

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

**ANALISIS JURIDICO DE LA INSTITUCION DEL FIDEICOMISO
COMO UNA OPERACIÓN DE CONFIANZA EN LA ACTIVIDAD
BANCARIA**

TESIS

PRESENTADA A LA HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

POR

**EDGAR BALTAZAR BARQUIN DURAN
(CPA-MAI)**

PREVIO A CONFERIRSELE EL GRADO ACADEMICO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y LOS TITULOS DE

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, FEBRERO DE 1999



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

DECANO: LIC. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
VOCAL I: LIC. SAULO DE LEON ESTRADA
VOCAL II: LIC. JOSE ROBERTO MENA IZEPPI
VOCAL III: LIC. WILLIAM RENE MENDEZ
VOCAL IV: ING. JOSE SAMUEL PEREDA SACA
VOCAL V: BR. JOSE FRANCISCO PELAEZ CORDON
SECRETARIO: LIC. HECTOR ANIBAL DE LEON VELASCO

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

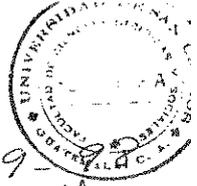
PRESIDENTE: LIC. SAULO DE LEON ESTRADA
VOCAL: LIC. JOSE VICTOR TARACENA ALBA
SECRETARIO: LIC. MYNOR CUSTODIO FRANCO FLORES

SEGUNDA FASE:

PRESIDENTE: LIC. SAULO DE LEON ESTRADA
VOCAL: LIC. HOMERO NELSON LOPEZ PEREZ
SECRETARIO: LIC. REYNERIO DE JESUS VASQUEZ RAMOS

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





3329-

[Handwritten signature]

Guatemala, 5 de octubre de 1998

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado José Francisco De Mata Vela
Su Despacho

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

- 5 OCT. 1998

RECIBIDO
Horas: 19 Minutos: 15
Oficial: [Signature]

Señor Decano:

En cumplimiento de la providencia del dieciocho de febrero del año en curso, emitida por esa Decanatura, por medio de la cual se me designó consejero del trabajo de tesis intitulado **ANALISIS JURIDICO DE LA INSTITUCION DEL FIDEICOMISO COMO UNA OPERACIÓN DE CONFIANZA EN LA ACTIVIDAD BANCARIA**, elaborado por el Licenciado en Auditoría Edgar Baltazar Barquín Durán, procedo a emitir el dictamen correspondiente en los siguientes términos:

El fideicomiso es una institución con perfiles muy propios y con un extenso campo de aplicación, siendo en el caso concreto que nos ocupa, abordado por su autor con seriedad y con comentarios que contienen opiniones personales válidas, producto de su experiencia como laborante en la Superintendencia de Bancos.

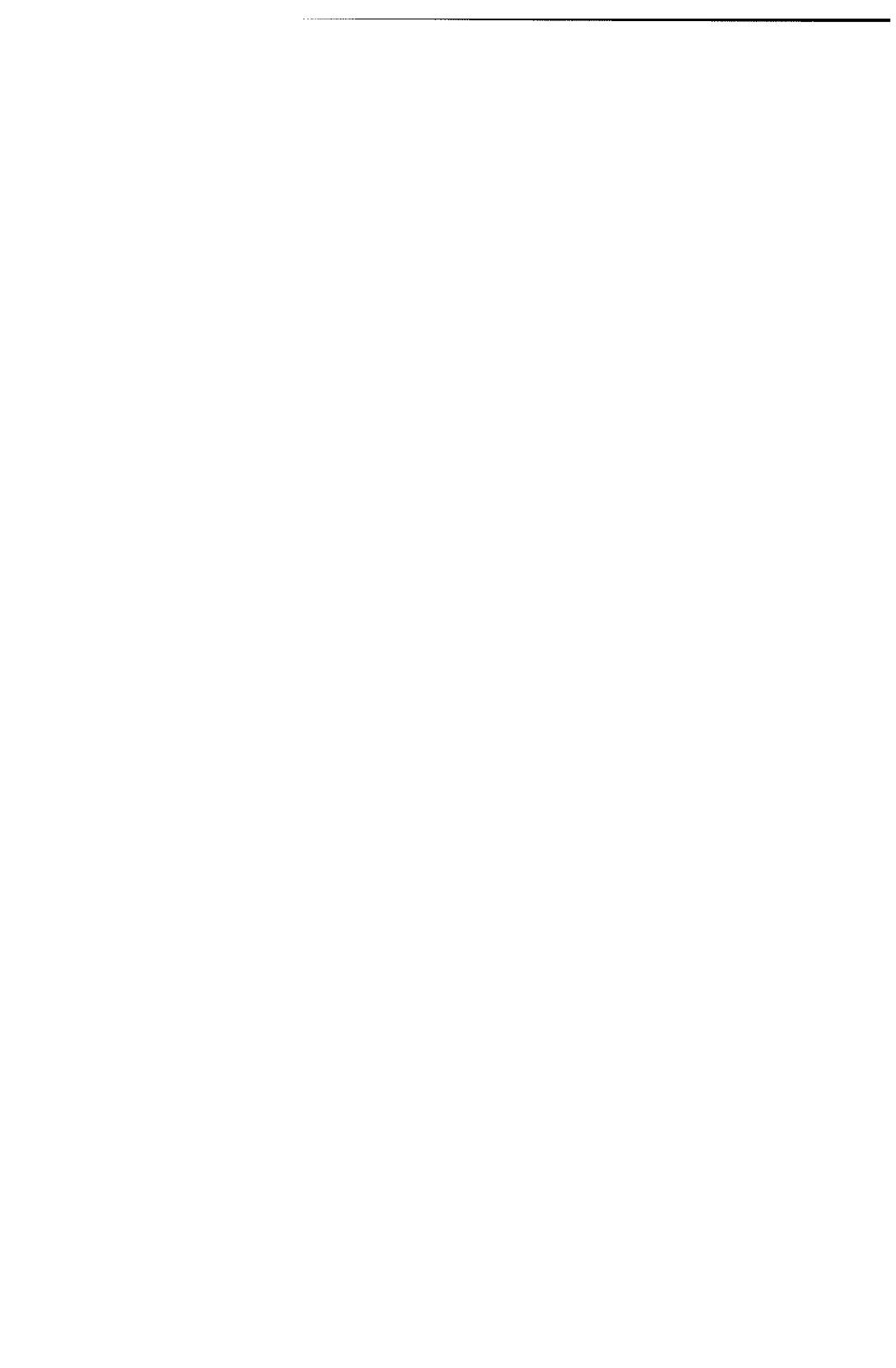
Por lo anterior, estimo que el Licenciado Barquín Durán, en su trabajo de tesis ha satisfecho los requisitos exigidos por el Reglamento para exámenes Técnico Profesionales y Público de Tesis, por lo que me permito emitir opinión favorable para que el mismo, pueda discutirse en examen público de tesis.

Aprovecho la oportunidad para patentizarle al señor Decano las muestras de mi más alta consideración y aprecio.

[Handwritten signature of César Augusto Martínez Alarcón]

Licenciado César Augusto Martínez Alarcón
Asesor

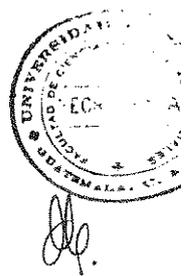
César Augusto Martínez Alarcón
ABOGADO Y NOTARIO



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
GUATEMALA



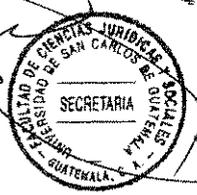
FACULTAD DE CIENCIAS
Y SOCIALES
Ciudad, Zona 18
Centroamérica



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

Por lo tanto, pase al LICENCIADO SAULO DE LEON ESTRADA, para que proceda
a Revisar el trabajo de Tesis de l Bachiller EDGAR BALTAZAR BARQUIN
MORAN y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-----

[Handwritten signature and scribbles]







Guatemala, 19 de octubre de 1998

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

19 OCT 1998

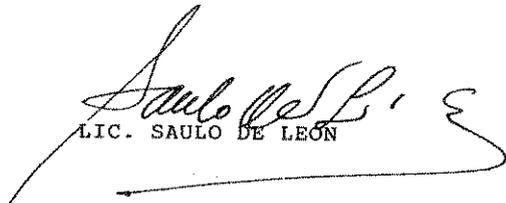
Licenciado
José Francisco De Mata Vela, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

RECIBIDO
Horas: 19 Minutos: 10.5
Oficial: _____

Señor Decano:

De manera atenta me dirijo a usted, con el objeto de informarle que en cumplimiento de la providencia de fecha seis de octubre del corriente año de ese Decanato, procedí a revisar el trabajo de Tesis intitulado: "ANALISIS JURIDICO DE LA INSTITUCION DEL FIDEICOMISO COMO UNA OPERACION DE CONFIANZA EN LA ACTIVIDAD BANCARIA", elaborado por el bachiller Edgar Baltazar Barquín Durán, al respecto me permito opinar que el mismo reúne los requisitos requeridos por el reglamento de la Facultad, para ese tipo de monografía. Por lo que puede ser discutido en el Examen Público correspondiente.

Atentamente,

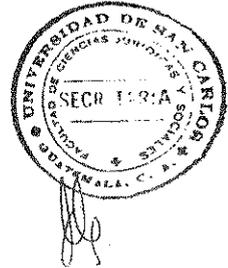

LIC. SAULO DE LEÓN



AN CARLOS
ALA



CIENCIAS
SOCIALES
Zona 12
América



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de tesis del Bachiller EDGAR BALTAZAR BARQUIN DURAN intitulado "ANALISIS JURIDICO DE LA INSTITUCION DEL FIDEICOMISO COMO UNA OPERACIÓN DE CONFIANZA EN LA ACTIVIDAD BANCARIA " Artículo 22 del Reglamento de Exámenes

Técnico Profesional y Publico de tesis.

Santo de L...
M...



Alhj.



ACTO QUE DEDICO

**A MI ESPOSA Y MIS HIJAS,
quienes siempre han estado conmigo
para brindarme su amor, comprensión y
apoyo incondicional.**

AGRADECIMIENTO

**A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS DE GUATEMALA**



ANALISIS JURIDICO DE LA INSTITUCION DEL FIDEICOMISO COMO UNA OPERACIÓN DE CONFIANZA EN LA ACTIVIDAD BANCARIA



CONTENIDO

Pág. No.
1

INTRODUCCION

**CAPITULO I
SISTEMA FINANCIERO**

1.1 Sistema Económico	3
1.2 Sistema Financiero	4
1.3 Integración y Estructura	6
1.4 Marco legal aplicable	12
1.5 Programa de Modernización del Sistema Financiero	14

**CAPITULO II
SISTEMA BANCARIO**

2.1 Definición	17
2.2 Antecedentes	18
2.3 Derecho Bancario	22
2.4 Clasificación de los bancos	24
2.5 Integración del Sistema Bancario Guatemalteco	27

**CAPITULO III
LA ACTIVIDAD BANCARIA**

3.1 Función bancaria	30
3.2 Su importancia	32
3.3 Características	34
3.4 Operaciones que realiza la banca	37
3.5 Operaciones que no están explícitamente previstas en las leyes bancarias y financieras	39
3.6 Otros negocios bancarios (la operación del fideicomiso)	40

**CAPITULO IV
EL FIDEICOMISO COMO UNA OPERACIÓN DE CONFIANZA**

4.1 Antecedentes	42
4.2 Naturaleza jurídica	45
4.3 Definición	47
4.4 Fines	49
4.5 Objeto	50
4.6 Partes intervinientes	51
4.7 Clasificación	54





Alp.

**CAPITULO V
EL FIDEICOMISO EN GUATEMALA**

5.1 Antecedentes	61
5.2 Estructura jurídica	65
5.3 Objeto según nuestra legislación	68
5.4 Sujetos	69
5.5 Aspectos impositivos	72
5.6 Constitución de fideicomisos en los Bancos del Sistema	74

**CAPITULO VI
EL CAPITAL FIDEICOMETIDO**

6.1 Definición	77
6.2 Aportación	78
6.3 Fideicomisos para emisión de certificados fiduciarios	82
6.4 Caso práctico	85

CONCLUSIONES	94
---------------------	----

RECOMENDACIONES	97
------------------------	----

BIBLIOGRAFIA	98
---------------------	----





INTRODUCCION

El sistema financiero en Guatemala, y particularmente los bancos y sociedades financieras, ha venido mostrando la incursión de nuevos agentes económicos, al grado que en los últimos diez años se ha duplicado. En ello ha tenido mucho que ver el Programa de Modernización y las oportunidades de negocios.

Dicho sistema representa para la economía uno de los factores más importantes, ya que es a través de éste como se financia el aparato productivo del país y administra los recursos de una buena parte de la población. Lo anterior, constituye su función sustantiva, y además, realizan una serie de operaciones constitutivas de servicios indirectos a la propia actividad financiera e intermediadora, como lo son las operaciones internacionales, seguros, administración de fondos ajenos, custodia de valores, operaciones de confianza, etc., que en el futuro podrán significar una buena parte de los ingresos.

Dentro de las operaciones de confianza, cabe destacar la institución del fideicomiso, institución poco conocida y difundida en nuestro medio, razón por la cual me motivó investigar sobre este tema. Al respecto, en el presente trabajo se hace un análisis de esta figura jurídica, pero no estudiada desde un punto de vista aislado, sino dentro del contexto en el cual opera; por eso hacemos una relación del sistema financiero y bancario y la forma como desarrollan este producto.

Es indudable que el fideicomiso es un servicio importante para las entidades financieras, pero es necesario que desarrollen una conducta activa a fin de atraer a la clientela, consiguiendo de esa manera negocios en los que actúe en calidad de fiduciarios, a lo cual es indispensable aplicar una estrategia mercadológica penetrante, pues las aplicaciones prácticas de dicha figura han trascendido de la esfera puramente familiar a extenderse al mundo de los negocios, representando un instrumento eficaz y viable, que incluso le llevaría otras operaciones conexas.

De esa cuenta, analizamos en este trabajo de tesis, en su primer capítulo, al sistema financiero en sí y el papel que juega dentro del contexto económico, así como su evolución, el marco legal en que opera y los efectos que ha producido el Programa de Modernización del Sistema Financiero Nacional.

En el segundo capítulo se estudia al sistema bancario en lo particular, con énfasis en los bancos y las sociedades financieras, como principales protagonistas donde predomina el fideicomiso. Se analizan su naturaleza jurídica, sus antecedentes, su clasificación y se hace un detalle de las instituciones bancarias autorizadas para operar en el país, así como la fecha de inicio de operaciones.

En el tercer capítulo abordamos lo relativo a la propia actividad que desarrollan las instituciones bancarias, siendo la fundamental y sustantiva hoy en día la intermedia financiera; pero además, realizan otro tipo de operaciones y prestan diversos servicios. Se analiza la función bancaria como tal, su importancia, sus características, las operaciones y los otros negocios que realizan, como los de confianza, entre otros, y el fideicomiso.

Para comprender mejor esta institución, en el capítulo cuarto se le estudia en un ámbito general; es decir, sus antecedentes, naturaleza jurídica, sus fines, objeto, las partes intervinientes y su clasificación.

Necesariamente Guatemala tiene su historia en cuanto al fideicomiso, de ahí que en el capítulo cinco se analiza esta figura, pero aplicada a nuestro país, sus antecedentes, estructura jurídica, objeto, sujetos, obligaciones tributarias y una cuantificación del capital existente; es decir, cuántas entidades actúan como fiduciarias y el capital en giro de los fideicomisos constituidos.

Finalmente, en el capítulo seis, se estudia el capital fideicometido, como un aspecto importante a considerar, las formas de aportación, la modalidad de los certificados fiduciarios y la presentación de un caso práctico para cerrar la investigación.

Todo lo anterior pone de manifiesto la bondad del fideicomiso, la conveniencia de su ejercicio y la importancia que representa para las instituciones bancarias. No hay que olvidar que a través de esta figura jurídica y de la actuación de aquellas, en su calidad de fiduciarias, se resuelven necesidades y problemas de diversa índole, contribuyendo significativamente al desarrollo económico y social del país.



CAPITULO I

SISTEMA FINANCIERO

Sistema Económico

Para comprender el análisis del sistema financiero, es necesario ubicarlo dentro del contexto de la economía en general dada su naturaleza e importancia; de esa cuenta, comenzaremos analizando el sistema económico.

Las sociedades evolucionadas descansan sobre una diversificada base económica que, accionada por el trabajo humano, engendra una serie de bienes cuyo destino último es el consumo por sus miembros. Los variados elementos que participan en la vida económica de una nación, así como sus conexiones y dependencias, se suman en un todo denominado sistema económico, donde destacan los hombres, que explican la existencia, animan y conducen el sistema. Con el propósito de producir bienes, éstos se valen de las riquezas y fuerzas que la naturaleza les ofrece, interrelacionando y aplicando las reservas de capital, integrando de esa cuenta la constelación de factores de la producción con que puede contar un sistema.

Las actividades productivas de una sociedad se distribuyen a través de innumerables unidades productoras que, individualmente, articulan trabajo, capital y recursos naturales, con la tendencia a obtener determinados bienes y servicios. Las unidades productoras concretan, pues, el fenómeno de la división social del trabajo. La organización de tales factores dentro de las citadas unidades, así como la dirección de sus actividades, cabe a personas o grupos de carácter privado o público, genéricamente denominados organizadores de la producción.

Las combinaciones de factores realizadas por ellos se sitúan dentro de un cuadro de posibles soluciones técnicas. Estos constituyen, en realidad, una multiplicidad de procesos productivos, formas de organización, etc., accesibles a las unidades productivas de una determinada época y región. Las unidades productivas operantes en el cuadro de una nación desempeñan, tanto



individualmente como por grupos, funciones que se integran en el funcionamiento global del sistema. De acuerdo con el papel que, entre otros fenómenos, les cabe en el conjunto del sistema económico productivo, exhiben características extremadamente variadas y constituyen unidades productoras, por ejemplo, una floristería y una industria de calzado.

El análisis económico, reconociendo la diversidad de papeles que desempeñan las muchas unidades de un sistema productivo, procura clasificar sus actividades distinguiendo tres grandes sectores: el primario, que abarca las actividades que se ejercen próximas a las bases de recursos naturales (agropecuarias y extractivas); el secundario, que reúne las actividades industriales, mediante los cuales los bienes son transformados, les son adicionadas características correspondientes a distintos grados de elaboración; y, el terciario, que corresponde a ciertas necesidades que son atendidas por actividades cuyo producto no tiene expresión material. La importancia de este complejo campo de actividades (que comprende por ejemplo, transportes, educación, diversiones, justicia, etc.), del cual emana al sistema una variadísima gama de “servicios”, justifica la existencia del sector comentado.

En este sector de la economía se encuentra ubicado los servicios financieros, que son prestados mediante unidades pertenecientes al denominado “sistema financiero”.

1.2 Sistema Financiero

La actividad económica de las naciones requiere el uso de fondos para su desarrollo, pero esta actividad necesita de una estructura, un “sistema financiero” que ponga a disposición del consumidor y del productor, los medios de pago y de cobro idóneos para que se den las transacciones de negocios.

El sistema financiero está compuesto por instituciones autorizadas para efectuar operaciones financieras, las cuales se comentan a detalle más adelante; sin embargo, es necesario conocer su definición.



Sistema:

Conjunto de principios, normas o reglas, enlazados entre sí, acerca de una ciencia o materia. // Ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad.¹

Financiero:

Perteneciente a la hacienda pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantiles.²

Sistema Financiero

Considerando los elementos que conforman las definiciones anteriores, podríamos indicar que sistema financiero es aquel conjunto de instituciones pertenecientes al sector terciario de la economía, que organizadas bajo un marco jurídico, realizan determinadas funciones tendientes al intercambio, transferencia y distribución de activos y pasivos financieros, así como a la prestación de otros servicios relacionados con la actividad bancaria y de seguros.

Para una mejor comprensión, analizaremos los elementos de la definición anterior:

- Un conjunto de instituciones, porque ellas son el instrumento a través del cual se materializa la prestación de los servicios, cuya integración indicaremos más adelante.
- Se organizan bajo un marco jurídico, que fija los límites donde puede actuar en el seno de una sociedad económica formal organizada y que permite su regulación y control.
- Pertenece al sector terciario de la economía, en virtud de su naturaleza y finalidad, como la mera prestación de servicios.
- Realizan actividades encaminadas a un fin, como lo son las relacionadas con operaciones financieras y de seguros, además de la prestación de otro tipo de servicios afines.

ssorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Pag. 710.
Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Edición. 1984. Pag. 1,250.

Una vez analizados lo que queremos decir con sistema financiero pasaremos a enunciar su integración, en sentido amplio.



1.3 Integración y estructura

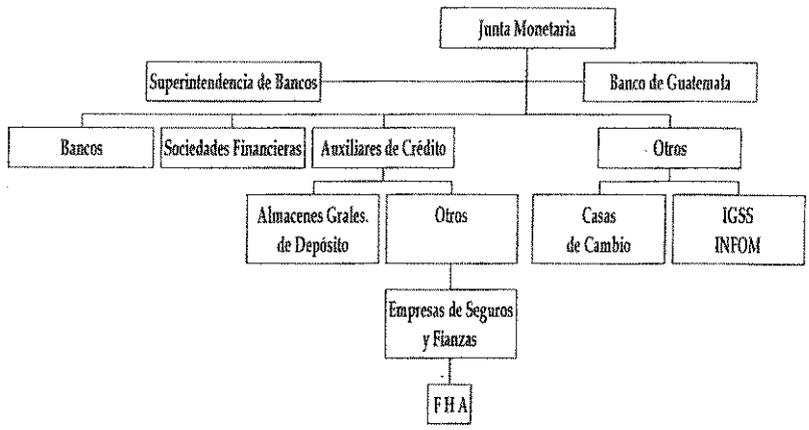
Para el presente trabajo, nos circunscribiremos al estudio del sector financiero de Guatemala, que es el que nos interesa en este caso. En ese sentido este sistema está dividido en dos sectores: el formal y el informal. El sector financiero formal (o regulado) está conformado por instituciones cuya autorización es de carácter estatal, bajo el criterio de caso por caso, y están sujetas a la supervisión del órgano facultado para el efecto. De esa cuenta, el sector financiero formal abarca un sistema bancario y uno no bancario. El sistema bancario incluye, en primer lugar, a la banca central, conformada por la Junta Monetaria como autoridad máxima; el Banco de Guatemala como responsable de ejecutar la política monetaria, cambiaria y crediticia; y, la Superintendencia de Bancos como órgano supervisor. En segundo lugar, a los bancos y sociedades financieras; éstas últimas, definidas por la ley como instituciones especializadas en operaciones de banca de inversión (no captar depósitos y sus operaciones activas son de mediano y largo plazo).

El sistema no bancario se rige por leyes específicas y está conformado por los almacenes generales de depósito, empresas de seguros (captan fondos del mercado y los colocan en operaciones de inversión), empresas de fianzas, casas de cambio y por otras entidades que garantizan o administran fondos de manera significativa, como el Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas, Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y el Instituto de Fomento Municipal, que es una entidad estatal creada con el fin de proporcionar asistencia técnica y financiera a las municipalidades de toda la república, en tanto que el FHA cumple la función de realizar operaciones en relación con hipotecas constituidas en garantía de préstamos otorgados con intervención de las entidades aprobadas a este sistema.



Gráficamente podemos ilustrar el sistema financiero formal de nuestro país, así:

Sistema Financiero Formal³



A los bancos y sociedades financieras también se les conoce como “intermediarios financieros” quienes captan el 90% de los recursos del sistema. Esa masa de dinero se presta a quienes requieren recursos para inversiones o capital de trabajo. El intermediario financiero realiza una importante función de ahorro/inversión, lo cual se ejemplifica así: si todos los guatemaltecos pusieran sus ahorros debajo de la cama, no habría financiamiento para que las empresas continúen produciendo, y no podrían ganarse empleos.

