⁴ Martín Santisteban, Sonia.Op. Cit., pág 27

¹⁰⁵ Cfr. Larson, Aaron. Op. Cit. Pág. 271.

Elementos esenciales en el traspaso del patrimonio familiar

Planificar el patrimonio puede parecer tedioso, sin embargo, el no hacerlo puede resultar que no sea lo que esperamos, ya que, quien decidirá al final quiénes heredan los bienes será el Estado¹⁰⁶, de conformidad con las leyes propias de este.

Si no se realiza una planificación patrimonial las leyes de sucesión intestada del Estado que corresponda define quién hereda, generalmente hereda la esposa y los hijos, si no se tiene ninguno de los dos se distribuyen por fórmula a otros miembros de la familia.

Pero no termina solo en eso, si se declara incapaz a la persona, será una corte la encargada de nombrar a una persona para que tome decisiones acerca del cuidado personal y médico de este y sobre el manejo del dinero, también si se tienen hijos menores se decidirá quién cuidará de estos, etc.¹⁰⁷

La mayor ventaja que se puede obtener de planificar el patrimonio, es que los deseos de la persona serán respetados, tanto en vida como después de la muerte.

El trust, es una de las varias figuras del derecho anglosajón, por medio de la cuál se puede dar el traspaso de un patrimonio familiar.

“El especialista norteamericano en estate planning asesora y proporciona a sus clientes aquellos instrumentos legales que mejor se adecuan a su situación

¹⁰⁶ Cfr. Ibid. Pág. 155.

¹⁰⁷ Cfr. Fishman beley family law associates. Fishman, Len. The law of trusts and unjust enrichment. (en línea). <http://www.fbfamilylaw.mb.ca/trustandunjustprimer.html>. 9-6-2016. (Traducción propia).

patrimonial que, a la vista de sus respectivas circunstancias familiares, mejor responde a sus necesidades y expectativas.”¹⁰⁸

“...define esta rama del derecho norteamericano en los siguientes términos: “el tema trata principalmente de lo que se conoce convencionalmente como derecho de los testamentos, donaciones, future interests, trusts, administración patrimonial, e impuesto sobre el patrimonio y donaciones. Prácticamente, todas las teorías y prácticas legales ubicadas bajo estas rúbricas se encuentran funcionalmente relacionadas con la disposición del patrimonio familiar...”¹⁰⁹

Únicamente con tener un testamento no se tiene cubierto totalmente la planificación del patrimonio de las personas, ya que todavía se dejan varios elementos desprotegidos que en cierto punto pueden llegar a dilatar un proceso o a complicar las cosas.

Como mínimo una planificación patrimonial sólida debe contener dos instrumentos importantes, como lo son un poder notarial y un testamento¹¹⁰, sin embargo el trust también es un instrumento bastante útil para evitar el engorroso proceso de legalización de testamento y para administrar durante y después de la vida de alguien.

Sin embargo también se consideran otros elementos que, si bien, no son elementales o sustanciales, en algún momento o en alguna circunstancia podrían llegar más a producir un beneficio.

- **Testamento**

¹⁰⁸ Ibid., pág 6

¹⁰⁹ Ibid., pág. 7

¹¹⁰ Cfr. Yochim, Dayana. Estate planning checklist: How to protect your future, your family and your property. 2015. (en línea). <http://www.fool.com/investing/general/2015/07/15/estate-planning-checklist-how-to-protect-your-futu.aspx>. 23-3-2016. (Traducción propia).

“Es un documento en el cuál una persona (llamada testador) designa a uno u varios ejecutores, quienes se van a encargar de administrar su patrimonio luego de su muerte, y van a dirigir la forma en que se va a distribuir este entre los beneficiarios designados por el testador. Para que un testamento sea válido debe cumplir con los requisitos formales que establece el Will Act 1837, el testador debe tener capacidad para testar cuando el testamento sea realizado, y debe establecer sus deseos sin ningún tipo de coacción a su voluntad”.¹¹¹

Un testamento es una declaración legal que es de carácter vinculante, en la cuál se establece de manera directa quién o quiénes van a recibir el patrimonio de una persona a su muerte. Si se diera el caso en que no se tiene un testamento, o por el contrario, si se realizó uno pero por algún motivo es declarado inválido, sería el Estado que determina cómo serán distribuido los bienes.¹¹²

Así mismo por medio de esta declaración legal se indica quién va a ser el representante legal, quién será el encargado de llevar a cabo los deseos del testador.

Sin embargo el testamento únicamente va a cubrir el patrimonio que se indique dentro de este, lo que no esté incluido queda fuera.

- **Poder legal**

¹¹¹ A dictionary of law. United Kingdom. Editorial Oxford. 2015. Pág. 3404.

¹¹² Larson, Aaron. Op. Cit. Pág 29.

“Es un instrumento formal mediante el cual una persona faculta a otra para actuar en su nombre, ya sea de forma general o en circunstancias específicas. Un poder para celebrar una escritura debe otorgarse mediante una escritura.”¹¹³

El poder legal ayuda en el sentido de qué al suceder ciertas circunstancias en que una persona se vuelve incapaz, la persona que haya sido elegida va a tener la capacidad de hacerse cargo de los asuntos del incapaz, sin este poder legal ninguna persona va a poderse hacer cargo de los asuntos hasta que una corte haga el nombramiento de un guardián o conservador.¹¹⁴

- **Trust**

Los trust tienen un grupo de beneficiaries (beneficiarios) durante la vida de estos, y otro grupo, a menudo sus hijos que solo empiezan a beneficiarse cuando el primer grupo ha fallecido. Existen varias razones para crear un trust. La más común es para evitar el proceso de validación testamentaria. Si se establece un trust revocable en vida que termina cuando usted muere, cualquier bien en el trust pasa inmediatamente a los beneficiaries (beneficiarios). Esto puede ahorrar tiempo y dinero a los beneficiaries (beneficiarios), tal como se ha explicado en las páginas anteriores, tomando como referencia lo establecido por las distintas fuentes.

