

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

**“EL FIDEICOMISO COMO UN INSTRUMENTO NECESARIO
PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS DE LA MODERNIZACIÓN
FINANCIERA”**

TESIS

Presentada al Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Rafael Landivar.

Por:

José Roberto Ulloa Rosenberg.

Para optar al grado académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y a los Títulos Profesionales de
ABOGADO Y NOTARIO.

Guatemala, mayo del año 2,001.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR

RECTOR: Lic. Gonzalo de Villa y Vásquez, S.J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: Licda. Guillermina Herrera Peña.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: Ing. Hugo Eduardo Beteta Méndez-Ruiz.
SECRETARIO: Lic. Renzo Lautaro Rosal.
DIRECTOR FINANCIERO: Ing. Carlos Vela Schippers.
DIRECTOR DE PROYECTOS: Lic. Luis Felipe Cabrera Franco.
DIRECTOR ADMINISTRATIVO: Arq. Fernando Novela.

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: Lic. Mario Roberto Fuentes Destarac.
VICEDECANO: Lic. Jorge Gonzalo Cabrera Hurtarte.
SECRETARIA: Licda. Rita Moguel Luna.
JEFE ADMINISTRATIVO: Lic. Werener Iván López Gómez.
JEFE DE ASESORES: Lic. Ricardo Sagastume Vidaurre.
JEFE DE AREA SUSTANTIVA PRIVADA: Lic. Sergio Leonardo Mijangos Penagos.
JEFE DE AREA SUSTANTIVA PÚBLICA: Lic. Luis Eduardo Rosales Zimmerman.
JEFE DE AREA ADJETIVA PRIVADA: Lic. Jorge Estuardo Ceballos Morales.
JEFE DE AREA ADJETIVA PÚBLICA: Lic. Alejandro José Balsells Conde.
REPRESENTANTES DE CATEDRÁTICOS: Licda. Noemí Gramajo de Rosales.
Licda. Monica Esther Melgar González.
REPRESENTANTES ESTUDIANTILES: Bach. Miguel Eduardo Mendoza Ordóñez.
Bach. María Gabriela Ponce Solís.
COORDINADOR DE PROGRAMA DE POSGRADO: Lic. Ramón Cadena Rámila.
ENCARGADO DE LA MAESTRÍA EN DERECHO
ECONÓMICO MERCANTIL: Lic. Rudi Atchmann Peláez.
COORDINADORA DE LA CARRERA TÉCNICO OFICIAL
INTÉRPRETE: Licda. Deborah Talavera Herrera.
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS: Lic. Larry Andrade Abularach.
DIRECTORA DEL BUFETE POPULAR: Licda. Claudia Patricia Abril Hernández.

**TRIBUNALES QUE PRACTICARON LA EVALUACIÓN COMPRENSIVA
(EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL)**

AREA DE ABOGACÍA:

- Lic. Gustavo Adolfo García Fong.
- Lic. Lisandro de Jesús Godínez Orantes.
- Lic. Estuardo Paganini.

AREA DE NOTARIADO:

- Licda. Aida del Rosario Franco Córdón.
- Lic. Edgar Rolando Alfaro Arellano.
- Lic. Hector José Monterroso Hernández.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN DE DEFENSA PRIVADA DE
TÉISIS.**

- Lic. Sergio Leonardo Mijangos Penagos.
- Lic. David Coffey Aparicio.
- Lic. Ronald Flores García.

Guatemala, 6 de octubre del año 2,000.

Lic. Mario Fuentes Destarac.

Señor Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

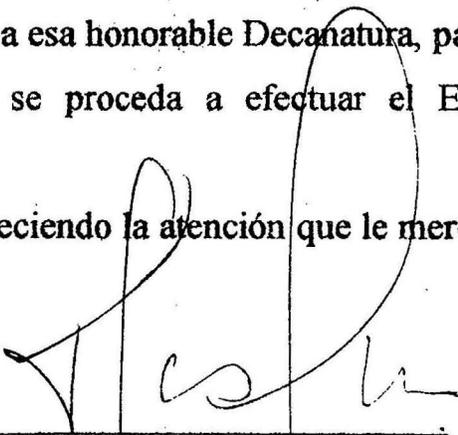
Universidad Rafael Landivar.

Presente.

Por medio de la presente, comunico a usted que el alumno José Roberto Ulloa Rosenberg, de quien fui nombrado Asesor de Tesis, de la Tesis cuyo título es "El Fideicomiso como un Elemento Necesario para alcanzar los objetivos de la Modernización Financiera", ha completado su trabajo de Tesis, tanto en la parte doctrinaria, como en la parte práctica, o trabajo de campo.

En tal virtud, se remite la misma a esa honorable Decanatura, para que sea revisada y posteriormente se proceda a efectuar el Exámen Privado de Tesis.

Sin otro particular y agradeciendo la atención que le merezca la presente, me suscribo



Lic. Marcos Ibarguen Segovia.

**“EL FIDEICOMISO COMO UN INSTRUMENTO
NECESARIO PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS DE
LA MODERNIZACIÓN FINANCIERA”**

Guatemala, 4 de abril del año 2,001.

Señores Consejo de Facultad.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad Rafael Landívar.
Ciudad.

Estimados Señores.

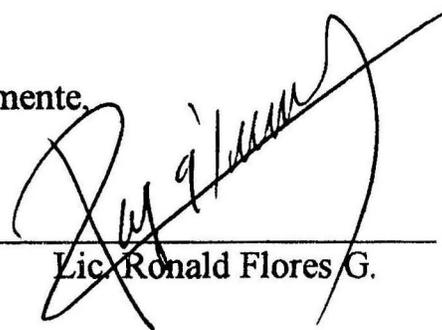
Los abajo firmantes, miembros del tribunal que practicó el exámen privado de Tesis al alumno JOSÉ ROBERTO ULLOA ROSENBERG, titulada EL FIDEICOMISO COMO UN INSTRUMENTO NECESARIO PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS DE LA MODERNIZACIÓN FINANCIERA, hacemos de su conocimiento que las enmiendas que dicho Tribunal sugirió han sido cumplidas, por lo que se aprueba la mencionada Tesis por unanimidad.

Sin otro particular, nos suscribimos

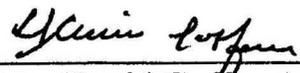
Atentamente,



Lic. Sergio Mijangos



Lic. Ronald Flores G.



Lic. David Coffey A.



Universidad Rafael Landívar
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

INFORME

Reg. No. D-245-01

La infrascrita Secretaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar tuvo a la vista el expediente del trabajo de tesis del alumno **JOSÉ ROBERTO ULLOA ROSENBERG**, titulado "EL FIDEICOMISO COMO UN INSTRUMENTO NECESARIO PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS DE LA MODERNIZACIÓN FINANCIERA"; del cual emite el informe siguiente: 1) El dieciséis de enero de mil novecientos noventa y siete, el alumno mencionado presentó solicitud pidiendo aprobación del tema y plan de su tesis; solicitud que, previo dictamen del Jefe de Area Sustantiva Privada, fue aprobado por el Consejo, habiéndose nombrado asesor de la tesis al **Licenciado Marcos Ibargüen Segovia**. 2) Concluido el trabajo de tesis, el asesor rindió dictamen con fecha seis de octubre del año dos mil, recomendando la aprobación del mismo. 3) El dos de marzo del año dos mil uno, fue practicado el Examen de Defensa Privada de Tesis, por el tribunal que estuvo presidido por el Licenciado **Sergio Leonardo Mijangos Penagos**, y los vocales Licenciados **David Coffey Aparicio** y **Ronald Flores García**. Según el acta del examen, el Tribunal Examinador **RESOLVIÓ** que el trabajo quedaba en proceso de correcciones, y señaló las reformas exigidas. 4) De acuerdo con el informe de cuatro de abril del año dos mil uno, el Tribunal Examinador informó al Consejo haber tenido a la vista el nuevo Texto de la Tesis con inclusión de las correcciones requeridas al alumno por cuya razón, **APROBÓ** el Examen de Defensa Privada de Tesis. En virtud de lo anterior ésta Secretaría solicita a la Decanatura la autorización de la orden de impresión de la tesis titulada "EL FIDEICOMISO COMO UN INSTRUMENTO NECESARIO PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS DE LA MODERNIZACIÓN FINANCIERA", elaborada por el alumno **JOSÉ ROBERTO ULLOA ROSENBERG**. Guatemala, veinticinco de abril del año dos mil uno.

Sin otro particular, aprovecho para suscribirme de usted, atentamente,


Licda. Rita Moguel Luna
Secretaria



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Universidad Rafael Landívar
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

En la ciudad de Guatemala, siendo las diecinueve horas en punto del día veintiséis de abril del año dos mil uno, en la oficina de la Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, el Decano de la Facultad, Licenciado **MARIO ROBERTO FUENTES DESTARAC**, resuelve:

PUNTO UNICO: De conformidad con el informe rendido por la Secretaría de esta unidad Académica de fecha veinticinco de abril del año dos mil uno y habiéndose cumplido con todos los requisitos establecidos para el efecto se autoriza la impresión de la tesis titulada "**EL FIDEICOMISO COMO UN INSTRUMENTO NECESARIO PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS DE LA MODERNIZACIÓN FINANCIERA**", elaborada por el alumno **JOSÉ ROBERTO ULLOA ROSENBERG**.

Lic. Mario Roberto Fuentes Destarac
Decano



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Universidad Rafael Landívar
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

**LA SECRETARIA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
TRANSCRIBE LA RESOLUCIÓN DE DECANATURA DE FECHA VEINTISÉIS
DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL UNO, QUE LITERALMENTE DICE:**

“En la ciudad de Guatemala, siendo las diecinueve horas en punto del día veintiséis de abril del año dos mil uno, en la oficina de la Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, el Decano de la Facultad, Licenciado **MARIO ROBERTO FUENTES DESTARAC**, resuelve:

PUNTO UNICO: De conformidad con el informe rendido por la Secretaría de esta unidad Académica de fecha veinticinco de abril del año dos mil uno y habiéndose cumplido con todos los requisitos establecidos para el efecto se autoriza la impresión de la tesis titulada **"EL FIDEICOMISO COMO UN INSTRUMENTO NECESARIO PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS DE LA MODERNIZACIÓN FINANCIERA"**, elaborada por el alumno **JOSÉ ROBERTO ULLOA ROSENBERG.**”


Licda. Rita Mogue Luna
Secretaria



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
A. Generalidades.....	1
B. Justificación.....	2
C. Método	3
I EL FIDEICOMISO.....	4
A. Antecedentes.....	4
B. Concepto.....	9
C. Naturaleza Jurídica.....	9
D. Elementos.....	17
E. Extinción del Fideicomiso.....	19
II. MODERNIZACION FINANCIERA.....	21
Concepto.....	21
Objeto.....	22
IV. EL FIDEICOMISO DENTRO DE LA MODERNIZACIÓN FINANCIERA	25
VIII. ENTREVISTAS A PERSONAS DOCTAS EN LA MATERIA...	33
IX. RESULTADOS.....	49
Parte A	49
Parte B	52
X. CONCLUSIONES	70
XI. RECOMENDACIONES.....	72
BIBLIOGRAFÍA	75

INTRODUCCION

A. GENERALIDADES

El referirse al fideicomiso como a un instrumento para lograr los objetivos de la modernización financiera, es un tema jurídico-económico de actualidad, ya que la modernización financiera es una etapa en la economía que estamos viviendo hoy en día.

Es de suma importancia conocer los beneficios que se pueden obtener con ésta clase de contratos mercantiles, para lograr que con la evolución tan rápida que tienen en general todos los tipos de negocios mercantiles dentro del ámbito financiero, se logre obtener mayores beneficios y obtener la competitividad que hoy en día es necesaria para poder satisfacer las necesidades del público en general.

Asimismo, por medio del presente estudio, se buscará llegar a profundizar en lo que es el contrato de fideicomiso, sus elementos, sus objetivos, su forma de funcionamiento, su eficacia y toda la serie de beneficios que se logran por medio de éste tipo de contratación dentro de lo que es el marco económico y el rol que juega el fideicomiso dentro de la Modernización Financiera.

B. JUSTIFICACIÓN

Este tema está íntimamente relacionado con el Derecho Mercantil, con los Principios Económicos que fundamentan y sostienen la Modernización Financiera, con la parte administrativa de instituciones bancarias y de cualquier tipo de empresa que esté

legalmente autorizada por la Superintendencia de Bancos, para realizar éste tipo de operaciones financieras.

Tomando en cuenta que el fideicomiso es un tema que ya tiene cierto tiempo de existir, no ha sido muy utilizado en Guatemala, en el ámbito bancario, financiero y bursátil; sin embargo, en éstos últimos tiempos está teniendo auge en ese ámbito dicha figura jurídica, debido a las situaciones de insolvencia en que han caído grandes empresas; y ya que la solución más conveniente a dichos problemas ha sido canalizarlos mediante un Fideicomiso de Garantía o de Administración y Garantía, con el objeto de que dichas deudas sean solventadas. Y así, las empresas se sobrepongan a la crisis financiera que han sufrido.

En virtud de lo anterior, se hace evidente la importancia que la figura del Fideicomiso, está adquiriendo en el ámbito financiero y bancario, convirtiéndose en un tema de mucho interés y gran importancia en ese campo, en la actualidad.

C. METODO

Para realizar este estudio se ha utilizado información obtenida documentalmente; así mismo como entrevistas a personas versadas en la materia, desde distintos puntos de vista; como por ejemplo: Abogados, Licenciados en Economía, Corredores de Bolsa, Administradores de Empresas y comerciantes que utilizan este tipo de contratos para realizar sus negociaciones.

CAPITULO I

EL FIDEICOMISO

A. ANTECEDENTES

Sus antecedentes datan desde el derecho romano y germánico. Desde entonces ya se consideraba que el fideicomiso es un encargo que se confía a la honradez y a la fe ajena.