Los almacenes generales de depósito son recintos, que no captan recursos, sino que son utilizados por los importadores para efectos de bodegaje. Por ejemplo, si se importa vehículos, aquellos los reciben en custodia y le emiten un certificado de depósito, para que se pueda tramitar créditos en el sistema bancario. Para el caso podría ser que un banco le preste un millón de Quetzales sobre ese bodegaje de vehículos, pero se dejaría en garantía el certificado que queda pignorado a favor de la entidad bancaria y no se podrá retirar la mercancía

co de Guatemala. Boletín Informativo No. 145 del 31 de agosto de 1997.



a menos que lleve la autorización correspondiente o el certificado. La institución financiera puede llegar a retirar los vehículos con el certificado si no se le paga.

Las empresas de seguros constituyen un miembro importante del sistema, cuya labor es facilitar que se den las transacciones en el comercio, proporcionando tranquilidad para trabajar. Su misión es asegurar que ante cualquier contingencia que ocurra podrán responder. Por ejemplo, si alguien importa materia prima (químicos) de Alemania y se incendiara o se hundiera en el mar, de no haber seguros y fuera una cantidad importante, el importador quebraría y no podría pagarle a su proveedor, de tal manera que previniendo eso la empresa proveedora se asegura que el importador en Guatemala pague, por lo que la compañía local tomará un seguro contra cualquier contingencia o riesgo. Existen seguros de vida y daños.

Las empresas de fianzas tienen una función similar que la de las aseguradoras, pues de alguna manera cubren una contingencia, en este caso sobre el cumplimiento de un compromiso. Existen las fianzas de sostenimiento de oferta, de garantía, de funcionamiento, etc. Por ejemplo, si participa en una licitación para un proyecto a desarrollar por parte del Estado, se requiere de la constitución de una fianza de sostenimiento de oferta y, al no cumplirse dicho compromiso, la entidad estatal puede ejecutar la fianza correspondiente.

Las casas de cambio tienen como función principal facilitar la compra/venta de divisas. En un inicio operaban de manera informal, lo cual era ilegal pero posteriormente se estimó importante su funcionamiento dentro de un contexto formal, por el papel que jugarían en el sistema financiero y para la economía.

Por su importancia es conveniente apuntar lo relacionado con el mercado bursátil, que es un lugar donde se ponen en contacto aquellas personas que tienen excedentes de recursos con los que tienen necesidad de efectivo. Se ponen reglas del juego de cómo deben ser las operaciones, las cuales son ejecutadas por especialistas bursátiles (casas corredoras de bolsa) que dan asesoría tanto al que necesita dinero como al que desea colocar. En Guatemala el mercado de valores



en teoría estaría propenso a desarrollar el mercado de capitales o mercado accionario de largo plazo; sin embargo, el mercado es relativamente joven y prácticamente ha desarrollado incipientemente el mercado de capitales. Causas que explican porqué la Bolsa no se ha desarrollado son: competencia de la banca en el mercado de dinero, resistencia empresarial a proporcionar información financiera, sociedades cerradas a círculos familiares y falta de confianza para entregar información por temor a perder el control de las mismas.

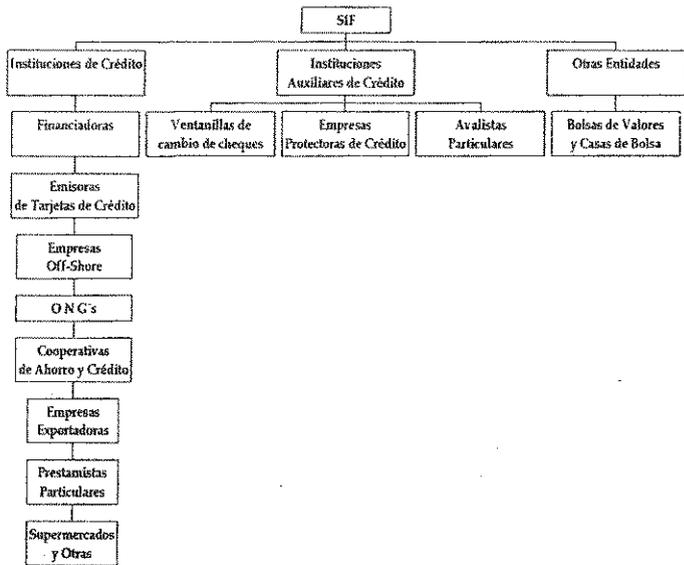
Por su parte, el sector financiero informal está constituido por instituciones que realizan intermediación financiera, cuya autorización responde a una base legal genérica (Código de Comercio) y que no se encuentran bajo la vigilancia y supervisión de la Superintendencia de Bancos. Los intermediarios financieros que conforman este sector, usualmente innovadores, proporcionan servicios que, en su mayoría, están reservados al sector regulado, cayendo en algunos casos en ilegalidades. Entre estos operadores podemos mencionar a los "off-shore",⁴ que financian operaciones de comercio exterior en el país; las financiadoras comerciales, asociaciones de crédito, compañías emisoras y operadoras de tarjetas de crédito y débito, cooperativas de ahorro y crédito, organizaciones no gubernamentales y otro tipo de cooperativas que proporcionan diversos servicios financieros en las áreas rurales.

ntidades constituidas en el exterior, por lo general en países denominados paraísos fiscales, como os, Islas Gran Caimán, Panamá y otros.



Para ilustrar de mejor manera lo anterior, presentamos el cuadro siguiente:

Sistema Financiero Informal



Habiendo analizado el sistema financiero en general, nos centraremos en el sistema financiero formal, en virtud que es en este donde la institución del fideicomiso se desarrolla, por ser nuestro tema central. En ese sentido, la integración del sistema citado, a la fecha, está compuesto por:

Integración del Sistema Financiero Formal en Guatemala

ENTIDAD	No. DE INSTITUCIONES
Bancos	34
Sociedades Financieras	20
Alm. Grales. de Depósito	16
Empresas de Seguros	16
Empresas de Fianzas	13
Casas de Cambio	7
Otros	3
Total	109



El sistema financiero es de vital importancia para el desenvolvimiento económico, social y jurídico de cualquier país, de tal manera que todas las naciones del mundo actual cuentan con este sistema, que cada vez se ha venido desarrollando y sofisticando, con nuevos agentes que permiten la realización de servicios más efectivos con la ayuda de la tecnología, al grado que las fronteras entre los países están prácticamente desapareciendo, dando paso así a la globalización de los mercados, entre ellos, el que atiende al sector que analizamos.

La importancia indicada radica en la naturaleza misma de la función que desarrolla el sistema financiero, ya que es el canal que coadyuva al desarrollo de la economía, financiando proyectos con recursos captados de las personas que poseen exceso de liquidez. El efecto de la canalización de los recursos hacia actividades productivas, se traduce, en buena parte, en el crecimiento de la economía y por ende influencia la balanza comercial y otras variables económicas como el empleo, tipo de cambio, etc.

Por aparte, este sistema desempeña también un papel importante en el logro de los objetivos de estabilización y crecimiento económico de un país. Este sector no solo influye sobre los montos totales de ahorro e inversión, sino también sobre la eficiencia en la asignación de los recursos a los proyectos de inversión. Algunos países han utilizado una estrategia intervencionista para estimular el crecimiento, otros, en cambio, han seguido una estrategia financiera diferente, basada más en los mecanismos de mercado para alcanzar los objetivos de promover y movilizar el ahorro, lograr una asignación eficiente de los fondos invertibles y mantener la estabilidad económica.

En los últimos años, varios países en desarrollo han reemplazado su estrategia intervencionista por una basada en las fuerzas del mercado, situación que no ha sido ajena al caso de Guatemala. En efecto, a finales de los años ochenta se inició el reemplazo de la estrategia intervencionista por una basada en los mecanismos de mercado, mediante un proceso de modernización del sistema financiero que se inició con la adopción de dos medidas de trascendental



importancia: dejar en libertad a los intermediarios financieros para establecer las tasas de interés aplicables a sus operaciones activas y pasivas y permitir que el tipo de cambio fuera determinado por las fuerzas del mercado.

Este proceso continuó fortaleciéndose mediante la adopción de otras acciones y se formalizó cuando la Junta Monetaria aprobó, en septiembre de 1993, la matriz del programa de modernización financiera nacional, la cual se había diseñado en coordinación con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Más adelante se hace referencia en detalle a dicha matriz.

En Guatemala, no cabe duda que los bancos del sistema constituyen el corazón del sistema financiero, por el nivel de activos que operan y la hegemonía respecto de las otras entidades. La tendencia, es la de formación de grupos financieros, que prestan una diversidad de productos, así tenemos, por ejemplo, el Grupo Industrial, la Corporación de Occidente, el Grupo G & T, el Grupo Financiero del País, etc. Estos grupos están conformados por entidades reguladas y no reguladas como: banco, sociedad financiera, almacenadora, aseguradora, afianzadora, casa de cambio, casa de bolsa, arrendadora, empresa de aval, empresa de leasing, tarjeta de crédito y otras que giran alrededor del banco y de una organización de carácter corporativa, con una estrategia única, en función de la naturaleza de los servicios que prestan cada una de los integrantes del grupo.

1.4 Marco Legal del Sistema Financiero

El sistema financiero guatemalteco se encuentra regulado, principalmente, por la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley de Bancos, la Ley Monetaria, la Ley de Sociedades Financieras Privadas, la Ley de Empresas de Seguros, la Ley de Almacenes Generales de Depósito, el Decreto 22-86 (casas de cambio), la Ley Orgánica del FHA y otras.

Colateralmente, le son aplicables, en el caso de entidades estatales, sus leyes orgánicas específicas y otras como la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley Orgánica del Presupuesto, la Ley de Responsabilidades, etc.



Por aparte, a todo el sistema financiero le es aplicable el Código ^{regulatorio} y las leyes fiscales ordinarias, ya que son sujetos pasivos de impuestos y ^{agentes} de retención. Adicionalmente, se aplica también las demás leyes ordinarias, en forma supletoria, dentro de las que podemos citar el Código Civil, el Código Procesal Civil y Mercantil, el Código de Comercio, el Código de Trabajo y las demás leyes y reglamentos aplicables.

Además de lo expuesto y haciendo un análisis más específico, podemos decir que el marco jurídico que rige las operaciones de las entidades comentadas, establece para el sistema bancario una estructura de banca central, con leyes específicas que regulan cada una de sus actividades, de la forma siguiente:

- El artículo 1º. De la Ley de Bancos considera que únicamente las entidades debidamente autorizadas podrán efectuar legalmente, dentro del territorio de la República, negocios que consistan en el préstamo de fondos obtenidos del público mediante el recibo de depósitos o la venta de bonos, títulos u obligaciones de cualquier otra naturaleza, y serán consideradas para los efectos legales como instituciones bancarias.
- El artículo 1º de la Ley de Sociedades Financiera, define a la las sociedades financieras, como aquellas instituciones bancarias que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones de banco de inversión. Promueven la creación de empresas productivas mediante la captación y canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazos; invirtiéndolos en estas empresas, ya sea en forma directa al adquirir acciones o participaciones; en forma indirecta, otorgándoles créditos para su organización, ampliación y desarrollo, modificación, transformación o fusión, siempre que promuevan el desarrollo y diversificación de la producción.
- El artículo 1º de la Ley de Almacenes Generales de Depósito, las define como empresas privadas con carácter de instituciones auxiliares de crédito, constituidas en forma de sociedades anónimas, cuyo objeto es el depósito, la conservación y custodia, el manejo y la distribución, la



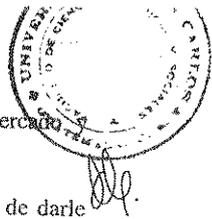
compra y venta por cuenta ajena de mercancías o productos de origen nacional o extranjero y la emisión de certificados de depósito y bonos de prenda, cuando así lo soliciten los interesados. Sólo los almacenes generales de depósito pueden emitir estos títulos, mismos que serán transferibles por simple endoso.

- La Ley de Empresas de Seguros fija las normas para la constitución y organización de tales empresas. El artículo 1º prohíbe el funcionamiento en el país de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras por lo que el mercado asegurador guatemalteco está compuesto exclusivamente por empresas nacionales. El reglamento de dicha ley establece, en el artículo 1º, que las empresas privadas, estatales y semiestatales de seguros de naturaleza mercantil son aquellas que, con fines de lucro, se dediquen al negocio del seguro, del reaseguro o de ambas actividades.

1.5 Programa de Modernización Financiera

El proceso de liberalización financiera mencionada, se ratificó y formalizó en septiembre de 1993, mediante la resolución de Junta Monetaria JM-647-93, que contiene la matriz del Programa de Modernización del Sistema Financiero Nacional, estableciéndose cursos de acción específicos con el propósito de alcanzar los objetivos fundamentales siguientes:

- La estabilidad monetaria para el crecimiento y desarrollo económico, cuyo objetivo es propiciar el marco legal y reglamentario, y asegurar la política financiera que promueva el crecimiento y desarrollo de la economía nacional, en un ambiente de estabilidad monetaria y de precios.
- La liberación financiera y diversificación de la oferta de productos y servicios bancarios, cuyo objetivo es propiciar el marco legal y reglamentario para asegurar la política de supervisión financiera que permite liberar a las instituciones bancarias para que puedan efectuar otras operaciones de naturaleza bancaria con el fin de diversificar su oferta de



productos y servicios, mejorando sus oportunidades en el mercado propiciar su mayor competitividad nacional e internacional.

- Fortalecimiento de la normativa prudencial, cuyo objetivo es el de darle cumplimiento al artículo 133 de la Constitución Política de la República y la legislación bancaria atinente, con el propósito de desarrollar instrumentos y mecanismos mediante normativa de índole prudencial, bajo un enfoque preventivo y de autoregulación de las instituciones conforme normas dictadas por la autoridad correspondiente, para velar por la solvencia y solidez del sistema financiero.
- Modernización de la supervisión financiera, cuyo objetivo es asegurar el marco legal, reglamentario y de política de supervisión financiera que, bajo un enfoque preventivo y de autoregulación de las instituciones, modernicen y fortalezcan la capacidad de la Superintendencia de Bancos para anticipar, prevenir y actuar oportunamente con el fin de corregir situaciones o prácticas que puedan poner en riesgo la liquidez, solvencia y solidez de las instituciones financieras.
- Regulaciones del mercado de valores y de capitales, cuyo objetivo es propiciar el marco legal necesario que facilite el desarrollo de este mercado.

Hoy en día, podríamos indicar que, en general, esas acciones y objetivos han sido alcanzados y cumplidos, toda vez que se ha llevado un programa de estabilización económica consistente, a través de la política monetaria, cambiaria, crediticia y fiscal, traducido en la liberalización de tasas de interés, reducción gradual de encajes bancarios, mayor información financiera al público, la Junta Monetaria no puede autorizar que el Banco de Guatemala otorgue financiamiento directo o indirecto, garantía o aval al Estado, se liberó el régimen cambiario, se permitió a las entidades realizar operaciones que no están explícitamente previstos, se facilitó la adquisición de acciones entre instituciones, se flexibilizó las condiciones de entrada de nuevas entidades, se emitió la normativa prudencial básica como el reglamento de valuación de activos crediticios, de prórrogas y



novaciones, de operaciones vinculadas con directores y funcionarios, se suscribieron los requerimientos mínimos de capital de acuerdo a disposiciones del Comité de Basilea, se emitió la Ley del Mercado de Valores y Mercancías; sin embargo, quedan pendientes algunos aspectos como lo relacionado con la eliminación del principio de concentración de divisas, la recepción de depósitos en moneda extranjera y la conformación técnica de la Junta Monetaria, aspectos que no se han llevado a la práctica más por situaciones políticas que de orden técnico.

Cabe agregar, que actualmente se está negociando el "sectorial financiero II"⁵ con los organismos financieros internacionales, que podría incluir una nueva legislación que modernice el sistema financiero a las prácticas internacionales y facilite la prestación de servicios y su control.

⁵ Se refiere a los compromisos del Gobierno de Guatemala, de realizar determinadas acciones como condición necesaria para el desembolso de créditos del exterior con ese fin.

CAPITULO II

SISTEMA BANCARIO



I Definición

Sergio Rodríguez Azuero⁶ define al Sistema Bancario como el “conjunto de autoridades, entidades e instituciones que señalan las normas, realizan y controlan la intermediación en el crédito”.

Decimos que los bancos y demás entidades financieras integran un “sistema”, porque constituyen un conjunto de unidades entrelazadas armónicamente, cuya función general es la prestación monopólica de la actividad intermediadora y creadora del crédito y prestación de servicios conexos. De modo que tenemos un conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objetivo.

Esta característica esencial de la banca moderna no debe perderse de vista en ningún momento y exhibe una de sus connotaciones basamentales. Y ello es así por varias razones, entre ellas:

- a) Porque el Estado organiza la prestación del servicio financiero teniendo presente esa actuación ordenada de las distintas unidades tendientes a un objetivo común. Por ello otorga a esas unidades el privilegio de su actuación monopólica, esto es, limitada a las unidades “autorizadas” por el Estado. Hoy ya no se puede dedicar a la actividad bancaria y financiera ninguna empresa sino tiene, previamente, la autorización estatal para ello, la cual, en casi todos los casos, la otorgan los bancos centrales.
- b) Porque para el Estado contemporáneo la organización de este sistema es una pieza fundamental de su política económica, ya que es esencial el control de la moneda y el el crédito cuya creación no puede quedar en manos de particulares sin control alguno.

⁶ Rodríguez Azuero. Contratos Bancarios. Biblioteca Felaban. Pág. 97



- c) Porque todas esas unidades operan sobre la base de la “confianza” pública, respaldadas por esa autorización que otorga el Estado. De modo que cuando se destruye una de esas unidades, por lo general, se afecta todo el sistema, toda vez que éstas actúan entrelazadamente manteniendo entre ellos relaciones de mayor importancia.
- d) Porque los bancos, para el mejor desenvolvimiento de sus actividades actúan complementándose entre sí. Se transfieren fondos, se prestan dineros, se otorgan garantías, se unen para realizar operaciones de importancia, etc.

2.2 Antecedentes

Origen:

La actividad bancaria ha venido desarrollándose a través del tiempo y su evolución ha estado determinada por una serie de hechos y acontecimientos que han propiciado que hoy día sea una función profesional.

Así, en la antigüedad, “los cambistas adquirieron importancia, como en Grecia, donde recibían depósitos y efectuaban pagos por cuenta de sus clientes. En la edad media, la orden de los Templarios, fundada en 1118, se convirtió en banquero del Papa y de muchos reyes y príncipes. En 1407 se fundó en Génova el primer banco público, la Casa de San Jorge, con dos secciones, una encargada de recibir depósitos y la otra encargada de administrar la deuda pública de Génova. En la ciudad de Toscana se instituyó el uso de la letra de cambio, el giro y el aval. En Venecia se regulan las operaciones bancarias y se exige caución (fianza) por el manejo de fondos. En los siglos XII y XIII, surgen y se desarrollan los montes de piedad, a quienes se les permitió pagar y cobrar intereses sobre depósitos y los préstamos. En la época del mercantilismo (1450 – 1750), surgen los bancos propiamente dichos, quienes popularizan el uso de la letra de cambio, del pagaré y del giro cambiario, en sustitución del dinero, para efectuar pagos locales y en otros lugares. En Inglaterra, los orfebres, que hacían también de cambistas, iniciaron el sistema de pagar intereses por los depósitos de dinero que recibían e



invertían en operaciones crediticias y descuento de letras de cambio. La suspensión de pagos de la corona causó la quiebra de los orfebres. Para superar la catástrofe, se fundó en 1694 el Banco de Inglaterra, como un banco público, el cual marca un paso importante en la evolución bancaria, como es el de haber creado el billete de banco, que ha contribuido a facilitar los pagos, aunque trajo consigo la posibilidad del abuso de emisiones excesivas, con los problemas monetarios que ello acarrea. No obstante que el Banco de Inglaterra tuvo desde su creación algunas características del banco central moderno, fue hasta el siglo XIX cuando se le concedió definitivamente la exclusividad de la emisión monetaria”.⁷

La esencia de la banca, a lo largo de los años ha tenido un factor común “el dinero”. Históricamente se ha empleado una gran variedad de mercancías como medio de cambio: ganado, tabaco, aceite de oliva, cerveza, licores, cobre, hierro, oro, plata, anillos, diamantes y cigarrillos entre otros. Ya en el siglo XIX, por los inconvenientes que mostraban los elementos citados, el dinero-mercancía se limitaba a los metales. La mayoría de las clases de dinero empleados tendían a ser valiosas o útiles por sí mismas. La edad del dinero-mercancía dejó paso al dinero-papel, de tal manera que hoy la esencia del dinero, su naturaleza intrínseca, queda al descubierto. El dinero como tal y no como mercancía, no se busca por sí mismo sino por las cosas que se pueden comprar con él. No se desea consumir dinero directamente, sino más bien, utilizarlo desprendiéndose de él. El dinero viene a ser una convención social artificial, por su conveniencia como medio de cambio.

Finalmente, hoy es la era del dinero bancario; es decir, de los cheques firmados contra un depósito en un banco u otra institución financiera, habiendo evolucionado al uso de tarjetas de crédito, de débito, de transacciones electrónicas y del manejo de derechos, a través de la banca del futuro, utilizando chips especializados con débitos y créditos a las cuentas automáticamente, sin el uso de cheques o tarjetas, aún internacionalmente.

⁷ Carlos González Arévalo. Sistema Bancario Moderno. Textos Económicos No. 2. Departamento de Publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos, 1978, Pág. 1.

La actividad bancaria de Guatemala

Esta actividad se remonta a los tiempos florecientes de la cultura maya y subsiguientes culturas mayenses, cuyas operaciones mercantiles se hacían con base en el trueque y especies monetarias naturales. Hasta la llegada de los colonizadores españoles y durante los primeros años del gobierno peninsular, en las poblaciones indígenas del país se siguieron utilizando como moneda el maíz, las semillas, el cacao y, en algunas regiones, los cocos.

Durante la propia época colonial, especialmente durante los primeros tiempos, no obstante haberse adoptado el sistema monetario español, en algunas regiones se siguieron utilizando las semillas de cacao, que servía principalmente como moneda fraccionaria.

El sistema monetario español que se trasladó al continente americano se basaba en el real como unidad. En 1497 se acuñaron monedas de plata con valor de ocho reales, que se conocieron como “pesos” y “duros”. Además, se trajeron de España piezas de oro, siendo la más común la “onza” o “doblón”, equivalente a 16 pesos de plata, acuñada por primera vez por Felipe III, en 1615. En general, la situación monetaria que sirvió al desarrollo de las actividades comerciales de Guatemala no fue muy satisfactoria durante el período colonial, pues se prestaba a la confusión y al desorden.

Después de la independencia y hasta la revolución liberal de 1871, la moneda corriente de Centro América fue casi la misma que dejaron los españoles. En 1869, el gobierno de Guatemala adoptó el sistema decimal como base de la moneda, de modo que el peso de oro se consideró dividido en céntimos, en lugar de 8 reales, con un valor aproximado al dólar oro de Estados Unidos de América. En marzo de 1874, durante el gobierno liberal producto de la revolución de 1871, se fundó el Banco Nacional de Guatemala, con un capital estimado de dos millones de pesos, producto de la venta de parte de las propiedades que la administración pública de la época confiscó a la Iglesia Católica. Este primer banco fue autorizado a efectuar operaciones bancarias regulares, incluyendo la emisión y circulación de billetes de curso legal, garantizados por el gobierno



contra efectivo o documentos, con vencimiento a un plazo no mayor de tres meses. También acostumbró dar dinero prestado, más o menos al 6% anual, con garantía hipotecaria, para competir con los banqueros y comerciantes privados individuales que hacían una especie de negocio bancario en similares términos.

Sin embargo, en 1876 dicho banco estatal suspendió los pagos en especie contra la presentación de billetes de banco y se ordenó su liquidación, dejando de existir el mismo año. Al año siguiente (1877), se fundó el Banco Internacional y en 1878 se creó el Banco Colombiano, ninguno de los cuales subsiste. Poco más tarde (1881), se fundó en Quetzaltenango el Banco de Occidente, que todavía existe.