Algunos trust también pueden ofrecer ventajas impositivas tanto para el settlor (fideicomitente) como para el beneficiary (beneficiario). Estos pueden ser trusts constituidos de modo tal que los herederos del settlor (fideicomitente)

¹¹³ Oxford. Op. Cit., pág 1434.

¹¹⁴ Larson, Aaron. Op. Cit. Pág. 29.

reciben un derecho vitalicio sobre los bienes objeto del trust, o trusts cuyo objeto es un seguro de vida cuyo eventual producido tiene como beneficiary (beneficiario) a quien lo sea de tal trust. Otros trusts pueden ser utilizados para proteger los bienes de acreedores o para ayudar al settlor (fideicomitente) a calificar para Medicaid (plan de seguro médico del Gobierno de los Estados Unidos).¹¹⁵ A diferencia de los testamentos, los trusts son documentos privados y solo aquellos individuos con un interés directo en el trust necesitan saber de los bienes del trust y su distribución.¹¹⁶

Siempre que los trusts estén bien redactados, otra ventaja de estos es la continuación de su efecto legal incluso si el otorgante muere o esta incapacitado.

- **Instrucciones médicas**

Las instrucciones médicas pueden comprender un número de diferentes documentos, incluyendo un poder para atención médica, un testamento en vida, e instrucciones médicas. El documento o documentos exactos dependerán de las leyes en su estado y de las decisiones que usted haga. ”¹¹⁷

¹¹⁵ Cfr. ElderLawAnswers. Medicaid and trusts. 2013. (en línea). <http://www.elderlawanswers.com/medicaid-and-trusts-12004.16-4=2015>

¹¹⁶ Cfr. Larson, Aaron. Op. Cit. Pág. 155.

¹¹⁷ Elderlawanswers. Elder law attorneys. The five components of a good estate plan. Estados Unidos. 2013. (en línea). <http://www.elderlawanswers.com/the-five-components-of-a-good-estate-plan-9561.18-04-2-16>

¿Cuál sería el proceso para la planificación del patrimonio?

1. “Recoger los hechos.”

Estos hechos deben versar sobre la situación personal de la persona que quiere hacer la planificación, por ejemplo: lugar donde se vive, quiénes viven con uno, posibles herederos, etc.

Hacer un listado de los bienes que le pertenecen, indicando cómo se adquirió y cuanto vale. Incluir también la deudas que se tienen y a quién se deben.

2. Determinar las necesidades de planificación de sucesión.

Se realiza un inventario, en donde se incluyan los ahorros, inversiones, bienes inmuebles, y todo lo que sea de su propiedad. También se deben establecer los pasivos que se tengan como deudas, hipotecas, etc.

Así como se establecen los activos y pasivos, se indica quienes serán los herederos y de qué forma recibirán su herencia.

3. Preparar el testamento y el living trust, asegurando que se incluyan los bienes de mayor valor tanto económico como sentimental.

4. Ejecutar los documento de la planificación patrimonial para dotarlos de sus efectos legales, obtener las firmas de testigos apropiados y la autorización notarial correspondiente.