"La institución surgió con la manifestación de última voluntad, es decir, ligada a la sucesión, cuando la persona encargaba, para después de su muerte, la ejecución de ciertos actos fuera de testamento. En su desarrollo, llega a operar como una institución independiente de aquella con la que nació." (Vásquez del Mercado, Oscar; pp. 513 y 514; 1,994)

".....No hay discrepancia alguna entre los autores para reconocer al Trust anglosajón, con el nombre de fideicomiso, y algunas adaptaciones fue lo que se implantó en nuestro país." (Vásquez del Mercado, Oscar, pp.514.) El país al que se está haciendo referencia en la oración que antecede, es a México.

Históricamente, se ha utilizado éste tipo de contratos, en los que las personas separan una parte de su patrimonio para invertirla en un fideicomiso, el cual pasa a formar un capital, o un patrimonio totalmente distinto al patrimonio del cual ha sido separado, mismo que puede ser utilizado únicamente para lo que el fideicomitente ha indicado al fiduciario. Para que en un tiempo determinado, el patrimonio invertido más

los beneficios que de él se hayan producido, sean entregados al beneficiario, o fideicomisario.

"El trust, como un negocio de confianza, derivado de los antiguos "uses", que podría prestarse para ocultaciones y fraudes, sufrió en Inglaterra y en Estados Unidos, muchas vicisitudes; pero su práctica se extendió tanto, que hoy puede considerarse definitivamente admitido en dichos países. Los Estados Unidos dieron un gran impulso al trust, al extender su aplicación a la actividad bancaria. Esta comercialización del trust distingue principalmente a la institución inglesa de la institución norteamericana. En Estados Unidos la institución del "trustee" (fiduciario) tiende a ser profesionalizada. En Inglaterra el "trustee" individual no recibe compensación por su trabajo... En Estados Unidos, sí recibe compensación. Esto ha hecho que, en Estados Unidos, funden "*trust companies*" y bancos fiduciarios-especializados-, que han hecho del trust una actividad casi exclusivamente bancaria." (R.C.A.; pp.293-294; 1,992.)

"En Inglaterra y los Estados Unidos de Norte América ha tenido un gran desarrollo y singular importancia el desarrollo del "TRUST". En su aspecto jurídico, el trust ha sido definido como "una obligación de equidad, por la cual, una persona llamada trustee, debe usar una propiedad sometida a su control (que es llamada "trust property"), para el beneficio de personas llamadas "cestui que trust" ". Ésta definición es adoptada por los tratadistas de habla inglesa." (R.C.A. p.293; 1,992.)

Por su parte, el Licenciado René Arturo Villegas Lara, en su obra titulada "Derecho Mercantil Guatemalteco" –Obligaciones y Contratos- hace la clara distinción que existe en la Doctrina, en cuanto a los antecedentes del Fideicomiso, confirmando lo

expuesto anteriormente en esta Tesis, en cuanto a que “no existe unanimidad en la doctrina para indicar cuál es el antecedente directo del fideicomiso que se practica en los países de Derecho Latino. Unos lo encuentran en el antiguo Derecho Romano, mientras otros lo encuentran en el Derecho Anglosajón.”

En el Derecho Romano antiguo se señala como negocio fiduciario el llamado “*fideicomissum*” que era un acto por el cual el testador transmitía sus bienes a un “heredero” que a su vez adquiría la obligación de transmitirlos a un tercero. El acto se basaba en la confianza que existía entre las partes, de allí que el mismo nombre del negocio se forme del Latín *fides* que significa fe, y *commissus* que indica comisión.

Existieron también los llamados *Pactos Fiduciarios* que se basaban siempre en la confianza entre las partes, con la diferencia de que eran realizados entre vivos. La fiduciaria *cum creditore*, era un pacto por el que se transmitía un bien para garantizar una obligación; si ésta no se cumplía, el bien podía ser retenido o vendido para pagar la deuda. Por su lado la *fiducia cum amico* permitía trasladar el dominio sobre un bien, en forma parecida al depósito o al comodato, con el fin de que fuera devuelto oportunamente. Por lo regular se recurría a éste pacto, cuando se temía perder la propiedad por disposiciones del poder público. Como vemos la forma testamentaria de constituir el Fideicomiso de Garantía o de Administración, encuentran sus raíces en esos pactos que vienen desde el derecho romano.

En el derecho Anglosajón se ha conocido el negocio denominado “Trust”, considerado como el antecedente más directo del fideicomiso que se practica en Latinoamérica, incluyendo al de Guatemala. “Trust”, para los efectos del Fideicomiso, se

refiere a un negocio que, basado en la buena fe, da como resultado la transferencia de un bien en beneficio de un tercero.

Por su parte, el maestro mexicano, Rodolfo Batisa, considera más gráfica, la explicación que da Richard Powel: “La idea del Trust es esencialmente simple y conforme a ella, una persona posee en calidad de dueño y administra bienes determinados para el beneficio económico de otra.” Éste concepto operacional, nos permite situar al “Trust” como antecedente de nuestro fideicomiso.” (16)

Por su parte, y tomando como ejemplo la legislación mexicana, el fideicomiso fue introducido en el ordenamiento jurídico mexicano por la Ley de Instituciones de Crédito, que según Raúl Cervantes Ahumada, data de mil novecientos veinticuatro (1924); y según Oscar Vásquez del Mercado, esa misma “Ley de Instituciones de Crédito”, data de mil novecientos veinticinco (1925).” (V. del M., O.; p.514; 1,994) Dicha Ley, hizo referencia al fideicomiso sin reglamentarlo. Posteriormente, en 1926, se reglamentó el fideicomiso en México, como un *Mandato Irrevocable*.” (Raúl Cervantes Ahumada; pp.294; 1,992.)

El Jurista Edmundo Vásquez Martínez, en su obra titulada “Instituciones de Derecho Mercantil”, impresa por la editorial Serviprensa Centroamericana, Guatemala, C. A. 1978, en su capítulo Trigésimo Octavo (XXXVIII), titulado “El Fideicomiso” nos indica que la historia del fideicomiso en Guatemala, es de la siguiente manera: “La Constitución Política de 1945 introdujo en el sistema jurídico guatemalteco el fideicomiso, al decir en su artículo 28: “se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco años; en todo caso deberán ser ejercidos por un

Banco o una institución de crédito facultados para hacer negocios en la República. Este precepto se repitió textualmente en la Constitución de 1956 en su artículo 49. Estas disposiciones constitucionales no tuvieron desarrollo legislativo.

El Código Civil de 1963, fue la primera ley ordinaria que reguló el fideicomiso y lo trató fundamentalmente como una forma de propiedad (artículos 560 y siguientes, hoy derogados). Posteriormente el Código de Comercio de 1970, contenido en el Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, incluye al fideicomiso dentro de los contratos mercantiles en particular (Artículos 766 al 793) y deroga de manera expresa, en ésta materia al Código Civil. (Ver Disposiciones Derogatorias y Modificatorias, Artículo I, numeral 4º, y Artículo IX.)”

Por otra parte, continúa indicando el tratadista anteriormente citado que: “El fideicomiso que acepta nuestra legislación es el “trust” anglosajón, pero con las bases y fisonomía propias que se le dieran al trasplantarlo a los medios jurídicos mexicano y panameño. Fueron precisamente las leyes de México y Panamá las que sirvieron para formular el capítulo que el Código Civil dedicó al Fideicomiso.” (Edmundo Vásquez Martínez; Instituciones de Derecho Mercantil; p. 664.)

En el Código Civil, fue en donde originalmente se reguló taxativamente el Fideicomiso (Utilizado con una finalidad sucesoria); y, posteriormente, fue regulado por el Código de Comercio; dándole la amplitud y forma que tiene hoy en día. Y, por último, se ha especializado tanto más su utilización, que el Decreto número 34-96, del Congreso de la República, Ley del Mercado de Valores y Mercancías, en su Título VII, Capítulo

IV, artículo setenta y seis (76), regula específicamente al Contrato de Fideicomiso de Inversión.

B. CONCEPTO

En Guatemala, "el fideicomiso es un 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 designa aquél que otorga las facultades."(O.V.Del M.;p.513; 1,994)

Haciendo una sintaxis de lo preceptuado por nuestro ordenamiento jurídico, y de lo expuesto por los libros de los distintos tratadistas consultados, podemos establecer que la definición de Fideicomiso, es: Un contrato por el cual un sujeto afecta parte de su patrimonio a un fin determinado; bajo la administración, para la inversión o en garantía de alguna obligación, a cargo de una entidad Fiduciaria, la que a su vez es regulada por la Superintendencia de Bancos; para que al momento de cumplirse el plazo, o darse la condición que le pone fin al Fideicomiso, la entidad Fiduciaria le entregue el patrimonio fideicometido, con todo su producto o ganancias al Fideicomisario, o sea, el beneficiario de dicho Fideicomiso.

C. NATURALEZA JURÍDICA

Para tener una concepción clara sobre la figura del fideicomiso, es necesario hacer un análisis sobre su naturaleza jurídica, para el efecto me permito traer al tema, opiniones de tratadistas versados en la materia: El Licenciado Jorge Domínguez Martínez, realiza

un análisis sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso como un acontecimiento dotado de juridicidad propia y no aislando su origen o efecto para analizarlo con la pretensión de agotar en el análisis de uno u otro el estudio del fideicomiso. Con este interés científico, Domínguez Martínez concluye en primer lugar que el fideicomiso es un **negocio jurídico** (las negrillas son mías) de tipología compleja, no agotable con el uso en su definición de uno solo de los tipos jurídico-legales organizados por el derecho mexicano. Éste autor circunscribe la mecánica del fideicomiso a dos tipos legales fundamentales (pues a partir de ellos se desencadenan las actividades originadas por cualquier fideicomiso), que se identifican, en el tiempo, en dos momentos de fácil detección, pero que -a nuestro juicio- no pueden considerarse sucesos diferentes. El autor opina que, en su entorno, el fideicomiso implica un negocio unilateral en su constitución, pero que respecto de su ejecución, implica un acto de naturaleza contractual. En el primer paso, el perfeccionamiento del fideicomiso es una declaratoria unilateral de voluntad, y acto segundo, un contrato ciertamente innominado pero asimilable a la teoría general.” (Según nos indica, el Jurista, Domínguez Martínez.) Haciendo hincapié que en Guatemala, el Fideicomiso ha sido un Contrato específicamente nominado, en sus inicios en el Código Civil, y con posterioridad, ha sido regulado en el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República.

Nuestro Ordenamiento Jurídico, en los artículos 766 y 793 del Código de Comercio, mencionado con anterioridad, nos da un concepto de Fideicomiso, que se podría expresar de la siguiente manera: “El fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra, llamada fiduciario, con fines

específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.” (16). Haciendo hincapié en que el cuerpo legal mencionado con anterioridad, Código de Comercio, en su artículo 771, lo denominada específicamente **Contrato de fideicomiso**. Y en tal virtud, nuestro ordenamiento jurídico lo cataloga como un Contrato.

Por su parte, el autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, define al fideicomiso como "un **negocio jurídico** (las negrillas son mías) que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud del cual, destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, y la ejecución fiduciaria que se hubiera obligado contractualmente a ello". El mismo autor continúa diciendo que la consecuencia patrimonial del contrato de fideicomiso es la "transmisión del derecho de disposición de los bienes afectados, pero no por ello la transmisión del derecho de propiedad, la cual se conserva totalmente, pero en estado latente, a favor del fideicomitente." (Dávalos Mejía, Carlos; pp.428 y 429; 1984)

Asimismo, Edmundo Vásquez Martínez, manifiesta que el fideicomiso es un **negocio jurídico** (las negrillas son mías), a través del cual el fideicomitente constituye, con toda clase de bienes y derechos, un patrimonio autónomo, que destina a fines lícitos y determinados; y cuya titularidad transmite a una institución fiduciaria para que ésta realice dichos fines queridos por el fideicomitente, o en su caso, por la autoridad judicial o la Ley." (E.V.M.;p.465, 1er párrafo; 1,978.)

El Licenciado Carlos Dávalos Martínez, manifiesta, en su obra "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras", que ellos difieren del autor, anteriormente citado, Jorge Domínguez Martínez, (1995) en dos réplicas fundamentales:

- 1) *Los dos momentos diferentes del perfeccionamiento del fideicomiso*, que serían la declaratoria unilateral y el contrato que perfeccione la aceptación, no son distinguibles en el tiempo, ya que son coincidentes, indispensables y consecutivos en el mismo acto jurídico y no de dos. En el fideicomiso no se presenta el compromiso unilateral de querer afectar parte de nuestro patrimonio a la consecución de un fin; por el contrario, las voluntades indispensables para constituir el fideicomiso están divididas por mitad, y si cualquiera de las dos se manifiesta, y la otra no, no hay fideicomiso.

Y es por ello, que el Fideicomiso, se debería catalogar como un Negocio Jurídico.

- 2) *No puede transmitirse la posesión de un bien y dejar su propiedad latente en manos del propietario original* (lo que podría confundirse con la nuda propiedad), ya que para ello, tales reservas deberían comprenderse expresamente en los contratos de constitución y no de forma institucional. Podría presumirse la reserva de una propiedad latente, si el fin al que se destina el patrimonio afectado fuera difuso y aún por determinarse, lo que dejaría alternativas de conducción a los participantes; pero en el caso del fideicomiso, conocer el fin al que se destinan los bienes, es lo que determina su constitución, y lo que a su vez, permite conocer la amplitud de la posesión y la propiedad del objeto. Es una afectación que debe entenderse estrictamente en los términos del acto mediante el que se realizó, y puede involucrar la transmisión de la propiedad, la entrega parcial, o bien, la venta misma; *no es la naturaleza del fideicomiso transmitir la propiedad o el dominio, sino afectar parte de un patrimonio a la constitución de otro patrimonio autónomo, que*

no por ello debe considerarse como la propiedad de una persona específica (patrimonio/personalidad), sino como un cúmulo de bienes sujeto a las reglas especiales que su dueño deseó realizar y su ejecutor consintió en llevar a cabo." (Dávalos Mejía, Carlos; pp.429 y 430; 1,992) Es por ello que, catalogar al Fideicomiso como un contrato, sería desproveerlo de la gran gama de posibilidades y de oportunidades que el mismo brinda a sus partes; así como de la complejidad de su funcionamiento. En tal virtud, creemos que es más correcto y completo, catalogarlo como un Negocio Jurídico, que se perfecciona a través de un Contrato.

