

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS

-ooOoo-

Guatemala, Centro América

"EL FIDEICOMISO DE INVERSION Y EL
PROFESIONAL DE AUDITORIA
EN GUATEMALA"

T E S I S

PRESENTADA A LA HONORABLE JUNTA DIRECTIVA DE LA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS

DE LA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

P O R :

JOSE LUIS DIAZ PIEDRASANTA

en el acto de su investidura de:

CONTADOR PUBLICO Y AUDITOR

en el grado de:

L i c e n c i a d o

DL
03
T(72)

JUNTA DIRECTIVA DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO:	LIC. RAÚL SIERRA FRANCO
VOCAL PRIMERO:	LIC. RAFAEL PIEDRASANTA ARANDI
VOCAL SEGUNDO:	LIC. TULISCHTH F. DÍAZ AVILA
VOCAL TERCERO:	LIC. ANÍBAL DE LEÓN MALDONADO
VOCAL CUARTO:	P.C. MANUEL CORDERO QUEZADA
VOCAL QUINTO:	P.C. ROBERTO GUTIÉRREZ LUNA
SECRETARIO:	LIC. ARTURO MORALES PALENCIA

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN

GENERAL PRIVADO:

DECANO:	LIC. RAÚL SIERRA FRANCO
DIRECTOR:	LIC. SAÚL OSORIO PAZ
EXAMINADOR:	LIC. CARLOS E. CARRERA SAMAYOA
EXAMINADOR:	LIC. RENÉ ARTURO ORELLANA G.
SECRETARIO:	LIC. ARTURO MORALES PALENCIA

LIC. J. ANTONIO RAMOS G.
Contador Público y Auditor
Colegiado No. 94

QUEZALTENANGO

Quezaltenango, 15 de Junio de 1965.

Señor Decano de la
Facultad de Ciencias Económicas,
Licenciado Raúl Sierra Franco,
Guatemala.

Señor Decano:

Tengo a honra dirigirme a usted, para hacer de su conocimiento, que en atención a resolución de ese Decanato y en cumplimiento de lo que al efecto dispone el artículo 16 del Reglamento del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, procedí a orientar y revisar el trabajo de tesis asignado al Perito Contador señor JOSE LUIS DIAZ PIEDRASANTA.

Dicha tesis trata sobre "EL FIDEICOMISO DE INVERSION Y EL PROFESIONAL DE AUDITORIA EN GUATEMALA" en la cual han sido enfocados aspectos de mucho interés en relación con el punto tratado, que la hacen interesante.

Considero que el trabajo presentado es satisfactorio, recomendando sea aceptado para su presentación y discusión en el Examen General Público que deberá sustentar el señor Díaz Piedrasanta.

Con todo aprecio me suscribo del señor Decano muy atento y seguro servidor.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

- (f) Lic. J. Antonio Ramos G.
Contador-Auditor Público
Coleg. 94

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS, GUATEMALA PRIMERO DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO.

En vista del informe rendido por el Asesor de la Tesis Licenciado J. Antonio Ramos González, - se acepta y aprueba el Trabajo denominado: "EL FIDEICOMISO DE INVERSION Y EL PROFESIONAL - DE AUDITORIA EN GUATEMALA", que para su Graduación Profesional fuera presentado por el Perito Contador José Luis Díaz Piedrasanta.

- (f) Lic. Raúl Sierra Franco.
Decano.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS, GUATEMALA SIETE DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO.

Con base en el dictamen rendido por el Jefe del Departamento de Ciencias Comerciales, Lic. Carlos Enrique Ponciano se aprueba el tema para trabajo de Tesis del Señor JOSE LUIS DIAZ PIEDRA SANTA, titulado "EL FIDEICOMISO DE INVERSION Y EL PROFESIONAL DE LA AUDITORIA EN GUATEMALA", nombrándosele como Asesor al Lic. J. Antonio Ramos G.