5. Hacer una revisión de la planificación patrimonial.¹¹⁸

¹¹⁸ Larson, Aaron. Op. Cit., págs 21-23

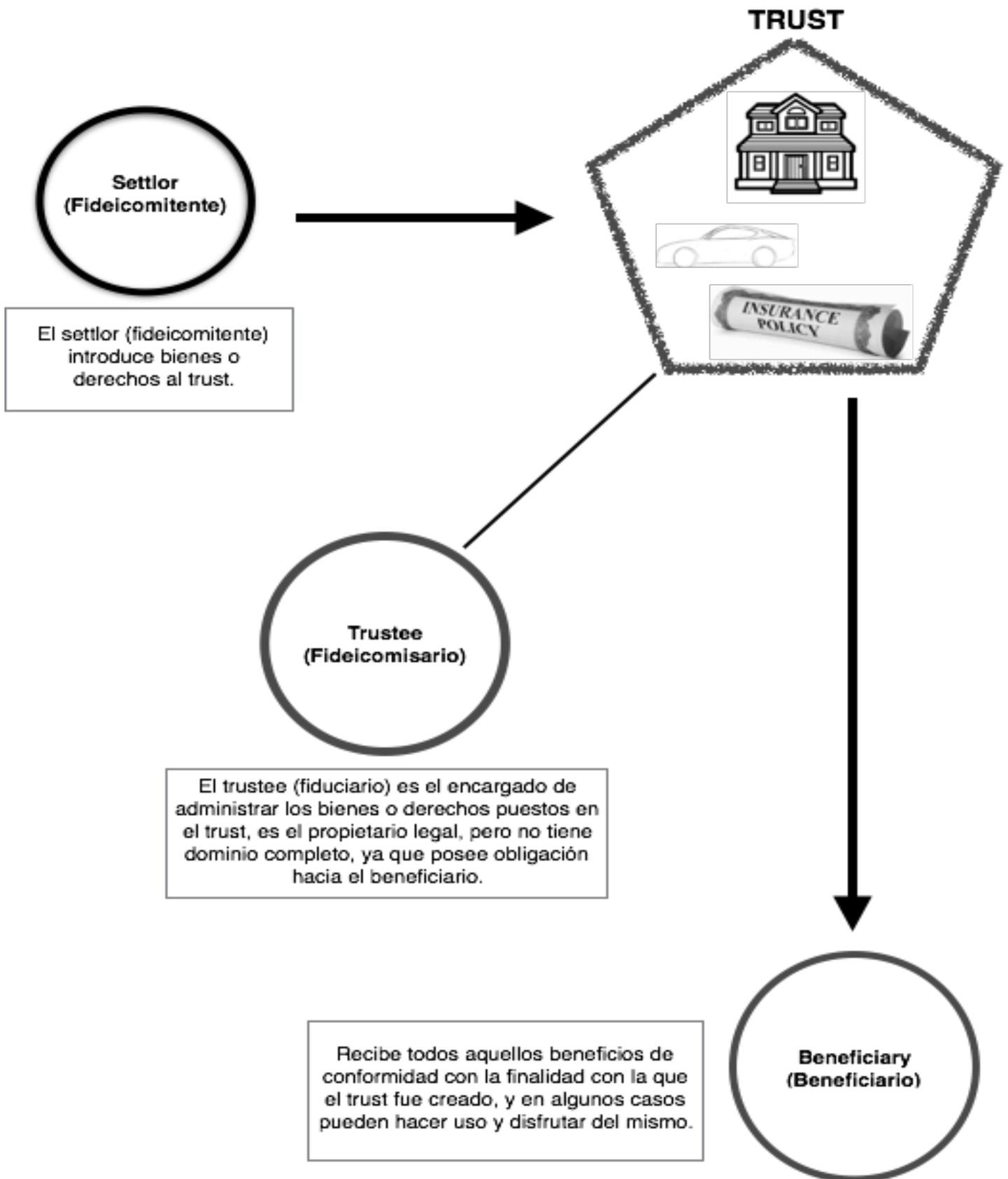
Funcionamiento

El funcionamiento de un trust, es básicamente, el mismo que el fideicomiso. Así mismo, también va variando según la clase de trust que sea el que se crea y se utilice.

“La clave para comprender el funcionamiento del trust reside en la manera en que la ley inglesa, la llamada common law, interpreta el derecho de propiedad. En la common law se reconocen dos maneras diferentes de ejercer la propiedad. Por un lado existe el legal ownership o legal estate, es decir, la titularidad o propiedad legal de un bien. Por otro lado, el llamado beneficial ownership o equitable estate, que podríamos definir como el derecho de uso y disfrute. Este concede ciertos derechos sobre el bien a una persona distinta de su propietario legal.

Así se produce una situación compleja en la que el administrador es el propietario legal del bien, pero no tiene un dominio completo sobre el mismo, ya que a su vez tiene una obligación personal frente a los beneficiarios (beneficiarios). Esto tienen derecho de recibir el bien, en el momento que se haya estipulado en la escritura de constitución, y en algunos casos también a utilizarlo y a disfrutar de él.”¹¹⁹

¹¹⁹ Paraísos fiscales. El trust anglosajón. 2015.(en línea). http://www.paraisos-fiscales.info/blog/98_el-trust-anglosajon. 20-04-2016.



Existen varios tipos de trust, cada uno con sus propias características especiales. A continuación trataremos alguno de ellos. Existen ciertas clases o tipos de trust, que a diferencia de otros no son creados por mera voluntad de una persona, sino que son impuestos por la misma ley, la doctrina nombra dos clases únicamente: “Constructive trusts” y los “Resulting trusts.”

A. Resulting trusts: la creación de este trust se da por el comportamiento de las partes. ¿A qué se refiere con el comportamiento de las partes? Se da cuando de circunstancias se puede deducir o concluir que la parte que posee el título legal de la propiedad actúa a favor o en beneficio de otra persona.

Se debe aclarar que en este caso, estas deducciones o conclusiones pueden ser totalmente debatidas.¹²⁰

B. Constructive trusts: Este es impuesto por razones de justicia, “...el propietario de los bienes es designado como un trustee (fiduciario) para las partes que, conforme a la equidad, realmente tienen derecho a los beneficios que se derivan del trust.”¹²¹

¹²⁰ Cfr. West’s encyclopedia of America law. The Gale group. Resulting trust.2008. (en línea). <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Resulting+Trust>. 24-5-2016.

¹²¹Clarkson, Kenneth; Miller and Cross. Op. Cit., pág. 1031

- I. Living trust: esta modalidad de trust es creada por el settlor (fideicomitente) durante su vida, es una forma bastante común en los sistemas legales del common law, ya que es una forma de simplificar y hacer su planificación de bienes. Además les brinda la ventaja de que al momento de morir, este no debe pasar por el proceso de validación por parte de una Corte, sino que automáticamente los bienes del trust pasan a sus herederos.¹²²

Esta clase de trust al mismo tiempo se dividen en:

- a. Revocable: en esta clase de trust, el settlor (fideicomitente) mantiene el control sobre la propiedad del trust mientras vive, es decir, puede terminar el trust en cualquier momento e inclusive transferir sus bienes de regreso a él mismo. “Un trust revocable en vida es un documento que establece cómo sus bienes, una vez que hayan sido transferidos a su trust, serán administrados y distribuidos a sus herederos”.¹²³
- b. Irrevocable: Los living trust de carácter irrevocable, consiste en todos aquellos que media vez han sido creados y se ha realizado la transferencia de los bienes, estos bienes no pueden ser tomados de vuelta . A diferencia del trust revocable en esta clase “...El fideicomitente cede de forma permanente el control de los bienes al fiduciario. El fideicomitente celebra una escritura de fideicomiso y el título de propiedad de los bienes del fideicomiso pasa al fiduciario designado...”.¹²⁴

¹²² Cfr. Larson, Aaron. Op. Cit. Pág. 164

¹²³ Larson, Aaron. Op.Cit., pág.164

¹²⁴ Clarkson, Kenneth; Miller and Cross. Op. Cit., pág. 1030

II. Testamentary trusts: Básicamente esta clase de trust surge por medio de un testamento, y nace a la vida jurídica al momento en que el settlor (fideicomitente) muere. En este caso todas las acciones que realice el trustee (fiduciario) deben ser aprobadas por un juez. Al igual que en el fideicomiso como figura jurídica guatemalteca, el settlor (fiduciario) puede ser designado en el testamento o le correspondería a una corte designarlo.¹²⁵

En este caso puede suceder que el testamento en dónde surge el trust sea declarado inválido por una corte, si se diera este caso, también el trust sería inválido, por lo que los bienes sometidos a este régimen serían traspasados o heredados de conformidad con las leyes sobre intestados que correspondan. Ahora en el caso en que únicamente fuera alguna cláusula o condición la que fuere declarada inválida, el resto del trust sigue siendo válido.¹²⁶

III. Charitable trusts: La finalidad de crear uno de estos trust, es la de designar a cierta parte de la sociedad o a la totalidad de esta. “...Este difiere de otro tipo de trusts ya que la identidad de los beneficiaries (beneficiarios) es incierta y puede establecerse para durar indefinidamente”¹²⁷ Para ser considerado de esta clase de trust, este debe tener como finalidad apoyar distintos fines, como podrían ser por ejemplo: religión, investigaciones científicas, educación, etc.