Ya en el presente siglo, la penúltima reforma monetaria involucró medidas económicas, especialmente de reajuste fiscal, que permitieron, en 1926, el tipo de cambio oficial y de mercado se situara al uno por uno, al mismo tiempo que se establecía una nueva unidad monetaria. Mientras que en 1870 el valor oro del peso fue equivalente al del dólar de los Estados Unidos de América, en 1924 apenas valía entre un centavo y medio y dos centavos de dólar. Con el surgimiento del Quetzal se retornó a la paridad de 1870.

Dos instituciones bancarias surgieron antes de la última reforma monetaria, que son el Crédito Hipotecario Nacional, en 1930, y el Banco de Londres y América del Sur, en 1936, denominado hoy como Lloyds Bank PLC, Sucursal Guatemala.

Después de la reforma monetaria de 1916, que instituyó el Quetzal como unidad monetaria, no fue sino hasta 1945 cuando, como resultado de la revolución del año anterior, bajo el gobierno del presidente Arévalo, se produjo la última reforma monetaria y económica-financiera, cuyo marco legal aún está vigente. Además de haberse establecido el sistema de Banca Central, se emitió nueva legislación en materia monetaria y bancaria. Esta última incorporó los progresos más avanzados de dicha época en materia de teoría y prácticas bancarias, con la suficiente flexibilidad para dotar al sistema bancario guatemalteco de la



plataforma jurídica necesaria para propiciar su desarrollo, que ha logrado hasta ahora.

La legislación emitida en esa época es la que regula las actividades bancarias en la actualidad, excepto por las reformas introducidas.⁸

2.3 Derecho Bancario

Definición

Manuel Boseta Pont⁹ define al Derecho Bancario como el “conjunto de normas de derecho público y privado que regulan a los bancos y a su actividad económica.”

Por su parte, Francés Whitney¹⁰ dice “que es la rama del derecho que cuida de la disciplina jurídica de la moneda y del crédito, haciéndose objetivo a través de vetos, órdenes y recomendaciones a los que toman la moneda y el crédito como objeto de sus negocios”.

Naturaleza jurídica

Mucho se ha discutido en torno a la naturaleza jurídica del Derecho Bancario y sobre la función que realizan los bancos, así tenemos que algunos opinan que pertenece al derecho público y otros al derecho privado, cada quien fundamentando sus puntos de vista. En lo particular, sostengo la tesis que pertenece a ambos, según las circunstancias de su análisis. Para fundamentar esta tesis nos referimos a lo indicado por Gabino Fraga,¹¹ quien indica que “Derecho Público es el conjunto de normas que rigen la organización del Estado y la actividad de ésta directamente encaminada al cumplimiento de las atribuciones que al mismo corresponde”, mientras que “Derecho privado es el conjunto de normas que rigen las relaciones entre los particulares y es aplicable a aquellas en que el Estado interviene, cuando la actividad del Estado no afecta

⁸ Banco de Guatemala. Revista Banca Central No. 12, 1992. Página 72.

⁹ Boseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, Madrid, 1978. Pág. 443.

¹⁰ Whitney, Frances. The American Currency History, publicado por el Servicio de Información de U.S.A., sin editorial ni fecha.

¹¹ Gabino Fraga. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, México, 1984.



inmediatamente a la satisfacción que le está encomendada, de las necesidades generales.”

Eduardo Ortiz Ortiz¹² define al Derecho Público “al que regula la actividad del Estado, mediante el conferimiento de privilegios especiales, principalmente de mando, o la imposición de sujeciones también especiales en protección directa del interés público y eventualmente refleja el interés particular” Al Derecho Privado lo define como “el ordenamiento jurídico que, inspirado prevalentemente en la armonización y en la imposición de los intereses individuales, rige las relaciones entre los agentes privados, en cuanto ejercen, en un clima de libertad, actividades de carácter público.”

Considerando las definiciones anteriores, estimamos que el Derecho Bancario contiene normas de derecho público y de derecho privado, ya que la gran importancia económica de los bancos, y de su función, ha determinado que se encuentren sometidos a un régimen de autorizaciones, de control y supervisión y de condiciones imperativas de contratación que han generado la aparición jurídico-público para la banca privada, al lado del estatuto que le corresponde por su condición de empresarios mercantiles. Es por ello por lo que el Derecho Bancario puede definirse como el conjunto de normas de derecho público y privado que regulan a los bancos y a su actividad económica.

Tomando en cuenta la importancia de los servicios bancarios, la prestación masiva de los mismos y la necesidad con que son demandados por los particulares, muchas legislaciones han considerado que el servicio bancario es un servicio público, de aquellos que obedecen a la necesidad general de la comunidad que debe ser satisfecha forzosamente y de cuya utilización no puede prescindirse. De manera que, aún en los casos en que la legislación reconozca que es una actividad privada, ello solo conduciría, para quienes aceptan esta tesis, a que se trate de un servicio público prestado por particulares. En esa forma, como servicio público y por esa sola circunstancia, suele ser susceptible de una

¹²Eduardo Ortiz Ortiz. Derecho Administrativo. Facultad de Derecho, U.R.L., 1976. Tesis



rígida intervención estatal dirigida a ordenarlo, regularlo, imponer condiciones en las cuales debe prestarse, etc.

Aparte de la “teoría del servicio público”, subyace el papel que los bancos juegan en la economía, por cuando crean dinero a través de los depósitos realizables por medio de cheques y por la mecánica de los préstamos abonados a cuenta, haciendo medios de pago adicionales, distintos a aquellos creados directamente por el Estado por la vía de la emisión. La emisión de dinero primario está reservado al Estado, a través de la Banca Central, atendiendo al “principio de soberanía monetaria”. Dicha soberanía se traduce en la posibilidad de regular el sistema monetario y especialmente los bancos que creadores como son de moneda, sólo pueden serlo, en la medida en que el Estado se los permita y, en todo caso, dentro de las limitaciones que él imponga. Además, los bancos aparte de ser creadores de dinero y distribuidores de crédito, manejan un importante volumen de ahorro de la comunidad, lo cual explica la necesidad de garantizarlo en la mejor forma, teniendo en cuenta su profunda resonancia social. Como consecuencia de ello, las restricciones que usualmente son impuestas a las entidades bancarias pueden sintetizarse en: la autorización previa, la normativa prudencial y su supervisión directa y la imposición de sanciones.

Por aparte, cuando los bancos celebran contratos con sus clientes, derivado de las operaciones propias de su actividad, es cuando actúan dentro del campo del derecho privado.

2.4 Clasificación

Diversos criterios existen para clasificar a los bancos. Asimismo, cada autor realiza la clasificación a su manera, y aún llama con el mismo nombre, a los bancos que otros autores señalan de diferente forma, dependiendo del Estado que se trate. La clasificación que aquí daremos, obedece a una visión del ponente de esta tesis, atendiendo a las circunstancias de nuestro país.



- **Según su naturaleza jurídica:**

Bancos públicos: son propiedad del Estado, generalmente funcionan con una ley orgánica propia, cumpliendo un objetivo específico, atendiendo a algún sector en especial. El Estado nombra a sus autoridades; como ejemplo podemos citar a El Crédito Hipotecario Nacional.

Bancos privados: son propiedad de particulares, organizados conforme a la ley y su escritura de constitución. La mayoría de estos bancos en nuestro país atienden a varios sectores de la economía y aún no se ha explotado convenientemente los nichos de mercado como tales, probablemente por lo pequeño del mismo. Como ejemplo tenemos el Banco de Exportación, S.A., el Banco de Occidente, S.A., etc.

Bancos mixtos: son aquellos donde existe aportación de capital de los particulares y del Estado, siendo compartida su administración. Como ejemplo podemos citar al Banco de los Trabajadores.

- **Según su tamaño (en función de sus activos):¹³**

Bancos grandes: son aquellos cuyos activos son mayores de dos mil millones de Quetzales, atendiendo a una metodología de cálculo como la que tiene la Superintendencia de Bancos de Guatemala. De acuerdo con esta metodología, algunos bancos grandes son: el Industrial, S.A. (Q. 3,130 millones), Granai & Townson, S.A. (Q. 2,543 millones), de Occidente, S.A. (Q. 2,474 millones) y el Continental, S.A. (Q. 2,535 millones).

Bancos medianos: son aquellos cuyos activos se encuentran entre los mil y dos mil millones de Quetzales; como ejemplo podemos citar a los bancos: del Agro, S.A. (Q. 1,924 millones), de Exportación, S.A. (Q. 1,543 millones), del Café, S.A. (Q. 1,890 millones), Reformador, S.A. (Q. 1,532 millones) y otros.

Bancos pequeños: son aquellos cuyos activos no superan los mil millones de Quetzales. Entre ellos tenemos a los bancos: Internacional, S.A.

¹³ hace la aclaración que esta clasificación es dinámica, pues cambia en función de los cambios que se ven en los activos de las entidades.



(Q. 925 millones), de la Construcción, S.A. (Q. 961 millones), del Quezaltenango S.A. (Q. 853 millones) y otros.

• **Según su actividad:**

. Banco central: es el que desarrolla actividades de banca central, como el Banco de Guatemala, cuya función está definida en el artículo 133 de la Constitución Política de la República y su ley orgánica. Dentro de algunas funciones especiales de banca central están las de dictar normas en materia de moneda y de cambios, la emisión de moneda y billetes, ser banco de bancos, ser agente financiero del Estado, ser depositario de las reservas internacionales, y otras.

. Bancos comerciales: son aquellos que se dedican a la función bancaria y a la prestación de servicios financieros. Algunos de éstos son los que mencionamos en el apartado anterior. Independientemente de la función económica, buscan la obtención de ganancias.

• **Según el alcance de sus operaciones:**

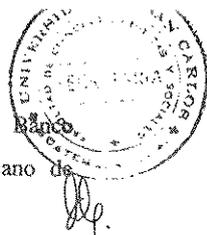
. Bancos comerciales e hipotecarios: son aquellos que están facultados para recibir depósitos del público y prestarlos a corto, mediano y largo plazo. Ejemplo de los mismos son los indicados anteriormente.

. Bancos de ahorro y préstamo para la vivienda familiar: son aquellos que se dedican exclusivamente a la captación de fondos más estables y a la colocación en el fomento de vivienda; tienen la característica de tener una ley específica. Como ejemplo podemos citar a Vivibanco, S.A.

. Bancos de inversión: denominados sociedades financieras de acuerdo con el Decreto Ley 208, y son aquellos que la captación del público únicamente la pueden hacer por la vía de las obligaciones financieras (bonos y pagarés) y la colocación de los fondos a mediano y largo plazo. Algunos ejemplos son: Financiera Guatemalteca, S.A., Financiera Industrial, S.A., etc.

• **Según el ámbito territorial:**

. Bancos multilaterales o internacionales: son propiedad de diferentes Estados, nacidos generalmente de convenios internacionales. Como ejemplo



podemos mencionar al Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Banco Centroamericano de Integración Económica.

Bancos nacionales: son los constituidos y que operan en Guatemala, que pueden ser públicos, privados o mixtos. Ejemplo de ellos son los mencionados con anterioridad.

• **Según la función que desempeñan en la tramitación de préstamos:**

Conforme crece la actividad económica en el país, la demanda de créditos se hace cada vez mayor, así también los montos. El artículo 91 de la Ley de Bancos prohíbe a las entidades bancarias conceder créditos a una sola persona que exceda el 20% de su capital y reservas de capital: en ese sentido, cuando hay un demandante de un crédito significativo, varios bancos se juntan con el propósito de otorgar el crédito por el monto solicitado sin transgredir la ley, a los que se les denomina "créditos sindicados". De esa cuenta tenemos:

Banco administrador: es el comisionado para actuar como administrador del crédito sindicado, en los términos de los contratos respectivos. Este se encarga de cobrar los intereses y distribuirlos conforme la participación de cada banco.

Bancos participantes: son aquellos que participan en el otorgamiento del crédito, aportando una parte en el desembolso del mismo.

• **Por su origen:**

Bancos nacionales: son los constituidos como personas independientes.

Sucursales de bancos extranjeros: son aquellos constituidos en el país, cuya casa matriz se ubica en el extranjero.

5 Integración del Sistema Bancario en Guatemala

Actualmente operan en Guatemala 34 bancos (excluyendo al Banco de Guatemala y al BANVI; este último en proceso de liquidación). De tales bancos, 30 son privados, 1 es mixto, 2 son sucursales extranjeras y 1 es estatal.



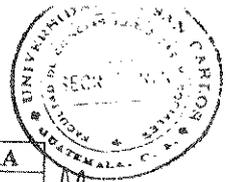
Asimismo, operan 20 sociedades financieras (que son bancos de inversión) siendo todas privadas (se excluye CORFINA, en virtud que por su situación financiera ya no opera, aunque no está en proceso de liquidación).

La integración de las entidades citadas, así como la fecha en que iniciaron operaciones, es la siguiente:¹⁴

BANCOS	FECHA DE APERTURA
De Occidente, S.A.	25-05-1881
Agrícola Mercantil de Guat., S.A.	01-07-1946
Del Agro, S.A.	16-05-1958
Inmobiliario, S.A.	13-12-1958
Granai & Townson, S.A.	03-09-1962
Industrial, S.A.	17-06-1968
De Desarrollo Rural (exBandesa)	03-05-1971
De Ejército, S.A.	15-02-1972
Internacional, S.A.	12-07-1976
Metropolitano, S.A.	09-10-1978
Del Café, S.A.	16-10-1978
De la Construcción, S.A.	13-06-1983
Del Quetzal, S.A.	13-11-1984
Exportación, S.A.	16-12-1985
Promotor, S.A.	26-09-1986
Continental, S.A.	15-10-1990
Reformador, S.A.	26-11-1990
Uno, S.A.	04-03-1991

BANCOS	FECHA DE APERTURA
Multibanco, S.A.	02-03-1992
Corporativo, S.A.	01-06-1992
Empresarial, S.A.	14-12-1992
Del Nor-Oriente, S.A.	31-05-1993
De Comercio, S.A.	01-06-1993
Vivibanco, S.A.	22-11-1993
De la República, S.A.	07-02-1994
SCI, S.A.	26-01-1995

¹⁴ Superintendencia de Bancos. Boletín mensual de Estadísticas del Sistema Financiero No. 63, mes de marzo de 1998.



BANCOS	FECHA DE APERTURA
Americano, S.A.	20-03-1995
Privado para el Desarrollo, S.A.	17-05-1995
De Antigua, S.A.	27-07-1997
De América Central, S.A.	29-12-1997
De los Trabajadores	01-02-1966
Lloyds Bank PLC, Suc. Guat.	24-11-1986
Citibank, NA, Suc. Guat.	03-12-1990
Crédito Hipotecario Nacional	06-10-1930

FINANCIERAS	FECHA DE APERTURA
Guatemalteca, S.A.	12-09-1962
Industrial y Agropecuaria, S.A.	02-01-1969
Industrial, S.A.	13-04-1981
De Inversión, S.A.	28-12-1981
Del País, S.A.	10-01-1990
De Occidente, S.A.	06-09-1990
FCL, S.A.	07-07-1992
Metropolitana, S.A.	27-11-1992
Céntrica, S.A.	25-01-1993
Reforma, S.A.	14-01-1994
De Crédito, S.A.	03-05-1994
Del País, S.A.	10-01-1990
De Occidente, S.A.	06-09-1990
FCL, S.A.	07-07-1992
Metropolitana, S.A.	27-11-1992
Céntrica, S.A.	25-01-1993
Reforma, S.A.	14-01-1994
De Crédito, S.A.	03-05-1994
Grana & Townson, S.A.	11-07-1994
Agro Comercial, S.A.	11-07-1994
Agrícola Mercantil, S.A.	02-11-1994
Agrocorporación Financiera	12-08-1996
Uno, S.A.	03-10-1996
Corporación Fin. Americana	14-03-1997
Consolidada, S.A.	04-08-1997
Óptima, S.A.	18-02-1998
Corporativa, S.A.	18-05-1998





CAPITULO III

LA ACTIVIDAD BANCARIA

3.1 Función bancaria

El banco es una empresa, esto es, una organización de capital, tecnología y trabajo para la prestación del servicio financiero. Es una empresa cuya actividad consiste en recibir fondos del público (familias y empresas) colocados al corto plazo, al menos esto es lo que sucede en Guatemala, para transferir en préstamo al público que lo requiera (familias, empresas, Estado).

De los fondos captados, debe tener una cantidad suficiente para atender los posibles retiros de sus depositantes. Estas "reservas" responden a exigencias propias de las empresas bancarias para asegurar su normal desenvolvimiento, no obstante que, en la actualidad, el profesionalismo y los centros de operación, han permitido manejar adecuadamente la tesorería, optimizando los recursos disponibles con una administración prudente de las inversiones en valores líquidas. Por aparte, la autoridad monetaria ha fijado con carácter obligatorio mantener cierta reserva en el Banco Central, a lo que llamamos "encaje legal", que consiste en una suma de dinero depositada en el Banco de Guatemala, como un porcentaje de las obligaciones encajables (encaje no remunerado), además de requerir la constitución obligatoria de inversiones en valores, como una reserva de liquidez adicional, para poder enfrentar eventualidades y como parte de la política monetaria.

El negocio de la empresa bancaria consiste en prestar los fondos que recibe. Sus ingresos provienen, principalmente, de los intereses que cobra por los préstamos; además de comisiones por los otros servicios que brinda vinculados con la actividad (operaciones cambiarias, cobros, pagos, fideicomisos, etc.). Pero además, los bancos invierten sus disponibilidades en colocaciones de corto plazo (generalmente inversiones en títulos públicos), lo que le genera también ingresos, que completan sus ganancias.



Sus egresos están constituidos, principalmente, por el costo de los cobros, tomados (depósitos, obligaciones financieras, créditos del exterior y otros) y los gastos de administración, derivados de su propia gestión.

La diferencia entre sus ingresos y sus costos, deducida la obligación fiscal (impuesto sobre la renta), establece sus beneficios, con los que va a retribuir a los dueños del mismo (accionistas).

El profesor Joaquín Rodríguez Rodríguez,¹⁵ manifiesta que “la operación bancaria es una operación de crédito realizada por una empresa bancaria en masa y con carácter profesional”. De esa cuenta se tiene que un banco es un intermediario en el manejo de capitales, por cuanto la administración de los mismos, lejos de ser estática es eminentemente dinámica e implica su colocación lucrativa en el mercado. Es decir, que serán operaciones bancarias, en primer término, aquellas celebradas por las entidades de crédito para captar y colocar recursos de manera profesional, esto es, permanentemente y de forma masiva, por cuanto corresponden al objeto social propia de estas instituciones.

De lo anterior surge que, en principio, las operaciones bancarias implican un negocio de crédito caracterizado por ser una transmisión actual de la propiedad sobre una cosa, de una persona a otra, con cargo para esta última de devolver ulteriormente una cantidad equivalente de la misma especie y calidad. Este negocio de crédito recae siempre sobre cosas fungibles, aquellas que pueden sustituirse unas por otras y que configuran a cargo del deudor una obligación de género y, en el caso de que sustenten la realización de una operación bancaria, implican forzosamente la existencia del lucro, o sea, son onerosas.

Un aspecto importante es el reconocimiento que el tiempo tiene en los negocios de crédito, pues se caracteriza por la existencia de un desfase de éste, entre el momento de recibir la propiedad del dinero y aquél en el cual es necesario restituir una cantidad equivalente. De esa forma se puede decir que existe una operación bancaria siempre que la transmisión de la propiedad se produzca, tanto en el caso de que el banco la reciba de uno de sus clientes, como en el supuesto de

¹⁵ Joaquín Rodríguez. Derecho Bancario, Editorial Porrúa, S.A. México, 1968. Página 29.



que el banco la transfiera a uno de sus clientes. Es decir, que sobre este supuesto el banco se encuentra en una permanente y doble posición, dentro de los negocios de crédito, resultante de su función intermediadora; realiza negocios de crédito para captar recursos y hace lo propio, en seguida, para colocarlos.

1.2 Importancia de la función bancaria

La misión fundamental de la banca es "actuar como intermediario en el crédito, centralizando primero los capitales dispersos que se encuentran disponibles y redistribuyéndolos luego en operaciones de crédito, a favor de quienes requieren del auxilio del capital para producir".¹⁶

Lo anterior significa que la función característica de la banca es la intermediación entre dos sectores básicos de la sociedad: los ahorrantes y los productores o inversores, que llevan a cabo sus decisiones en forma independiente. Ello se produce a través de la captación, administración o distribución del dinero, determinando en gran medida el encausamiento de los esfuerzos y las actividades económicas y productivas de quienes arriesgan en la producción.

Entonces, su importancia deviene de esa misma funcionalidad, pues si el ahorro es mayor que la inversión, se provoca una reducción de la demanda, que tiende a la depresión mediante un proceso de almacenamiento, desempleo y reducción del volumen de la actividad económica, hasta que en el nivel más bajo de rentas, el aporte de ahorros menores restablece el equilibrio. Por el contrario, si el ahorro es insuficiente para financiar la inversión, conduce, si hay pleno empleo, a un excesivo nivel de demanda, y a una desordenada competencia de los bienes disponibles, detonando en inflación, aunque si la organización de la economía asegura plena movilidad de los ahorros, la distorsión será menor.

Por eso es preciso que la utilización del ahorro esté convenientemente manejada por un órgano económico, que es precisamente, el sistema bancario.

dolfo León León. Naturaleza de la Intermediación en el Mercado de Dinero. Editorial Porrúa, S.A. co, 1996. Página 500.

Así también, no podemos dejar de mencionar, por la responsabilidad existente, la creación de dinero por parte de los bancos, ya que a través de ciertas operaciones añaden o reducen realmente la oferta monetaria total del país.

Los bancos pueden impulsar a los empresarios que quieren y asfixiar a otros, y dirigir en una palabra, el progreso económico y social de la nación. Ellos determinan la ruina y prosperidad de las empresas. Por eso, es que dicho poder no debe estar en manos de particulares, sino que de la nación, pues si los recursos son del público, el servicio público debe ser la propiedad de las instituciones que manejan dinero.

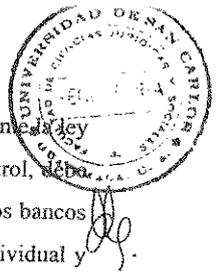
El tratadista De Song¹⁷ cita que la actividad bancaria, es el elemento esencial para el desenvolvimiento de la actividad económica. Se anticipa a la producción facilitando poder de compra al empresario, y de este modo pone en movimiento todo el circuito económico, tendiente a abastecer las necesidades de la población. El bienestar general, el bien público, es, en suma, la finalidad primordial de la actividad bancaria. Esta característica de la actividad financiera es la que tipifica y jerarquiza en la sociedad contemporánea la actuación de los bancos y demás entidades que operan en el mercado de crédito. Cualquier otro propósito u objetivo a alcanzar debe subordinarse a esa finalidad trascendente de servir al bienestar general.

Dada la importancia de los bancos, no debe parecernos extraño que el Estado, a través del Banco de Guatemala y la Superintendencia de Bancos, controle y supervise esta actividad. Por eso es que Lasalle, dentro del concepto de "constitución real", coloca a los banqueros en un alto puesto dentro de la jerarquía de las relaciones reales de poder.¹⁸

Para finalizar esta parte, me parece interesante citar las palabras del expresidente de los Estados Unidos de América, Woodrow Wilson (publicado por el Servicio de Información de los EEUU), al referirse a la necesidad de una ley

¹⁷ John De Song. *Banking Services for the Public-Banks and Finance*. Editorial Americana Co., New York, USA, 1993. Página 182.

¹⁸ Citado por Heller Hermann, *Teoría del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1958. Página 268.



que controlara efectivamente a los bancos, lo que finalmente logró mediante la ley de la Reserva Federal del 23 de diciembre de 1913, quien señaló: "Control, debe ser público, no privado, debe ser absoluto, en manos del gobierno, así los bancos serán los instrumentos, no los amos, del comercio y, de la iniciativa individual y de la empresa individual."