Lic. RAUL SIERRA FRANCO
Decano

DEDICO ESTA TESIS:

=====

AL SER SUPREMO

A mi Patria

A mi Facultad

A mis padres:

LEOPOLDO DÍAZ MALDONADO
ABIGAÍL PIEDRASANTA DE DÍAZ

A mi esposa:

MATILDE DE LEÓN ZUBIZARRETTA DE DÍAZ

A mis hijos:

JOSÉ LUIS,
ILEANA,
VERÓNICA,
AZUCENA, Y
ASDRÚVAL

A mis hermanos: GEORGINA, LEOPOLDO Y ARNULFO

A mi madre política:

NATIVIDAD ZUBIZARRETTA VDA. DE DE LEÓN

A mis catedráticos,

compañeros de estudio y
compañeros de trabajo.

I

**EL FIDEICOMISO DE INVERSION Y EL
PROFESIONAL DE AUDITORIA EN
GUATEMALA**

	Página
I <u>LA INSTITUCION DEL FIDEICOMISO</u>	3
a) CONCEPTOS GENERALES	3
b) DESARROLLO HISTÓRICO DEL FIDEICOMISO ROMANO	7
c) DESARROLLO HISTÓRICO DEL FIDEICOMISO "TRUST"	9
d) DIFERENCIA SUBSTANCIAL ENTRE EL FIDEI- COMISO ROMANO Y EL FIDEICOMISO "TRUST"	13
e) INTERPRETACIÓN LATINOAMERICANA DEL FIDEICOMISO	17
II <u>CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO</u>	19
a) ESTRUCTURA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO	19
b) SUS ELEMENTOS ESENCIALES	23
c) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE	25
d) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO	27
e) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO	29
f) EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO	31
g) FORMALIDADES DE ORDEN LEGAL	33

III CLASIFICACION

a)	FIDEICOMISOS DE INVERSIÓN	39
b)	FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACIÓN	45
1)	FIDEICOMISOS DE HERENCIAS	46
2)	FIDEICOMISOS PARA ASEGURAR LA EDUCACIÓN DE MENORES	47
3)	FIDEICOMISOS PARA ASEGURAR PENSIÓN ALIMENTICIA	47
4)	FIDEICOMISOS PARA EL ASEGURAMIENTO DE GASTOS DE HOSPITALIZACIÓN Y CURACIÓN	48
5)	FIDEICOMISOS PARA ASEGURAR LA INVERSIÓN DE RESERVA DE SOCIEDAD O EMPRESAS	48
6)	FIDEICOMISOS DE PÓLIZAS DE SEGURO DE VIDA	48
c)	FIDEICOMISOS DE GARANTÍA	51
d)	FIDEICOMISOS DE FINANCIAMIENTO	53

IV LEGISLACION GUATEMALTECA SOBRE FIDEICOMISOS

a)	CARTA FUNDAMENTAL	57
b)	CÓDIGO CIVIL	59
c)	LEY DE BANCOS	61
d)	LEY DE BANCOS DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA FAMILIAR	63
e)	LEY DE SOCIEDADES FINANCIERAS PRIVADAS	67

V	<u>CONTABILIZACION DEL FIDEICOMISO</u>	73
a)	ADMINISTRACIÓN	73
1)	ADMINISTRACIÓN DEL FIDEICOMISO	73
2)	ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO	73
b)	EL PRINCIPAL	78
c)	GASTOS	80
d)	PRODUCTOS	81
e)	RENTA	81
VI	<u>EL PROFESIONAL DE AUDITORIA EN GUATEMALA</u>	
a)	BREVE RELATO HISTÓRICO DE LA AUDITORÍA EN GUATEMALA	85
b)	AUDITORÍA FISCAL EN LA EPOCA COLONIAL	87
c)	ORGANIZACIÓN ACTUAL DE LA AUDITORÍA FISCAL EN GUATEMALA	91
d)	ORGANISMOS QUE EJERCEN LA FISCALIZACIÓN DE LOS CONTRIBUYENTES	93
e)	FUNCIÓN ACTUAL DEL AUDITOR PÚBLICO	95
f)	EL EJERCICIO DE LA AUDITORÍA EN GUATEMALA	101
VII	<u>CONCLUSIONES</u>	103
VIII	<u>BIBLIOGRAFIA</u>	107
IX	<u>LEYES CONSULTADAS</u>	109

INTRODUCCION:

Consciente de la importancia del tema que se me asignó desarrollar, no me fué fácil abordarlo; antes bien me fué preciso reunir toda la información posible de aquellos países en los cuales la Institución Jurídica del Fideicomiso, ha alcanzado un desarrollo excepcional; así también me fué preciso estudiar detenidamente la escasa legislación guatemalteca sobre la materia, para estar en posibilidad, por lo menos, de esbozar sus peculiaridades y demás características que lo distinguen como una institución jurídica especial.