A manera de ilustración, existen otros autores, como Barrera Graf, que "consideran que el fideicomiso es un negocio fiduciario en virtud de que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio, sobre el cual existe en mayor o menor grado la potestad de abuso por parte de aquel a quien se encarga la comisión del fin. Con energía afirma que "con no aceptarse la explicación del negocio fiduciario, tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocio sui-géneris, lo cual es decir nada; es la forma de adecuar una figura que tuvo origen en un derecho diferente al mexicano, en el que no es posible un desdoblamiento de la propiedad que desconcentraría la unicidad indispensable de la propiedad." (Dávalos Mejía, Carlos; pp.430; 1,992) Por su parte, "Cervantes Ahumada sostiene que, *incuestionablemente, el fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad, en virtud de que existe la posibilidad de que pueda constituirse por testamento o por acto entre vivos, a lo que es lo mismo (afirma) que sólo es indispensable la participación de una sola voluntad en su perfeccionamiento."* (Así como nos lo indica el artículo 770 del Decreto Número 2-70

del Congreso de la República, Código de Comercio.) Agrega que "puede ser que el fideicomiso se contenga en un contrato, pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituye el fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente." Por nuestra parte consideramos que por más que un sujeto en vida, haya afectado el fideicomiso parte de su patrimonio a favor de otra persona, si a su muerte la voluntad de algún fiduciario no fue manifestada en sentido de aceptación, el beneficiario (fideicomisario) no recibirá nada; la intención original del fideicomitente quedará reducida a simple posibilidad impracticable, que para instrumentarse deberá llevarse a la vía sucesoria civil."

El desdoblamiento de la propiedad al que se refiere el autor anteriormente citado, se circunscribe a dos factores que se producen con el patrimonio fideicometido; los cuales son: A. Por una parte la entidad fiduciaria tiene la posibilidad de efectuar actos para los que es necesario ser propietario de los bienes a afectar; y B. No se pueden efectuar más actos que los permitidos dentro del propio instrumento que contiene el Fideicomiso.

Otros autores, mexicanos se han mostrado partidarios de considerar al fideicomiso como un contrato, entre otros Salvador Saldaña Álvarez, Batisa, Puente y Calvo.

Entre éstos, y a manera de ejemplo, el autor Batisa considera que la pretendida naturaleza del acto unilateral que se quiere dar al fideicomiso carece de base jurídica, y la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o policitud que puede tener carácter de irrevocable, que no altera los principios establecidos en el Código Civil mexicano. "Afirma que *la naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso su*

categoría específica en el género de contrato bilateral, sinalagmático, perfecto, se confirma por la existencia de la condición resolutoria tácita, según la cual el pacto promisorio se entiende implícito en las obligaciones recíprocas....."

Doctrinariamente, las instituciones de crédito no fiduciarias quedan tácitamente obligadas, en forma contractual, al cumplimiento de una obligación cuyo defecto amerita la remoción, para exigir formalmente al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. *"Para varios autores, dentro de los que destaca por su conocimiento y dedicación en la materia, Batisa, el fideicomiso es un contrato."* (Carlos, Dávalos Martínez; pp.431 y 432; 1,992) Tal y como nos lo define nuestra legislación, en el artículo 771 del Decreto Número 2-70, del Congreso de la República, Código de Comercio.

En su obra, Batisa continúa exponiendo que "ellos son partidarios de ésta última tendencia, es decir que consideran al fideicomiso como *un contrato en los propios términos, por razones jurisdiccionales, doctrinales y legales.*" (Carlos Dávalos Martínez; p. 432.; 1984)

A nuestro punto de vista, el Fideicomiso podría ser catalogado como un NEGOCIO JURÍDICO. Formulamos la afirmación anterior, en virtud de que mediante el Fideicomiso, no se está haciendo únicamente un traslado de propiedad a cambio de un precio, como lo sería una Compraventa; ni tampoco se están dando bienes a una entidad fiduciaria para que ésta los utilice por un tiempo y con un fin determinados, como lo sería el caso del Contrato de Arrendamiento; y menos aún, se está creando una persona jurídica con personalidad jurídica y patrimonio propio, con una finalidad de lucro, como lo sería una Sociedad. Simple y sencillamente, dentro del fideicomiso se producen casi en su

totalidad los efectos mencionados con anterioridad; sin que el mismo, se pueda catalogar dentro de uno de ellos.

En virtud de lo anterior, y teniendo el Fideicomiso las características mencionadas con anterioridad, no cabría tenerlo dentro de la clasificación de un Contrato, ni de una Persona Jurídica, ni de un Acto Jurídico; sino dentro de la Clasificación de algo más complejo, como lo sería la clasificación de un **Negocio Jurídico**.

Haciendo incapié en que nuestra legislación, dentro del Código de Comercio, en su artículo 771, lo denominada específicamente **Contrato de fideicomiso**; así como en el Decreto 34-96, en su artículo 76 regula específicamente al **Contrato de Fideicomiso de Inversión**. Y en tal virtud, nuestro ordenamiento jurídico lo cataloga como un Contrato.

D. ELEMENTOS

Cabe indicar que los elementos del Fideicomiso pueden separarse en dos tipos o clases de elementos; uno, personales; y el otro, real.

Entre los **elementos personales** podemos referirnos a las personas o partes que tienen participación dentro del fideicomiso. Y éstos pueden ser:

D1. El Fideicomitente: Que es la persona que transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, y decide afectar parte de su patrimonio (conformado por dichos bienes o derechos) a un Fiduciario, afectándolos a fines determinados. Es la persona dueña del patrimonio que va a ser el patrimonio fideicometido. Según como lo establece el artículo 767 del Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio, el fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes.

D2. El Fiduciario: Es la entidad Bancaria, Institución de Crédito (Art. 768 del Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio.), o entidad Financiera (Art. 5 literal e) del Decreto Ley 208, Ley de Sociedades Financieras Privadas en los Fideicomisos de Administración y de Garantía, o la persona, agentes, “Fiduciario Delegado” (Art.76 del Decreto Número 34-96 del Congreso de la República, Ley del Mercado de Valores y Mercancías), en los Fideicomisos de Inversión, encargadas de realizar todos los actos necesarios para alcanzar los fines determinados de dicho Fideicomiso.

En otros países, que están más avanzados que Guatemala dentro de lo que es el negocio fiduciario, utilizan lo que se conoce como “Comité Técnico”. El cual es un cuerpo conformado por personas expertas en la materia que versa el patrimonio fideicometido; son las personas idóneas para ayudar en su labor a la entidad Fiduciaria, a obtener el mejor provecho del patrimonio fideicometido. Para así, poder dar un mejor rendimiento a los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, y lograr obtener el mejor provecho posible del fin determinado.

D3. El Fideicomisario: Es cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el Fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, y que tenga capacidad de adquirir derechos. En Guatemala, existe la posibilidad de que el Fideicomitente se designe a sí mismo, Fideicomisario. (Art. 769 del Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio.)

Dentro de lo que nombramos como **Elemento Real** del Fideicomiso, se encuentra lo que constituye el Patrimonio Fideicometido. Éste se conforma por lo que es la

totalidad de los bienes que el fideicomitente decide, al momento de la constitución del Fideicomiso, afectar al fin determinado. Son esos bienes los que conforman el elemento real del Contrato de Fideicomiso.

E. EXTINCION DEL FIDEICOMISO

"El fideicomiso se extinguirá por alguna de las siguientes causas:"(R.C.A.;pp.446; 1,992)

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

Efectos de la extinción: Al terminar el fideicomiso los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario, deberán ser entregados a quien corresponda, según las

disposiciones del documento constitutivo o sentencia judicial, en su caso; y, en su efecto, al fideicomitente o sus herederos, en los casos señalados en los incisos 2o 3o, 4o, 5o y 6o, del artículo setecientos ochenta y siete (787) del Código de Comercio, Decreto, 2-70 del Congreso de la República; y al fideicomisario, en los casos señalados en los incisos 1o. y 7o. del mismo artículo.

CAPITULO II

MODERNIZACIÓN FINANCIERA

CONCEPTO

Es un movimiento jurídico, económico y financiero, que busca desprever de formalismos que a la actualidad son innecesarios, para el perfeccionamiento de negocios jurídicos, mercantiles y financieros, a la velocidad y con la agilidad que se necesita hoy en día, en Guatemala. Buscando promover el desarrollo económico de la nación, proteger la formación del capital, del ahorro y la inversión; y las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

También busca mejorar la competitividad y la funcionalidad del sistema financiero dentro del marco de la economía nacional, estimulando el aumento de las operaciones bursátiles, así como la implementación de un marco legal que fortalezca el Mercado de Valores. Para que el mismo, funcione con la transparencia y desarrollo necesarios para lograr sobreponerse a la crisis económica que se está viviendo en Guatemala. Y de esa manera, estimular mediante mecanismos eficientes y modernos, tanto el incremento del ahorro nacional, como la captación de recursos para el financiamiento del desarrollo económico de la Nación, por medio de valores cuya negociación se facilita al dotarlos de seguridad y confianza. Para contribuir al fortalecimiento del mercado de capitales con el correlativo beneficio de la consolidación de la estabilidad económica y social del país.

OBJETO

Tomando en cuenta que para poder analizar los beneficios que otorga el Fideicomiso a la Modernización Financiera, debemos tener bien claro cuáles son los objetivos de dicho movimiento jurídico-económico. En tal virtud, los principales objetivos de la Modernización Financiera, son, según el anexo de la Resolución JM-647-93 de la Junta Monetaria:

- I. Estabilidad Monetaria para el crecimiento y desarrollo económico.
- II. Liberación Financiera y Diversificación de la Oferta de Productos y Servicios Bancarios.
- III. Fortalecimiento de la Normativa Prudencial.
- IV. Modernización de la Supervisión Financiera.
- V. Regulaciones del Mercado de Valores y Capitales.

Dentro de los postulados anteriormente mencionados, el Programa de Modernización del Sistema Financiero Nacional, contiene los siguientes objetivos:

- Que las entidades bancarias mantengan una cantidad adecuada de capital, conforme a sus distintas perspectivas, como lo serían las de: grado de riesgos, calidad de administración, extensión y naturaleza de concentración de fondos, así como otros factores que puedan ayudar a mantenerse de acuerdo a los requerimientos de la entidad Supervisora de cada estado; en nuestro caso sería conforme a lo estipulado por la Superintendencia de Bancos. Y esto tiene relación con el Fideicomiso, ya que las entidades fiduciarias, tienen que tomar en cuenta todos los aspectos anteriormente

indicados, para con los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, y así trabajar de una forma segura, estando preparados para el momento de una depresión económica. Tratando de darle solución a los problemas de tipo económico, que se puedan ir presentando.

- Que las entidades bancarias tengan una cantidad apropiada de capital para poder afrontar administrativamente, los riesgos económicos que pueda tener la economía nacional en un momento determinado. Así como en casi todos los bancos, los riesgos principales son: el Riesgo Crediticio, el Riesgo de la Tasa de Interés, el Riesgo del Crédito Cambiario y el Riesgo Operacional. Que se podrían ver disminuidos, (los riesgos mencionados con anterioridad) en cierta forma, con una administración eficiente de los bienes fideicometidos; como lo sería con un Consejo Técnico, apto y eficiente, en cuanto a los bienes que conforman el patrimonio fideicometido.

Cada uno de éstos riesgos deben de ser previstos por cada entidad financiera o bancaria; en el sentido de que quien tenga un nivel de riesgo más alto, debe ser requerida por la Superintendencia de Bancos, a retener más capital; en comparación de entidades financieras o bancarias que tengan un nivel de riesgo más bajo; para así poder afrontar sólidamente los problemas o adversidades que vayan surgiendo dentro de la economía nacional.

Lo interesante de esto sería poder responder acertadamente a la pregunta: ¿Quién sería la persona o la entidad capacitada, y sin ningún interés propio en el asunto, para poder establecer la cantidad de riesgo que corre determinada institución financiera o bancaria? Y llegamos a la conclusión de que únicamente podría ser la [Junta Monetaria](#).

Una determinación de la calidad de riesgo administrativo podría terminar en un grupo de pólizas, procedimientos, capacidades de medición de riesgos y los límites de esos riesgos. Por Ejemplo: Bancos que tengan una deficiente administración deben ser requeridos a retener más capital en comparación con aquellos bancos que tengan una administración más calificada. Para así, poder sobreponerse a los problemas que surjan de los riesgos crediticios que corra dicho banco. Así como lo establece el acuerdo No. 9-94 de la Superintendencia de Bancos, el cual contiene el " Reglamento para la Valuación de los Activos Crediticios y Normas para Determinar y Clasificar los de Recuperación Dudosa."

Aquí también podríamos preguntarnos: ¿Quién sería la persona o la entidad capacitada y sin ningún interés en el asunto, que pueda establecer la calificación administrativa de alguna entidad financiera o bancaria? Y llegamos a la conclusión de que la institución indicada, únicamente podría ser: la Superintendencia de Bancos.