¹²⁵ Cfr. Legalzoom. Esq, Michelle Fabio. 10 things you should know about a testamentary trust. 2010. (en línea). <https://www.legalzoom.com/articles/10-things-you-should-know-about-a-testamentary-trust>. 24-5-2016.

¹²⁶ Cfr. Larson, Aaron. Op. Cit. Pág. 158

¹²⁷ Loc. Cit. Pág 1030.

IV. Spendthrift trusts: Como el mismo nombre lo sugiere, este es creado para mantener al designado como beneficiary (beneficiario), cuidado o previniendo que este no cuide o malgaste los bienes asignados. Para que un trust sea calificado como un “Spendthrift trust” este debe establecer de manera explícita limitaciones o impedimento para enajenar.¹²⁸

V. Totten trusts: Este se da en el caso en que el settlor (fideicomitente) deposita fondos en una cuenta que está a su nombre, con las instrucciones explícitas que en el caso en que este muera, lo que haya en esa cuenta pasa a el beneficiary (beneficiario) que él haya designado.¹²⁹

¹²⁸ Cfr. Attorneys.com. What is a spendthrift trust. (en línea). <http://www.attorneys.com/wills-trusts-and-probate/trusts-and-estates/spendthrift-trusts>. 29-5-2016.

¹²⁹ Cfr. Loc. Cit.

Capítulo 3: Diferencias existentes entre el fideicomiso y el trust

Este capítulo es básicamente el centro de esta tesis, ya que en él se establecen las diferencias más notorias entre el trust y el fideicomiso, así como sus similitudes, para luego determinar cuáles elementos se podrían aplicar al fideicomiso, haciéndolo así una figura legal actualizada y útil.

Existen varias diferencias entre estas dos figuras, las cuales fueron establecidas en el desarrollo del presente trabajo, en base al cuadro comparativo adjunto en los anexos, la primera diferencia que se establece en este capítulo surge en cuanto al origen de estas dos figuras:

- **Origen**

- Trust: su origen se da de la figura llamada uso, los efectos de esta figura consistían en conferir al trustee (fiduciario) la propiedad legal de la tierra, mientras que el beneficiary (beneficiario) tendría la propiedad reconocida solo por la Equity (Equidad), y de esta división surgía lo que se conocía como división o desdoblamiento de la propiedad.
- Fideicomiso: la figura del fideicomiso como la conocemos deviene del derecho romano, cuya existencia se dio como un medio jurídico para evadir las muchas y varias incapacidades que existían para la sucesión testamentaria, al inicio estuvo dirigida únicamente al tema de las herencias, sin embargo, más adelante se dio para la substitución fideicomisaria.

- **Naturaleza jurídica**

- Trust: sobre la naturaleza jurídica del trust incluye la de distintas figuras meramente jurídicas, las más importantes son: curatela, representación, albaceazgo y la tutela. Sin embargo no hay que olvidar que al final el elemento consistente en la división de la propiedad es el que diferencia esta figura de las antes mencionadas.

Es de suma importancia hacer mención en este apartado, que se ha llegado a determinar de forma definitiva que el trust no es un contrato, ya que al momento de haberse celebrado el fideicomitente pierde cualquier facultad de poder solicitarle al fiduciario de cumplir con el trust, y esta facultad únicamente corresponde al beneficiario.

Así mismo el fideicomisario transmite la propiedad y los derechos que esta conlleva al fiduciario, quien a partir de esa transmisión es el responsable de la defensa de los bienes ante cualquiera.¹³⁰

- Fideicomiso: En el caso del fideicomiso se dice que se parece a figuras jurídicas como lo son: sub propiedad, negocio fiduciario, mandato y a un contrato fiduciario. Al final de cuentas la teoría sobre su naturaleza jurídica que más prevalece es en cuanto a que es un contrato¹³¹, y lo podemos notar ya que en nuestro mismo Código de Comercio está incluido dentro del capítulo de los mismos.

¹³⁰ Cfr. Hernández Domínguez, Joel. Comparación entre el fideicomiso y el trust angloamericano. (en línea). http://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/08/epikeia08-el_fideicomiso.pdf. Pág. 6. 12-7-2016.

¹³¹ Cfr. Ibid.

- **Elementos**

- Trust: Las partes básicas o elementales que conforman la figura del trust son 3: el settlor (fideicomitente), trustee (fiduciario) y por último el beneficiary (beneficiario).

- En el trust el settlor (fideicomitente) se puede declarar como beneficiary (fideicomisario) a él mismo.

- El trustee (fiduciario) puede ser una persona física, inclusive moral.

¹³²

- Fideicomiso: Son tres el fideicomitente, fiduciario y el beneficiario o también conocido como fideicomisario.

- En el fideicomiso la figura de fideicomitente y beneficiario pueden recaer en una misma persona, inclusive puede existir la ausencia de una designación expresa de el o los beneficiarios, media vez se establezcan los parámetros para la designación. ¹³³

- En el fideicomiso el Código de Comercio Decreto 2-70 claramente establece que debe ser una institución bancaria o instituciones de crédito, estas últimas siempre y cuando hayan sido autorizadas por la Junta Monetaria.

¹³² Cfr. Ibid.

¹³³ Cfr. Ibid.

- **Forma de creación:**

- Trust: puede ser creado de forma expresa o también por mandato de la ley.¹³⁴
- Fideicomiso: únicamente puede ser creado de forma expresa.

- **Creación:**

- Trust: puede ser creado de forma oral u escrita.
- Fideicomiso: debe ser de forma escrita, ya que es un elemento esencial para la creación y validez del contrato.