Guatemala, no podía substraerse a la corriente de renovación que, después de la segunda guerra mundial, aglutinó a todos los pueblos del mundo en un anhelo de superar las condiciones de su organización social y económica; y fué así, como después de la Revolución de Octubre de 1.944, se comenzaron a plasmar en su Constitución, normas y preceptos fundamentales para su desarrollo social y económico, cuya finalidad lógica debería conducir a la solución de innumerables problemas colectivos.

Producto de tal corriente renovadora, fué la inclusión en el Artículo 28 de la Constitución de — 1.945, del precepto legal que textualmente dice así: "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".

I. LA INSTITUCION DEL FIDEICOMISO:

a) CONCEPTOS GENERALES

El Código Civil Guatemalteco, en vigor, define el Fideicomiso como la institución por medio de la cual, un Banco o un establecimiento de crédito legalmente autorizados para operar en el país, adquieren la propiedad de determinados bienes para destinarlos a un fin lícito, o entregarlos al destinatario al cumplirse la condición o el plazo impuesto por el Instituyente.

En consecuencia, el Fideicomiso es un negocio fiduciario en virtud del cual una persona transmite la propiedad de ciertos bienes de su pertenencia a otra persona, a quien se obliga a destinarlos única y exclusivamente a la consecución de una finalidad determinada, y oportunamente, a entregarlos a una tercera persona, o revertirlos en favor del Instituyente.

Doctrinariamente, en un negocio fiduciario, concurren tres características peculiares que lo distinguen de los demás contratos que contempla nuestra legislación Civil y Mercantil. Dichas características son las siguientes:

- a) La falta de correspondencia exacta entre el lado real y el lado obligatorio del negocio;
- b) Su abstracción, y
- c) La afectación de un patrimonio autónomo para el cumplimiento del fin propuesto.

SA SOLVENDI", "CAUSA CREDENDI", o "CAUSA DONANDI"; sin embargo, ello no quiere decir que al instituirse un Fideicomiso no exista una causa, un propósito, un fin lícito para obligarse. Por el contrario, dichas causas son tan diversas, que solamente ha sido posible conocerlas y agruparlas, a través de las diferentes clases de Fideicomisos a que han dado origen. Es por ésta razón que, ante la insuficiencia de las tres causas tradicionalmente conocidas, la doctrina califica al Fideicomiso como un negocio abstracto.

b) DESARROLLO HISTÓRICO DEL FIDEICOMISO ROMANO

La institución Jurídica del Fideicomiso, — tiene un origen que se remonta a los anales del Derecho Romano, habiéndose extinguido en su forma original dentro de éste mismo derecho, para llegar hasta nuestros días con substanciales modificaciones y para muy diversos fines. La Historia nos informa que, inicialmente, la Institución Jurídica del Fideicomiso tenía por objeto lograr que personas legalmente incapacitadas para comparecer directamente a recibir herencias, pudieran beneficiarse con los frutos de las mismas. Para lograrlo, el Testador designaba heredero a otra persona que no tenía impedimento legal para heredar, con el encargo u obligación moral de entregar los frutos de la herencia a la persona a quien se deseaba favorecer. Tal encargo, desde luego, no podía hacerse constar en el testamento; por lo consiguiente, su cumplimiento quedaba supeditado a la buena fé de la persona que recibía la encomienda o sea el Fiduciario, quien para poder desempeñar su cometido, recibía el dominio y propiedad de los bienes que constituían la Herencia, para manejarlos en apariencia como dueño, pero en la realidad, como simple administrador, ya que se había obligado a entregar los frutos a la persona a quien el Testador o Fideicomitente, había designado como beneficiario de los bienes fideicometidos, o sea el Fideicomisario.