3.3 Características de las entidades bancarias y su actividad

A continuación indicaremos algunas características de los bancos y su actividad, en el contexto de nuestro país, de tal manera que las mismas pueden ser similares o diferentes a otros países, dependiendo de las circunstancias particulares de cada uno.

- **Son captadores y colocadores de fondos**

Como ya hemos visto, es su principal actividad, de tal manera que ya no profundizaremos en ello.

- **Son empresas industriales del crédito**

Una empresa industrial es aquella que produce bienes creados a partir de una materia prima que transforma. El banco es, en tal sentido, una empresa industrial del crédito, porque a partir de la materia prima "dinero" crea y multiplica el crédito, entendiéndose por este último el poder adquisitivo de que dispone una persona como consecuencia de una obligación correlativa asumida por otra persona.

- **Es una actividad profesional**

La actividad que desarrollan los bancos es, desde la antigüedad, monopolio de quienes se dedican a esos negocios; es decir, una actividad profesional, realizada por especialistas expertos en esa materia, la cual está a cargo de una empresa, que hace de esa actividad su objeto social. Estos sujetos no actúan ya en forma personal, sino en forma de sociedades, organizadas conforme a

un régimen legal específico, que en nuestro caso es la Ley de Bancos y de Sociedades Financieras.



- **Integra un sistema**

Ya que constituyen un conjunto de unidades entrelazadas armónicamente, cuya función general es la prestación monopólica de la actividad intermediadora y creadora del crédito y prestación de servicios relacionados. De modo que tenemos un conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objetivo.

- **Actúa masivamente**

La banca realiza operaciones masivas. No un depósito ni un préstamo, sino miles y miles de éstos. Esa actuación en serie es una de sus características principales y generadora de importantes consecuencias. Esa masividad de su operatoria hace que actúen con contratos con cláusulas preestablecidas y escritas en formularios estandarizados. De esa forma se simplifica su actuación y se abaratan los costos.

Esta característica exhibe también la disminución o casi eliminación de la voluntad individual en la discusión y elaboración de la cláusulas contractuales. El banco impone su "formulario" y el cliente solo tiene margen para aceptarlo o rechazarlo. Esta situación, que no es exclusiva de esta actividad, adquiere particular relevancia en este ámbito, dada la importancia económica y trascendencia jurídica de estos contratos en masa o en serie.

Según el boletín estadístico de la Superintendencia de Bancos, al 31 de marzo de 1998, habían en el sistema bancario 3.280,015 cuentas de depósitos con un valor total de Q. 25,154 millones y créditos otorgados por Q. 15,869 millones a más de 190,000 prestatarios.



- **Es un servicio público**

Las entidades que ejercen el monopolio de la creación y administración de medios de pago, de dinero, no pueden realizar tan importante función desligadas de un interés común y ajenos a una finalidad también común. Por ello, se ha legislado esta actividad de modo de sistematizarla y ordenarla, disponiendo controlar y supervisar su actuación, para que cumpla el objetivo de que sirva al bienestar de toda la comunidad.

Es indudable que el Estado al reglamentar esta actividad y supervisarla, utilizándola como instrumento de su política nacional, coloca como objetivo de ella el bienestar general, el bien común. Ese objetivo está muy por encima del interés y del objetivo particular de cada banco o banquero, pues no puede estar al servicio de interés personal ni sectorial.

Por ello es que el Estado, o bien la ejecuta por sí reservándose su monopolio (banca estatizada), o bien, autoriza su realización a particulares, sujetándola a normas generales de cumplimiento obligatorio. Ya de antiguo se advirtió que dada la trascendencia de la actuación de los banqueros debía mediar un control y fiscalización estatal. Y ello se hizo en Italia en el medioevo, en España y aún en Inglaterra.

Cuando el Estado "autoriza" a particulares a realizar esta actividad les está confiriendo un "privilegio" al permitirles el ingreso en una función que está restringida y limitada a quienes reciban esa autorización.

- **Es una actividad típica**

Se dice que es típica, porque así está explícitamente dispuesta en la ley específica; es decir, los bancos pueden hacer lo que la ley les permita hacer conforme a su naturaleza, toda vez que no son cualquier entidad, dado el rol que juegan en la comunidad y en la economía. Se mantiene esta tesis, en virtud de la función que realizan, de lo contrario ¿porqué no venden zapatos, ropa u otros objetos?; por su naturaleza misma. Por ello, la banca ha ejercido tradicionalmente una función intermediadora del crédito, recibiendo fondos

de los ahorrantes para entregarlos en préstamos a los productores. intermediación es la que define hoy la actividad financiera típica, la cual es habitual y sirve para definirla legalmente (artículo 1 de la Ley de Bancos).



- **Entidades cerradas en su propiedad**

Una característica de nuestra banca nacional es la propiedad de los bancos, pues casi todos son propiedad de un grupo reducido de personas, generalmente familias, quienes tienen el control y administración de los mismos. No obstante la existencia de dos bolsas de valores en nuestro país, donde las acciones de aquellos podrían colocarse, para mejorar aún más su posición patrimonial, no lo hacen, toda vez que ello significaría abrirse al público y en un momento dado perder ese control, el cual se estima, en la forma que lo hacen, muy riesgoso, pues no se administra con el profesionalismo deseado, sino, en muchos casos, atendiendo intereses particulares y antitécnicos (ejemplos créditos vinculados, preferencialidad en el precio de los servicios, relajamiento de políticas a casos específicos, etc.).

3.4 Operaciones que realiza la banca

Sergio Rodríguez Azuero divide a las operaciones bancarias en dos grandes grupos: “las primeras, llamadas fundamentales o típicas, que corresponden en el fondo a la realización de un negocio de crédito y, las otras, denominadas atípicas o neutras o complementarias, agrupan todas las demás que prestan las entidades bancarias. Las primeras, o sea las típicas o fundamentales, se clasifican a su turno, en activas y pasivas, según que con ellas los bancos coloquen o capten recursos. Clasificación esta que tiene además una clara implicación contable, por cuanto las operaciones, a través de las cuales se captan recursos, se reflejan en el pasivo del balance, mientras que aquellas a través de las cuales se colocan, aparecen registradas en el activo.”

La estructura financiera de las entidades bancarias es casi la misma en todos los países y Guatemala no se sustrae de ello. A continuación presentaremos,



en forma genérica, la integración de balance y de resultados, para entidades bancarias en Guatemala:

<u>De balance:</u>	%
En su activo figuran:	
- Disponibilidades	14
- Inversiones en valores	29
- Cartera de Créditos	50
- Activos fijos	4
- Otros Activos	3
En su pasivo figuran:	
- Depósitos	64
- Créditos del exterior	10
- Obligaciones financieras	16
- Otros pasivos	10

Por aparte, revelan el patrimonio neto, que representa la deuda con los accionistas y que tiene la singularidad de ser muy pequeña con relación a los otros rubros (8%), exhibiendo la flaqueza estructural de este tipo de empresas, que es su característica básica y elemental. Y ello es así por cuanto estas instituciones operan principalmente con fondos de terceros y está legalmente autorizada a endeudarse por el equivalente a 12.5 veces su capital propio (es el caso de Guatemala, que conforme al artículo 20 de la Ley de Bancos se requiere capital por el 8% sobre los activos de riesgo). Esto revela que los bancos se apoyan, básicamente, en la confianza que el público le brinda; lo que se demuestra en la corriente de fondos y en su mantenimiento, realizando extracciones que se compensan con nuevos depósitos. Esto exhibe también, con toda elocuencia, en qué medida la empresa bancaria depende del público cliente y cómo cualquier circunstancia de tipo general que los afecte, va a influir, rápida y directamente, en ella. También demuestra la necesidad de que la cartera de préstamos que se corresponde con la de depósitos, suministre una corriente normal de fondos provenientes del repago de los préstamos, como elemento proveedor de dinero



para asegurar el razonable desenvolvimiento de la actividad, facilitando nuevas colocaciones o créditos.

De lo anterior se tiene que los rubros expuestos son el resultado de una serie de operaciones que realizan tales empresas, y que Junta Monetaria en resolución JM-752-93 definió, las que se comentan seguidamente:

Operaciones bancarias activas

Son las que realizan las instituciones intermediarias financieras, con el propósito de canalizar recursos financieros u otro tipo de bienes, a aquéllas mediante las cuales asumen obligaciones por cuenta de terceros, independientemente de su forma jurídica de formalización e instrumentalización o de su registro contable.

Operaciones bancarias pasivas

Son las que realizan las instituciones intermediarias financieras con el propósito de captar recursos financieros, sobre los cuales dichas instituciones ofrecen, explícita o implícitamente, cualquier tipo de seguridad o garantía, ya sea en cuanto a recuperabilidad, mantenimiento de valor, rendimiento, liquidez y otros compromisos que impliquen la restitución de fondos, independientemente de su forma jurídica de formalización e instrumentalización o de su registro contable.

Operaciones bancarias de confianza

Son las que realizan las instituciones intermediarias financieras actuando como mandatarias o depositarias, con el propósito de prestar servicios que no implican intermediación financiera ni compromisos financieros para las mismas.

3.5 Operaciones activas, pasivas y de confianza que no están explícitamente previstas en las leyes bancarias y financieras

La actividad bancaria, a través del tiempo, ha sido muy dinámica, de tal manera que hoy en día se realizan una serie de operaciones que no están



explícitamente contempladas en las leyes bancarias y financieras, emitidas en los últimos más de cincuenta años. Con el propósito de adecuarnos a la realidad y práctica bancaria, Junta Monetaria, mediante resolución JM-752-93 del 5 de noviembre de 1993, autorizó a las instituciones bancarias para realizar operaciones activas, pasivas y de confianza que no están explícitamente previstas en las leyes citadas y aprobó los lineamientos generales a seguir en su práctica.

Tales operaciones son:

- Operaciones activas:
 - Emisión y operación de tarjetas de crédito
 - Arrendamiento financiero
 - Factorage
 - Créditos en cuentas de depósitos monetarios
 - Reporto (en su calidad de reportador)
- Operaciones pasivas:
 - Creación de obligaciones convertibles en acciones
 - Reporto (en su calidad de reportado)
- Operaciones de confianza:
 - Depósitos con opción de inversiones financieras
 - Reporto (por cuenta de tercero)

Otros negocios bancarios

El capítulo I del título VI de la Ley de Bancos, regula operaciones conexas a la intermediación financiera y que pueden considerarse como parte del negocio bancario. Entre ellas están:

- Las obligaciones por cuenta ajena, regulada en el artículo 76 del cuerpo legal citado, que indica que los bancos podrán asumir obligaciones por cuenta de terceros en las condiciones y plazos que sean compatibles con la naturaleza.
- Las operaciones de cambios, regulado en el artículo 77 de la citada ley, las cuales sujeta a un régimen especial (actualmente regulado en la resolución



de Junta Monetaria JM-204-94, que contiene el Reglamento del Mercado Bancario).

- Las operaciones de confianza, regulado en el artículo 78 de la Ley de Bancos, donde se indica que los bancos pueden efectuar las operaciones siguientes:

Recibir, en custodia, fondos, documentos y objetos valiosos y alquilar cajillas de seguridad para la guarda de tales efectos.

Actuar como agentes financieros, y comprar o vender, por orden y cuenta de sus clientes, acciones, títulos de crédito y toda clase de valores mobiliarios.

Hacer cobros y pagos por cuenta ajena, y efectuar otras operaciones por encargo de sus clientes, siempre que sean compatibles con el negocio bancario.

Dice asimismo este artículo, que los bancos actuarán en estos casos como depositarios de especies o como mandatarios y deberán conservar los fondos, valores y efectos que en tal calidad reciba, debidamente separados de las cuentas propias de la institución.

Consideramos que es precisamente este artículo (78), el que permite a las entidades bancarias actuar como fiduciarios en los contratos de fideicomiso, por remisión del artículo 768 del Código de Comercio, y éstos se dan en el contexto de las operaciones generales de tales entidades, en la forma como lo estipula esta última ley, la que dispone que solo pueden ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Asimismo, podrán actuar como fiduciarios las instituciones de crédito, previa autorización de la Junta Monetaria, y el Fondo Guatemalteco para la Vivienda –FOGUAVI-, bajo un régimen especial, contenido en la Ley de Vivienda.

En el presente trabajo, nos referiremos a los fideicomisos constituidos en las entidades bancarias, ya que son en éstas donde actualmente opera dicha institución jurídica en Guatemala, haciendo la exposición detallada en los capítulos siguientes.



CAPITULO IV

EL FIDEICOMISO COMO UNA OPERACIÓN DE CONFIANZA

4.1 Antecedentes

Para comprender de mejor manera la institución del fideicomiso, es importante remitimos a su génesis y proyectar así hasta nuestros días; con ello nos explicaremos su naturaleza jurídica y su propósito, desde un punto de vista doctrinario y su posterior materialización en el derecho.

El origen de lo que hoy conocemos como fideicomiso no ha sido posible determinarlo con exactitud, tanto su época como las circunstancias que dieron lugar a su formación; sin embargo, de acuerdo a lo expuesto por los tratadistas (entre ellos José Manuel Villagordoa Lozano)¹⁹ existen dos tendencias que sin duda alguna constituyen antecedentes y que se complementan, para dar lugar a su aparición.

Así se menciona como antecedente del fideicomiso a la “fiducia”, institución de Derecho Romano que consistía en un pacto agregado a las formas de transmitir la propiedad, por virtud del cual el adquirente se obligaba a devolver el bien adquirido, realizado el fin que previamente se hubiere convenido.

El Derecho Romano conoció dos manifestaciones de negocios fiduciarios: el “fideicommissum” y el “pactum fiduciae”. El primero, se derivaba de las diferentes incapacidades de heredar y en la necesidad de poder realizar la voluntad del testador mediante una figura que, salvando los inconvenientes legales, pudiese hacer efectiva su última voluntad. Consistía, en su esencia, en que una persona transfería a otra, por vía testamentaria, uno o más bienes con el objeto de que ésta, figurando externamente como propietario, los empleara en beneficio de otra u otras terceras a las cuales, más adelante, si ello era posible, debían ser transmitidos los bienes.

¹⁹ José Manuel Villagordoa Lozano. Doctrina General del Fideicomiso. Editorial Porrúa, S. A., México, 1982. Pág. 1.



Al desaparecer las limitaciones hereditarias, aquél sufrió una variación que dio como resultado la vinculación a la perpetuidad de la propiedad, en manos de diversos herederos sucesivos, lo que se llamó "sustituciones fideicomisarias". Los testadores, con la intención de perpetuar su patrimonio familiar, instituían al heredero no solamente con la designación de fiduciario, sino también como fideicomisario, le transmitían los bienes en propiedad durante su vida, con la estipulación de que a su muerte debía transmitirlos nuevamente a otra persona, que a su vez los adquiría y explotaba durante su propia vida, con la misma obligación ordenada por el testamento de transmitirlos a su muerte a otra persona y así sucesivamente, de tal manera que durante estas sustituciones fideicomisarias los inmuebles se convertían en bienes vinculados, dando como resultado el sistema antieconómico del estancamiento de la riqueza inmobiliaria, razón por la cual en la época de Justiniano se limitó el derecho del testador para imponer la obligación solo hasta el cuarto grado y que posteriormente fueron suprimidas definitivamente.

El segundo, o sea el *pactum fiduciae*, a diferencia del primero que consistía en una transmisión por causa de muerte, implicó un acuerdo entre vivos con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias. Las formas que revistió fue a través del "*fiduciae cum creditore*" (fiducia con acreedor) y del "*fiduciae cum amico*" (fiducia con amigo). El primero fue una forma de garantía, consistente en que el deudor, requerido por el acreedor para prestarle una seguridad real, transfería la propiedad de un bien con la condición que se le devolviera una vez satisfecha la obligación, situación que resultaba no favorable para el deudor, pues no gozaba de los derechos del bien durante ese tiempo. Tal aspecto originó el apareamiento de instrumentos tendientes a proteger la posición de las partes, como haberle concedido al deudor la acción enderezada a lograr la devolución de las propiedades habiendo cumplido sus compromisos. El segundo por aparte, celebraba en interés del fiduciante y no del fiduciario, buscando transferir los bienes para que éste pudiese disponer de los mismos y ejercitar las facultades inherentes al dueño como administrar los bienes,



celebrar contratos en torno a ellos, defenderlos contra el ataque de terceros. Se utilizaba cuando alguien, contando con una persona de su entera confianza tenía que ausentarse durante un largo tiempo y en lugar de dejar el bien en manos de su amigo a través de un contrato que le confiriera la simple tenencia, empleaba este expediente para que gozara de las más amplias facultades, con lo cual su protección resultaba eficaz.

Por aparte, podemos señalar también como antecedente histórico, al “trust anglosajón”, institución jurídica que data del siglo XIII y que aparecieron en Inglaterra, consistente en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre, a favor de quien se realizaban las transmisiones de tierras, las que poseía a título de propietario para uso exclusivo del propio cedente o de un tercero designado por éste. De ahí que en el año 1535 se instigara la supresión de los “usos”, lo que finalizó con la “Ley de Usos”, la cual no decretó la ilegalidad de los usos ni privó al beneficiario de su derecho de equidad, sino adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso. Sin embargo, los bienes muebles susceptibles de transmitirse no habían caído dentro del régimen de los usos, lo que determinó que éstos no quedaran dentro de la esfera de aplicación de esta ley. Los “usos” fueron conocidos después como “trust”, que surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que lo crea (settlor), mediante una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee (trustee) tiene la obligación de administrarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). El “trust” como negocio de confianza sufrió en Inglaterra y en Estados Unidos de América 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, apareciendo las llamadas “trust companies” (compañías de fideicomiso) y “trust and saving banks (bancos de fideicomiso y ahorro). Esta comercialización del trust distingue al trust angloamericano del trust anglosajón.



La palabra trust tiene varias acepciones a saber: una económica, utilizada para designar a ciertas organizaciones de tipo monopolístico respecto de la producción y distribución de bienes y servicios; la otra acepción, de carácter social, bastante generalizada que da la idea de confianza, fe o creencia en la bondad u honradez de alguien, que jurídicamente es la que lo define como una obligación de equidad, por la cual una persona llamada "trustee" (fiduciario) dispondrá de la propiedad de los bienes sometidos a su control a través de las facultades previamente determinadas por la persona que se los transmite llamada "settlor" (fideicomitente) para el beneficio de personas llamadas "cestui que trust" (fideicomisarios). Como se ve, el trust guarda analogía con el fideicomiso y con este último nombre ha sido acogido en los países latinoamericanos y en Guatemala.

4.2 Naturaleza jurídica

En este apartado queremos analizar la esencia del fideicomiso como institución; es decir, su calidad y virtud, que nos permita entender su razón de ser desde el punto de vista jurídico.

En un momento histórico, el fideicomiso dejó de ser regulado, y aún llegó a ser prohibido, pero ello por razón del propósito de desamortizar los bienes, de la necesidad de que los mismos no pasaran por vía de mayorazgo o por cualquier otro sistema similar, de padres a hijos, sin salir nunca de la misma familia. Quizás el punto más destacado sea el que ha dado origen a una discusión respecto a la manera como operan el fenómeno, el concepto y la regulación positiva de la propiedad frente al fideicomiso, sin que a la fecha ello se halla definido, en virtud de ser muy relativo. De ahí es que cuando las necesidades económicas, sociales y financieras demandan el establecimiento, la creación de una nueva institución, los juristas son muy propensos a someter la pretensión de explicar esa nueva forma jurídica, que responde a una necesidad antes inexistente o existente con otras modalidades, con base a tipos con apoyo en las máximas definidas de las instituciones tradicionales.



Por ello es que se llega a las interrogantes: ¿qué pasa con la propiedad del fideicomiso? ¿es propietario el fiduciario? ¿conserva o transmite la propiedad el fideicomitente? ¿adquiere de alguna manera ciertos derechos reales el fideicomisario?. La verdad es que el fideicomiso es una figura específica, la cual, por lo mismo, exige una explicación también específica. Consideramos que tal explicación de la naturaleza del fideicomiso se encuentra en una transmisión de la titularidad; es indudable que, desde el punto de vista económico-jurídico (y que conste que no se dice jurídico-económico), la propiedad consiste en la adscripción de un bien a una esfera patrimonial. Es cierto que, de ese fenómeno de propiedad, deriva el derecho de disposición. Con este esquema ha operado el pensamiento jurídico tradicional.

Pero en el fideicomiso acontece que ese derecho de disposición, esa titularidad, esa capacidad o habilidad jurídica para disponer de los bienes, corresponde al fiduciario porque se le transmite por el fideicomitente, al mismo tiempo que los propios bienes salen del patrimonio del último, pero sin que entren al fiduciario. Así, no debe inhibirnos la necesidad de concluir que el aspecto económico lleva a la concepción de un patrimonio autónomo o de afectación.

Los bienes salen de la esfera patrimonial del fideicomitente, en la medida en que éste así lo desea; pero no pasan a propiedad (en el sentido de nuestra tradición romanística) del fiduciario, ya no pertenece al fideicomitente, pero aún no corresponden en propiedad al fideicomisario. El fiduciario, en cambio, tiene la *titularidad*, la facultad de disponer de esos bienes, aunque no así la propiedad, lo cual se confirma contablemente, pues a nivel de balance, en su activo (bienes y derechos) no se registra ello, sino conforme a la técnica contable y de acuerdo con Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, se registra en cuentas de orden o de control.

Con base en las reflexiones apuntadas, podríamos decir que el resultado jurídico de la constitución del fideicomiso es la de "transmisión de titularidad" porque, en efecto, el fideicomiso produce la consecuencia inmediata e indiscutible



de la transmisión que el fideicomitente hace, a favor del fiduciario, del título de disposición de los bienes fideicometidos.

En cuanto a la naturaleza jurídica del fideicomiso, conforme a la concepción de nuestro ordenamiento jurídico (Código de Comercio), la mayoría de juristas guatemaltecos sostienen que le es aplicable la teoría de afectación, fundamentándose en que en el mismo Código de Comercio se consigna como característica del fideicomiso, que el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados y que el fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.

4.3 Definición

De acuerdo con la investigación realizada, el vocablo fideicomiso deriva de las raíces latinas “fides” (fidelidad, fe, confianza) y “commissum” (comisión, encargo) que unidas forman la palabra “fideicommissum”, que significa: encargo de confianza.

Consideramos conveniente también, citar el punto de vista de algunos tratadistas, estudiosos del tema:

Capitant, citado por Manuel Ossorio²⁰, indica que es “una disposición por la que un bien, con el que se garantiza a una persona, debe ser entregado por ella a otra que es gratificada también por el disponente, en la época fijada por éste y se transforma en substitución fideicomisaria cuando el gravado tiene la obligación de conservar hasta su muerte el bien, para que entonces se efectúe la transmisión.”

El licenciado Cervantes Ahumada²¹ opina que el fideicomiso es “negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado.”

²⁰ Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, SRL, 1981. Página 319.

²¹ Raúl Cervantes Ahumada. Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Herrero, S.A. México, 1977.



Por su parte, el licenciado O. Hernández²² dice que “fideicomiso es el negocio jurídico por cuya virtud quien es titular de un derecho sobre una cosa o un derecho sobre otro derecho, constituye con tal derecho un patrimonio autónomo cuya titularidad confiere a otra persona para que lo dedique a la obtención del fin lícito querido por el titular original o, en su caso, determinado por la ley.”

El Código de Comercio de Guatemala, en su artículo 766, determina la característica del fideicomiso, el cual dice: “El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso”.

Analizando las definiciones contenidas en los párrafos anteriores, puede encontrarse lo siguiente:

- En todos ellos existe el objeto y el fin; es decir, los bienes y derechos o ambos a la vez y la finalidad que se persigue.
- En todos ellos existen los sujetos que intervienen: el fiduciario, el fideicomitente y el fideicomisario.

Finalmente, con los elementos descritos, podemos definir al fideicomiso como el encargo que una persona denominada fideicomitente hace a una institución habilitada que actúa en calidad de fiduciaria (en nuestro caso los bancos e instituciones de crédito), transmitiéndole la titularidad de ciertos bienes y derechos, para que realice con éstos un fin lícito, previamente determinado y en un plazo establecido, en beneficio de uno o varios sujetos designados como fideicomisarios.