- **Transmisión de bienes:**

- Trust: se da, como mencionamos anteriormente, el desdoblamiento de la propiedad.
- Fideicomiso: Se destinan ciertos o todos los bienes del fideicomitente a fines determinados, pero el fideicomitente sigue teniendo la propiedad de los mismos.

¹³⁴ Cfr. Ibid.

Similitudes existentes entre el fideicomiso y el trust

- “El fideicomiso es válido aunque no se señale fideicomisario, siempre que el fin sea lícito y determinado, disposición que coincide con el Trust.
- En el fideicomiso, el fideicomitente puede designar a varias instituciones fiduciarias para realizar el fideicomiso, y en el Trust existe esta misma posibilidad.
- En ambos sistemas jurídicos, los bienes objetos del negocio son los mismos.
- En su creación, ya que puede consistirse el fideicomiso por acto entre vivos o por testamento. Pero se diferencian debido a que en México no existe la constitución en forma directa por ley.
- A los derechos del fideicomisario o beneficiario y a los del cestui que Trust.
- En las obligaciones del fiduciario y del fiduciario.
- En cuanto a la extinción del fideicomiso y del Trust; pero hay una diferencia ya que existe una excepción para este último, cuando hubiere existido fraude, violencia, intimidación o hubiere nacido por error.”¹³⁵

¹³⁵ Hernández Domínguez, Joel. Op. Cit., pág 12

CONCLUSIONES

El objetivo general de la presente investigación consistió en realizar un estudio y una síntesis entre el fideicomiso del derecho civil y el trust del derecho anglosajón, para determinar los elementos, características y forma de operar de cada una de ellas, logrando determinar qué elementos podían ser aplicados del trust al fideicomiso, o si en dado caso esto no era posible.

La forma en que se llegaron a lograr las conclusiones que se presentan a continuación fue cumpliendo con los dos objetivos específicos mencionados al inicio de esta tesis, los cuales consistían en sacar las ventajas y desventajas de cada figura y como segundo objetivo específico lograr determinar si efectivamente existen elementos de la figura del trust que puedan ser introducidos y aplicados en la legislación guatemalteca, para así lograr una actualización y mejora de la misma.

Es de suma importancia mencionar que se llegaron a las presentes conclusiones tomando en cuenta la realidad social en la que se vive en Guatemala, por ser este país el ámbito territorial sobre el que versa el presente trabajo.

En base al primer objetivo específico mencionado, el cual consiste en sacar las ventajas y desventajas de cada una de las figuras del presente trabajo se llegó a determinar lo siguiente:

Ventajas y desventajas:

- 1°. La primera ventaja que posee la figura del fideicomiso, es que en ésta no se permite su constitución de manera oral, por lo tanto, a la hora de surgir cualquier problema, se tiene una prueba documental para dotar de fuerza jurídica lo que cada una de las partes está argumentando o alegando. Sin embargo, la oralidad permitida en el trust, hace que sea más fácil constituir la misma.
- 2°. Al no permitir que cualquier persona, sea esta física o moral, cumpla el papel de fiduciario, sino que sea una institución bancaria o crediticia que esté previamente autorizada por la Junta Monetaria, brinda mayor seguridad jurídica a cada una de las partes, ya que hay un ente superior que vela porque las disposiciones establecidas en cada contrato sean cumplidas conforme al mismo. La ventaja del trust de permitir que uno elija quien va a ser el fiduciario es que uno por razones personales, elige a personas a quienes uno considera honestos y a quienes le tiene la mayor confianza, no ante una entidad con personas desconocidas.
- 3°. La creación de un fideicomiso ordenada por un tribunal en Guatemala sería un abuso por parte del Estado, el cual estaría interfiriendo en la esfera privada de la persona individual, en la que se estaría violentando la libertad de la persona de disponer de su propiedad privada. El trust sin embargo si puede ser creado por medio de una sentencia emitida por una Corte, cuando se considera que existe suficientes elementos para pensar que existía intención de crear el mismo.

El segundo objetivo específico consistía en determinar si existen elementos del trust que puedan ser aplicables a la figura del fideicomiso, y luego de la realización del presente trabajo se llegaron a las siguientes conclusiones:

- A. La primera diferencia de carácter trascendental en la que difiere el fideicomiso con el trust, recae en el elemento personal, específicamente en la parte denominada trustee (fiduciario) y consiste en la posibilidad de que en el trust, el trustee (fiduciario) pueda ser cualquier persona ya sea física o moral.

Esta es una ventaja que tiene el trust, es una ventaja representativa poseer la libertad de elegir a la persona que va a desempeñar el papel de trustee (fiduciario), pudiendo ir desde amistades cercanas, familia, una firma de abogados, etc. Elegir a alguien en quien se tiene plena confianza lamentablemente no puede ser un elemento aplicable en el fideicomiso, en Guatemala el papel de fiduciario únicamente puede ser llevado a cabo por una institución bancaria o una institución de crédito que haya sido previamente autorizada por la Junta Monetaria, la finalidad de esta limitación es debido a la realidad social que vivimos en nuestro país puesto que Guatemala es un Estado en donde cumplir con los fines que establece la Constitución para lograr el bien común, se ha vuelto una tarea ardua, con la que luchan los guatemaltecos día a día, y el fin de lograr brindar seguridad jurídica no se queda atrás, es por esto que al indicar que el fiduciario, quien es el que administra el patrimonio del fideicomiso y se encarga de cumplir con el fin por el que éste fue creado, sea únicamente una

institución bancaria o crediticia autorizada previamente por la Junta Monetaria, porque por medio de éste ente jurídico se va a poder tener un mayor control de que se cumpla con todo lo establecido en el fideicomiso y así poder brindar mayor seguridad jurídica.