El ejercicio de ésta práctica, en un principio irregular, con el transcurso del tiempo mereció categoría de legitimidad, como lo confirman las resoluciones del Emperador Augusto, mediante las cuales ordenó a sus cónsules que intervinieran para velar por el estricto cumplimiento de los Fideicomisos.

2

Con tal precepto constitucional, se estaba abriendo campo al desarrollo de una de las Instituciones Jurídicas más importantes de nuestra época como lo es EL FIDEICOMISO.

Infortunadamente, en materia de legislación, durante casi una década, la Institución del Fideicomiso se circunscribió a tal precepto constitucional, que ni siquiera llegó a definir lo que debería interpretarse por Fideicomiso. No fué sino después de varios años, con la emisión del Decreto 1.487, del Congreso de la República, que se llegó a definir las funciones que como fiduciarios, pueden desempeñar los Bancos del sistema.

Es por tal motivo, que a dicha ley, debe considerársele como la propulsora inicial del desarrollo del Fideicomiso en Guatemala, como institución de derecho de carácter mercantil.

Con tales premisas legales sobre materia de Fideicomisos, y con la información bibliográfica que me fué posible reunir, a continuación paso a desarrollar tan importante como novedoso tema, con el que la Decanatura de la Facultad de Ciencias Económicas de Guatemala, se sirvió honrarme.

C) DESARROLLO HISTÓRICO DEL FIDEICOMISO "TRUST"

En primer término, es preciso hacer la aclaración de que el Trust al que se refieren las siguientes líneas, no es el término económico que todos conocemos y que identifica a las poderosas organizaciones de tendencias y prácticas monopolísticas, encauzadas a suprimir la libre competencia por medio del control de la producción y de la fijación de precios.

Por el contrario, aquí se hará referencia a la figura jurídica que comprende diferentes relaciones fiduciarias que tuvieron su origen en Inglaterra, como consecuencia del desarrollo de la separación - de los tribunales de derecho estricto y los tribunales de equidad.

En Inglaterra, durante la Edad Media, las leyes contra las manos muertas prohibían las donaciones de bienes inmuebles a favor de los conventos o de las iglesias. Para eludir dichas prohibiciones, el clero ideó el procedimiento de que tales donaciones, en lugar de ser directas, en cuyo caso hubiesen infringido la prohibición legal, se hicieran a un tercero, pero en provecho del establecimiento religioso al cual se deseaba beneficiar.

Tal práctica, también fué ejercida por los terratenientes ingleses, poco después de que Guillermo el Conquistador invadió Inglaterra, e implantó el sistema Feudal, mediante el cual se imponían limitaciones a la trasmisión del derecho de propiedad sobre la tierra, especialmente por sucesión.

Indudablemente, también las guerras dinásticas sostenidas por Inglaterra contra Francia, entre

Algunos tratadistas sustentan el criterio de que en la legislación civil y mercantil tradicional, existen contratos semejantes al Fideicomiso, que perfectamente podrían substituirlo, como por ejemplo El Mandato, El Depósito, La Hipoteca, El Usufructo, la Gestión de Negocios etc., etc., sin que exista la necesidad de trasladar el dominio o la titularidad de los Bienes o Derechos de que se trate a otra persona, lográndose siempre, la realización de la finalidad deseada.

Pero precisamente, son las características indicadas anteriormente, las que le dan la flexibilidad necesaria y peculiar que lo distingue de los demás contratos tradicionalmente conocidos, y lo sitúa en el lugar preponderante que le corresponde, tomando en consideración el importante papel que el Fideicomiso está llamado a desempeñar en el mundo moderno de los negocios.

También intervienen en el Fideicomiso, dos relaciones completamente diferentes, que reafirman su carácter de negocio Jurídico singular: Dichas relaciones son: a) Una de carácter real y objetivo que consiste en el traslado "erga-omnes" del dominio o titularidad de los Bienes o Derechos de que se trate, a favor del Fiduciario; y b) Otra de naturaleza puramente personal y obligatoria, con validez inter partes, que define los propósitos que se desean realizar con el traslado del dominio a favor del Fiduciario.

Otros tratadistas sostienen el criterio de - que el Fideicomiso carece de causa, porque generalmente, el fin que se pretende realizar con su constitución, no encaja dentro de las tradicionales: "CAU

noció como un derecho que debía recibir protección legal.