22. Esteban A. Hernández. Derecho Bancario Mexicano. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México 1976.



4.4 Fines

Estimamos que el fideicomiso no tiene fines, sino un solo fin, que es la realización de un negocio subyacente a determinadas relaciones jurídicas como podría ser, en vías de ejemplo, constituir una garantía, o intentar transmitir un bien a terceros (intervivos o mortis causa), o se desea establecer beneficios para los empleados de una empresa, o se busca enajenar un bien a título gratuito u oneroso etc. Pues bien, en lugar de constituir una hipoteca o de otorgar una prenda; en vez de celebrar una compraventa con hipoteca o reserva de dominio, en lugar de hacer una donación o al lado de una donación testamentaria, se afectan los bienes en fideicomiso.

De esta suerte, bien podríamos decir que el fin del fideicomiso consiste en la realización de una operación subyacente y que ésta puede hacerse constituir en cualquiera de los actos o contratos a que se ha hecho referencia. Lo que no puede sostenerse es que las operaciones subyacentes mismas, que los actos o contratos mencionados, constituyan el fin directo e inmediato del fideicomiso, aunque sí son su propósito mediato, ulterior e indirecto.

Con base en tales reflexiones debemos considerar las características que han de tener los llamados “fines del fideicomiso”. Ciertamente, tales “fines” deben ser lícitos y determinados, posibles y realizables.

El fin es la existencia obligada de una intensión perfectamente determinada a realizarse, que puede ser de muy diferente índole, pero debe estar establecida en el documento constitutivo del fideicomiso, pues si tal finalidad no está claramente expresada por el fideicomitente, puede dar lugar a la invalidez del negocio jurídico. Además, como se dijo, el fin del fideicomiso debe ser lícito, de acuerdo a la moral y a la legislación, sujeto a un plazo máximo de 25 años (en nuestro caso), salvo que el fideicomisario sea una entidad estatal, de asistencia social, cultural o científica. Un fideicomiso constituido para realizar una finalidad prohibida legalmente o delictiva, será nulo de pleno derecho. No puede constituirse un fideicomiso sin un fin determinado, sin un propósito claro, realizable y de proyección.



4.5 Objeto

Según se dijo, el fin del fideicomiso es la realización de un negocio subyacente: y tal negocio debe necesariamente estar referido a un bien o a un derecho. Por tanto, siempre recae el fideicomiso en un objeto material, corpóreo o incorpóreo, mismo que se afecta, mismo cuya titularidad se transmite al fiduciario. En ese sentido, debemos concluir que el objeto del fideicomiso está constituido por el bien o derecho que puede afectarse o transmitirse: es decir, cualquier cosa o derecho a la que pueda atribuirse algún valor y que sea transmisible para efectos del fideicomiso conforme a la ley.

El objeto del fideicomiso sale del patrimonio del fideicomitente y pasa a la institución fiduciaria, en su carácter de administrador de la titularidad, pues no ingresa a su patrimonio como se apuntó; es decir, los bienes y derechos afectos al fideicomiso pasan a ser propiedad en fideicomiso de la entidad fiduciaria, sujetos a una legislación especial y estricta, que hacen que ese derecho de cuasi propiedad se encuentre limitado a la realización de los fines para los cuales es destinado el patrimonio fideicomiteido.

El efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, no puede asimilarse a la transmisión tradicional de derecho de propiedad, que se produce, por ejemplo, mediante figuras jurídicas como la compraventa, la permuta o la donación, ya que esa transmisión hecha al fiduciario, como se ha expuesto, no es absoluta, es de la titularidad nada más, puesto que no puede disponer de los bienes fideicometidos en su propio provecho.

La "propiedad" en fideicomiso emana de la relación contractual misma que crea el fideicomiso, ya que desde el momento en que se celebra, se constituye un patrimonio autónomo, distinto de otros y distinto al de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso, cuyo dominio restringido adquiere el fiduciario, en su carácter como tal, obligado a ejercer todas las facultades en función del fin a realizar.

Estos bienes pueden volver o no a su propietario original, pero eso sólo implica readquisición por parte del fideicomitente de los derechos de propietario



de que se había desprendido al constituir el fideicomiso. Esta propiedad concibe como la afectación patrimonial a fines determinados, mediante la transmisión de la ya tan llamada titularidad y dominio, sin la cual no hay acto de confianza del fideicomitente para con el fiduciario.

4.6 Partes intervinientes o sujetos

En el fideicomiso intervienen básicamente tres partes: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario. Veamos cada uno de ellos en detalle.

Fideicomitente

Este es el constituyente del fideicomiso, vale decir, el sujeto que transmite la titularidad de bienes o derechos al fiduciario, a quien traslada su aptitud o habilidad jurídica para disponer de los bienes fideicometidos, al mismo tiempo que, al desapropiarse de los propios bienes o derechos, crea un patrimonio autónomo con ellos. En otras palabras, es la persona individual o jurídica que crea el fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad y que solo puede ser aquel que tenga la capacidad legal necesaria para hacer la afectación del patrimonio que el fideicomiso implica, pudiendo actuar como tales las autoridades judiciales, cuando se trate de bienes que por ley deban designar personas que se encarguen de su administración.

Las diversas modalidades a que puede sujetarse el fideicomiso en cuanto a los derechos que corresponden al fideicomitente, serían la revocabilidad, por un lado, y en tal caso retransmisión de los bienes a su patrimonio, o irrevocabilidad, por el otro.

Se da el caso que un fideicomiso puede ser constituido por varios fideicomitentes, en los casos de bienes sujetos a copropiedad o de bienes propiedad de distintas personas, siempre que convengan en crear un solo fideicomiso, para lo cual destinan dichos bienes a un fin determinado.

El fideicomitente puede ser al mismo tiempo fideicomisario, cuando constituye el fideicomiso en su favor.



Fiduciario

Es la persona encargada de cumplir el encargo contenido en el fideicomiso. Es decir, es quien adquiere la titularidad de los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo, ejecutando la voluntad del constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento.

El desempeño de la función fiduciaria está limitada a una entidad bancaria legalmente autorizada para actuar como tal. En efecto, si las instituciones de crédito se llaman así porque merecen, tanto de hecho como de derecho, la mayor confianza del usuario de sus servicios, y si el fideicomiso es, por definición, una operación fundada en la confianza que se deposita en el fiduciario, es apenas natural que la calidad del fiduciario deba corresponder precisamente a una institución de crédito. Por lo demás, esta clase de entidades se hallan sujetas a la más estrecha vigilancia de los órganos gubernamentales controladores, como son la banca central y la Superintendencia de Bancos, lo cual asegura a favor del fideicomitente y fideicomisarios, que el encargo formulado se desempeñará con el mejor celo y máxima eficiencia.

Por lo anterior decimos que el fiduciario debe fungir en su cargo cuidando los bienes que se le transmiten, como una persona prudente, sin aprovecharlos en beneficio propio, ni disponer libremente de ellos, ya que siempre estará obligada a administrarlos de acuerdo con las instrucciones que le indique el fideicomitente en función del fin a realizar; es decir, que el procedimiento al que la entidad fiduciaria debe sujetarse para administrar el patrimonio fideicometido es el que le señala el fideicomitente en el documento constitutivo del fideicomiso.

La aceptación de un fideicomiso es un acto que queda a decisión discrecional del fiduciario, por lo que ninguna institución de crédito puede ser obligada a aceptar un fideicomiso en contra de su voluntad, pues su manifestación debe ser expresa y hacerla constar en el contrato que para tal fin se celebre. Al hacerlo, se obliga, tanto legal como moralmente, a cumplir con la finalidad o propósito, por lo que primero debe compenetrarse de su espíritu y después ponerlo



en ejecución, ya que su realización implica bastante más que el cumplimiento literal y mecánico de los términos del documento constitutivo.

Su actuación debe orientarse, como se dijo, al cumplimiento de las facultades que se le haya conferido, en beneficio del fideicomisario y por cuenta del fideicomitente. Estas facultades están subordinadas al cumplimiento de sus obligaciones con respecto a la realización de la finalidad del negocio jurídico que se le encomienda y sólo responderá de su gestión, sin asumir la obligación directa sobre los resultados. No podrá ser jamás fideicomisario, esto es, no podrá beneficiarse como tal ni de los frutos o productos de los bienes recibidos ni de la transmisión ulterior de los propios bienes fideicometidos. En ningún momento pueden coincidir las condiciones de fiduciario y fideicomisario, pues se perdería su naturaleza.

Por aparte, el fiduciario tiene derecho a que se le retribuya por sus servicios como tal, siendo éste un aliciente que hace que la ejecución de los fideicomisos tenga cumplido efecto y evita que éstos sean ineficaces por falta de aceptación del fiduciario, pues ninguna entidad bancaria estaría dispuesta a hacerse cargo de las labores y responsabilidades que implica un fideicomiso, si ello no le reportase alguna compensación.

Fideicomisario

Es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicometidos al vencimiento del término estipulado.

Nada obsta para que el fideicomisario sea el mismo fideicomitente, lo cual acontece, especialmente, cuando se trata de fideicomisos de administración y cuando se pacta el de inversión, pues puede confiarse la administración de inmuebles o de acciones a una entidad fiduciaria, caso en el cual los productos obtenidos por rentas o dividendos serán entregados al propio fideicomitente, que tendrá entonces la calidad de fideicomisario, si así se convino.



Los legalmente incapacitados o interdictos, mientras tengan capacidad de goce, pueden ser beneficiarios de fideicomisos, pues, de hecho, un gran número de fideicomisos reconocen su razón de ser precisamente en la protección de quienes no pueden valerse por sí mismos.

El fideicomisario no tiene el dominio directo de los bienes fideicometidos, ni la propiedad, ni ningún derecho real sobre los mismos, ya que solamente le asisten derechos personales que ejercita frente a la institución fiduciaria, los cuales no pueden oponerse a la necesidad de cumplimiento adecuado del fideicomiso. Hay cierto tipo de atribuciones que pueden corresponder al fideicomisario, de acuerdo con la naturaleza de los propósitos perseguidos y en razón de lo expresamente convenido; así se puede facultarlo para exigir al fiduciario el cumplimiento de los deberes que a éste incumbe, para pedirle que rinda cuentas sobre las operaciones realizadas y sobre los fondos manejados y para que reclame el pago de daños y perjuicios que el fiduciario le hubiere ocasionado por dolo, culpa o negligencia. En todo caso, le corresponde la posibilidad de impugnar la validez de los actos del fiduciario que se realicen de mala fe o en exceso de las atribuciones conferidas, al igual que la legitimación para demandar la reivindicación de los bienes que hubieren salido indebidamente del patrimonio.

Respecto al momento del nacimiento del fideicomisario como elemento personal, lo normal es que exista en el momento de perfeccionarse el negocio. No obstante, algunas legislaciones establecen la posibilidad de que así no suceda, reinterando el principio de que la existencia del fideicomisario no es esencial para el perfeccionamiento del negocio, siempre que se estipulen las normas para su determinación posterior.

.7 Clasificación

Actualmente existen los más variados tipos o variantes de fideicomiso y así muchos investigadores realizan cada uno su clasificación; sin embargo, todos



tienen puntos comunes, los cuales enunciaremos en este apartado, partiendo de las modalidades más representativas de los negocios de fideicomiso.

Conviene destacar que la importancia del fideicomiso es función de la situación económica de cada país, de ahí que en unos esté más desarrollado y activo que en otros, dando las características fundamentales del negocio que permiten precisamente encuadrarlos en determinados tipos. Adicionalmente, el alto costo del dinero y la competencia ha conducido a una reducción progresiva de los márgenes reales de beneficio y ha obligado a los bancos, particularmente, a incentivar los ingresos derivados de la prestación de servicios. Ante esas circunstancias, los bancos encuentran en este negocio la posibilidad de ampliar los servicios y desarrollar actividades que, de suyo, no corresponderían propiamente a las permitidas por su objeto (intermediación), pero que son de recibo cuando corresponden al cumplimiento de encargos recibidos de sus clientes.

Algunas de las modalidades de este negocio jurídico, podrían ser los fideicomisos: de administración, de inversión, de garantía, testamentarios, de desarrollo, prestacionales y de gobierno.

Fideicomiso de Administración

Son aquellos por los cuales el fideicomitente transfiere determinados bienes al fiduciario para que éste los administre y destine las rentas que producen esos bienes a la finalidad indicada por aquél (se puede dar en administración un bien, varios bienes e, inclusive, un patrimonio).

Las razones que pueden llevar a una persona a querer relevarse en un momento dado de la administración y manejo directo de sus bienes pueden ser varias: su edad que no le permite dedicar las mismas energías a sus negocios, su dedicación a actividades de tipo político o filantrópico, frecuencia de viajes, seguridad, conflictos familiares, etc. Lo anterior hace que confiar la administración de los bienes a una entidad bancaria les traería grandes ventajas y prerrogativas, en el sentido que se sustrae de una serie de vicisitudes relacionadas

con la actividad o condición del constituyente y con la seguridad razonable de que se cumplan sus deseos sin correr demasiados riesgos.



Fideicomiso de Inversión

Realmente, podría decirse, éste es una modalidad del anterior, pero en el cual, a más de la simple administración y manejo de sus bienes, el fiduciario busca destinarlos a ciertas actividades de las cuales pueda derivar rendimientos interesantes.

En este tipo cabe todas las posibilidades imaginables sobre la forma de colocar los recursos que van desde aquella en la cual se le señala al fiduciario una destinación específica e invariable, hasta la más amplia en la cual se deja a su absoluta discreción el manejo de los recursos recibidos. Es entendido que en cuando el banco cumpla el encargo de acuerdo con las instrucciones, las vicisitudes de la inversión corren por cuenta del constituyente o afectan al beneficiario, siempre que no haya dolo, culpa o mala fe del fiduciario que permita deducirle responsabilidad en el manejo de los bienes. Pero, en principio, no corresponde al fiduciario garantizar las resultas de sus gestiones, de donde puede concluirse que su obligación es fundamentalmente de medio y no de resultado.

Por eso decimos, que en ningún momento el banco puede garantizar al fideicomisario una tasa de rendimiento específica, así como la devolución de los fondos fideicometidos en un plazo corto (a menos que el fideicomiso se haya constituido para dicho plazo), por cuando actúa por indicación del fideicomitente; en ese caso, esa operación podría representar otro negocio jurídico, pero menos el de fideicomiso, ya que no es aceptable que solo por denominarlo así, así debería entenderse.

Esencialmente, estos fideicomisos consisten en la entrega de efectivo y valores, que hace el fideicomitente al fiduciario, con el fin de que éste realice inversiones productivas y rentables, ya sea en la adquisición de nuevos valores, o en el otorgamiento de préstamos a nichos definidos en el contrato constitutivo

(empleados por ejemplo), cuyos productos se ponen a favor del fideicomiso, a entregársele al momento de establecer el resultado neto de las operaciones.



Fideicomiso de Garantía

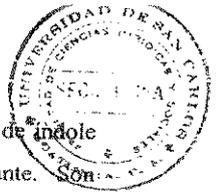
Este tipo de fideicomisos es una de las posibilidades más interesantes de este negocio jurídico, el cual empieza a explotarse en nuestro medio. Se presenta en todos aquellos supuestos en los cuales el deudor constituye un fideicomiso con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal a favor de una entidad bancaria o de otra persona para que, en el evento de que no se satisfaga oportunamente, proceda a venderse los bienes y destinar el producto a la cancelación de la deuda. Este aspecto presenta ventajas indudables en relación con las modalidades tradicionales de garantía, como la prenda y la hipoteca, por cuando el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales enderezados a rescatar los bienes, sino que exigirá como fideicomisario que se realicen o liquiden a fin de satisfacer la obligación.

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

Fideicomiso Testamentario

Esta modalidad proviene, como su nombre lo indica, de un testamento, cuya redacción por parte del testador es un acto personalísimo, en virtud del cual una persona manifiesta su voluntad de distribuir su patrimonio existente al momento de su muerte entre herederos o legatarios en tales y cuales condiciones.

En este tipo de fideicomisos se presenta la posibilidad de designar por esta vía al fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus



bienes con el objeto de destinarlos a cumplir ciertas finalidades, bien de índole cultural, ya en beneficio de algunas personas, parientes o no del causante. Son muchas las posibilidades que en la práctica se presentan con el destino mismo de los bienes, como sucede desde luego en los fideicomisos de administración e inversión, pero en esta clase ellas suelen estar vinculadas a la manutención de unos parientes, su educación, los gastos de hospitalización, si se trata de personas enfermas, etc., siempre con la finalidad de que les sean transferidos más adelante, cuando cesen las causas de indefensión o incapacidad, si éstas con las hipótesis que justificaron el cargo.

Podríamos indicar que hay tres formas de constituir un fideicomiso testamentario: la primera, consiste en que el testador al dictar su testamento al Notario, dé las reglas generales del fideicomiso, disponiendo de una cláusula en la que señale que la entrega de los bienes a los herederos o legatarios no se haga inmediatamente después que termine el proceso sucesorio, sino el albacea, por instrucciones del mismo testador, entregue en fideicomiso los bienes que integran la masa hereditaria; por consiguiente, en escritura pública, ante el mismo Notario, el testador suscribe el contrato de fideicomiso con el fiduciario, haciendo referencia a la escritura pública mediante la cual dictó su testamento. La segunda, se da cuando el testador dispone en su testamento, que a su muerte el albacea constituya con el patrimonio de la herencia un fideicomiso y, entonces, el albacea por actos entre vivos contrata con la entidad fiduciaria la ejecución del fideicomiso en cumplimiento de la última voluntad del testador, entregando los bienes directamente al fiduciario, en lugar de adjudicárselos a los herederos o legatarios. Y la tercera forma, consiste en designar a la institución fiduciaria como tal dentro del testamento, señalando con todo detalle y cuidado el procedimiento al que ésta debe sujetarse para administrar el patrimonio a favor de las personas a quienes el testador quiera proteger. Cuando el fideicomiso se constituye en un testamento debidamente otorgado, su existencia no se perjudicará por la circunstancia de que la institución designada como fiduciaria no acepte, el

juez nombrará sustituto y en caso no haya aceptación de fiduciario alguno el acto unilateral cesará.



Fideicomiso de Desarrollo

Estos fideicomisos se caracterizan por la presencia de entidades internacionales o gubernativas de crédito y por la aplicación de los recursos a finalidades de interés comunitario o de desarrollo, vinculados con programas importantes para los países en vías de desarrollo, tanto si los recursos provienen exclusivamente de aportes estatales, como cuando se trata de fondos mixtos en los llamados programas de cofinanciamiento, en los cuales participan los recursos estatales o de entidades internacionales, y los del sector privado.

En nuestro medio tenemos varios ejemplos de ellos, en la constitución de fideicomisos como: los del BIRF, BID y FEER, que operaron en el exBanvi, Bandesa y CHN, según cada cual. Estimamos que podría reactivarse su operatoria derivado de una serie de donaciones y créditos de países "amigos" y de organismos internacionales, como consecuencia de haberse firmado la paz.

Fideicomisos prestacionales

Se produce como consecuencia de las prestaciones económico-sociales que soportan los patronos, aún cuando en la práctica estos fondos lo utilicen éstos como capital de trabajo, pero se hace recomendable, en el futuro, el manejo de los dineros respectivos por parte de las entidades, en virtud del conocimiento del mercado y las posibilidades de inversión, los administren con ventajas tanto para la empresa como para los trabajadores. Y ello sería así no solo por los rendimientos que se obtendrían, sino por un eventual desarrollo negativo de las actividades empresariales y la posible quiebra de la empresa, la existencia de fondos puestos a salvo, líquidos y debidamente administrados, constituye una tranquilidad evidente para el empresario y especialmente para el trabajador.

Fideicomiso de gobierno

Por la misma diversidad de funciones que los gobiernos han asumido, y por la responsabilidad social de los mismos, es que en algunos países los fideicomisos constituidos por éstos revisten gran importancia, no solo designando a entidades de crédito como sus agentes fiscales, sino, por ejemplo, encargándoles la administración de los fondos destinados al otorgamiento de préstamos directos o de redescuentos de créditos otorgados por las entidades financieras con una determinada finalidad. Asimismo, cabe el direccionamiento de los fondos para constituir un fideicomiso destinado a la realización de una obra específica de aquellas que por su largo alcance y su elevado costo presentan aspectos complejos que pueden controlarse y administrarse ventajosamente por una entidad especializada como una institución bancaria.







[Handwritten signature]

CAPITULO V

EL FIDEICOMISO EN GUATEMALA

5.1 Antecedentes

En Guatemala, la institución del fideicomiso fue reconocida y aceptada en la Constitución de la República de 1945, que en su artículo 28 disponía:

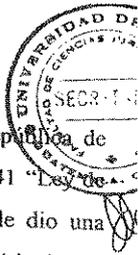
“Todos pueden disponer libremente de sus bienes, siempre que al hacerlo no contravengan a la ley. Las vinculaciones, sin embargo, quedan absolutamente prohibidas, así como toda institución a favor de manos muertas, exceptuándose las fundaciones que se destinen a establecimientos o fines de beneficencia, artísticos o científicos, las cuales deben ser aprobadas por el Gobierno. Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco años; en todo caso deberán ser ejercidos por un Banco o institución de crédito facultados para hacer negocios en la República. Esta autorización no se extiende en manera alguna a congregaciones religiosas o monásticas, ni a sacerdotes o ministros de cualquier culto o religión.”

Posteriormente, la Asamblea Nacional Constituyente decretó, el 2 de febrero de 1956, una nueva Constitución de la República de Guatemala, la que en su artículo 49 estipulaba:

“Las vinculaciones quedan absolutamente prohibidas, así como toda institución a favor de entidades que no puedan disponer de sus bienes, como las llamadas manos muertas. Las fundaciones destinadas a fines de asistencia social, artísticas o científicas deberán obtener la aprobación gubernativa de sus estatutos. Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo plazo no exceda de veinticinco años, y se administrarán por un Banco o institución de crédito facultada para hacer negocios en la República. El plazo podrá ampliarse únicamente para garantizar a enfermos incapaces, o para el sostenimiento de instituciones de beneficio social reconocidas por el Estado.”

Una de las diferencias básicas entre ambas constituciones, es que la de 1956, en su último párrafo, autorizaba para ampliar el plazo cuando se tratara de enfermos incapaces o instituciones de beneficencia social.

En materia de legislación, el fideicomiso se circunscribió a tal precepto constitucional, el cual no llegó a definir lo que debía entenderse por fideicomiso.



Más tarde, con la emisión del decreto 1487 del Congreso de la República de Guatemala, del 20 de septiembre de 1961, que reformó el Decreto 541 "Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar", que se le dio una interpretación a lo que debía entenderse por Fideicomiso, quedando el inciso b) del artículo 18, así:

"Prestar los servicios de fiduciario para el desempeño de fideicomisos que tengan por objeto fines lícitos relativos a urbanización de terrenos, administración de terrenos, administración de lotificaciones, edificación de viviendas unifamiliares, así como la administración de estas últimas. Por el contrato o acto constitutivo de fideicomiso, el fideicomitente traslada el dominio del bien o derecho de que se trate, al banco fiduciario, pero sólo para que éste cumpla los fines que aquél le encomienda, en beneficio del propio fideicomitente, o de un tercero denominado fideicomisario, en los términos estipulados en el mismo contrato o acto constitutivo de fideicomiso. Cuando los bienes entregados en fideicomiso sean inmuebles o derechos reales, se inscribirá en el Registro de la Propiedad Inmueble el contrato o acto constitutivo del fideicomiso y mientras esta inscripción esté vigente no podrán venderse ni gravarse el respectivo inmueble o los derechos reales, sin el consentimiento expreso del banco fiduciario. Al extinguirse la vigencia del contrato o acto constitutivo del fideicomiso por haberse cumplido éste, por haber terminado su duración o por cualquier otra causa, se harán las inscripciones correspondientes en el Registro de la Propiedad Inmueble, debiendo comparecer el banco fiduciario en la solicitud de tales inscripciones. El ejercicio de estas actividades se ajustará a las reglamentaciones que la Junta Monetaria dictare. En tanto dichas reglamentaciones se expidan, los bancos las llevarán a cabo de acuerdo con los reglamentos que al efecto se emitan."