A manera de síntesis, podríamos afirmar que los objetivos o la finalidad buscada por la Modernización Financiera son: - Crear un mercado financiero, libre de limitaciones y obstáculos, para que se puedan perfeccionar a la velocidad que se necesita hoy en día, los negocios financieros entre las distintas entidades reguladas y el público en general. Así como promover el desarrollo económico de la nación, proteger la formación del capital, del ahorro y la inversión; y las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

CAPITULO III

EL FIDEICOMISO DENTRO DE LA MODERNIZACIÓN FINANCIERA

Habiendo analizado separadamente al Fideicomiso y a la Modernización Financiera, procede analizar las ventajas del mismo dentro del movimiento jurídico-económico denominado, Modernización Financiera. Éstas son:

- A. Patrimonio Independiente: El Patrimonio Fideicometido, pasa a formar un patrimonio independiente, tanto del fideicomisario, como de la entidad fiduciaria. El cual va a pasar a servir, únicamente, para cumplir con los fines propuestos por el propio contrato de fideicomiso.
- B. Patrimonio Controlado y Fiscalizado por la entidad Fiduciaria: El patrimonio es administrado, controlado y fiscalizado por la entidad Fiduciaria; y bajo la responsabilidad de ésta, es que se encuentran todos los actos, o forma de disposición del capital, que se efectúe con el patrimonio fideicometido. Así como que la entidad fiduciaria, va a estar siempre fiscalizada por la Superintendencia de Bancos; lo que representa mayor seguridad en cuanto al manejo que la fiduciaria realice con el patrimonio fideicometido.
- C. Responsabilidad de la entidad Fiduciaria en cuanto al manejo del Patrimonio Fideicometido. (Comité Técnico) La entidad Fiduciaria, es responsable del correcto manejo del patrimonio fideicometido. Ya que únicamente se pueden realizar los

actos permitidos dentro del propio contrato de fideicomiso; o, dependiendo de la amplitud con la que el propio instrumento faculte a la entidad fiduciaria, va a ser la posibilidad o limitación de disposición del capital fideicometido. Asimismo, cuando la entidad fiduciaria no posee los conocimientos necesarios para la administración de tal patrimonio fideicometido, se nombra un Comité Técnico, conformado por personas versadas en la materia, que van a tomar las decisiones en cuanto a la actitud, o acciones, que se toman en cuanto al patrimonio fideicometido.

- D. Canalización de Deudas Irrecuperables, mediante Fideicomisos. Esta es la forma que ha servido para rescatar empresas que han estado a punto de ir a la quiebra, y que sus acreedores han formado un Fideicomiso de Administración y Garantía, para hacer recuperable la deuda de la empresa que se encuentra en problemas económicos. Ésta es una forma de utilización reciente, que ha surgido dentro del movimiento conocido como Modernización Financiera, en Guatemala.
- E. Captación de inversión extranjera, mediante Fideicomisos. En Guatemala, se ha tratado de hacer desarrollos turísticos y desarrollos inmobiliarios, entre otros, mediante captación de inversión extranjera, que los propios inversionistas se sienten más seguros y protegidos de invertir su capital, en Fideicomisos, por la serie de garantías que esto les representa. Asimismo, por la prohibición legal que existe de un extranjero ser propietario o poseedores de inmuebles situados en la faja de quince kilómetros de ancho a lo largo de las fronteras, medidos desde la línea divisoria. (Art. 123 Constitución.)

- F. Mayor seguridad y rapidez en casos en los que normalmente habría necesidad de tramitar Procesos Sucesorios. Ya que si una persona invierte su patrimonio en un Fideicomiso, y el mismo tiene como condición resolutoria, la muerte del Fideicomitente; y él nombra como Fideicomisario o Fideicomisarios a la, o las personas a quienes él quiera heredar. Se ahorrarían lo relativo al tiempo y gastos del proceso sucesorio, y lo relativo al Impuesto sobre Herencias, Legados y Donaciones.
- G. Posibilidad de creación de mayores ingresos, tanto a los particulares, como al Estado. Ya que cabría la posibilidad de captar recursos, mediante inversión extranjera, explotando los recursos naturales de Guatemala; en primer plano. Y en segundo plano, atrayendo al turismo. Mismo que, aprovechado de una forma correcta y ofreciéndole atractivos turísticos, incrementaría considerablemente, los ingresos percibidos por el Estado y por los particulares. Asimismo, mediante la creación de negocios con particulares, en donde exista alguna prohibición o limitación, en cuanto a la realización de dicho negocio. (Refiriéndome a aquellos negocios en los que por imperativo legal, exista una prohibición. Como por ejemplo, en cuanto a desarrollos inmobiliarios o turísticos ubicados dentro de lo que es las fajas fronterizas (quince kilómetros de ancho a lo largo de las fronteras, medidos desde la línea divisoria). Artículo 123 de la Constitución Política de la República de Guatemala). Así como los bienes del Estado, que son: a) Los de dominio público; b) Las aguas de la zona marítima, los lagos, ríos navegables y sus riveras, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, y las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles

de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por los particulares en la extensión y término que fije la ley; c) Los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del Municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas; d) La zona marítimo terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o tratados internacionales ratificados por Guatemala; e) El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo; f) Los monumentos y las reliquias arqueológicas; g) Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter privativo que las leyes asignen a entidades descentralizadas y autónomas; y h) Las frecuencias radioeléctricas. (Contenidos en el artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala.)

H. Garantías y Seguridad que otorga el Fideicomiso a los acreedores de deudas mayores.

Siendo que al invertir en los distintos proyectos, como lo podrían ser: Proyectos Habitacionales, Proyectos Turísticos, Proyectos Deportivos, etcétera; al estar invertido el dinero en un Fideicomiso, bajo la responsabilidad de una Entidad Fiduciaria, y bajo el control de un Comité Técnico, especializado en el tema de dicho proyecto. Automáticamente se obtienen garantías y seguridades que normalmente serían muy difíciles de obtener.

I. La forma en la que han implementado en México, Argentina, y Colombia, entre otros, el Fideicomiso, y qué beneficios les ha producido.

- México: En México, los más grandes desarrollos turísticos, como lo son: Acapulco, Cancún, Puerto Vallarta, Mazatlán, Huatulco, mismos que son los que le generan

mayores ingresos, en concepto de turismo, al gobierno Mexicano, son desarrollos formados eminentemente, mediante Fideicomisos.

- Argentina: En Argentina, los desarrollos habitacionales, así como turísticos y agropecuarios, han sido desarrollados por el gobierno, mediante la figura del Fideicomiso.

- Colombia: En Colombia, utilizan la figura del fideicomiso, de una forma muy especializada. A tal punto, que ellos tienen más tipos de fideicomisos que únicamente los que conocemos, en Guatemala; o sea, de Administración, Inversión y de Garantía. En Colombia tienen, también, muy desarrollado el tema de la Fiducia Inmobiliaria; la cual relacionan con el objetivo de adelantar la construcción de un Proyecto. Ya que esto le produce mayor confianza a los compradores, en el promotor y/o constructor, lo que ayuda a su vez, a que éste venda con mayor facilidad. Así como también ellos tienen lo que se conoce como Fiducia de Mercado de Capitales. Esto lo impulsa la necesidad de optimizar los costos financieros, con el objeto de impulsar el Mercado de Capitales, desintermediando así, el mercado financiero. La fiducia de Mercado de Capitales, la realizan de la siguiente forma: Emiten títulos valores de circulación pública, como bonos, papeles comerciales o titularizaciones. Mediante éstas emisiones, se captan recursos de corto, mediano y largo plazo, que son trasladados a las empresas. Con ello se obtiene un financiamiento a menor costo que el ofrecido por las entidades financieras y se diversifican las fuentes de crédito. Y esto los lleva al Fideicomiso, ya que al momento de titularizar activos, se requiere la conformación de un patrimonio autónomo; y en tal virtud, es que surge la necesidad de constituir un Fideicomiso. Asimismo, la fiduciaria,

también ofrece servicios de asesoría para acudir al Mercado público de Valores, en Colombia. (17)

CAPITULO IV

ENTREVISTAS A PERSONAS DOCTAS EN LA MATERIA

Entrevista Lic. Eduardo Mayora Dawe. Fecha: 19 de enero de 1999.

“El Fideicomiso como un Elemento Indispensable para alcanzar los Objetivos de la Modernización Financiera.”

Cuestionario a formularse a las personas entrevistadas, propuestas:

1. ¿Qué beneficios económicos, según su experiencia, ve usted que tiene o conlleva el contrato de fideicomiso?
 - Tuvo utilidad porque estaba libre de papel sellado, en su inicio; y en la actualidad, está libre de impuestos. (No hay IVA, está libre de impuestos.)
 - Instrumento financiero moderno, útil. En Guatemala, ha cumplido su cometido.
 - Satisface necesidades de interesados en forma moderna, y con un buen señalamiento de derechos y obligaciones.

2. ¿En qué formas ha visto usted, que se ha utilizado el contrato de fideicomiso?
 - En garantías a favor de prestamistas.
 - En administración de bienes, por razones de herencia, por razones de insolvencia, y por razones comerciales.

3. ¿Qué garantías (Económicas y en cuanto a la Seguridad Jurídica) ve usted que conlleva el contrato de fideicomiso?
 - Garantía plena; derivado de que siempre es a favor de Bancos; los cuales están fiscalizados por la Superintendencia, y son entidades de credibilidad.

4. Para usted, ¿Qué es la Modernización Financiera?
 - La finanza está sujeta a Teorías; la Banca Central está fundamentada en Teorías Económicas de Keines y de Otto Previsch; donde el Estado jugaba un papel, a través de leyes que le permitían controles monetarios y crediticios. En la actualidad esas políticas no estaban cumpliendo su cometido; y la Modernización Financiera, se fundamenta en Teorías de la Escuela Austriaca, como lo es el Libre Intercambio de Mercancías, la Globalización, Depósitos en Dólares, y más libertad para el Sistema Financiero del país; teniendo menos intervención Estatal.

5. ¿En qué consiste la Modernización Financiera, en Guatemala?
 - Mi respuesta sería la misma que la de la pregunta anterior.

6. Conoce usted, de algún otro país que haya realizado cambios dentro de su estructura económica, jurídica, política, fiscal, o cualquier otra; para alcanzar los objetivos de la Modernización Financiera. (Argentina, México, Colombia.) Y, ¿De qué forma lo han hecho?
 - Todos los de América Latina, unos países más y otros menos. Es raro el país que hoy en día tiene control de cambios.

7. En relación a la Modernización Financiera, ¿cree usted que el contrato de Fideicomiso, va en pro o en contra, de las finalidades de dicho movimiento económico? Y ¿Por qué?
 - Va a favor; porque es un instrumento jurídico que facilita las negociaciones comerciales especiales; más que una Sociedad. Las mismas disposiciones sobre el Fideicomiso pueden ampliarse y reformarse. Por ejemplo: El fideicomiso sólo se permite para entidades financieras; y pueden enfocarse reformas para ampliar a los sujetos fiduciarios.
 -

8. Según su punto de vista personal, ¿Cuál es el objeto del Fideicomiso?
 - Un contrato tipificado, cuyos objetivos son, por excelencia, de apoyo financiero para determinadas operaciones.

9. Para usted, ¿qué fenómeno ocurre con el derecho de propiedad, en cuanto a los bienes que conforman el patrimonio fideicometido?
 - En Guatemala, el Fideicomiso NO TRANSFIERE LA PROPIEDAD, faculta la administración de ese patrimonio fideicometido, bajo condiciones expresas, o faculta el pago de una obligación si hay incumplimiento de la misma, en el patrimonio fideicometido.

10. Para usted, ¿hay traslación de propiedad dentro del contrato de fideicomiso? ¿Por qué?
 - En Guatemala, NO. En las legislaciones anglosajonas, sí; aunque la propiedad en ese sistema se transfiere con ciertas limitaciones, no puramente.

11. ¿Sabe usted, si dentro del Marco de la Modernización Financiera de nuestro país, se ha tomado en cuenta específicamente el Fideicomiso?
 - No creo; la Modernización Financiera en Guatemala, se relaciona más con asuntos monetarios y bancarios; por ejemplo: Funciones del Banco de Guatemala.

12. ¿Sabe usted si la inscripción del Fideicomiso, cuando el patrimonio fideicometido, está formado por bienes inmuebles o muebles identificables, se hace en el apartado de los Derechos Reales?

- Si, se hace en el apartado de los Derechos Reales, porque no existe apartado para fideicomisos. Sin embargo puede ser que ahora lo estén haciendo en los sistemas que están implementando
13. ¿Habrá alguna limitación, para la administración de bienes; cuando dichos bienes son, por ejemplo, la administración de una Finca (Agrícola, Ganadera, etc.)? (Ya que el Banco, o la fiduciaria, no son personas versadas en la materia de administración de fincas, etc.)
- El contenido del Fideicomiso; la amplitud de las condiciones de cada sujeto, puede solucionar dichos casos.
14. ¿Sabe usted cómo se lleva a cabo el Remate de los Bienes Fideicometidos? (Remate Notarial.)
- Se siguen las reglas del remate judicial, por analogía; sólo que la autoridad será el Notario.
15. Conoce usted, cuál es el tratamiento fiscal que se les da a los bienes fideicometidos. (Si los mismos aparecen en la declaración jurada del fideicomisario o del fideicomitente; y si están exentos de pago de impuestos.)
- Como no se traslada el dominio, las propiedades pagan sus impuestos usuales, y los pagará el fiduciario, en las condiciones establecidas en el Contrato.
16. ¿Cree usted que funciona el Fideicomiso en Guatemala?
- Sí, efectivamente.
17. ¿Que defectos ve usted que tenga, actualmente, el contrato de fideicomiso, en Guatemala?
- Ninguno, en términos generales. La capacidad del Abogado está implícita en la efectividad que tenga el contrato del fideicomiso.
18. ¿Cómo podrían mejorarse, dichas deficiencias o defectos?
- Por la experiencia, y el derecho comparado. (Análisis.)

Entrevista al Lic. Mario Fuentes Destarac. Fecha Viernes, 5 de marzo de 1999. En su Bufete Profesional.

“El Fideicomiso como un Elemento Indispensable para alcanzar los Objetivos de la Modernización Financiera.”