Esta práctica de los usos, también degeneró al ser utilizados para eludir obligaciones contraídas y burlar derechos, lo que dió motivo para que el Rey Enrique VIII, promulgara en el año 1, 535 la LEY DE USOS. Dicha ley, al perseguir eliminar la práctica de los usos, no los prohibió categóricamente, sino en forma gradual, y para el efecto, dispuso su ejecución en el sentido de pasar al Beneficiario, el ejercicio pleno de la propiedad del bien puesto en Uso, y por lo tanto, eliminó al Fiduciario y su llamada posesión dominial. Por tal motivo, el derecho del Fideicomisario o Beneficiario, dejó de ser de la jurisdicción del Derecho de Equidad, para pasar a la jurisdicción de los jueces Ordinarios del Common Law.

Tal como quedó indicado, la ley de usos se proponía extinguir la dualidad de dominios sobre la misma propiedad, pues por un lado estaba el derecho legítimo o legal, y por el otro, el derecho de Equidad.

Fué una sentencia que se hizo famosa y que se conoce como caso TYRREL, emitida por la Corte de Equidad, presidida en aquella época por Lord Nottingham, la que vino a dar un cariz definitivo a la práctica de los Usos, dándole al mismo tiempo el carácter de Institución legal con el nombre de Trust que significa confianza. Dicha sentencia hacía constar que existían varias clases de usos a las cuales no les era aplicable la ley que los prohibía y que por lo tanto, su práctica debía mantenerse y quedaban bajo la jurisdicción de la Corte de Equidad. Gracias a dicha sentencia, la práctica de los usos no desapare-

Fué tal la protección legal que se dió al Fideicomiso, que se llegó al extremo de crear el Pretor Fideicomisario, quien tenía suficiente autoridad jurisdiccional para vigilar el cumplimiento de tales resoluciones. Merece también comentarse el Senado Consulto Treveliano, llamado así por razón del nombre de su autor, el Cónsul Treveliano Máximo, - el cual también contenía disposiciones que propendían a consolidar la Institución del Fideicomiso, la que, con el transcurso del tiempo degeneró en extralimitaciones, como sucede con todas las prácticas, a tal grado que, fué necesario promover su limitación, para lo cual se derogaron las restricciones al derecho de sucesión testamentaria. Con tal derogatoria, los Fideicomisos ya no tuvieron razón de existir, quedando únicamente la "Sustitución Fideicomisaria", conocida también como Fideicomiso Gradual, Fideicomiso Sucesivo, Fideicomiso Conservatorio, Fideicomiso Familiar o Perpétuo, cuya finalidad consistía en la vinculación de la propiedad raíz en favor de determinadas familias con el propósito de asegurarse el disfrute de una vida holgada de sus descendientes, lo cual redundaba en perjuicio de cualquier economía, y por tal motivo su práctica ha sido prohibida en la mayor parte de los países del mundo, quedando únicamente autorizada para cuando se trata de favorecer a Instituciones de Asistencia Social o Beneficencia Pública.

En consecuencia, se puede afirmar que, del Fideicomiso Romano, desde un punto de vista de carácter mercantil, no queda más que el nombre, y solo para utilizarlo como equivalente en castellano del vocablo inglés "TRUST" que significa confianza.

d) DIFERENCIA SUBSTANCIAL ENTRE EL FIDEICOMISO ROMANO Y EL FIDEICOMISO TRUST

Es así mismo importante reseñar, aunque sea brevemente, la diferencia de fondo que existe entre la Institución del Fideicomiso Romano, y la Institución del Fideicomiso Inglés.

Para ello, es necesario ahondar en el origen de éstos dos sistemas legislativos. El sistema legislativo Romano, sabemos que se caracteriza por su método de Codificación, que surge desde la ley de las Doce Tablas de Moisés (450 A. C.), prosigue con la Ley de las Citas, y podríamos decir que culmina con las Institutas, El Digesto o Pandectas, El Codex y Novelas, integrando todos el "Corpus Juris Civilis" promulgado por el emperador Justiniano en los años 529 y 534 de nuestra era, llamado también Código de Justiniano, por razón del nombre de su autor, y hasta la fecha es base del derecho Civil en más de la mitad del Mundo.