Y el artículo 19 contemplaba:

"Los contratos de ahorro y préstamo y los contratos de préstamo derivado de los mismos, su transferencia, negociación o cancelación estarán exentos del impuesto de papel sellado y timbres, sin perjuicio de que los bancos de ahorro y préstamo gozarán de las demás exoneraciones de dichos impuestos, que otorguen las leyes a las instituciones bancarias. Los contratos de préstamos hipotecarios que los bancos de ahorro y préstamo otorguen a personas no ahorrantes, así como los contratos de administración o fideicomiso que celebren, gozarán también de las mismas exoneraciones señaladas en el párrafo anterior, incluyendo el impuesto de alcabala en su caso, siempre que los préstamos hipotecarios se destinen a financiar el hogar propio de personas que no posean otra propiedad inmueble y que las operaciones de administración o fideicomiso que se encomienden a los bancos, tengan por objeto la planificación, financiamiento o ejecución de obras de urbanización para viviendas unifamiliares o multifamiliares, o la edificación o administración de las mismas."



Con la promulgación del Decreto Ley 106 "Código Civil", que entró en vigor el 1 de julio de 1964, se reglamentó "La Propiedad en Fideicomiso" en el capítulo IV, Título II (De la Propiedad), dentro del Libro II (De los Bienes de la Propiedad y demás Derechos Reales); en este ordenamiento legal fue adoptado el fideicomiso en Guatemala, en cuya exposición de motivos el legislador aclara que el fideicomiso que acepta la legislación no es el fideicomiso Romano, sino es el trust anglosajón, el mismo que regulan las leyes Mexicana, Panameña y Colombiana, siendo la primera de donde se tomó el principio de que sólo un banco o institución de crédito puede realizar dichas operaciones en calidad de fiduciario.

En las constituyentes de 1966 y 1985, ya no se hace referencia al fideicomiso como en los artículos de las constituciones que les precedieron; pero la razón de ello, se estima, no fue ignorar dicha figura jurídica, sino su promulgación fue posterior al Código Civil de 1964, en el que ya se daba una configuración al fideicomiso.

El Congreso de la República emitió el Decreto 2-70 que contiene el "Código de Comercio de Guatemala", actualmente en vigor e incorporó en él el contrato de fideicomiso, derogando por consiguiente el capítulo IV, del Título II, del Libro II "De la Propiedad en Fideicomiso" reglamentada por el Código Civil, convirtiéndose así automáticamente en un acto de comercio.

El Código Civil reglamentaba al fideicomiso como una forma de transmitir la propiedad, en cambio el Código de Comercio lo trata como un patrimonio de afectación, lo que le dio rasgos más semejantes al fideicomiso mexicano que es un trasplante del trust anglosajón, pero que en los últimos años ha tomado sus propias características que han arraigado definitivamente, venciendo las dificultades derivadas de la novedad de la institución y su contextura completamente distinta a las formas jurídicas tradicionales. De ahí que el antecedente más inmediato del fideicomiso en Guatemala es el fideicomiso mexicano.



Recientemente, el Congreso de la República emitió el decreto 38 de 1966, "Ley del Mercado de Valores y Mercancías", donde estipula algunas operaciones de fideicomisos, pero relacionados con el aspecto bursátil. El artículo 76 de dicho cuerpo legal regula el contrato de fideicomiso de inversión, el cual dice:

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

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

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

Finalmente, el Decreto 120-96, que contiene la Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos y que dio nacimiento al Fondo Guatemalteco para la Vivienda -FOGUAVI-, en el artículo 27, dispone que entre sus operaciones dicho fondo podrá realizar las de fideicomiso como fideicomitente o como fiduciario, con autorización de la Junta Monetaria. Se indica lo anterior, en virtud que por ministerio de la ley, además de los bancos y sociedades financieras o auxiliares de crédito debidamente autorizadas, otras entidades pueden actuar como fiduciarios, como el caso comentado.

Realmente la institución jurídica del fideicomiso en Guatemala no ha sido masivamente utilizado, pues no ha alcanzado un alto grado de desarrollo, debido a muchas razones, pero principalmente al desconocimiento popular de su operativa y a la poca importancia que como servicio le dan los bancos, lo cual se nota en la casi nula publicidad al mismo y que no lo ofrecen a sus clientes. Es conveniente



pues, estimular la imaginación y la creatividad para que en Guatemala las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias desarrollen estos negocios aplicando la técnica fiduciaria en beneficio de todos los que intervienen, aceptando la responsabilidad que les corresponde como depositarias de la buena fe de las partes y creando sistemas administrativos eficientes.

5.2 Estructura jurídica

Por medio de esta institución el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso (artículo 766 del Código de Comercio).

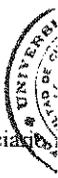
En Guatemala, esta figura jurídica es una institución de derecho mercantil, pero esta categoría de actos mercantiles no es en forma estricta legal sino de conveniencia práctica, ya que puede servir con fines esencialmente civiles, lo que permite siempre la posibilidad del acto mixto: civil para una de las partes contratantes y mercantil para la otra.

Características

– Formas de constitución:

De acuerdo con dicha legislación, son tres las formas en que pueden constituirse los fideicomisos: a) por contrato; b) instituirse por testamento (artículo 770); y, c) los jueces de Primera Instancia del Ramo Civil pueden constituir fideicomisos, en los casos en que por ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes, esto siempre que sea a solicitud de parte y con opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación; o sea, que el fideicomiso puede surgir por acto entre vivos (contrato), por disposición de última voluntad (testamento) y por ministerio de la ley.

Este contrato sólo puede constar en escritura pública (artículo 771), a excepción del caso citado en el artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, y en el fideicomiso por testamento deben observarse todas las solemnidades propias de las disposiciones de última voluntad conforme al



Código Civil y Código de Notariado, con la salvedad de que el fiduciario tendrá la calidad de heredero.

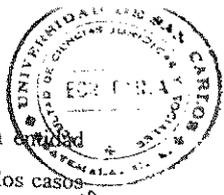
- Efecto contra terceros:

Necesariamente la constitución de un fideicomiso produce efectos jurídicos contra terceros, en el momento siguiente: a) desde que se presente el documento constitutivo al Registro General de la Propiedad, si son bienes inmuebles, derechos reales u otros bienes sujetos a inscripción; b) desde que la traslación se perfeccionen, si se trata de créditos u obligaciones r endosables; c) desde la fecha del endoso o registro, si son títulos a la orden nominativos o bienes muebles sujetos a registro; d) desde la fecha del documento constitutivo si son bienes muebles no sujetos a registro; e) desde que se efectúe la tradición, si son títulos al portador; y, f) desde que se publique un edicto en el Diario Oficial notificándolo a los interesados, si son empresas industriales, comerciales o agrícolas (artículo 766).

- Plazo:

El plazo máximo para la constitución de los fideicomisos es de 25 años, salvo que sea a favor de instituciones de asistencia, cultural, entidad social, estatal o incapaces. Los constituidos por un plazo mayor serán válidos, pero su plazo se entenderá reducido al máximo legal, salvo cuando el fideicomisario esté comprendido entre las excepciones indicadas en el numeral 7 del artículo 787 en cuyo caso el plazo podrá ser indefinido.

Al terminar el fideicomiso, los bienes objeto del mismo deben entregarse a quien corresponda, conforme a lo establecido en el documento constitutivo o en su caso a quien se disponga en sentencia judicial y, en su defecto, los bienes deben transmitirse al fideicomitente o sus herederos cuando el fideicomiso se extinga por hacerse imposible su realización por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto, por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario, por revocación hecha por



el fideicomitente o por renuncia, no aceptación o remoción de la entidad fiduciaria sino fuera posible sustituirla; o bien, al fideicomisario en los casos de que la terminación se deba a la realización del fin para el que fue constituido o al transcurso del plazo máximo de 25 años (artículo 788).

- Privilegios:

Por su misma naturaleza, el legislador previó algunos privilegios para este negocio jurídico y, entre ellos, se pueden mencionar: a) el documento constitutivo, la traslación de bienes en fideicomiso al fiduciario y la devolución de los bienes al fideicomitente están exentos de todo impuesto, no así el contrato o acto por el que el fiduciario traspase o enajene bienes inmuebles al fideicomisario o a terceros, en el cual deberán cubrirse las obligaciones tributarias, y en el caso de fideicomisos testamentarios, en lo que se refiere a inmuebles, según lo dispuesto en el artículo 792.

- Nulidad de los fideicomisos:

Conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio (artículo 789), son nulos: a) los que se constituyan en forma secreta (son secretos aquellos en los que se oculta su constitución, el fin que se persigue o la persona de los fideicomisarios); b) cuando el fideicomisario no tenga capacidad para adquirir el provecho del fideicomiso o sea incapaz de heredar; c) cuando la institución fiduciaria sea a la vez fideicomisaria; d) cuando el fiduciario no sea una institución de crédito o banco; y, e) la realización de los fines que se persiguen sean contrarios a la moral y a las leyes.

También puede atacarse de nulidad el fideicomiso constituido en fraude de acreedores, ejercitando los acreedores del fideicomitente, cuyos créditos sean anteriores a la creación del fideicomiso, la acción revocatoria conforme a lo estipulado al respecto por el Código Civil. En el caso del fideicomiso testamentario, la nulidad del testamento hace nulo también el fideicomiso.



- Extinción:

El fideicomiso termina (artículo 787): a) por la realización del fin para el que fue constituido, este caso se da cuando la finalidad se alcanza antes de la expiración del plazo que la ley fija; b) por hacerse imposible su realización, imposible cuando habiéndose constituido el fideicomiso el fiduciario no puede cumplir con el encargo; c) por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto, aquí es la extinción la que se encuentra condicionada y si no llegara a realizarse esa condición, el fideicomiso no se extinguirá por el transcurso del plazo máximo; d) el fideicomitente puede extinguir el fideicomiso cuando se haya reservado este derecho en el documento constitutivo, esta revocatoria también puede acordarse entre el fideicomitente y el fideicomisario; e) por no aceptación, renuncia o remoción del fiduciario si no fuere posible sustituirlo; f) por el transcurso del plazo máximo de 25 años, excepto cuando el fideicomisario sea una entidad estatal de asistencia social, cultura, científica o artística que no persiga el lucro, o sea incapacaz o enfermo incurable; y, g) también se extingue un fideicomiso por sentencia judicial, que puede originarse en los casos no contemplados en el documento constitutivo ni en los señalados con anterioridad, entre los que pueden indicarse la destrucción o pérdida total de los bienes objeto del fideicomiso y la muerte del fideicomisario.

La extinción del fideicomiso conlleva ciertos efectos y de ahí que al terminarse éste los bienes que tenga en su poder el fiduciario, deben ser entregados a la persona o personas designadas en el documento constitutivo o sentencia judicial, en su caso; y, en su defecto, al fideicomitente o sus herederos o al fideicomisario en los casos que corresponda (artículo 788).

5.3 Objeto del fideicomiso

Puede ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos que legalmente puedan transmitirse, afectándolos a fines previamente determinados (artículo 766), debiéndose consignar en el contrato de fideicomiso el valor



estimativo de los mismos (artículo 771), y en el caso de que el fideicomiso establezca por testamento debe efectuarse, con intervención del fiduciario, inventario y avalúo de los bienes y derechos objeto del fideicomiso (artículo 772).

Entre los objetos más comunes aportados al patrimonio fideicometido en nuestro medio podríamos citar bienes inmuebles, bienes muebles, dinero en efectivo, títulos de crédito, derechos sobre deudas y otros.

Estos bienes y derechos fideicometidos estarán afectos al fin a que se destinan y solamente responderán: a) por las obligaciones que se refieren al fin del fideicomiso; b) a los derechos que se haya reservado al fideicomitente o que para él se deriven del fideicomiso; c) a los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso; y, d) a los derechos adquiridos por terceros, ya sean fiscales, laborales y de cualquier otra índole (artículo 777).

Sujetos

– Fideicomitente:

Debe tener la capacidad legal para enajenar sus bienes (artículos 766 y 767) y puede ser simultáneamente beneficiario (artículo 769). Pueden serlo tanto las personas individuales como las jurídicas, pudiendo actuar como tales las autoridades judiciales en los casos que corresponda (artículo 771). La capacidad legal del fideicomitente debe ser plena; es decir, de goce y de ejercicio, y con relación a la propiedad de los bienes objeto del fideicomiso, no solo deben pertenecerle sino tener, además, la libre disposición de los mismos.

En cuanto a la forma como lo puede constituir, lo puede hacer personalmente o por mandato; en este último caso, el mandatario debe tener poder amplio con facultad especial para constituir el fideicomiso sobre determinados bienes, este mandato deberá constar en escritura pública, sea cual fuere su cuantía, ya que será requisito para dar origen a un fideicomiso que sólo puede constituirse en escritura pública; por los menores, incapaces y ausentes

pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial (artículo 767).

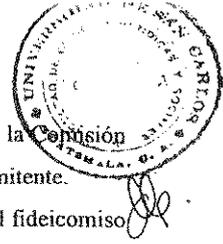
— Fiduciario:

Solo pueden ser los bancos establecidos en el país y las instituciones de crédito previa autorización de la Junta Monetaria (artículo 768). Si la designación la hace el fideicomitente, debiendo constar su aceptación en el contrato de fideicomiso (artículo 771); sin embargo, cuando no se designa nominalmente al fiduciario en el fideicomiso instituido por testamento, el juez lo nombrará, para lo cual el fideicomisario puede proponerlo (artículo 773), el designado judicialmente sólo será administrador de los bienes (artículo 771).

Pueden designarse uno o varios fiduciarios para desempeñar el encargo y, en este caso, podrán actuar conjunta o sucesivamente de acuerdo con las disposiciones del documento constitutivo (artículo 774); al desempeñar el cargo en forma sucesiva no se presentaría dificultad alguna, pero al actuar conjuntamente es indudable que surgirían problemas de orden práctico y administrativo, pudiendo resultar inoperante el fideicomiso.

El fiduciario solo podrá realizar todos los actos que se requieran para el cumplimiento del fin del fideicomiso, así como todas aquellas acciones necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido, estando autorizado para otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso (artículo 783); pero para enajenar o gravar los bienes se requiere facultad expresa que conste en el documento constitutivo y, en casos excepcionales, podrá obtener autorización del juez (artículo 775).

La política de inversión será definida por el fideicomitente y ante su inexistencia, deberá invertir en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez emitidos o garantizados por el Estado (artículo 784), las entidades públicas, instituciones financieras, los bancos que operan en el país y las



empresas privadas cuyas emisiones califique como primer orden la Comisión de Valores, como una medida legal de protección para el fideicomitente.

En todo acto o contrato que otorgue el fiduciario en ejecución del fideicomiso debe declarar la calidad con que actúa (artículo 781), estando obligado: a) ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines; b) desempeñar el cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves, que deberán ser calificadas por un juez de primera instancia; c) tomar posesión de los bienes fideicometidos en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad; y, d) llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones y rendir los informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requieran (artículo 785).

Puede ser removido por: a) cuando actúe en abuso de las facultades que le otorgue el documento constitutivo (artículo 780); b) por el incumplimiento de las instrucciones contenidas en el documento constitutivo; c) sino desempeña el cargo con la diligencia debida; y, c) al tener intereses antagónicos con los del fideicomisario (artículo 786).

Por el desempeño de las funciones como fiduciario, este recibe una remuneración que puede cobrar preferentemente de los ingresos del fideicomiso (artículo 783), o bien puede estar a cargo del fideicomitente, del fideicomisario o de ambos; pero en el supuesto que no se le pague tendrá preferencia sobre el patrimonio del fideicomiso, para el cobro de sus honorarios, créditos y de los gastos del mismo fideicomiso, que tuvieren que hacerse efectivos con los bienes fideicometidos (artículo 793).

Cabe comentar, que en los fideicomisos de garantía, el fiduciario debe ser persona distinta del acreedor (fideicomisario) y es ahí donde precisamente la institución fiduciaria representa el elemento de imparcialidad en la ejecución de este tipo de fideicomisos.



- Fideicomisario

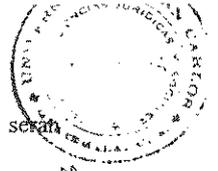
Pueden serlo tanto las personas individuales como las jurídicas que tengan capacidad legal para adquirir el provecho del fideicomiso (artículo 767), siendo suficiente la capacidad de goce. No pueden serlo, en el caso de un fideicomiso testamentario, las personas que por incapacidad o indignidad no puedan heredar (artículo 767).

El fideicomitente puede ser determinado o indeterminado al momento de constituirse el fideicomiso, por lo que no es necesario para su validez que sea individualizado o designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo se establezcan normas o reglas para su determinación posterior (artículo 769).

En cuanto a sus derechos, además de los que se deriven del documento constitutivo, tendrá los siguientes: a) exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso; b) pedir la remoción del fiduciario por causa justificada; c) revisar en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas comprobantes del fideicomiso; y, d) impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituyan al fiduciario los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido (artículo 778). Los derechos del fideicomisario no son embargables por sus acreedores, pero si lo son los frutos que perciba del fideicomiso (artículo 782).

5.5 Aspectos impositivos

En principio, el fideicomiso en el ámbito tributario es distinto al fiduciario como tal, pero es sujeto de la obligación fiscal. De conformidad con el artículo 3 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, son sujetos de impuesto, entre otros, los fideicomisos. Como una ficción de la ley, considera como sujeto tributario a dicha institución, aún cuando no sea una persona ni individual ni jurídica. En el



artículo 13 de dicho cuerpo legal, se define que los fideicomisos serán considerados independientemente de sus fideicomitentes y fiduciarios.

La ley individualiza a cada uno de los sujetos de la relación del fideicomiso: al fideicomiso como tal, al fideicomitente, al fiduciario y al fideicomisario. La independización que se hace significa que habrán obligaciones y beneficios que son propias del fideicomiso y las que corresponden a los otros sujetos mencionados.

Con relación al Impuesto al Valor Agregado, cabe decir que conforme al numeral 8 del artículo 8, la constitución del fideicomiso y la devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente están exentos de pago de dicho impuesto, no así los actos gravados conforme a esta ley que efectúe el fiduciario. Este actúa como administrador del fideicomiso, de manera que todos los actos que efectúe en función del fideicomiso resultan gravadas por virtud de esta ley.

En cuanto a la Ley de Productos Financieros (artículo 8), estimamos que no le es aplicable en virtud de que dicho precepto si bien se refiere en su segundo y tercer párrafo a personas fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos, también lo es que la fiscalización del fideicomiso se hace como un patrimonio autónomo o independiente del capital, recursos e inversiones del banco, pues la ley trata en forma individualizada y específica, tal y como quedó apuntado.

En ese sentido, tanto el fideicomiso, como los sujetos que intervienen en el mismo, deberán cumplir sus obligaciones tributarias en lo referente al Impuesto sobre la Renta y el Impuesto al Valor Agregado, dependiendo de la posición de cada uno de ellos: bien como fiduciario, beneficiario o inversionista.

Es conveniente destacar, que con arreglo al artículo 22 del Código Tributario, cuando ocurra el hecho generador en las situaciones que determina la ley, el responsable del cumplimiento de las obligaciones tributarias formales y materiales será, en el caso del fideicomiso, el fiduciario. De tal suerte que en cada una de las operaciones provenientes del fideicomiso y en razón de la función del fiduciario, será obligación de éste velar porque se cumplan las disposiciones tributarias, que es sólo él el que las determina y es, por ende, responsable no solo



por dicha función sino por ministerio de la ley, según lo indicado en el precepto citado.

El fiduciario debe, pues, mantener en forma permanente la solvencia de todos los impuestos y contribuciones que afectan a la administración del patrimonio fideicometido, debiendo para ello retenerlos y pagarlos oportunamente.

5.6 Constitución de fideicomisos en los bancos del sistema

Se realizó una investigación a nivel de los bancos y sociedades financieras del sistema, con el propósito de establecer cuántas entidades actúan como fiduciarios, las clases de fideicomisos que administran y un monto agregado aproximado del capital en giro de éstos, referido al 30 de abril del año en curso.

Se estableció que de los 34 bancos que operan en el sistema, 21 son fiduciarios de fideicomisos. Asimismo, de las 20 sociedades financieras, 9 son fiduciarios. De esa cuenta se tiene que son 30 las entidades financieras que tienen a su cargo la administración de fideicomisos en nuestro medio, a la fecha referida.

El capital en giro de tales fideicomisos asciende a Q. 1,580 millones en los bancos y Q. 615 millones en las sociedades financieras, haciendo un total de Q. 2,195 millones, que significa un 6% del total de los activos de las entidades citadas y menos del 2% del Producto Interno Bruto del País. Lo anterior quiere decir, que el movimiento de este tipo de operaciones es bajo en comparación con otros países como México o Colombia, cuyos indicadores son en exceso más altos.

Con relación al tipo de fideicomisos constituidos en el sistema bancario, encontramos de administración, de inversión, de garantía y de desarrollo, así:

Clase	Constituidos en		
	Bancos	Financieras	Total
Administración	17	7	24
Inversión	5	1	6
Garantía	1	2	3
Desarrollo	5	-	5
TOTAL	28	10	28



En algunas entidades funcionan más de dos fideicomisos y de más de una clase; es decir, de administración y de garantía por ejemplo.

Haciendo un análisis de la baja participación en la utilización de la institución del fideicomiso, encontramos que hay varias causas, entre ellas: a) falta de capacidad de ahorro de los individuos, dado principalmente por el bajo nivel de ingresos de la población, que apenas les permite cubrir sus necesidades básicas, y por el nivel de desempleo que hay en nuestro país; b) falta de cultura financiera, esta situación se da, porque únicamente el tipo de instrucción especializado de finanzas llega a un sector cada vez más reducido y privilegiado, especialmente de la clase media alta y clase alta de la sociedad, hablando en términos de ingresos, ya que el sector popular primero no ha tenido acceso a este tipo de educación superior, y segundo, tampoco tiene fácil acceso a la información, que de tenerla tampoco le serviría de mucho, en virtud que no la entendería; c) desconocimiento de la existencia y bondades de la institución del fideicomiso, lo que hace que no sea utilizado, pues no ha habido difusión alguna de las ventajas que éste daría, principalmente en la parte civil; y, d) mínima importancia por parte de los bancos y sociedades financieras, ya que la redituabilidad o comisiones que cobran no son tan atractivos que les permita incrementar la rentabilidad de los servicios significativamente, razón por la cual prácticamente no es promocionada, no obstante que el público al conocerlo, podría representar una fuente importante de ingresos, ya que su control y manejo es relativamente fácil y no muy oneroso.

Es necesario comentar en este trabajo, y que conste que es una apreciación personal, derivado del análisis de cada uno de los fideicomisos, que en algunos casos se ha desnaturalizado esta figura, toda vez que en su forma aparentemente cumplen con las disposiciones del Código de Comercio y en su contenido no son más que puras operaciones pasivas de los fiduciarios, lo cual desde luego les trae algunas ventajas; sin embargo, como se dijo, desnaturaliza esta figura como operación de confianza, que se constituye con un fin determinado y a un plazo establecido, el cual es liquidado al darse una o más de las causales indicadas en



este trabajo; afortunadamente, se da en pocas entidades y ha venido disminuyendo el nivel de sus operaciones y transparentándose más.

Cabe comentar, que el Banco de Guatemala también puede actuar como fiduciario, pero esta actuación está delimitada a aquellos fideicomisos de gobierno y de desarrollo, como es el caso de los constituidos con recursos estatales y de organismos internacionales como el BID y el BIRF, con fines de desarrollo de comunidades (DECOPAZ) o de sectores (pequeña empresa).