- B. Indicamos entre las diferencias que el trust puede ser creado de manera expresa o que las cortes pueden ordenar la creación del mismo, ¿podría obligarse aquí en Guatemala a una persona a crear un trust? Como definimos en el apartado del fideicomiso, éste únicamente puede ser creado por una manifestación expresa por parte del fideicomitente, donde éste indique que desea de forma voluntaria crear un fideicomiso, si se diera el caso en que un tribunal en Guatemala le ordene a un sujeto que cree un fideicomiso, se estaría violentando un derecho que la misma Constitución Política de Guatemala regula de la siguiente manera:

“Artículo 39.- Propiedad privada. *Se garantiza la propiedad privada como un derecho, inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo a la ley.*

El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.”

Seguidamente, al ser el fideicomiso un negocio jurídico, tal como lo establece nuestro Código Civil en el artículo 1251, entre los requisitos para la validez del mismo, encontramos el “...consentimiento que no adolezca de vicio”, lo que se puede traducir en que exista una declaración de voluntad por parte de la persona para la creación del mismo.

Por lo dicho anteriormente, podemos llegar a concluir que la existencia de la posibilidad de crear un fideicomiso por sentencia de un Tribunal que ordene la creación del fideicomiso sería imposible, ya que de por sí la misma sentencia que violente el derecho de propiedad privada sería ilegal, el Estado estaría irrespetando y cruzando el límite existente entre propiedad pública y propiedad privada protegido en nuestra legislación.

- C. El fideicomiso debe constituirse ya sea, en un contrato o por medio de un testamento, y debe constar en escritura pública, es decir, para que surta efectos jurídicos es un requisito indispensable, el Código de Comercio, como el Código Civil de Guatemala son claros en este sentido, si se desea que el fideicomiso tenga validez tiene que constar en escritura pública.

Ambas leyes cierran la posibilidad de que se llegue a implementar la oralidad a la hora de decidir crear un fideicomiso en nuestro país, pero esto atiende a una razón de ser, no es simplemente por el hecho de que así lo quisieron disponer los legisladores y así lo plasmaron en la ley. Tal como se indicó al inicio de las conclusiones, este trabajo no puede dejar a un lado la

realidad social en la que vivimos, y es por esta misma realidad social en la que está y ha estado sumergido el país que no podría existir un fideicomiso oral, porque si aun constando de forma escrita se cometen ilegalidades, la posibilidad de cometerlas en uno creado de forma oral se amplían las probabilidades a que se cometan más de las mismas.

Sin embargo, no es posible dejar a un lado otro aspecto importante debido a que se estaría desprotegiendo la posibilidad de una persona a quién se le incumpla lo pactado, de poder tener un medio de prueba para poder sustentar sus alegatos, esto abriría la puerta a una incertidumbre, tanto para las partes como para un juez, ya que cómo tener la convicción o la seguridad de que lo que dice la parte A es cierto y lo que dice la parte B no lo es. Sin lugar a dudas esto solo daría lugar a que la seguridad jurídica se vea violentada con más frecuencia.

Para concluir de manera general, se dará por finalizado el presente trabajo de tesis determinando que a pesar de que el trust en muchos aspectos y elementos brinda una mayor libertad y por ende facilidad, estos no se pueden aplicar al fideicomiso en pro de la legislación guatemalteca por la realidad social en la que vive este país y por las diferencias existentes entre cada sistema legal (Civil law – Common law) bajo el que se rige cada uno; no se puede pretender que el fideicomiso funcione de la misma manera que el trust, ya que en lugar de ayudar y mejorar la figura jurídica, se estaría abriendo la puerta a que se comentan más ilegalidades y por ende se incumpla con el fin del Estado de brindar seguridad jurídica

REFERENCIAS

- Bernathy, Charles F. Law in the United States, Cases and Materials. USA. 1995
- Bojalil, Julián. Fideicomiso. Porrúa. México. 1962
- Burnham, William. Introduction to the Law and Legal System of the United States. Thomson-West. 2006
- Clarkson, Kenneth W. (et al.). Business Law Text and Cases. Estados Unidos. 2012
- H. Pettit, Philip. Equity and the law of trusts. Oxford University Press. Oxford. 2009
- Larson, Aaron. Wills & Trusts kit for dummies. Wiley Publishing, Inc. Estados Unidos. 2008
- M. Mathers, James. The constitutional common-law. Paperback. 1997.
- Micheal G. Trachtman. The Supreme's Greatest Hits. Sterling, USA. 2009
- Oosterhoff, A.H. Text, commentary and cases on trusts. Oosterhoff and Gilles. Ontario. 1998
- Smith, Lionel. Re-imagining the trust: Trusts in civil law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012
- Valsan, Remus. Trusts and patrimonies. Edinburgh University Press. United Kingdom. 2015
- Villagorda Lozano, Jose Manuel. Doctrina general del fideicomiso. Porrúa. México. 1982

Referencias Normativas

Normativa jurídica nacional

- Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70 Código de Comercio de Guatemala.
- Presidente de facto de la República de Guatemala, Decreto Ley 106 Código Civil.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto 19-2002, Ley de Bancos y Grupos Financieros.
- Congreso de la República de Guatemala , Decreto 34-96, Ley del Mercado de Valores y Mercancías.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto 27-92, Ley del Impuesto al Valor Agregado.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto 6-91, Código Tributario.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto 114-97, Ley del Organismo Ejecutivo.
- Congreso de la República de Guatemala, Decreto 12-2002, Código Municipal.
- Jefe de Gobierno, Decreto-Ley 208, Ley de Sociedades Financieras Privadas.