El Sistema Inglés, por el contrario, tiene su origen en los grandes fallos de los grandes Jueces, como lo definen los tratadistas. El Corpus Juris Inglés, lo constituye la jurisprudencia basada en los usos y costumbres, y es más comúnmente conocido como el Common Law. Este derecho no es obra del legislador ni del jurisconsulto, sino es directamente elaborado por los jueces, siguiendo la práctica de codificar en registros especiales llamados "Reports", las ejecutorias de las sentencias para establecer la jurisprudencia, cuyos principios y doctrinas conforman el Common Law. En ésta forma, la sentencia de un tribunal, sienta precedente y autoridad de ley,

los cuales sobresale por su magnitud, la conocida con el nombre de Las Dos Rocas, suscitada por desavenencias entre las Casas de York y la de Lancaster, implantaron la práctica de confiscar los bienes de los vencidos, por lo que éstos, para salvaguardar sus propiedades y defenderse de ser despojados, las ponían en uso o sea a favor de otras personas que les prestaban sus nombres, conocidas por tal motivo como Prestanombres o Testaferros, a cuya buena fé quedaba la tenencia de la tierra, con la obligación moral de entregar sus frutos a un beneficiario que, generalmente, era el propio fideicomitente.

Esta práctica de los Usos, se propagó en Inglaterra en forma tal, que a fines del siglo XIV, casi la totalidad de las tierras estaban sometidas a dicho régimen.

Durante el reinado de Eduardo IV, en el año 1, 471, se emitió un decreto que vino a fortalecer la práctica de los usos, elevándolos desde su plano de obligación moral, al de una obligación legal, protegiendo en tal forma a los Fideicomisarios que, por el fallecimiento del Fiduciario, perdían el disfrute de los bienes fideicometidos, pues éstos pasaban a los herederos del Fiduciario, libres de todo gravamen moral, ya que se aducía que, personalmente, los sucesores, no habían contraído ninguna obligación, quedando en tal forma, extinguido el derecho de uso. El Poder Público, en vista de los fallecimientos sospechosos de los Fiduciarios, y de su alarmante propagación, emitió una ley disponiendo que los herederos de un Fiduciario, recibían la herencia de los bienes puestos en uso, pero con las mismas obligaciones que poseía el Causante. Esta ley, confirió categoría de legitimidad a la práctica de los usos, y los reco-

fecha, conforman el sistema jurídico, inglés, y por eso es importante recordar tales acontecimientos - que conllevan el desarrollo secular de éstas dos grandes ramas del derecho en Inglaterra, que son: El Derecho estricto de la jurisdicción de los jueces ordinarios, (Common Law) basado en la codificación de la jurisprudencia, y El Derecho de Equidad ejercido por el Rey a través de su Primer Ministro o Canciller, constituido en Corte de Equidad.

En ésta forma, ha quedado esbozada la fisonomía estructural de los sistemas jurídicos Romano e Inglés, y a continuación, se tratará de la parte correspondiente a la función de cada uno de ellos, en lo que respecta a la Institución del Fideicomiso.

Como es sabido, el Fideicomiso Romano propendía a beneficiar a aquellas personas que, de conformidad con la ley, tenían impedimento para heredar directamente, como por ejemplo los incapaces, los proscritos, los libertos, los extranjeros, los pobres, las mujeres, los cabildos, etc., etc. Para soslayar tal impedimento legal, fué necesario recurrir a otra persona que gozaba de la plenitud de sus derechos civiles, para que interviniera en la transacción, a quien se le trasmitían los derechos de propiedad sobre los bienes que se deseaban heredar, con el encargo de entregar los frutos de los mismos a una tercera persona a quien se deseaba favorecer.