Cuestionario a formularse a las personas entrevistadas, propuestas:

1. ¿Qué beneficios económicos, según su experiencia, ve usted que tiene o conlleva el contrato de fideicomiso?
 - Le permite a las personas que sus bienes puedan ser administrados o dados en garantía a través de otras personas.
 - Su origen proviene del Trust americano.
 - Antícresis: Antecedente del Fideicomiso en Guatemala.
 - Despareció en el Código Civil de 1,964; ya que el de 1,933 todavía lo contemplaba.
2. ¿En qué formas ha visto usted, que se ha utilizado el contrato de fideicomiso?
 - Fundamentalmente en Administración y en Garantía.
3. ¿Qué garantías (Económicas y en cuanto a la Seguridad Jurídica) ve usted que conlleva el contrato de fideicomiso?
 - Se le entrega a un Banco el manejo de las garantías; y los Bancos están fiscalizados por la Superintendencia de Bancos.
4. Para usted, ¿Qué es la Modernización Financiera?
 - Buscar la desmonopolización de los Servicios Financieros, la obligación de verdaderos análisis de créditos; la supresión del otorgamiento de créditos vinculados (a dueños de los Bancos); y un control eficiente de las operaciones bancarias.
5. ¿En qué consiste la Modernización Financiera, en Guatemala?
 - Buscar la desmonopolización de los Servicios Financieros, la obligación de verdaderos análisis de créditos; la supresión del otorgamiento de créditos vinculados (a dueños de los Bancos); y un control eficiente de las operaciones bancarias.
6. Conoce usted, de algún otro país que haya realizado cambios dentro de su estructura económica, jurídica, política, fiscal, o cualquier otra; para alcanzar los objetivos de la Modernización Financiera. (Argentina, México, Colombia.) Y, ¿De qué forma lo han hecho?
 - Países que están avanzando hacia la Modernización Financiera, como lo son: El Salvador, México, Brasil, Corea del Sur, entre otros.
7. En relación a la Modernización Financiera, ¿cree usted que el contrato de Fideicomiso, va en pro o en contra, de las finalidades de dicho movimiento económico? Y ¿Por qué?
 - Es, totalmente una herramienta lógica que debe utilizar cualquier país, dentro de su modernización financiera, dentro de una Banca Globalizada.

8. Según su punto de vista personal, ¿Cuál es el objeto del Fideicomiso?
 - Que una persona, a quien se le confía la administración o manejo de los Bienes de otra; o de las garantías que le han sido encomendadas; en beneficio de una tercera persona. (Créditos.)
 -
9. Para usted, ¿qué fenómeno ocurre con el derecho de propiedad, en cuanto a los bienes que conforman el patrimonio fideicometido?
 - Hay una transferencia de dominio, del fideicomiso al fiduciario; limitados por el destino previsto en el contrato.
10. Para usted, ¿hay traslación de propiedad dentro del contrato de fideicomiso? ¿Por qué?
 - Si hay; porque no existe el derecho de propiedad absoluta; la propiedad siempre está sujeta a ciertas condiciones.
11. ¿Sabe usted, si dentro del Marco de la Modernización Financiera de nuestro país, se ha tomado en cuenta específicamente el Fideicomiso?
 - No creo, porque están limitando la intermediación.
12. ¿Sabe usted si la inscripción del Fideicomiso, cuando el patrimonio fideicometido, está formado por bienes inmuebles o muebles identificables, se hace en el apartado de los Derechos Reales?
 - Tendría que ser en el apartado de los derechos reales; porque hay una transferencia de propiedad.
 -
13. ¿Habrá alguna limitación, para la administración de bienes; cuando dichos bienes son, por ejemplo, la administración de una Finca (Agrícola, Ganadera, etc.)? (Ya que el Banco, o la fiduciaria, no son personas versadas en la materia de administración de fincas, etc.)
 - Eso se deja previsto en el Contrato, sustentado en la justicia conmutativa; y hay responsabilidad del Fiduciario; así como que también se le pueden reclamar daños y perjuicios.
14. ¿Sabe usted cómo se lleva a cabo el Remate de los Bienes Fideicometidos? (Remate Notarial.)
 - Se hace dentro de una Subasta Notarial dentro de la Jurisdicción Voluntaria.
15. Conoce usted, cuál es el tratamiento fiscal que se les da a los bienes fideicometidos. (Si los mismos aparecen en la declaración jurada del fideicomisario o del fideicomitente; y si están exentos de pago de impuestos.)
 - Aparecen en la declaración jurada del fiduciario, y están sujetos al pago de impuestos. En los Bancos, se lleva una Unidad Contable para el pago de los impuestos que gravan los bienes fideicometidos.

16. ¿Cree usted que funciona el Fideicomiso en Guatemala?
 - Si funciona; está funcionando.
17. ¿Qué defectos ve usted que tenga, actualmente, el contrato de fideicomiso, en Guatemala?
 - Que sólo los Bancos pueden ser fiduciarios; se debe ampliar, dicha facultad, a otras entidades o personas.
18. ¿Cómo podrían mejorarse, dichas deficiencias o defectos?
 - Reformando la Ley, y permitiendo a otras personas actuar como fiduciarios.

Entrevista al Lic. José Pivaral. Inició el martes 26 de enero de 1,999. Continuó el miércoles 10 de marzo.

“El Fideicomiso como un Elemento Indispensable para alcanzar los Objetivos de la Modernización Financiera.”

Cuestionario a formularse a las personas entrevistadas, propuestas:

1. ¿Qué beneficios económicos, según su experiencia, ve usted que tiene o conlleva el contrato de fideicomiso?
 - Separaría.
 - Es un modelo idóneo para hacer operaciones neutras. (Activas - Pasivas.)
Se pueden prestar muchos nuevos servicios.
 - Se ha utilizado como una nueva forma de captación de fondos.
(Buscan menos intermediarios.)

Ley de Bancos, arts. 1 y 3.
2. ¿En qué formas ha visto usted, que se ha utilizado el contrato de fideicomiso?
 - Lo más usual son los contratos de inversión y de administración. Aunque últimamente se han dado contratos grandes de garantía.
3. ¿Qué garantías (Económicas y en cuanto a la Seguridad Jurídica) ve usted que conlleva el contrato de fideicomiso?
 - La garantía o el bien de por sí. El contrato persé, constituye la garantía.
4. Para usted, ¿Qué es la Modernización Financiera?
 - Lo que le venden a uno, es bacilea.
 - Buscan incrementar el control de los Bancos, en cuanto a la normativa jurisprudencial.

- Buscan proteger a los usuarios de los Bancos, obligando a éstos a tener un capital mínimo; regular los créditos relacionados (Entre los mismos clientes), así como los créditos vinculados (A los dueños de los Bancos.)
5. ¿En qué consiste la Modernización Financiera, en Guatemala?
 - Mi respuesta sería la misma de la pregunta anterior.
 6. Conoce usted, de algún otro país que haya realizado cambios dentro de su estructura económica, jurídica, política, fiscal, o cualquier otra; para alcanzar los objetivos de la Modernización Financiera. (Argentina, México, Colombia.) Y, ¿De qué forma lo han hecho?
 - Sólo en Centro América, nos llevan mucha ventaja países como Costa Rica y El Salvador. (Lo han hecho de la misma forma que ahora está utilizando Guatemala.)
 - Otro país es Chile. (Lo hacen por la misma forma, es como una receta.)
 7. En relación a la Modernización Financiera, ¿cree usted que el contrato de Fideicomiso, va en pro o en contra, de las finalidades de dicho movimiento económico? Y ¿Por qué?
 - Es neutro, el contrato en sí. Es sumamente versátil; y se ha utilizado para hacer una Intermediación Financiera.
 - Personalmente veo que, el contrato de fideicomiso, no le hace daño, pero si le puede dar beneficios. Todo depende de la finalidad que se busque.
 8. Según su punto de vista personal, ¿Cuál es el objeto del Fideicomiso?
 - Es un patrimonio afecto a una finalidad específica.
 - Su propósito ha sido la protección de un patrimonio.
 9. Para usted, ¿qué fenómeno ocurre con el derecho de propiedad, en cuanto a los bienes que conforman el patrimonio fideicometido?
 - Es un patrimonio afecto a determinado derecho, de goce, de administración, de dominio o de garantía.
 - NO HAY DISPOSICIÓN DE LA PROPIEDAD. Es una afectación de un patrimonio a un fin determinado.
 - En cuanto al derecho registral, lo que se debería de hacer es, en la parte de las Anotaciones, expresar que dichos bienes conforman un patrimonio fideicometido, y afecto a determinados fines.
 10. Para usted, ¿hay traslación de propiedad dentro del contrato de fideicomiso? ¿Por qué?
 - No hay, porque es una afectación patrimonial.
 - La traslación podría producirse al terminar el fideicomiso; ya que tampoco el fiduciario puede hacer, lo que quiera, con el Patrimonio Fideicometido.

11. ¿Sabe usted, si dentro del Marco de la Modernización Financiera de nuestro país, se ha tomado en cuenta específicamente el Fideicomiso?
 - No lo están tomando en cuenta.
12. ¿Sabe usted si la inscripción del Fideicomiso, cuando el patrimonio fideicometido, está formado por bienes inmuebles o muebles identificables, se hace en el apartado de los Derechos Reales?
 - No podría contestar esa pregunta, ya que hace mucho tiempo que no veo una inscripción así.
13. ¿Habrá alguna limitación, para la administración de bienes, cuando dichos bienes son, por ejemplo, la administración de una Finca (Agrícola, Ganadera, etc.)? (Ya que el Banco, o la fiduciaria, no son personas versadas en la materia de administración de fincas, etc.)
 - Uno no aporta ese tipo de encomiendas.
 - Yo, nunca he visto una.
14. ¿Sabe usted cómo se lleva a cabo el Remate de los Bienes Fideicometidos? (Remate Notarial.)
 - Si sé, pero no hemos tenido que hacerlo. Pero, se establece el procedimiento del remate en el propio contrato de Fideicomiso.
 - La Ley permite un remate No Judicial, en los Almacenes Generales de Depósito, con función Notarial.
15. Conoce usted, cuál es el tratamiento fiscal que se les da a los bienes fideicometidos. (Si los mismos aparecen en la declaración jurada del fideicomisario o del fideicomitente; y si están exentos de pago de impuestos.)
 - El fideicomiso es quien declara, en cuanto al Impuesto Sobre la Renta.
 - Si es del Impuesto Territorial, se abre un espacio en los libros del fiduciario.
 - Se hace una declaración por el Contrato de Fideicomiso.
16. ¿Cree usted que funciona el Fideicomiso en Guatemala?
 - Sí, funciona “a toda madre.”
17. ¿Qué defectos ve usted que tenga, actualmente, el contrato de fideicomiso, en Guatemala?
 - Creo que tiene una legislación flexible, poco regulatoria; que permite hacer muchas cosas.
18. ¿Cómo podrían mejorarse, dichas deficiencias o defectos?
 - No se le formuló la presente pregunta, por lo contestado en la pregunta que antecede.

Entrevista hecha a: Licda. Karla Guerra de Balsells. Con fecha 12 de marzo de 1,999. En el BANCO DEL CAFÉ. 7 nivel.

“El Fideicomiso como un Elemento Indispensable para alcanzar los Objetivos de la Modernización Financiera.”

Cuestionario a formularse a las personas entrevistadas, propuestas:

1. ¿Qué beneficios económicos, según su experiencia, ve usted que tiene o conlleva el contrato de fideicomiso?
 - Una mejor utilización y control en el manejo de los recursos; cuando se trata de patrimonio líquido. Además por el manejo imparcial del fiduciario, la administración es eficiente.
2. ¿En qué formas ha visto usted, que se ha utilizado el contrato de fideicomiso?
 - El fideicomiso es un traje a la medida; depende cuales sean las necesidades del fideicomitente, así será la finalidad y utilización del fideicomiso.
3. ¿Qué garantías (Económicas y en cuanto a la Seguridad Jurídica) ve usted que conlleva el contrato de fideicomiso?
 - Un control exacto de la utilización del patrimonio fideicometido; a través de la contabilidad que éste contrato conlleva; y además, el fiduciario sólo puede hacer para lo que esté facultado en la escritura de constitución.
4. Para usted, ¿Qué es la Modernización Financiera?
 - Es buscar una actualización constante en las productos financieros existentes, y la creación de nuevos productos que satisfagan las necesidades del mercado financiero y sus usuarios.
5. ¿En qué consiste la Modernización Financiera, en Guatemala?
 - Es el avance y búsqueda de nuestro país, en alcanzar el desarrollo financiero de los países desarrollados económicamente.
6. Conoce usted, de algún otro país que haya realizado cambios dentro de su estructura económica, jurídica, política, fiscal, o cualquier otra; para alcanzar los objetivos de la Modernización Financiera. (Argentina, México, Colombia.) Y, ¿De qué forma lo han hecho?
 - Creo que todos los países están en constante lucha por la Modernización Financiera.
7. En relación a la Modernización Financiera, ¿cree usted que el contrato de Fideicomiso, va en pro o en contra, de las finalidades de dicho movimiento económico? Y ¿Por qué?

- El fideicomiso como contrato mercantil, es el vehículo ideal para alcanzar la Modernización Financiera, pues por su versatilidad se presta a un sin fin de soluciones, especialmente, cuando es utilizado para que el Estado cumpla con sus obligaciones de una forma fácil y eficaz.
8. Según su punto de vista personal, ¿Cuál es el objeto del Fideicomiso?
 - Es la realización de un fin lícito, a través de un encargo fiduciario, dentro del marco legal.
 9. Para usted, ¿qué fenómeno ocurre con el derecho de propiedad, en cuanto a los bienes que conforman el patrimonio fideicometido?
 - Es el fenómeno de la “propiedad del fiduciario” puesto que se verifica una enajenación, un traslado del dominio al fiduciario, conformándose un patrimonio autónomo e inembargable, pero destinado o limitado a las instrucciones emanadas del fideicomitente; de acuerdo con el documento de constitución del fideicomiso.
 10. Para usted, ¿hay traslación de propiedad dentro del contrato de fideicomiso? ¿Por qué?
 - Sí, porque así lo conceptualiza el Código de Comercio; y es requisito sin el cual no existe fideicomiso. El fiduciario es el titular del patrimonio fideicometido, pero con las limitaciones impuestas por el contrato correspondiente.
 11. ¿Sabe usted, si dentro del Marco de la Modernización Financiera de nuestro país, se ha tomado en cuenta específicamente el Fideicomiso?
 - De hecho, el fideicomiso año con año ha ido cobrando importancia, y en cuanto a su utilización, es cada vez, más frecuente.
 12. ¿Sabe usted si la inscripción del Fideicomiso, cuando el patrimonio fideicometido, está formado por bienes inmuebles o muebles identificables, se hace en el apartado de los Derechos Reales?
 - Sí, efectivamente.
 13. ¿Habría alguna limitación, para la administración de bienes; cuando dichos bienes son, por ejemplo, la administración de una Finca (Agrícola, Ganadera, etc.)? (Ya que el Banco, o la fiduciaria, no son personas versadas en la materia de administración de fincas, etc.)
 - La solución es facultar al fiduciario para la subcontratación, y crear los mecanismos para la fiscalización de la administración vía, por ejemplo, el Comité Técnico.
 14. ¿Sabe usted cómo se lleva a cabo el Remate de los Bienes Fideicometidos? (Remate Notarial.)