Referencias electrónicas

- About money. Garber, July. What is a will contest and when can a will contest be filed?. 2014. (traducción propia). <http://wills.about.com/od/fiveessentialdocuments/qt/whatisawillcontest.htm>. (en línea). 16-04-2016.
- Academia. Cdserdna Cd. Unidad 1. Generalidades del derecho mercantil. (en línea). <https://independent.academia.edu/CdserdnaCd>. 12-1-2016
- Álvarez Ramos Abogados. Álvarez Ramos Abogados. Contratos especiales: el trust anglosajón. (en línea). <http://www.alvarezramosabogados.com/contratos-especiales-el-trust-anglosajon/>. 13-4-2016.
- Attorneys.com. What is a spendthrift trust. (en línea). <http://www.attorneys.com/wills-trusts-and-probate/trusts-and-estates/spendthrift-trusts>. 29-5-2016.
- Capítulo primero: Historia del derecho mercantil. (en línea). <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3259/3.pdf>. 9-3-2016.
- Capítulo V Elemento real u objeto del contrato de fideicomiso. (en línea). <https://masterpyc.files.wordpress.com/2013/03/objeto-del-fideicomiso-y-patrimonio-fideicometido.pdf>. 25-11-2015.
- Centro virtual Cervantes. Deferrari, David José. Trusts y fideicomisos: un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español. http://cvc.cervantes.es/lengua/esletra/pdf/01/013_deferrari.pdf. 13-04-2016.
- Durán Alpízar, Shirley. 2013. La echazón (tipo de avería gruesa). [en línea] Revista Judicial. Junio 2013. N° 108. http://sitios2.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/revista%20108/PDFs/10-echazon.pdf. 9-3-2016.

- Elderlawanswers. Elder law attorneys. The five components of a good estate plan. Estados Unidos. 2013. <http://www.elderlawanswers.com/the-five-components-of-a-good-estate-plan-9561>. 18-4-2016
- ElderLawAnswers. Medicaid and trusts. 2013. (en línea).<http://www.elderlawanswers.com/medicaid-and-trusts-12004>. 18-4-2016.
- EPIKEIA. Hernández Domínguez, Joel. Comparación entre el fideicomiso y el trust. México.http://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/08/epikeia08-el_fideicomiso.pdf. 13-04-2016.
- Estate sor trusts. aronson, J.A.J. What is a settlor?. 2012. (en línea). <http://www.estatesortrusts.co.uk/what-is-a-settlor.html>. 15-9-2016.
- Fiducia mercantil, patrimonio autónomo, operador de libranza. 2013. (en línea). http://camacol.co/sites/default/files/base_datos_juridico/CONCEPTO%20SUPERFINANCIERA%20NACIONAL%202013010362-001%20DE%202013.pdf. 24-2-2016
- Fishman beley family law associates. Fishman, Len. The law of trusts and unjust enrichment. (en línea). <http://www.fbfamilylaw.mb.ca/trustandunjustprimer.html>. 9-6-2016.
- Gestipolis. ¿Qué es un fideicomiso?. 2002. [en línea]. <http://www.gestipolis.com/que-es-un-fideicomiso/>. 23-5-2016.
- Guerrerocg. Cañete, Inma. ¿Qué es un trust? Definición y finalidad. España. 2014.<http://carlosguerrero.es/2014/03/03/que-es-un-trust-definicion-y-finalidad/>. (en línea). 13-04-2016.
- Hernández Domínguez, Joel. Comparación entre el fideicomiso y el trust angloamericano. (en línea). http://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/08/epikeia08-el_fideicomiso.pdf. Pág. 6. 12-7-2016.
- In Brief. The nature of trusts and trusts types. (en línea). <http://www.inbrief.co.uk/property-law/different-types-of-trusts/>. 15-9-2016.

- Instituto de investigación jurídica UNAM. Universidad Nacional Autónoma de México. Manual de introducción al derecho mercantil. <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3259/3.pdf>. 3-8-2016.
- Legal Today. Martín Santisteban, Sonia. ¿Qué es un trust?.2008. (en línea). <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/trust/que-es-un-trust>. 15-9-2016.
- Legalzoom. Esq, Michelle Fabio. 10 things you should know about a testamentary trust. 2010. (en línea). <https://www.legalzoom.com/articles/10-things-you-should-know-about-a-testamentary-trust>. 24-5-2016.
- Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. (en línea).https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf. 04-04-2016
- Paraísos fiscales. El trust anglosajón. 2015.http://www.paraisos-fiscales.info/blog/98_el-trust-anglosajon. 20-04-2016.
- Real Academia Española. [en línea] <http://dle.rae.es/?id=0hMBUwM>. 9-11-2015.
- Sobre historia. Gon. Edad Media. (en línea). <http://sobrehistoria.com/la-edad-media/>. 12-11-2016.
- Tesis en red. Villca Pozo, Milenka. Aspectos jurídicos-tributarios del fideicomiso. Especial atención a los países de la comunidad andina. Tarragona. 2012. (en línea). http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/84039/Tesis%20doctoral%20.doc_.pdf?sequence=1. 24-2-2016.
- Trusts and trust responsibilities.<https://www.lincolnst.edu/subcenters/managing-state-trust-lands/publications/trustlands-responsibility.pdf>. 7-4-2016.

- West's enciclopedia of America law. The Gale group. Resulting trust.2008. (en línea). <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Resulting+Trust>. 24-5-2016.
- Yochim, Dayana. Estate planning checklist: How to protect your future, your family and your property. 2015. (en línea). <http://www.fool.com/investing/general/2015/07/15/estate-planning-checklist-how-to-protect-your-futu.aspx>. 23-3-2016.

Tesis

- Berg- Serrán de Massis, María Eugenia. El fideicomiso, su desarrollo y aplicación en el mundo moderno. Tesis inédita. Universidad Francisco Marroquín. Guatemala. 1993
- García Archila, Marvin Fernando. El fideicomiso en Centroamérica. Tesis inédita. Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 2010.
- Reyes Villatoro, Pablo Francisco Javier. El Comité técnico en los contratos de fideicomiso en la legislación guatemalteca. Guatemala, 2006. Tesis Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar.
- Skinner-Klée Sol, Christian. Análisis jurídico de la normativa aplicable a la figura del fiduciario en el fideicomiso y la necesidad de desconcentración en su titularidad. Tesis inédita. Universidad Francisco Marroquín. Guatemala. 2011

- Trujillo Herrera, Aida Gabriela. Estudio de casos y análisis doctrinario y jurisprudencial de los contratos mercantiles típicos de compraventa, suministro, estimatorio, depósito, fideicomiso y operaciones típicas de crédito. Tesis inédita. Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 2013.