CAPITULO VI

EL CAPITAL FIDEICOMETIDO

6.1 Definición

La palabra capital tiene muchas acepciones, dependiendo del punto de vista del que se quiera analizar, así tenemos por ejemplo un significado desde el punto de vista económico (stock de recursos disponibles en un momento determinado para la satisfacción de las necesidades futuras); sin embargo, el que a nosotros interesa está en función más bien contable y desde el punto de vista, digamos, del objeto del fideicomiso. En ese sentido, analicemos algunas definiciones en esa vía.

Para Manuel Ossorio,²³ Capital es el conjunto de “bienes a los cuales se renuncia por un tiempo y los que se adquieren a consecuencia de ese renunciamiento y de los cuales se obtendrán goces demorados pero mayores”.

Paul A. Samuelson²⁴ indica que el “capital lo compone el conjunto de títulos del propietario invertido en el negocio y los títulos para fondos retenidos en el negocio que proceden de los beneficios (beneficios no distribuidos).”

De las definiciones anteriores podemos separar tres elementos importantes para analizar el capital: el primero, los fondos, bienes y títulos que se aportan al negocio en un tiempo determinado, la empresa o lo que se trate; en el caso del fideicomiso se refiere esto al objeto del mismo. El segundo, lo constituye quien lo aporta; es decir, el propietario, en todo o en parte, del negocio o empresa; en el caso del fideicomiso, lo será el fideicomitente, que traspaşa la titularidad de los fondos, bienes o títulos al fiduciario; y, el tercero, lo constituye el beneficio que se obtiene o la pérdida que se genera en el negocio, pues es parte del riesgo en cualquier “empresa”; en el caso del fideicomiso, son los beneficios o pérdidas que se obtendrían al final del período correspondiente, al liquidarse los productos

²³ Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 1981. Página 104.

²⁴ Paul A. Samuelson. Economía. Editorial McGraw Hill. México 1986. Página 1099.



contra los gastos.

Los activos de cualquier clase de negocio están supeditados a dos tipos de derechos: los del propietario y los de los acreedores. A los primeros se les conoce más comúnmente como capital y los segundos están constituidos por todas las obligaciones del negocio a favor de terceras personas. Por ello se dice: "capital es el activo no gravado". El capital se modifica con cada transacción que se efectúa, por virtud de la ecuación patrimonial que le incide el resultado neto de tales transacciones, sin embargo, formal y contablemente se afecta al cierre del cada ejercicio. De ahí que se utilicen con frecuencia los términos capital inicial y final, según se refiera al inicio de un negocio, reapertura de su contabilidad o bien cierre de operaciones.

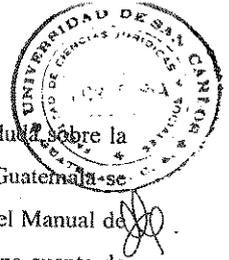
Por lo expuesto, podemos decir que capital fideicometido es el conjunto de bienes y derechos que el fideicomisario aporta al fideicomiso, destinado a un fin determinado y que contablemente representa el patrimonio neto del mismo.

6.2 Aportación de capital fideicometido

Como quedó indicado, el fideicomiso está formado por un conjunto de bienes que constituyen una unidad independiente y se afectan a un fin determinado. Todo bien patrimonialmente apreciable puede formar parte de éste si existe en el momento de la constitución y no es intransferible de acuerdo con la ley. El grado de ingerencia del fideicomitente en la gestión del fideicomiso permite que la jurisprudencia determine si se ha constituido éste o no, pues de ser muy alto, estar constituido a favor de aquél y ser revocable, se entiende que los bienes nunca han salido del patrimonio de éste y no existe, en consecuencia, fideicomiso, pues es tan importante la sustancia del negocio como su forma.

No es suficiente la transferencia del patrimonio y su constitución en unidades separadas. Es necesario que al mismo se le dé una destinación específica afectando los bienes a una finalidad determinada o determinable.

La separación exigida es sobre todo contable y busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario, pues



supone la existencia de cuentas separadas, en forma que no quede duda sobre la manera de los incrementos recibidos, los cargos hechos, etc. En Guatemala se separa las cuentas del banco de la del fideicomiso y de acuerdo con el Manual de Instrucciones Contables para Bancos y Sociedades Financieras, en una cuenta de orden o de control, aquellos llevan la cuenta de registro correspondiente.

Esta es una característica común, toda vez que se entiende a los meros encargos fiduciarios y los registros contables deben reflejar, claramente, la diferencia entre bienes propios y aquellos que se tienen por cuenta de terceros. Sergio Rodríguez Azuero,²⁵ en su obra Contratos Bancarios, incluye algunas características del patrimonio fideicometido, como los siguientes:

- Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario
- Excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomitente
- Excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomisario
- Garantizan las obligaciones contraídas para cumplir determinado fin
- Deben retornar al fideicomitente o al indicado en el documento constitutivo.

De acuerdo con nuestra legislación (Código de Comercio), los sujetos de la institución del fideicomiso están expresamente definidos y de ahí que quien aporta los bienes y derechos al fideicomiso, por lo tanto el capital, es el “fideicomitente”. Decimos lo anterior, en virtud de que hay personas que sustentan la tesis de que es permitido utilizar la institución del “fideicomitente adherente”, el cual no está así establecido en la ley, aunque se diga que se trata de un negocio mercantil y por lo tanto es antiinformalista, aspecto que no es suficiente para crear figuras legales.

Este elemento o sujeto de “fideicomitente adherente” funciona como un elemento persona constituido por cualquier persona, quien aporta una cantidad cualquiera de capital; dentro del documento constitutivo se pacta que podrán participar en el fideicomiso tantos “fideicomitentes adherentes” como se quiera,

⁵ Obra citada, Página 638.

mediante un certificado de adhesión, aportando cualquier cantidad de dinero principalmente. En la investigación realizada se observó que la participación de éstos se da por un plazo determinado (3, 6, 9 ó más meses) y a su vencimiento los fondos le son devueltos, más los "intereses", cuya tasa les es garantizada, así como la liquidez; es decir, poder desinvertir en cualquier momento.

No podemos aceptar tal tesis, por antitécnica y antijurídica, ya que de conformidad con las normas legales que estipulan el fideicomiso, especialmente el Código de Comercio, no existe la figura del fideicomitente fundador, fideicomitente adherente, inversionista o como se le quiera llamar, pues de acuerdo con el artículo 766 de dicha ley, existe el fideicomitente, por lo que cualquier otra denominación, además de ser contraria a su espíritu y a la letra de las normas mercantiles, resulta inadecuada. Si nos vamos a la historia del fideicomiso y a lo estipulado en el cuerpo legal citado, respecto del tratamiento de esta institución, no es posible la existencia del fideicomitente adherente. La persona que constituye el fideicomiso es simplemente fideicomitente conforme a la ley; aquí la autonomía de la voluntad no puede ir más allá de la ley, desvirtuando su verdadero sentido al designar con un nombre diferente al fideicomitente. Por eso decimos, que el "Fideicomitente adherente", que actúa con las características indicadas (facultad de entrar y salir al fideicomiso, aseguramiento de una tasa de rendimiento de sus fondos, garantía de liquidez, ingreso mediante certificados de adhesión) no es sujeto de la relación del fideicomiso que regule nuestro derecho positivo; es decir, no es aceptado, recogido o regulado. Ciertamente no lo prohíbe expresamente, pero esto no es necesario, basta con analizar la institución y su orden normativo, su espíritu y finalidad para establecer la inexistencia de dicho elemento personal.

La constitución del fideicomiso es única e integral, en el sentido de que todos sus elementos apuntan hacia una finalidad; o sea, el fin del fideicomiso. Cuando el fideicomitente por su voluntad espontánea constituye el fideicomiso lo hace en beneficio de alguien o para sí mismo. Su voluntad se trasunta en el querer volitivo de acuerdo con los instrumentos normativos que la ley pone a su



disposición. No es que el fideicomitente haga lo que quiera hacer, sino que es aquello que es adecuado y consecuente con la ley. En su voluntad está escoger al fiduciario y al fideicomisario y afectar su patrimonio de acuerdo con el fin que persiga, lo que no puede es cambiar la estructura definida en la ley creando figuras o sujetos que la misma ley no provee. De esta suerte, fideicomitente, fiduciario, fideicomisario, patrimonio y fin, constituyen una unidad, constituidos todos en un solo acto, que nace y termina en ese mismo acto.

No puede haber, pues, un fideicomitente adherente, por más que así lo dispongan. La autonomía de la voluntad no es superior a la ley. En esta figura, la forma (escritura pública) es un elemento esencial a la constitución o nacimiento del fideicomiso, por lo que cualquier modificación por cambio de sujeto tiene que hacerse conforme dicha norma, en cuyo caso no estaríamos hablando de una "adherencia", sino simplemente de una constitución. En el fideicomiso no tiene cabida el contrato de adhesión, que es prácticamente lo que se pretende hacer establecer equivocadamente con la figura del "fideicomitente adherente". Es una manera de desvirtuar la esencia del fideicomiso mismo, con el propósito de hacer de él un instrumento de lucro, cuya naturaleza esencial no lo permite.

Contablemente, la aportación de bienes y derechos al fideicomiso se registra como "capital fideicometido", nunca como "pasivo", por su naturaleza misma; de esa cuenta, tampoco podrá legalmente asegurarse una tasa de rendimiento y la liquidez de la operación en plazos cortos. Al final de cada ejercicio contable se hace una liquidación de todos los productos y los gastos, estableciéndose el resultado final de la gestión, que puede ser positivo (utilidades) o negativo (pérdida); si se da el primero, después de cumplir con las obligaciones tributarias, podrá distribuirse al fideicomisario o a quien corresponda, pero no anticiparse a resultados que no se conocen; en todo caso cabría más una figura de captación de fondos como "pasivo" y no como una aportación de capital.

En cuanto al plazo, consideramos que si el fideicomiso se constituyó a un plazo determinado, es para conseguir un fin, también determinado, pero no puede



ser sujeto de cuenta corriente, ya que los fideicomisos no se fundan con variable y con una diversidad de fideicomitentes adherentes, al menos no lo regula así nuestra legislación. Lo anterior no quiere decir que dicho capital fideicometido no pueda incrementarse; sí se puede hacer, pero con las formalidad legales del caso.

6.3 Fideicomisos para emisión de certificados fiduciarios

Nuestra legislación, específicamente el Código de Comercio, permite la constitución de fideicomisos con la finalidad de operar con certificados fiduciarios, como una forma de agenciarse de fondos y desarrollar determinados proyectos, como parte de la misma finalidad del fideicomiso.

Tales certificados se encuentran regulados en los artículos 609 al 614 del Código de Comercio, los cuales se consideran como títulos de crédito, y pueden ser emitidos únicamente por instituciones que actúan en calidad de fiduciarios.

Para la emisión de estos títulos de crédito, el fideicomitente debe facultar al fiduciario, en el acto constitutivo del fideicomiso, para que en ejecución de éste emita los certificados fiduciarios, ya sea para hacer participar a los tenedores de todo el valor del patrimonio que representan los bienes que aporte para el efecto, o bien para hacerlos participar únicamente de sus frutos o rendimientos, conjuntamente con un derecho a la recuperación del valor nominal de los propios certificados.

El artículo 610 del código citado dispone el procedimiento para su emisión y señala que es el mismo que se sigue para la emisión de bonos bancarios, los que se regulan en los artículos 55 al 62 de la Ley de Bancos (definición, regulación, emisión, registro, colocación y negociación y garantías).

Los derechos que el título otorga a su titular, en cualquiera de sus formas, son las siguientes:



- A una parte alícuota de lo que produzcan los bienes fideicometidos. En este caso, el tenedor del título es un fideicomisario partícipe, con derechos de acreedor.
- A una parte alícuota de los derechos de propiedad sobre los bienes fideicometidos o sobre el precio que se obtenga de su venta. En este caso el certificado representa un derecho de copropiedad o una acreeduría sobre parte del precio que se obtuviera al venderlos.
- A una parte determinada del bien inmueble fideicometido, en cuyo caso el certificado representa un derecho de propiedad inmueble.

En cuanto a su formalidad, los certificados fiduciarios se pueden emitir en forma nominativa, a la orden o al portador, pero si el bien fideicometido es un inmueble, la modalidad nominativa es obligatoria. Con relación a la presentación documental, además de los requisitos legales generales de todo título, el certificado debe contener:

- Nombre del título: certificado fiduciario
- Datos de la escritura pública en que se constituyó el fideicomiso que origina los títulos y lo referente a la creación de los certificados
- Descripción de los bienes fideicometidos
- Valor de los bienes
- Facultades del fiduciario
- Derechos de los tenedores de los títulos, expresando el régimen de su ejercicio
- Forma del fiduciario
- Plazo del certificado. Este no podrá exceder del plazo del fideicomiso que origina el certificado.

Al emitirse los certificados fiduciarios, debe estipularse todo lo relativo a la posesión, conservación y mantenimiento de los bienes fideicometidos que los



garantizan, y cualquier acción en defensa de los intereses de los tenedores del patrimonio en fideicomiso, debe ser ejercitada por el fiduciario.

Al extinguirse el fideicomiso, el fiduciario procederá conforme a lo pactado, ya sea a reembolsar a los tenedores de los certificados el valor nominal de los mismos y los rendimientos que hubieran generado, para lo cual el fideicomitente le deberá proporcionar los fondos necesarios, logrando de esta manera la retransmisión de los bienes fideicometidos, o hacer la adjudicación de dichos bienes, o su venta distribuyendo proporcionalmente entre los tenedores el producto que se obtenga.

No obstante que operaciones como la analizada en este apartado no son comunes en nuestro medio y realmente, a la fecha, no hay fideicomisos constituidos en el sistema bancario con esa modalidad, nos permitimos vertir algunas consideraciones sobre su aplicación. En ese sentido, si una empresa constructora de viviendas constituye un fideicomiso en un banco transmitiéndole inmuebles destinados a la edificación de casas, la sola existencia de tales bienes no puede permitir el desarrollo de las construcciones, razón por la cual el banco fiduciario emite los certificados respectivos como consecuencia del fideicomiso, la coloca en el mercado y canaliza los fondos que obtiene en la realización del objeto del fideicomiso. Pueden hacerse también casas resultantes de un fraccionamiento o edificios destinados a ser vendidos por niveles, departamentos o habitaciones.

Los certificados fiduciarios sobre inmuebles permiten a los fiduciarios establecer, en beneficio de los tenedores, derechos de ocupación y aprovechamiento directo de las casas, niveles, departamentos o habitaciones a que se refieran y el disfrute de todas aquellas partes de uso común, cuya extensión, alcance y modalidades se deban señalar en el acto de emisión y al extinguirse el fideicomiso proceden a la adjudicación respectiva a quienes aparezcan inscritos en el registro del fiduciario como titulares de los certificados.

Caso práctico (contenido de una escritura pública constitutiva de un fideicomiso)



Para finalizar el presente trabajo de tesis, consideré oportuno incluir un ejemplo de una escritura pública contentiva de un fideicomiso, en este caso de administración y garantía, donde se recogen las disposiciones legales y el espíritu doctrinario sustentado a lo largo de nuestra exposición. Cabe indicar, que el modelo que presentamos, es el que más se da en el medio.

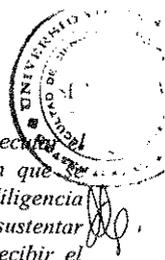
NUMERO QUINCE (15). En la ciudad de Guatemala, a los veinte días del mes de abril de mil novecientos noventa y ocho, ante mi EDGAR BALTAZAR BARQUIN DURAN, Notario, comparecen: por una parte CARLOS ANTONIO CRUZ PACHECO, de treinta y nueve años de edad, casado, guatemalteco, comerciante y de este domicilio, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden A guión uno (A-1), registro ciento noventa y ocho mil trescientos (198,300), extendida por el Alcalde Municipal de Guatemala; y, ANA ELENA ANTON PAZ, de cuarenta años de edad, casada, guatemalteca, comerciante y de este domicilio, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden A guión uno (A-1), registro ciento ochenta y nueve mil cuatrocientos (189,400), expedida por el Alcalde Municipal de Guatemala, quien actúa en nombre y representación de la entidad INVERSIONES INDUSTRIALES, SOCIEDAD ANONIMA, de nombre comercial "INDUSA", como Gerente General de la misma, calidad que acredita con el acta notarial que hace constar su nombramiento, autorizada en esta ciudad el once de noviembre de mil novecientos noventa y siete por el Notario Juan José Esquivel Portocarrero, documento inscrito en el Registro Mercantil General de la República bajo el número setenta y ocho mil ochocientos cuarenta (78840), folio doscientos (200), del libro quince (15) de auxiliares de comercio. Y por otra parte, el licenciado MANUEL ANTONIO SOSA OLIVA, de treinta y cinco años de edad, casado, licenciado en Economía, guatemalteco y de este domicilio, quien actúa en su carácter de Gerente General y Representante Legal de "BANCO LA UNION, SOCIEDAD ANONIMA", calidad que acredita de conformidad con la certificación de su nombramiento autorizado en esta ciudad por el Notario Eduardo Luna Fuentes, el siete de junio de mil novecientos noventa y siete, debidamente inscrito en el Registro Mercantil General de la República bajo el número ochenta y dos mil (82000), folio noventa (90), del libro veinticinco (25) de auxiliares de comercio, con fecha nueve de junio de mil novecientos noventa y siete; además, se encuentra expresamente autorizado para comparecer en este instrumento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral cuarto de la resolución GG cero cinco guión noventa y ocho (GG05-98) del acta número treinta (30) correspondiente a la sesión celebrada por el consejo de administración del Banco La Unión, Sociedad Anónima el veinte de marzo del



año en curso. Doy fe: a) de conocer a los comparecientes; b) de haber tenido a la vista la documentación relacionada, siendo las representaciones que se ejercitan a mi juicio suficientemente amplias para el presente acto y ajustadas a la ley; y, c) de que asegurándome los otorgantes ser de las generales indicadas y hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles, me manifiestan que por el presente acto vienen a otorgar "CONTRATO DE FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION Y GARANTIA" contenido en las cláusulas siguientes: PRIMERA: Definiciones. Para una mejor comprensión e interpretación del presente contrato, los otorgantes convienen en las definiciones siguientes: I) FIDEICOMISO: contrato por medio del cual el fideicomitente transmite al fiduciario determinados bienes, para que los administre y constituya garantías en la forma como se le indique; II) DENOMINACION DEL FIDEICOMISO: el fideicomiso que se constituye por este acto, se denominará "FIDEICOMISO INDUSA"; III) FIDEICOMITENTE: quien o quienes transmitan la titularidad en fideicomiso, en este caso el señor: CARLOS ANTONIO CRUZ PACHECO; IV) FIDUCIARIO: la entidad bancaria que recibe los bienes en fideicomiso, en este caso BANCO LA UNION, SOCIEDAD ANONIMA, que en adelante se denominará simplemente "El Fiduciario"; V) FIDEICOMISARIOS O BENEFICIARIOS: la entidad jurídica "INVERSIONES INDUSTRIALES, SOCIEDAD ANONIMA, quien percibirá cualquier beneficio que provenga del fideicomiso que se constituye; VI) PATRIMONIO FIDEICOMETIDO: el bien inmueble que se describe en el cuerpo de este instrumento, que se destinará a los fines que más adelante se consignarán; VII) COMITÉ DE FIDEICOMISO: la o las personas designadas por el fiduciario y fideicomisarios, para integrar un cuerpo de decisión en cuanto a los objetivos del fideicomiso. SEGUNDA: Constitución. Por este acto y de conformidad con las estipulaciones del presente contrato, el señor CARLOS ANTONIO CRUZ PACHECO, constituye un FIDEICOMISO denominado "FIDEICOMISO INDUSA", en BANCO LA UNION, SOCIEDAD ANONIMA, para cuyo efecto transfiere como patrimonio fideicometido a este último libre de gravámenes y limitaciones, la finca inscrita en el Registro General de la Propiedad bajo el número CIENTO NOVENTA (190), folio VEINTE (20), del libro QUINCE (15) de Guatemala, que consiste en un inmueble ubicado en la sexta avenida y once calle, número dieciocho, zona número uno, de esta ciudad capital, con la extensión y colindancias que le aparecen en sus respectivas inscripciones de dominio. Dicho inmueble, según avalúo practicado por VISION INMOBILIARIA, SOCIEDAD ANONIMA, identificado como avalúo fiscal número: cincuenta y uno-B-noventa y ocho (51-B-98) de fecha cinco de marzo del año en curso, arroja un valor total de terreno y construcciones de OCHO MILLONES QUINIENTOS MIL QUETZALES EXACTOS (Q. 8.500,000.00), valor este último que tanto el fideicomitente como el fiduciario aceptan para los efectos legales de este contrato. El referido inmueble, fue sometido al REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, de conformidad con la escritura pública número DOSCIENTOS OCHO (208), que autorizó el seis de enero de este año, en esta ciudad, el Notario Juan Luis Estrada Lemus, razón por la que en su oportunidad y así lo ruegan los otorgantes al señor Registrador, las fincas que se



formen como consecuencia de tal régimen, del número veinticinco al número cincuenta y cinco, folios del veinticinco al cincuenta y cinco, libro cuatro de Propiedad Horizontal, deberán inscribirse a nombre de "BANCO LA UNION, SOCIEDAD ANONIMA", en su carácter de Fiduciario del fideicomiso "INDUSA". El inmueble relacionado, será destinado a la construcción de acuerdo a las especificaciones que los otorgantes de este contrato conocen con anterioridad, de un centro dedicado a la promoción de productos industriales de Guatemala. El licenciado Sosa Oliva, representante legal de BANCO LA UNION, SOCIEDAD ANONIMA, manifiesta que su representada acepta expresamente ser Fiduciario del citado Fideicomiso en los términos de este contrato y las modificaciones que en el futuro se establezcan de común acuerdo entre las partes, quienes desde ya convienen en que podría incrementarse el patrimonio fideicometido si fuere necesario, todo de conformidad con lo resuelto por el Consejo de Administración de BANCO LA UNION, SOCIEDAD ANONIMA, contenida en Acta número veintiuno guión noventa y ocho (21-98), punto CUARTO de fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y ocho. TERCERA: Objetivo del Fideicomiso. El Fideicomiso que se constituye por el presente acto, tendrá por objeto: a) garantizar por medio del Fiduciario, que el Fideicomitente recibirá por parte de los fideicomisarios, la compensación económica previamente establecida de conformidad con los pactos que ambos han celebrado con anterioridad al presente contrato; b) garantizar a los fideicomisarios, la realización de los fines del fideicomiso, particularmente en cuanto a la adjudicación de las fincas filiales, que oportunamente serán vendidas a terceros interesados; c) al obtenerse financiamientos, ya sean para el punto anterior o bien para capital de trabajo por parte de los fideicomisarios, garantizar a la entidad bancaria de que se trate, el cumplimiento de la obligación con la garantía del inmueble fideicometido, siempre y cuando tales financiamientos sean destinados a la reconstrucción y reestructuración del inmueble, de conformidad con las licencias y permisos municipales que deberán obtenerse y los planos que las partes conocen perfectamente; d) por encontrarse el inmueble fideicometido sujeto a régimen de propiedad horizontal, el Fideicomiso venderá las fincas filiales, en la forma y modo como disponga el comité de Fideicomiso, quien establecerá el precio, forma de pago y demás circunstancias atinentes a la venta, en el entendido de que, si al momento de realizarse ésta, el Fideicomiso estuviere garantizando a alguna entidad financiera algún crédito otorgado a los Fideicomisarios, el gravamen que soportaría la finca filial, deberá mantenerse entre tanto no se haga efectiva la parte alicuota que la finca filial esté garantizando de las obligaciones vigentes; en caso contrario, el Fiduciario, cumplidas las condiciones de la venta otorgará la escritura traslativa de dominio que corresponda sin más trámite. CUARTA: Plazo del Fideicomiso. El presente Fideicomiso entrará en vigencia a partir de la presente fecha y se establece por un plazo de VEINTICINCO AÑOS, o antes si se cumplieren sus objetivos dentro del plazo estipulado. El Fideicomiso podrá darse por terminado antes de su vencimiento, por cualquiera de las causas que establece el Código de Comercio. QUINTA: Obligaciones del Fiduciario. El