- Mediante un Remate Notarial, efectivamente.
15. Conoce usted, cuál es el tratamiento fiscal que se les da a los bienes fideicometidos. (Si los mismos aparecen en la declaración jurada del fideicomisario o del fideicomitente; y si están exentos de pago de impuestos.)
- Los patrimonios fideicometidos son sujetos de impuestos, y dentro de sus operaciones deben pagar todos los impuestos aplicables, por ejemplo, Impuesto sobre la Renta, Impuesto sobre el Valor Agregado, Impuesto sobre Productos Financieros; y la declaración se hace en la contabilidad propia del fideicomiso, que es separada de la del: fiduciario, fideicomitente y fideicomisario.
16. ¿Cree usted que funciona el Fideicomiso en Guatemala?
- Por supuesto que sí.
17. ¿Qué defectos ve usted que tenga, actualmente, el contrato de fideicomiso, en Guatemala?
- El contrato en sí, no tiene defectos; el defecto está en que no tenemos “cultura fiduciaria”.
18. ¿Cómo podrían mejorarse, dichas deficiencias o defectos?
- Pues, haciendo difusión extensiva de lo que es el fideicomiso, y promoviendo su utilización.

Entrevista a Licda. Ana Beatriz Ponce de Ibargüen.

Fecha: 18 de marzo de 1,999. Hora: 8:30 a.m.

Lugar. Centro Gerencial Las Margaritas: Torre I, oficina 802

C. “El Fideicomiso como un Elemento Indispensable para alcanzar los Objetivos de la Modernización Financiera.”

Cuestionario a formularse a las personas entrevistadas, propuestas:

1. ¿Qué beneficios económicos, según su experiencia, ve usted que tiene o conlleva el contrato de fideicomiso?
 - Proyecta Garantías y seguridad financiera, así como jurídica, a inversionistas extranjeros.
 - Que el Fiduciario es un Banco.
 - Se puede hacer pago en forma extrajudicial.
 - Es un “Traje Hecho a la Medida” , en cuanto a inversionistas extranjeros.
 - Es un “Project Finance”.
 - Se da la Transferencia de los Bienes.
2. ¿En qué formas ha visto usted, que se ha utilizado el contrato de fideicomiso?

- De Administración.
 - De Garantía.
 - Pero todos son accesorios a un Contrato de Préstamo.
3. ¿Qué garantías (Económicas y en cuanto a la Seguridad Jurídica) ve usted que conlleva el contrato de fideicomiso?
- Económicas: Para los prestamistas, es la misma garantía.
 - El acreedor protege su inversión.
 - El deudor paga de cualquier forma, ya que es el fiduciario quien va a pagar, siempre.
 - Hay un contrato que va a garantizar al acreedor y deudor de que se va a cumplir con la obligación; ya que el fiduciario es el Banco.
4. Para usted, ¿Qué es la Modernización Financiera?
- Es negociar deuda y créditos en la Bolsa.
 - Es la globalización. (Unificación) de aceptación.
 - Es aceptar Depósitos en Moneda extranjera.
5. ¿En qué consiste la Modernización Financiera, en Guatemala?
- Es negociar deuda y créditos en la Bolsa.
 - Es la globalización. (Unificación) de aceptación.
 - Es aceptar Depósitos en Moneda extranjera.
6. Conoce usted, de algún otro país que haya realizado cambios dentro de su estructura económica, jurídica, política, fiscal, o cualquier otra; para alcanzar los objetivos de la Modernización Financiera. (Argentina, México, Colombia.) Y, ¿De qué forma lo han hecho?
- Chile, tuvo un cambio a nivel económico. (Aranceles.)
7. En relación a la Modernización Financiera, ¿cree usted que el contrato de Fideicomiso, va en pro o en contra, de las finalidades de dicho movimiento económico? Y ¿Por qué?
- Va en Pro, porque es un mecanismo que refleja un instrumento más sofisticado para competir en el Mundo Financiero Internacional.
8. Según su punto de vista personal, ¿Cuál es el objeto del Fideicomiso?
- Es la transferencia del Bien al Fin determinado del Fideicomiso.
9. Para usted, ¿qué fenómeno ocurre con el derecho de propiedad, en cuanto a los bienes que conforman el patrimonio fideicometido?
- Existe una Transferencia Total de Dominio.

10. Para usted, ¿hay traslación de propiedad dentro del contrato de fideicomiso? ¿Por qué?
 - Sí, de conformidad con lo estipulado por el artículo 766 del Código de Comercio, “Se Transmite.....”.
11. ¿Sabe usted, si dentro del Marco de la Modernización Financiera de nuestro país, se ha tomado en cuenta específicamente el Fideicomiso?
 - No sé.
12. ¿Sabe usted si la inscripción del Fideicomiso, cuando el patrimonio fideicometido, está formado por bienes inmuebles o muebles identificables, se hace en el apartado de los Derechos Reales?
 - Si, se hace en el apartado de derechos reales, pues hay traslación de propiedad.
13. ¿Habría alguna limitación, para la administración de bienes; cuando dichos bienes son, por ejemplo, la administración de una Finca (Agrícola, Ganadera, etc.)? (Ya que el Banco, o la fiduciaria, no son personas versadas en la materia de administración de fincas, etc.)
 - Se puede tener un Comité Fiduciario Experto.
14. ¿Sabe usted cómo se lleva a cabo el Remate de los Bienes Fideicometidos? (Remate Notarial.)
 - Según lo Pactado en la escritura Pública, constitutiva del Fideicomiso.
15. Conoce usted, cuál es el tratamiento fiscal que se les da a los bienes fideicometidos. (Si los mismos aparecen en la declaración jurada del fideicomisario o del fideicomitente; y si están exentos de pago de impuestos.)
 - Aparecen en la contabilidad del Fiduciario, quien debe incluirlos en su declaración jurada. No está exento de impuestos.
16. ¿Cree usted que funciona el Fideicomiso en Guatemala?
 - Si funciona.
17. ¿Que defectos ve usted que tenga, actualmente, el contrato de fideicomiso, en Guatemala?
 - Que se le tenga que asignar un Valor. No hay consenso respecto a la traslación de dominio. El Artículo 791 del Código de Comercio, no es claro cuando dice que se asimilarán a Créditos con Garantía Real.
18. ¿Cómo podrían mejorarse, dichas deficiencias o defectos?
 - Con cambios en la Legislación.

Entrevista al Lic. Alfredo Rodríguez Mahuad. Fecha: Viernes 5 de marzo de 1,999.

Lugar: Universidad Francisco Marroquín y en su Bufete. Fecha en que terminó: 13-5-99.

“El Fideicomiso como un Elemento Indispensable para alcanzar los Objetivos de la Modernización Financiera.”

Cuestionario a formularse a las personas entrevistadas, propuestas:

1. ¿Qué beneficios económicos, según su experiencia, ve usted que tiene o conlleva el contrato de fideicomiso?
 - Vehículo que facilita la realización de operaciones dentro del Mercado Financiero. Por su naturaleza, favorece el proceso de facilitación o factibilidad de realización de negocios; dentro del Mercado Financiero.
2. ¿En qué formas ha visto usted, que se ha utilizado el contrato de fideicomiso?
 - Administración, Garantía e Inversión.
3. ¿Qué garantías (Económicas y en cuanto a la Seguridad Jurídica) ve usted que conlleva el contrato de fideicomiso?
 - En sí mismo, el hecho de estar específicamente regulado otorga seguridad jurídica a los contratantes. Y ya que todas las estipulaciones de éste tienen que estar plasmadas en un documento, es factible brindar esa Seguridad Jurídica. De igual manera, que se observa en una reclamación judicial.
4. Para usted, ¿Qué es la Modernización Financiera?
 - Es un proceso a través del cual, se pretende adecuar las disposiciones legales a las necesidades del momento; tratando de des-regularizar o regularizar situaciones nuevas, en sentido económico. Por ejemplo: La eliminación de barreras para los inversionistas extranjeros.
5. ¿En qué consiste la Modernización Financiera, en Guatemala?
 - En el ajuste de la legislación, prácticas y políticas financieras a la situación actual, y a aquellas que se prevé en el futuro.
6. Conoce usted, de algún otro país que haya realizado cambios dentro de su estructura económica, jurídica, política, fiscal, o cualquier otra; para alcanzar los objetivos de la Modernización Financiera. (Argentina, México, Colombia.) Y, ¿De qué forma lo han hecho?
 - No.

7. En relación a la Modernización Financiera, ¿cree usted que el contrato de Fideicomiso, va en pro o en contra, de las finalidades de dicho movimiento económico? Y ¿Por qué?
 - No, porque el fideicomiso, es un contrato que simplemente facilita el tráfico financiero.
8. Según su punto de vista personal, ¿Cuál es el objeto del Fideicomiso?
 - El fideicomiso sí puede tener distintos fines u objetivos. En ocasiones se estructura como garantía. En otras, como medio de administración, pago. O como mecanismo para facilitar el cumplimiento de propósitos particulares.
9. Para usted, ¿qué fenómeno ocurre con el derecho de propiedad, en cuanto a los bienes que conforman el patrimonio fideicometido?
 - Los bienes, generalmente son transferidos y gravados al propósito del fideicomiso. La transmisión, en general, es en propiedad, aunque no en todos los casos.
10. Para usted, ¿hay traslación de propiedad dentro del contrato de fideicomiso? ¿Por qué?
 - Si, aunque no en todos los casos. La Ley establece la transferencia de los bienes al objeto particular del fideicomiso. Hay que tomar en cuenta que, igualmente podría reservarse tal transferencia y únicamente gravar el bien.
11. ¿Sabe usted, si dentro del Marco de la Modernización Financiera de nuestro país, se ha tomado en cuenta específicamente el Fideicomiso?
 - No.
12. ¿Sabe usted si la inscripción del Fideicomiso, cuando el patrimonio fideicometido, está formado por bienes inmuebles o muebles identificables, se hace en el apartado de los Derechos Reales?
 - Sí, entiendo que lo inscriben como derecho real; lo cual no es congruente cuando no existe transferencia plena en propiedad.
13. ¿Habrá alguna limitación, para la administración de bienes; cuando dichos bienes son, por ejemplo, la administración de una Finca (Agrícola, Ganadera, etc.)? (Ya que el Banco, o la fiduciaria, no son personas versadas en la materia de administración de fincas, etc.)
 - No.
14. ¿Sabe usted cómo se lleva a cabo el Remate de los Bienes Fideicometidos? (Remate Notarial.)
 - En subasta pública Notarial.

15. Conoce usted, cuál es el tratamiento fiscal que se les da a los bienes fideicometidos. (Si los mismos aparecen en la declaración jurada del fideicomisario o del fideicomitente; y si están exentos de pago de impuestos.)
- Depende. La transferencia y retiro de bienes está exenta, siempre que se haga al fideicomisario. Si hay administración de bienes, se inscribe y declara como sujeto tributario aparte. Los beneficios y relaciones jurídicas realizadas por o con el fiduciario, se encuentran gravadas.
16. ¿Cree usted que funciona el Fideicomiso en Guatemala?
- No, con la divulgación y generalidad que debería.
17. ¿Qué defectos ve usted que tenga, actualmente, el contrato de fideicomiso, en Guatemala?
- Que sólo los Bancos puedan ser fiduciarios.
18. ¿Cómo podrían mejorarse, dichas deficiencias o defectos?
- Flexibilizando su aplicación; aclarando y dando más certeza a su regulación.

CAPITULO V

RESULTADOS

PARTE A

De conformidad con lo expuesto en el presente trabajo de Tesis, podemos resolver que:

- En Guatemala, el Fideicomiso ha cumplido su cometido; ya que satisface las necesidades de los interesados de una forma moderna; y con un buen señalamiento de derechos y obligaciones. Facilitando la realización de negocios dentro del Mercado Financiero.
- El Fideicomiso conlleva una garantía plena; derivado de que siempre es en favor de Bancos; los cuales son entidades reguladas por la Superintendencia de Bancos. Y además, el fideicomiso, per se, constituye la garantía.
- Dentro de las garantías del Fideicomiso está el que se da un control exacto de la utilización del patrimonio fideicometido.
- La Modernización Financiera en Guatemala, se fundamenta en Teorías de la Escuela Austriaca, como lo es el libre intercambio de mercancías; la globalización, depósitos en dólares, y una mayor libertad para el sistema financiero del país. Teniendo menos intervención por parte del Estado.
- El objetivo del Fideicomiso es, principalmente, brindar apoyo financiero para determinadas operaciones.
- El tratamiento fiscal de los bienes fideicometidos es que las propiedades pagan sus impuestos usuales; pero los pagará el fiduciario, dentro de una unidad contable específica, para el pago de los impuestos que gravan los bienes de dicho fideicomiso. El fideicomiso es quien declara en cuanto al: Impuesto sobre la Renta. Y si es Impuesto Sobre Inmuebles, se abre un espacio dentro de los libros del Fiduciario.