ANEXOS

	Fideicomiso	Trust
Origen	Fiducia: contrato formal que se basaba en la confianza.	Sistema de normas de equidad.
Definición	Es un contrato en el que una persona llamada fideicomitente, transmite determinados bienes y derechos a otro llamado fiduciario, afectándolos a determinados fines que crean beneficios a una tercera persona denominada fideicomisario. ¹	"Un acuerdo en el que un <u>settlor</u> (fideicomitente) transfiere bienes a uno o más <u>trustee</u> (fiduciarios), quienes lo mantendrán para el beneficio de una o más personas <u>beneficiaries</u> (fideicomisarios), que pueden incluir a los <u>beneficiaries</u> (beneficiarios) o al <u>settlor</u> (fideicomitente) quienes tiene derecho para hacer cumplir el trust, si fuese necesario por medio de una acción ante un tribunal. "2
Naturaleza Jurídica	<ul style="list-style-type: none"> - Mandato irrevocable - Patrimonio autónomo - Negocio fiduciario 	- Forma de mantener los derechos de propiedad. ³
Características	<ul style="list-style-type: none"> o Unilateral (testamentario) o bilateral (contrato) 	<ul style="list-style-type: none"> o "Unilateral o Oneroso o gratuito

¹ Sánchez Usera, Enrique Fernando. Nociones generales del derecho bancario, financiero y bursátil. Guatemala. 2012.

² Dictionary of law. Op. Cit. Págs. 1821-1822.

	<ul style="list-style-type: none"> ○ Oneroso ○ Formal ○ Tracto sucesivo ○ Real ○ Consensual 	<ul style="list-style-type: none"> ○ No sujeto a formalidad".⁴
Clases	<p>1) Por su constitución</p> <ul style="list-style-type: none"> - Testamentaria - Contractual <p>2) Por las personas que intervienen</p> <ul style="list-style-type: none"> - Públicos - Privados 	

³ Cfr. In Brief. The nature of trusts and trusts types. (en línea). <http://www.inbrief.co.uk/property-law/different-types-of-trusts/>. 15-9-2016. (traducción propia).

⁴ Legal Today. Martín Santisteban, Sonia. ¿Qué es un trust?.2008. (en línea). <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/trust/que-es-un-trust>. 15-9-2016.

	<p>3) Tipos de negocios</p> <ul style="list-style-type: none"> - De garantía: Artículo 791 Código de Comercio. - De administración: Artículo 766 Código de Comercio. - De inversión: Artículo 784 Código de Comercio. 	
Elementos	<p>1. <u>Personales</u></p> <p>1.1 Fideicomitente: quien constituye el fideicomiso. Art 767 Código de Comercio.</p> <p>1.2 Fiduciario: quien se encarga de los bienes del fideicomiso. Art. 768 Código de Comercio.</p>	<p>I. Personales</p> <p>I.I <u>Settlor</u> (fideicomitente): constituye el fideicomiso.</p> <p>I.II <u>Trustee</u> (fiduciario): encargado de administrar los bienes, es el propietario legal pero no tiene dominio completo, ya que posee obligación hacia el <u>beneficiary</u> (beneficiario).</p>

	<p>1.3 Fideicomisario: la persona que recibe aquellos beneficios que genera el patrimonio fideicometido. Art 769 Código de Comercio.</p> <p>2. <u>Reales</u></p> <p>2.1 Patrimonio fideicometido. Art. 766 Código de Comercio.</p> <p>3. <u>Formales</u></p> <p>3.1 Constar en escritura pública. Art. 771 Código de Comercio.</p>	<p>I.III <u>Beneficiary</u> (beneficiario): Recibe las utilidades creadas por el fideicomiso.</p> <p>II. Otras</p> <p>II.I Existencia de manifestación expresa del <u>settlor</u> (fideicomitente) de crear un trust, sino las Cortes pueden si consideran que existe una "manifiesta intención" de crearlo.</p> <p>II.II Existencia efectiva de patrimonio para ser administrado.</p> <p>II.III <u>Trustee</u> (fiduciario) designado.</p> <p>II.IV Entrega real del patrimonio.</p>
<p>Obligaciones de las partes</p>	<p>❖ <u>Fideicomitente:</u></p>	<p>❖ <u>Settlor</u> (fideicomitente):</p>

	<ul style="list-style-type: none">• Transmitir la propiedad de sus bienes, quedando obligado al saneamiento para el caso de evicción.• Pagar honorarios al fiduciario (si no se pactó que fuera el beneficiario). <p>❖ <u>Fiduciario:</u></p> <ul style="list-style-type: none">• Mantener la titularidad del patrimonio fideicometido, y defenderlo como su fuese propio.• Declarar con que calidad actúa en todo acto o contrato.• Realizar su gestión con lo pactado, leyes y reglamentos.• Rendir cuentas.	<ul style="list-style-type: none">• Si se lo impone la ley, tiene la obligación de crear el trust.• Establecer los términos bajo el cual se registrará el trust. <p>❖ <u>Trustee (fiduciario):</u></p> <ul style="list-style-type: none">• Honestidad.• Buena fe.• Prudencia.• Cuidar el patrimonio del trust como si fuese de él mismo.• Lealtad.• Rendición de cuentas.
--	--	---

	<ul style="list-style-type: none"> • A la extinción del fideicomiso, si aún tiene en su poder cosas del patrimonio, los debe devolver al fideicomitente o beneficiarios. 	
Terminación	<ul style="list-style-type: none"> ○ Cumplimiento del fin. ○ Su cumplimiento se vuelva imposible. ○ Realización de condición resolutoria estipulada. ○ Convenio expreso. ○ Renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario. ○ Transcurrido plazo establecido o máximo legal. 	<ul style="list-style-type: none"> ○ Revocación. ○ Cumplimiento del fin. ○ El patrimonio del trust se agota. ○ El <u>settlor</u> (fideicomitente) indica en el trust una fecha o condición para que termine. ○ Beneficiarios decidan ponerle fin.