Fiduciario en su calidad de tal, tendrá las siguientes obligaciones: I) Ejecutar el Fideicomiso de acuerdo a sus objetivos, constitución y la resolución que transcribe al final de este instrumentos; II) Desempeñar el cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo, por causas graves que deberá sustentar ante los Fideicomisarios, de acuerdo al procedimiento de ley; III) Recibir el inmueble objeto del patrimonio fideicometido en los términos de este contrato; IV) Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones; V) Cumplir con las instrucciones del Comité de Fideicomiso, de acuerdo a las estipulaciones de este contrato; VI) Proporcionar al fideicomitente y a los fideicomisarios, informe de las actividades del fideicomiso cuando sea necesario a requerimiento de aquellos; VII) Nombrar un representante fiduciario ante el Comité de Fideicomiso, quien será el enlace entre el Fiduciario y dicho Comité; VIII) Las demás que se deriven del presente contrato y la ley. QUINTA: Derechos del Fiduciario. A efecto del mejor cumplimiento de los fines del fideicomiso, se faculta expresamente al Fiduciario para lo siguiente: I) Efectuar todas las erogaciones que se requieren, con cargo al patrimonio fideicometido, para el fiel cumplimiento de su encargo, previa autorización del Comité de Fideicomiso; II) Ejercitar todas las acciones que sean necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido, confiriéndole para el efecto las facultades pertinentes contenidas en los artículos ciento noventa de la Ley del Organismo Judicial; III) Además de los honorarios pactados en la cláusula NOVENA de este instrumento, percibirá remuneración por aquellos servicios que realice, fijados de común acuerdo con el Comité de Fideicomiso, atendiendo a la naturaleza de las operaciones de que se trate. SEXTA: Obligaciones del fideicomitente. Hacer efectiva la entrega del bien fideicometido, así como proporcionar toda la información pertinente a efecto de que el fiduciario cuente con ella para el desempeño de su cometido. SEPTIMA: de los Fideicomisarios. Los Fideicomisarios tendrán como obligación única, el pago de los honorarios y demás cargas y costos del Fideicomiso, los que se harán efectivos al Fiduciario en la forma y modo como se establezca en el Comité de Fideicomiso. Como derechos de los Fideicomisarios, se establecen los siguientes: a) Obtener las informaciones y reportes que el Fiduciario esté obligado a proporcionar de acuerdo a este contrato; b) Recibir del Fideicomiso, en el transcurso de este y al finalizar el mismo, los beneficios que de él se deriven así como el remanente del patrimonio fideicometido a su liquidación. Los beneficiarios del Fideicomiso se establecerán por medio del Comité de Fideicomiso, quien sobre este aspecto instruirá al Fiduciario según las decisiones que se adopten. También tendrán los Fideicomisarios los derechos que establece el artículo setecientos setenta y ocho del Código de Comercio. OCTAVA: Del Comité de Fideicomiso. El Comité de Fideicomiso estará integrado de la manera siguiente: a) un representante titular y un suplente nombrado por el Fiduciario; b) Un representante titular y un suplente por los Fideicomisarios. Una vez integrado el Comité, se le hará saber por escrito al Fiduciario para los efectos de este contrato. Se establecen como obligaciones del Comité; I) Reunirse cuantas veces sea necesario para el logro de los fines del Fideicomiso; II) Dictar su reglamento interno, que deberá dárselo a



conocer al Fiduciario; III) Resolver todo lo concerniente en cuanto al Fideicomiso, particularmente lo relativo a la venta o disposición de las fincas filiales que integran el patrimonio fideicometido, la forma de pago y establecimiento de garantías o pactos accesorios; el otorgamiento de mandatos especiales o generales para el cumplimiento de los fines del Fideicomiso; instrucciones al Fiduciario sobre la revaluación anual del bien Fideicometido; el pago de beneficios a los fideicomisarios, antes de la liquidación del fideicomiso; la contratación de financiamientos garantizados con el patrimonio fideicometido, hasta el monto que sea necesario de acuerdo a su destino y el monto que puede garantizar el patrimonio fideicometido; en fin, todos aquellos actos que sean necesarios para el logro de los fines del Fideicomiso y especialmente, para autorizar expresamente al Fiduciario para la realización de los actos a que se refiere el artículo setecientos setenta y cinco del Código de Comercio. NOVENA: Honorarios del Fiduciario. El Fiduciario percibirá por su gestión en concepto de honorarios, el uno por ciento anual (1%) sobre el valor del avalúo del bien fideicometido, consentido por los participantes en este contrato, el que se hará efectivo anualmente en forma anticipada. Dichos honorarios serán cubiertos por los fideicomisarios, mediante simple requerimiento que les hará el Fiduciario al inicio de cada anualidad. Queda entendido que cualquier impuesto, gravamen, tasa o contribución especial que recaiga sobre el patrimonio fideicometido, sobre el presente contrato de fideicomiso, productos o frutos del patrimonio fideicometido y los pagos derivados del Fideicomiso que se hagan a favor del Fideicomitente, de los Fideicomisarios o de cualquier otra persona son a cargo del patrimonio fideicometido y en su caso, a cargo de los fideicomisarios. DECIMA: Ejercicio Contable. El ejercicio contable de la administración del patrimonio fideicometido, para los efectos de la rendición de cuentas y pagos de los impuestos de las rentas que produzca, se ajustará a períodos anuales computados del primero de enero de un año al treinta y uno de diciembre del mismo año, con excepción del inicial que será de la presente fecha al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. DECIMA PRIMERA: Terminación del Fideicomiso. Conviene las partes que el Fideicomiso se podrá dar por terminado por cualquiera de las causas siguientes: I) Por vencimiento del plazo fijado; II) Por la realización de los fines para lo que se constituyó el Fideicomiso; III) Por hacerse imposible la realización del Fideicomiso; IV) Por cualquiera otra de las causas establecidas en el artículo setecientos ochenta y siete del Código de Comercio. DECIMA SEGUNDA: Devolución del Patrimonio. Al producirse cualesquiera de las causas de terminación del Fideicomiso, el Fiduciario deberá devolver el patrimonio fideicometido en la forma siguiente: I) La devolución la hará directa y exclusivamente a quien corresponda y previamente procederá a la liquidación y rendición de cuentas del patrimonio fideicometido; II) La liquidación y rendición de cuentas deberá hacerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha de terminación del Fideicomiso; III) La devolución del patrimonio fideicometido se hará constar en escritura pública previo al otorgamiento del correspondiente finiquito a favor del fiduciario; IV) La liquidación y rendición de cuentas que el Fiduciario presente al

Fideicomitente y Fideicomisarios se tendrá por aprobadas si dentro de los días siguientes a la fecha de presentación de los documentos correspondientes le comunicaren por escrito al Fiduciario sus observaciones u objeciones.

DECIMA TERCERA: Finiquito. A la terminación del presente Fideicomiso, después de aprobar la liquidación y rendición de cuentas presentada por el Fiduciario, los fideicomisarios deberán otorgar finiquito a favor del Fiduciario y entonces quedarán extinguidas todas las obligaciones asumidas por éste y derivadas del contrato.

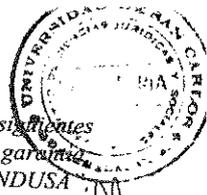
DECIMA CUARTA: Régimen legal. Los otorgantes en las calidades con que actúan declaran que el presente contrato y el Fideicomiso constituido se regirán por los términos de este instrumento, el Código de Comercio y las leyes de la República de Guatemala, en especial las disposiciones legales aplicables a la constitución, régimen y liquidación del Fideicomiso.

DECIMA QUINTA: Arbitraje. Los otorgantes renuncian al fuero de su domicilio y acuerdan someter cualquier disputa a juicio arbitral de equidad ante un Tribunal integrado por tres árbitros nombrados de común acuerdo entre las partes. Si transcurriere un mes sin que las partes se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros, su designación se hará en la forma siguiente: cada parte propondrá a tres personas honorables y ante Notario designarán, mediante sorteo, a un árbitro por cada parte. Los árbitros así designados, una vez hayan aceptado el cargo, designarán al tercer árbitro, el cual presidirá el Tribunal. Las partes deberán hacer la designación de los árbitros dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación que les haga cualquiera de las partes, de manera que el tribunal arbitral queda integrado dentro de los sesenta días calendarios de haberse planteado la controversia. Si alguna de las partes citadas dejare de hacer el nombramiento dentro del plazo anteriormente dicho, la parte que sí cumplió podrá acudir en su defecto, y en su orden, a la Cámara de Comercio o la Cámara Empresarial, de manera que de cualquier forma se haga la designación de los árbitros, en defecto del acuerdo de las partes; en este caso, el plazo para la integración del tribunal podrá extenderse hasta noventa (90) días calendarios. Los árbitros designarán a un Notario como Secretario del Tribunal Arbitral, el cual desde el momento de la aceptación del cargo, tendrá a su cargo promover toda la procuración necesaria para que el arbitraje se desarrolle prontamente. A partir de la fecha de integración del Tribunal Arbitral y del nombramiento y aceptación del cargo de Secretario, el Tribunal Arbitral dispondrá de un plazo máximo de sesenta (60) días para pronunciar su laudo. Al día siguiente a la constitución del Tribunal, éste mandará oír a las partes por tres días hábiles comunes para que expresen sus agravios. Recibidas las exposiciones de ambas partes les dará audiencia por otros tres días comunes hábiles para que redarguyan los alegatos de la parte contraria. Transcurrido dicho término, el Tribunal abrirá a prueba el arbitraje por el término de ocho días hábiles comunes para que las partes presenten las que correspondan a su derecho. Vencido el término probatorio, el Tribunal Arbitral oírá a las partes por tres días hábiles comunes para que expongan sus puntos de vista. El Tribunal Arbitral podrá disponer la recepción de cualquier clase de pruebas durante y después del término, mandando oír a las partes, así como cualesquiera





diligencias para mejor fallar. El Tribunal Arbitral no estará sujeto a ninguna clase de restricciones procesales, a excepción de las aquí consignadas y su obligación de dar a las partes la más amplia oportunidad de defensa de sus respectivas pretensiones; y en emisión del laudo tampoco estará sujeto el arbitraje a formalidades de ninguna especie, pues el Tribunal deberá fallar en equidad, según su leal saber y entender, siendo válido el laudo que pronuncie por unanimidad o mayoría. Las partes expresamente renuncian a cualquier recurso o apelación contra el laudo que se dicte, excepto el que por ley les está vedado renunciar, pues se comprometen de buena fe a acatar el fallo que se pronuncie por el Tribunal Arbitral. En todo caso, de recurrirse a la jurisdiccional, el ámbito de su potestad se circunscribirá exclusivamente a compeler a cualquier parte renuente al arbitraje, para que éste se realice. Las costas del arbitraje, inclusive los honorarios de los árbitros y del Secretario serán sufragados por las partes por iguales partes. En caso de desacuerdo respecto a los honorarios de los Árbitros o del Secretario, o de las demás costas del arbitraje, éstas serán fijadas por la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de acuerdo con principios de equidad. El arbitraje deberá realizarse en la ciudad de Guatemala. DECIMA SEXTA: Domicilio Especial. Las partes señalan como domicilio especial para el cumplimiento de sus obligaciones que del presente contrato se deriven, las siguientes: I) El Fideicomitente y los Fideicomisarios, la octava avenida y sexta calle, número treinta y tres, de la zona número uno, de esta ciudad capital; y, II) La entidad Fiduciaria la séptima avenida y sexta calle, número veinticuatro, de la zona nueve de esta ciudad capital. DECIMA SEPTIMA: Aceptación del Fiduciario. El licenciado Manuel Antonio Sosa Oliva, en el carácter con que actúa en nombre y representación del Fiduciario, declara que acepta el Fideicomiso constituido y la transmisión que para los fines del mismo se hará del inmueble que constituirá el patrimonio fideicometido. DECIMA OCTAVA: Ratificación. En los términos consignados los otorgantes en las calidades con que actúan, enterados de todos los términos y condiciones de este instrumento lo aceptan y ratifican, manifestando su plena conformidad con el mismo. YO, el Notario, doy fe de todo lo expuesto, de haber tenido a la vista la certificación de la resolución del consejo de administración del BANCO LA UNION, SOCIEDAD ANONIMA que copiada literalmente dice: "ACTA 30, NUMERAL CUARTO, DE LA SESIÓN CELEBRADA EL DÍA 20 DE MARZO DE 1998. EL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE BANCO LA UNION, S.A. RESUELVE AUTORIZAR LA SIGUIENTE OPERACIÓN: RESOLUCION GG05-98). El Presidente sometió a consideración, la propuesta presenta al banco por el señor Carlos Antonio Cruz Pacheco, para la constitución de un fideicomiso de administración y garantía que se denominará "FIDEICOMISO INDUSA", el cual después de ser analizado por los departamentos técnicos de la Institución, se consideró que es conveniente la autorización de la constitución del citado Fideicomiso, de conformidad con los términos que han sido discutidos a nivel técnico. El Consejo después de amplia deliberación sobre el particular, por unanimidad: R E S U E L V E: 1º. Aprobar la participación del Banco, como fiduciario de un fideicomiso de Administración y Garantía, que será conocido



como FIDEICOMISO INDUSA, el que será constituido bajo las siguientes condiciones: CLASE DE FIDEICOMISO: De administración y de garantía; NOMBRE DEL FIDEICOMISO: FIDEICOMISO "INDUSA"; FIDEICOMITENTE: propietario del inmueble citado en la documentación que se acompaña; FIDEICOMISARIOS: Inversiones Industriales, Sociedad Anónima; FIDUCIARIO: Banco La Unión, S.A.; PATRIMONIO FIDEICOMETIDO: el inmueble situado en la sexta avenida y once calle, número dieciocho, de la zona uno, de esta ciudad capital, con un valor de avalúo de Q. 8.500.000.00; OBJETO DEL FIDEICOMISO: Fideicomiso de Administración y de Garantía que tendrá por objeto lo siguiente: a) Garantizar al fideicomitente, la compensación económica preestablecida con los fideicomisarios, por la aportación del inmueble al fideicomiso; b) Garantizar a los fideicomisarios la realización de los fines del fideicomiso; c) Garantizar si fuere el caso, a la entidad bancaria de que se trate, el financiamiento que se otorgue para el pago de las compensaciones por parte de los fideicomisarios y capital de trabajo para la reestructuración del inmueble; d) Por encontrarse el inmueble fideicometido sometido al régimen de propiedad horizontalmente dividida, vender las fincas filiales por instrucciones del Comité de Fideicomiso, las que permanecerán fideicometidas entre tanto garanticen financiamientos, salvo que se pague la parte alícuota de la garantía; PLAZO DEL FIDEICOMISO: Veinticinco años; OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO: El Fiduciario, en su carácter de tal tendrá las siguientes obligaciones: a) Cumplir con las instrucciones emanadas del contrato de fideicomiso y las que emanen del Comité de Fideicomiso; b) Otorgar como fiduciario, los actos y contratos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines, con las reservas, condiciones, pactos accesorios y garantías que fueren necesarias para tales objetivos; c) Administrar el bien fideicometido, por todo el plazo del Fideicomiso hasta la entrega efectiva del inmueble a quien corresponda, administración que tendrá como limitación, la no interferencia en los trabajos de construcción, reacondicionamiento y restauración del inmueble, cuya responsabilidad es plena de los fideicomisarios; d) Otorgar los contratos de garantía que fueren necesarios para el cumplimiento de los fines del Fideicomiso; e) Contratar las revaluaciones del patrimonio fideicometido, por lo menos una vez al año durante su vigencia; f) Celebrar los actos y contratos que sean necesarios, para el cumplimiento de sus fines, incluyendo el otorgamiento de mandatos, sean estos especiales o generales; OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE: El Fideicomitente, tendrá las siguientes obligaciones: a) Hacer efectiva la entrega del bien fideicometido, a la firma del contrato que se otorgue; b) Proporcionar toda la información de orden fiscal y municipal, para los efectos del cumplimiento del Fideicomiso de Administración y Garantía del Inmueble; c) Las que se deriven del contrato; HONORARIOS DEL FIDUCIARIO: El 1% anual sobre el valor en avalúo, del patrimonio fideicometido, los que harán efectivo los fideicomisarios. 2°. Se faculta al señor Gerente General del Banco, para que proceda a la revisión de la minuta del contrato, dentro de los lineamientos de esta resolución y la ley. 3°. Se faculta expresamente al Gerente General, para que comparezca ante Notario a aceptar y suscribir el contrato de constitución del

Fideicomiso, con base en las características y condiciones que se resumen en esta resolución y la minuta que se apruebe de conformidad con el punto anterior, asimismo, se le faculta para que comparezca a otorgar los convenios, contratos o cualquier otro documento relacionado con este negocio, sean previos o posteriores a la formalización definitiva. Guatemala, veinte de marzo de 1998.- . FIRMA ILEGIBLE. Leído íntegramente lo escrito por los otorgantes y bien impuestos de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, lo aceptan, ratifican y firman, juntamente con el infrascrito Notario. DOY FE.







CONCLUSIONES

El sistema financiero en Guatemala está integrado por un conjunto de instituciones autorizadas para efectuar operaciones financieras, compuesto por entidades bancarias (bancos y sociedades financieras), auxiliares de crédito (almacenes generales de depósito), otras entidades auxiliares (aseguradoras, afianzadoras y casas de cambio) e instituciones formales que administran fondos y garantías (IGSS, INFOM, FHA).

El fideicomiso es una operación de confianza que pueden realizar los bancos e instituciones de crédito legalmente autorizadas para operar en el país, establecida en la Ley de Bancos y normada en el Código de Comercio y que de acuerdo con el Manual de Instrucciones Contables para Bancos y Sociedades Financieras vigente, estas entidades deben revelar contablemente, en cuentas de orden o de registro, el monto total en giro de dichos fideicomisos.

La institución del fideicomiso consiste en el encargo que una persona llamada fideicomitente hace a una entidad de crédito, que actúa en calidad de fiduciaria, permitiéndole la titularidad de ciertos bienes y derechos, para que realice con éstos en un plazo determinado, un fin lícito, previamente establecido, en beneficio de uno o varios sujetos designados como fideicomisarios.

El fideicomiso deviene de una manifestación expresa y voluntaria del fideicomitente, trasladando la titularidad de los bienes y derechos citados, los que pasan a formar un patrimonio autónomo, distinto de otros y distinto al de los que intervienen en la operación, afectándolos únicamente a la realización del fin para el cual se destinan, según el documento constitutivo correspondiente.

Dada la naturaleza jurídica de la institución bajo estudio y su aplicación práctica, debería representar uno de los instrumentos más eficaces para obtener la mejor reacción patrimonial, tanto en la esfera personal como en la empresarial, así como solución de necesidades y problemas de diversa índole.



6. El Código de Comercio regula, en términos generales, la institución del fideicomiso en Guatemala y su constitución se realiza conforme a sus características particulares de cada clase de éstos, siendo el fideicomitente quien señala al fiduciario el procedimiento a que debe sujetarse dentro del ámbito legal; sine embargo, se hace necesario la implementación de un reglamento que regule más específicamente tales operaciones, el cual podrá ser emitido por la Junta Monetaria, tomando en cuenta que como fiduciarios actúan los bancos y sociedades financieras del sistema.
7. El fideicomiso es una de las instituciones poco utilizadas en nuestro medio y entre los factores que inciden en ello destacan: falta de capacidad de ahorro de la población; falta de cultura financiera de la misma; y, poco interés del sistema bancario por desarrollar este producto.
8. Las modalidades de fideicomiso que más se dan en Guatemala son los fideicomisos de administración, fideicomisos de garantía y fideicomisos de desarrollo.
9. Las condiciones establecidas en algunos fideicomisos, como la inclusión de un fideicomitente mediante contratos de adhesión; la garantía de una tasa de rendimiento y liquidez inmediata en la operación; y, considerar plazos diferentes al plazo establecido en el documento constitutivo, desvirtúan la esencia misma del contrato de fideicomiso regulado en el Código de Comercio, al introducir elementos y condiciones que modifican sustancialmente el contrato y que, en lugar de cumplir un fin social como es su fin último, están encaminados a obtener fines de lucro a favor de la entidad fiduciaria.
10. El elemento personal de fideicomitente adherente utilizado por algunos fiduciarios en la constitución de determinados fideicomisos no tiene fundamento jurídico, por lo que sus inclusión en los documentos constitutivos deviene inexistente, toda vez que la ley



define expresamente los sujetos del fideicomiso sin hacer derivaciones de los mismos, siendo: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.



COMENDACIONES

Es conveniente la regulación bancaria para el ejercitamiento de la actividad como fiduciario, toda vez que la normativa dispuesta en el Código de Comercio no es suficiente y es sujeto de interpretaciones que desnaturalizan al fideicomiso como tal; en ese sentido, lo procedente sería que la Junta Monetaria reglamente la forma cómo los bancos y sociedades financieras deban realizar tales operaciones.

Tomando en consideración la poca cultura financiera de la población y en especial el desconocimiento de la funcionalidad del fideicomiso, es conveniente que la Asociación Bancaria de Guatemala y los bancos en lo particular, difundan por todos los medios regulares, dicha institución jurídica, así como sus ventajas y flexibilidad de operación, lo cual redundaría en beneficio tanto de los propios bancos como de muchas familias, pequeñas empresas y empresas grandes.

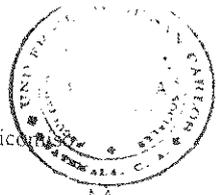




BIBLIOGRAFIA

- BANCO DE GUATEMALA. Primera Memoria de Labores. Imprenta Universitaria, Guatemala. 1949.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. Recent Innovations in International Banking. New York, USA, 1992.
- BATIZA, RODOLFO. El Fideicomiso, Teoría y Práctica. Editorial Porrúa, S.A.. 3ª. Edición. México, 1976.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1975.
- FEDERACION LATINOAMERICANA DE BANCOS. Derecho Bancario Latinoamericano. Editorial Kelly. Bogotá, Colombia, 1981.
- KOONTZ, HAROLD. Administración, una Perspectiva Global. Editorial McGraw Hill. 10ª. Edición. México, 1994.
- LEXIS, WILHELM. El Crédito y la Banca. Editorial Labor, S.A. Barcelona, España, 1990.
- MUÑOZ, LUIS. Contratos y Negocios Jurídicos Financieros. Editorial Universidad SRL. Buenos Aires, Argentina, 1986.
- NICKERSON, CLARENCE B. Manual de Contabilidad para no Contadores. Editorial Centrum. Barcelona, España, 1996.
- OSSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires, Argentina, 1981.
- RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO. Contratos Bancarios. Biblioteca Felaban. 4ª. Edición. Bogotá, Colombia, 1990.
- RODRIGUEZ RUIZ, RAUL. El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria. Ediciones Contables y Administrativas. 1ª. Edición. México, 1971.
- SAMUELSON, PAUL A. Economía. Editorial McGraw Hill. 12ª. Edición. México, 1986.
- SELDOM PENNANCE, ARTHUR. Diccionario de Economía. Editorial Oikos. Barcelona, España, 1986.





VILLAGORDOA LOZANO, JOSE MANUEL. Doctrina General del Fideicomiso. Editorial Porrúa, S. A., México 1982

VILLEGAS LARA, RENE ARTURO. Derecho Mercantil Guatemalteco. Editorial Universitaria. Guatemala, 1988.

ZEPEDA, JORGE ANTONIO. El Fideicomiso en el Derecho Positivo. Editorial Kelly. Bogotá, Colombia, 1991.

DISPOSICIONES LEGALES

- Constitución Política de la República
- Código de Comercio
- Ley Orgánica del Banco de Guatemala
- Ley de Bancos
- Ley de Sociedades Financieras
- Ley de Empresas de Seguros
- Ley de Almacenes Generales de Depósito
- Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos
- Ley del Mercado de Valores y Mercancías
- Código de Notariado
- Código Civil
- Código Procesal Civil y Mercantil
- Ley del Impuesto Sobre la Renta
- Ley del Impuesto al Valor Agregado
- Código Tributario
- Decreto 22-86 (Casas de Cambio)