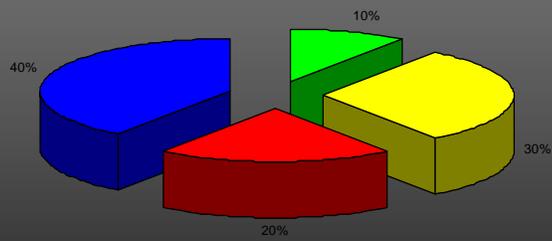
- Con el fideicomiso, se pueden prestar muchos nuevos servicios dentro de lo que es el sistema bancario, dentro de una Banca Globalizada.
- Dentro del Fideicomiso hay una plena disposición de la propiedad, ya que contiene un patrimonio afecto de un fin determinado.
- Dentro del Fideicomiso se da una mejor utilización y control en el manejo de los recursos; así como que en el manejo imparcial del fiduciario, la administración es más eficiente.
- El Fideicomiso es un “Traje a la Medida”; ya que depende de cuales sean las necesidades del fideicomitente, así será la finalidad y utilización del Fideicomiso, o del Patrimonio Fideicometido.
- El Fideicomiso en sí, no tiene defectos; el defecto está en que no tenemos “cultura fiduciaria”.
- El Fideicomiso va en pro, o a favor de las finalidades buscadas por la Modernización Financiera, ya que es un negocio jurídico que facilita las negociaciones comerciales especiales, que surja la necesidad de realizar, con el fin de alcanzar un mayor beneficio económico. Así como que es una herramienta lógica que se debe utilizar dentro de una Banca Globalizada. – El Fideicomiso es el vehículo ideal para alcanzar los objetivos de la Modernización Financiera, pues por su versatilidad se presta a un sin fin de soluciones; especialmente cuando es utilizado para que el Estado cumpla con sus obligaciones de una forma fácil y eficaz.

PARTE B

Resultados gráficos del trabajo de campo.

Pregunta No. 1

¿Qué beneficios económicos, según su experiencia ve usted que tiene o conlleva el contrato de Fideicomiso?



■ Libre de Impuestos A

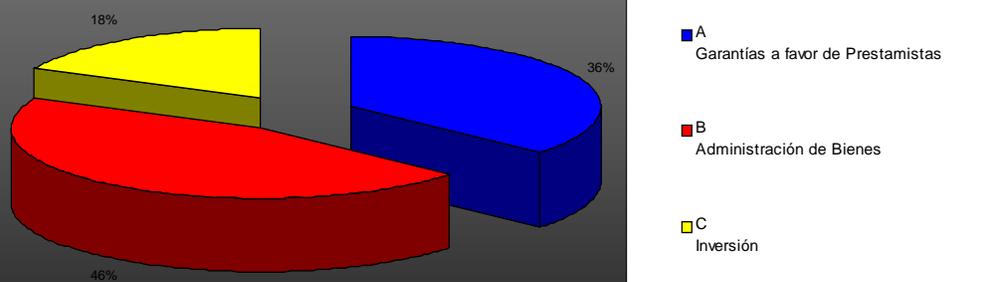
■ Satisface Necesidades del Público B

■ Bienes Administrados o Dados en Garantía C

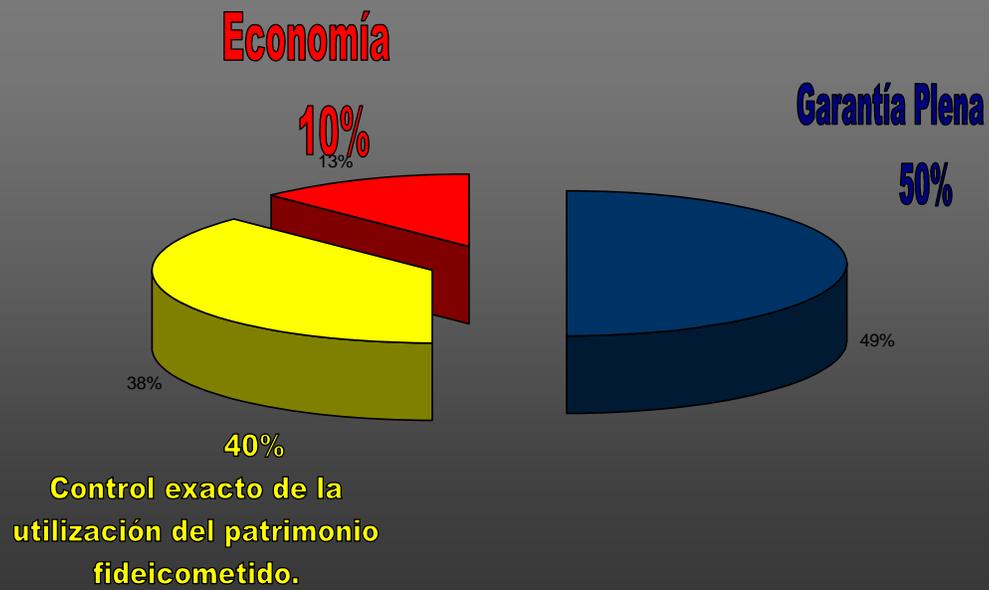
■ Modelo idóneo para Operaciones Neutras y Nueva Forma de Captación D

Pregunta No.2

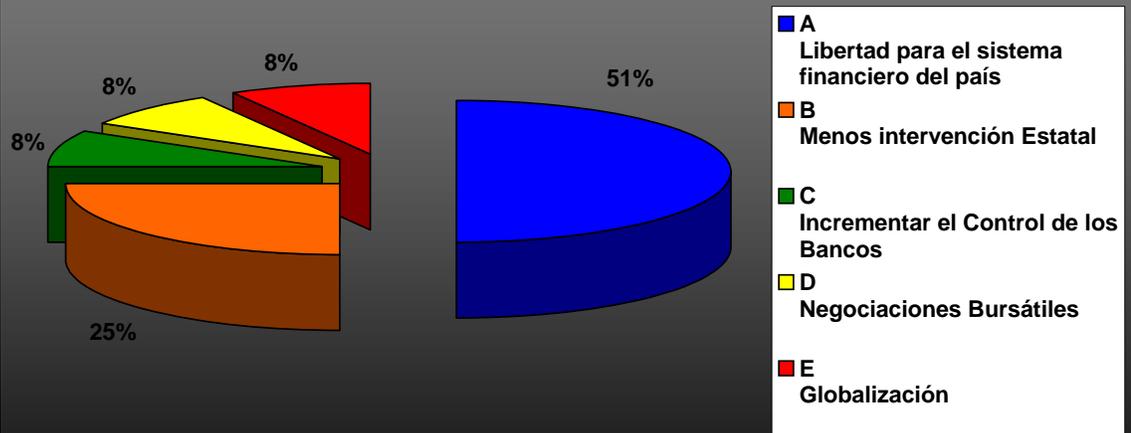
¿En qué formas ha visto usted, que se ha utilizado el contrato de Fideicomiso?



Pregunta No. 3

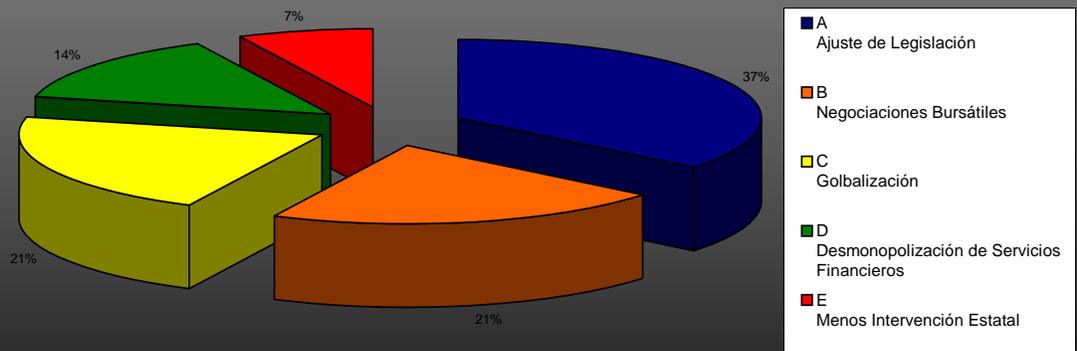


PREGUNTA No. 4

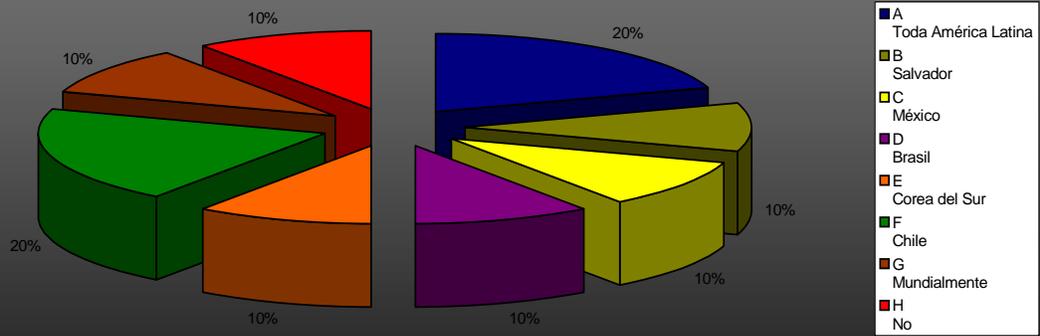


Pregunta No. 5

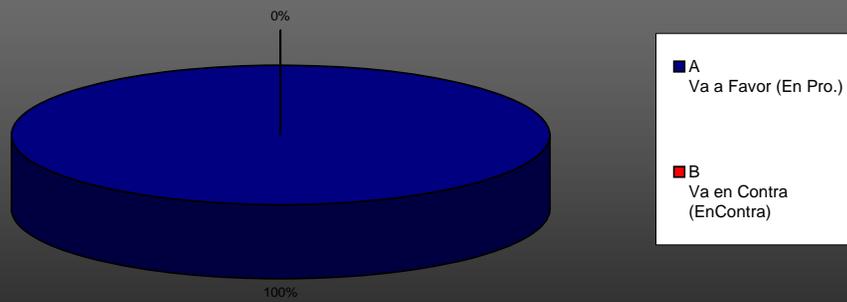
¿En qué consiste la Modernización Financiera, en Guatemala?



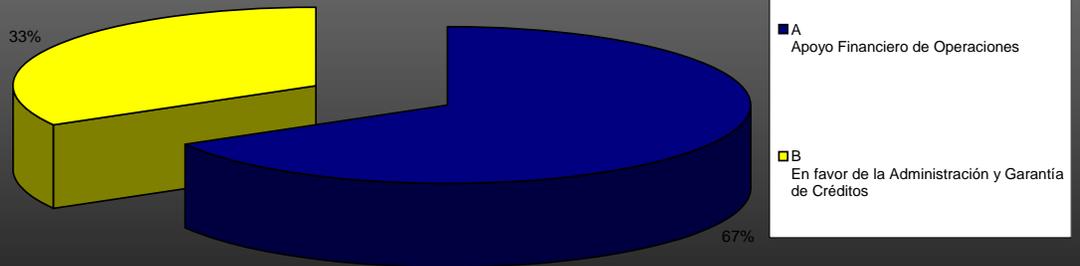
Pregunta No. 6



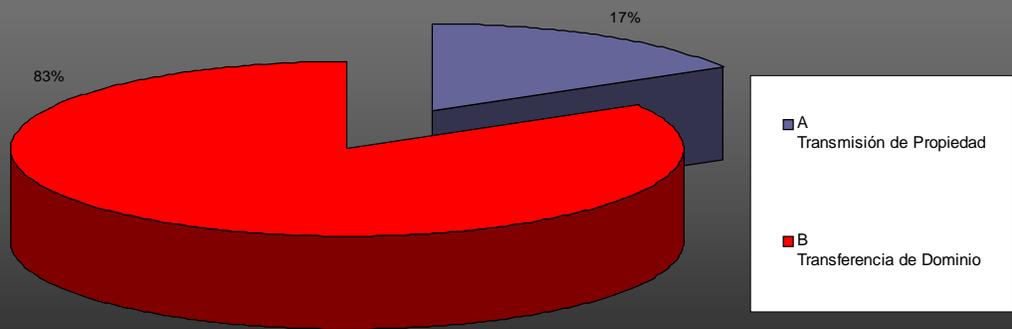
Pregunta No. 7



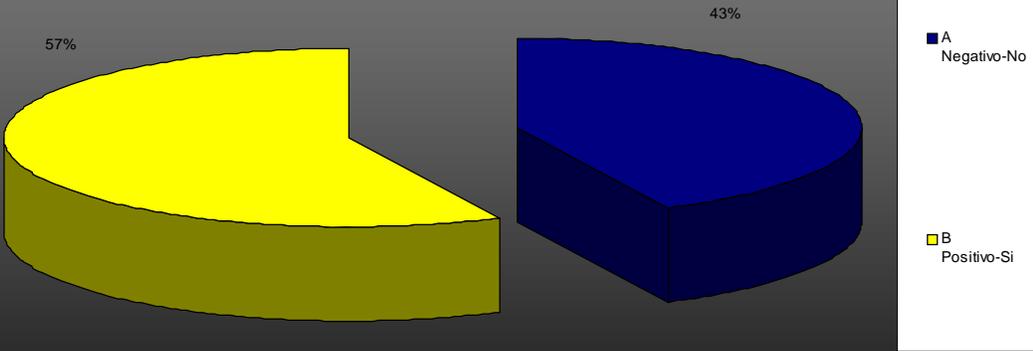
Pregunta No. 8



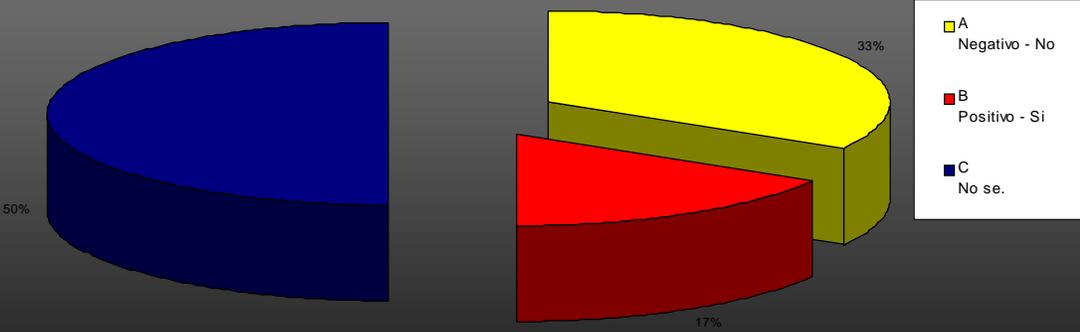
Pregunta No. 9



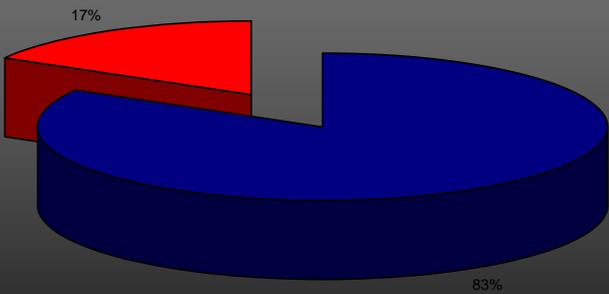
Pregunta No. 10



Pregunta No. 11



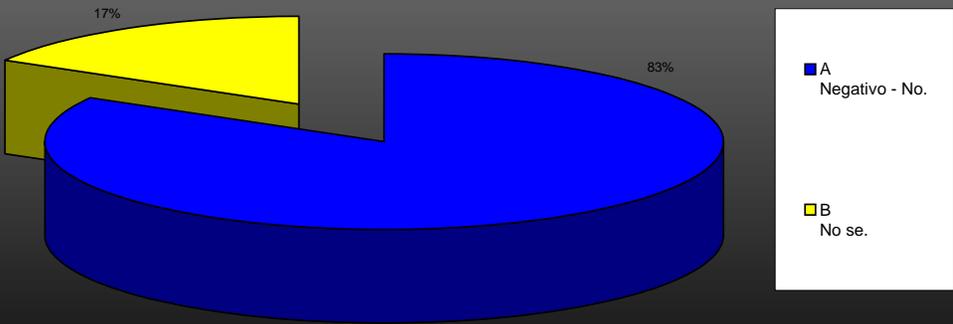
Pregunta No. 12



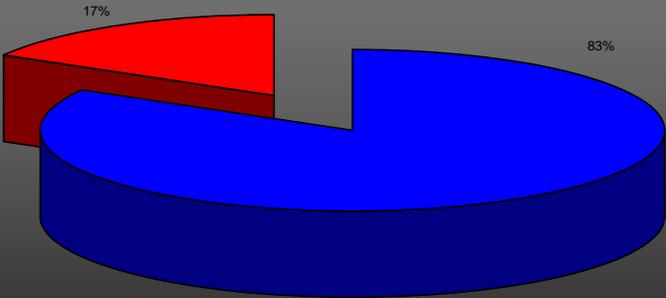
■ A
Afirmativo - Si.

■ B
No se

Pregunta No. 13



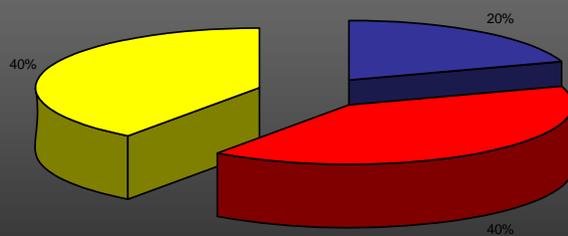
Pregunta No. 14



- A
Remate Notarial, (Reglas del Remate Judicial)

- B
Según lo pactado en la escritura

Pregunta No. 15

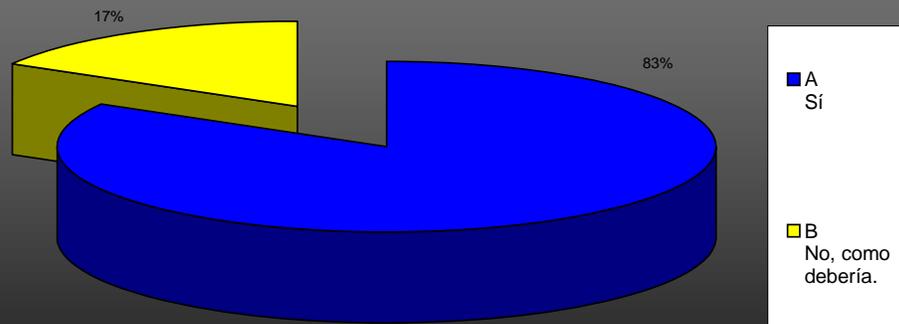


- A
Al Fideicomisario Excenta

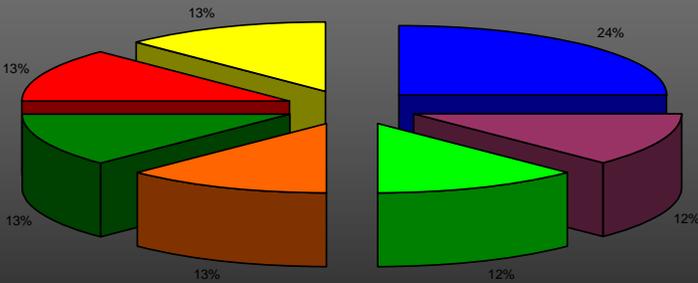
- B
Al Fiduciario Gravada

- C
El Fideicomiso como Sujeto Tributario aparte

Pregunta No.16

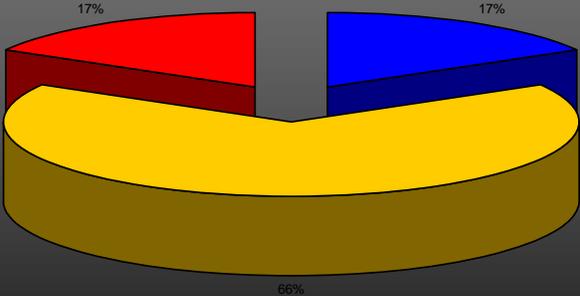


Pregunta No. 17



- A
Sólo los Bancos pueden ser Fiduciarios
- B
Asignar un Valor
- C
Se confunde con los Créditos con Garantía Real
- D
No hay consenso respecto a la traslación de dominio
- E
Falta de Cultura Fiduciaria
- F
Se debe poner una regulación flexible, poco regulatoria
- G
Ninguno

Pregunta No. 18



- A
Experiencia y Derecho Comparado

- B
Reformando la Ley

- C
Promoviendo una Cultura Fiduciaria

CAPITULO VI CONCLUSIONES

A manera de síntesis, podríamos concluir que, entre otros, los objetivos o finalidades buscadas por la Modernización Financiera son:

- Liberar al Mercado Financiero de todas las limitaciones y obstáculos que impiden que se puedan perfeccionar rápidamente, los negocios financieros entre las distintas entidades reguladas y el público en general.
- Proveer de mayor seguridad jurídica al sistema bancario nacional mediante fórmulas poco formalistas que protejan y agilicen sus negociaciones evitando correr riesgos en la colocación de sus fondos.
- Crear una situación de mayor seguridad financiera y económica dentro de lo que es el sistema bancario nacional.
- Simplificar los procedimientos y requerimientos para el establecimiento de nuevas entidades bancarias, apertura en el territorio nacional de Bancos extranjeros, interrelaciones de entidades bancarias existentes (Fusiones).
- Tratar de ofrecer al público guatemalteco y extranjero, garantías y atractivos que le motiven a invertir su capital, en Guatemala.
- Ofrecer mayores beneficios a los inversionistas extranjeros, rompiendo con esquemas y procedimientos obsoletos, que desestimulan la inversión.
- Propiciar las condiciones necesarias para motivar el aumento en el ingreso de divisas a Guatemala.

- Preparar la economía nacional para la etapa de globalización que se está viviendo hoy en día.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, arribo a la conclusión que: Tomando en cuenta los objetivos y finalidades concretos de la Modernización Financiera, y a las cualidades y ventajas que ofrece la figura del Fideicomiso, ya mencionadas en apartados anteriores, las mismas representan un instrumento útil para el logro de tales objetivos y finalidades. Tan es así, que la propia Ley del Mercado de Valores y Mercancías, siendo uno de los temas del Programa contemplado por la Modernización del Sistema Financiero Nacional, como tema número 5, acoge a la figura del “Fideicomiso de Inversión”, desproveyéndolo de los formalismos tradicionales (puede constituirse y modificarse en documento privado); la posibilidad de que los Bancos y las Financieras Privadas puedan convenir con los agentes la delegación de su función como fiduciarios; y que tanto los Bancos y las Sociedades Financieras Privadas como los Fiduciarios Delegados, pueden fungir como fiduciarios de fideicomisos constituidos para la inversión en valores que se encuentren en Oferta Pública.

Por todas las cualidades en cuanto a la agilización de los negocios; a lo expedito del negocio fiduciario; a las ventajas que otorga el Fideicomiso; a la seguridad jurídica y económica que brinda tanto al fideicomitente como al fideicomisario (cuando son distintas personas), y sino al fideicomitente únicamente; es que hacen al Fideicomiso ser una figura necesaria para alcanzar los Objetivos de la Modernización Financiera.

CAPITULO VII RECOMENDACIONES

- Crear una “cultura fiduciaria” dentro de lo que es el ámbito financiero y bancario en Guatemala. Mediante cursos o seminarios impartidos a personas que se muevan o relacionen con esos ámbitos; para que lo vean como una alternativa muy atractiva desde las distintas perspectivas. Como lo son: Administración, Inversión, y Garantía; sino que también se encuentren formas híbridas de utilización del Fideicomiso. Como lo podrían ser: De Administración e Inversión; Administración y Garantía; Inversión y Garantía. E incluso, una forma que sea de Administración, Inversión y Garantía, juntas.
- Ir creando leyes que brinden mayores facilidades, para que así, estimulen la inversión extranjera mediante fideicomisos.
- Dar a conocer al público en general, sobre las ventajas y la seguridad jurídica que brinda el tener su patrimonio o parte de él, dentro de un fideicomiso de inversión.
- Promover la necesidad de contar con un Comité Técnico, especializado en la materia que consistan los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. Para que así, se desarrolle, alcance y supere los beneficios económicos, que se prevén o buscan, desde su constitución.
- Desproveer de formalismos legales innecesarios, que se han vuelto limitantes, o tropiezos, para la constitución de fideicomisos. Como lo es el que se tenga que formalizar en Escritura Pública (tanto el de administración como el de garantía)

BIBLIOGRAFÍA

1. “EL FIDEICOMISO”; Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; Quinta Edición Actualizada; Editorial Porrúa, S. A.; 374 páginas; México, 1995.
2. “EL FIDEICOMISO”; Batiza, Rodolfo; Cuarta Edición; Editorial Porrúa, S. A.; 483 páginas; México, 1980.
3. “EL FIDEICOMISO MEXICANO”; Domínguez Martínez, Jorge Alfredo; Primera Edición; Editorial Porrúa, S. A.; 178 páginas; México, 1994.
4. “PRINCIPIOS BÁSICOS DEL FIDEICOMISO Y DE LA ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA”; Batiza, Rodolfo; Segunda Edición; Editorial Porrúa, S. A.; 253 páginas; México, 1985.
5. “CONTRATOS MERCANTILES”; Vásquez del Mercado, Oscar; Quinta Edición; Editorial Porrúa, S. A.; 587 páginas; México, 1994.
6. “TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO”; Cervantes Ahumada, Raúl; Décima Edición; Editorial Herrero, S. A.; 422 páginas; México, 1978.
7. “FIDUCIA”; Asociación de Fiduciarias; Editorial A B C Limitada; Santafé de Bogotá, D. C.; 235 páginas; Colombia, 1995.
8. “EL DESAFÍO FIDUCIARIO”; Asociación de Fiduciarias; Editorial A B C Limitada; Santafé de Bogotá, D. C.; 229 páginas; Colombia, 1995.
9. “PROGRAMA DE MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL”; Anexo de la Resolución JM-647-93 de la Junta Monetaria; Banco de Guatemala; 12 páginas; Guatemala, Septiembre de 1,993.
10. “LA FIGURA DEL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO PARA SUPERAR LA CRISIS FINANCIERA”; Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN); San Pedro Sula, Honduras; 1996. Expositores: Lic. Miguel García y García, Lic. Raúl Jiménez O’Farrill D., y Lic. Jesús Roalandini. (Derechos Reservados por BANCOMER, S. A.).

11. "MEMORIA"; 5º CONGRESO LATINOAMERICANO DE FIDEICOMISO, 1995; San José, Costa Rica.
12. "LA FIDUCIA DE GARANTÍA"; Manrique Nieto; Carlos E.; Trabajo Presentado en el VI Congreso Latinoamericano de Fideicomiso; 89 páginas; San Pedro Sula, Honduras, 1,996.
13. "RIESGOS PARA EL FIDEICOMISO POR LA INTERVENCIÓN ESTATAL"; VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE FIDEICOMISO; Lic. Francisco Zacapa; San Pedro Sula, Honduras; Agosto de 1,996
14. "RIESGOS PARA EL FIDEICOMISO POR LA INTERVENCIÓN ESTATAL"; Dr. Gustavo García Flores; San Pedro Sula, Honduras, Agosto de 1,996.
15. "EL RIESGO PARA EL FIDEICOMISO POR LA INTERVENCIÓN ESTATAL"; Ing. Gamaliel Alvarado Bogantes; VI CONGRESO LATINOAMERICANO DE FIDEICOMISOS"; 14, 15 Y 16 de Agosto; 21 páginas; San Pedro Sula, Honduras, C. A.; 1996.
16. "DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO" – Obligaciones y Contratos- volumen III; Autor : Rene Arturo Villegas Lara; publicado en Guatemala en 1985, por la Universidad de San Carlos; pp. 390. Páginas consultadas 123-135.
17. "WWW. FIDUCOLDEX.COM" - Página de Internet, en donde se encuentra la información acerca de la utilización del Fideicomiso en Colombia. Fecha de consulta a dicha página nueve (9) de diciembre del año dos mil (2,000).-