En contraposición a lo enunciado anteriormente, con respecto a la finalidad del Fideicomiso Romano; el propósito que se procuraba con la institución del Fideicomiso Inglés, era completamente diferente, pues éste propendía a la preservación de la propiedad y sus frutos, de cualquier contingencia

ció totalmente, y sin ella, la posteridad no habría -
llegado a conocer tan importante Institución Jurídica,
ca, como lo es el Trust Moderno.

e) **INTERPRETACIÓN LATINOAMERICANA**
DEL FIDEICOMISO

La mayor parte de los países latinoamericanos, asientan en sus legislaciones preceptos que prohíben expresamente la constitución de Vinculaciones, que no son más que el último reducto del Fideicomiso Romano, generalmente conocidas como Fideicomisos Graduales, Fideicomisos Conservatorios, Fideicomisos Familiares, Fideicomisos Sucesorios o Perpétuos. El objetivo de su constitución era como quedó indicado, perpetuar en un reducido número de familias pudientes, que por lo general pertenecían a la Corte o a la Nobleza de los antiguos imperios, cuantiosos patrimonios que la vez que les garantizaban los recursos suficientes para disfrutar de una vida holgada, servían de bastión para consolidar las antiguas monarquías de la antigüedad.

Tal prohibición para el establecimiento de Vinculaciones, surgió en la mayor parte de países latinoamericanos, como una inspiración de la corriente liberal que invadió a todo el mundo a raíz de la Revolución Francesa, en el año de 1,789.

En Guatemala, nuestra constitución del 11 de Octubre de 1,825, ya contenía dicha prohibición para el establecimiento de las Vinculaciones al expresar en su artículo 10, lo siguiente: "EL ESTADO NO RECONOCE CONDECORACIONES NI DISTINTIVOS HEREDITARIOS, TAMPOCO ADMITE VINCULACIONES".

La constitución de Guatemala decretada el 11 de Diciembre de 1,879, también prohibía las vinculaciones en unión de toda institución a favor de

y es obligatoria hasta para el mismo tribunal que la dictó, así como para todos aquellos que le están subordinados por razón de su jurisdicción.

El Common Law, data desde la conquista de Inglaterra por Guillermo el Conquistador Duque de Normandía, durante el año 1,066, quien implantó el sistema Feudal al constituirse Rey por derecho de conquista, habiéndose proclamado señor Supremo Lord Paramount, y dueño de todas las tierras conquistadas, y como consecuencia, también se adjudicó la facultad de administrar justicia.

Esta función privativa del Rey de impartir justicia, ya fuera directamente o a través de su Primer Ministro o Canciller, dió origen a la Corte de Cancillería, la cual fué transformada posteriormente por razones de su expansión en Corte de Equidad, llamada así por la facultad que tenía el Rey de solucionar con base en principios de Equidad, puede decirse en forma supra-legal, los casos que en los tribunales ordinarios no encontraban protección para sus derechos invocados.

Este recurso extra-judicial que se ejercía ante la jurisdicción del Rey, se propagó como una consecuencia de la rigidez imperante en los tribunales de derecho estricto, los cuales obstinadamente se apegaban a la letra muerta de la jurisprudencia, en algunos casos hasta con desprecio de la justicia de Equidad, la cual consecuentemente se desarrolló fuera del ámbito del Common Law, como ordenamiento supletorio y correctivo de las injusticias inferidas a los litigantes por los tribunales ordinarios.

Estas dos vertientes de justicia, hasta la -

II CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO

a) ESTRUCTURA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO:

Mediante un estudio a fondo de la estructura jurídica del Fideicomiso, se llega a la conclusión de que existe una serie de opiniones y criterios que, aunque discrepantes, guardan entre sí alguna relación.

La primera de ellas es derivada del concepto de Trust como antecedente directo del Fideicomiso, en la cual se han invertido dos teorías que, siendo opuestas entre sí, conducen a determinar la naturaleza de los derechos del Fideicomisario.

Según la primera teoría, el Fideicomisario es esencialmente un acreedor del Fiduciario, quien solamente es propietario para actuar frente a terceros y administrar los bienes.

De conformidad con la segunda teoría, el Fideicomiso en su estructura, divide el derecho de propiedad entre el Fiduciario y el Fideicomisario, correspondiendo a éste último el verdadero derecho de propiedad, restringido únicamente en cuanto al sentido de administrar, pero favorecido en cuanto tiene todas las ventajas de la propiedad, sin tener las cargas y las responsabilidades.

Para otros autores el Fideicomiso es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en el cual la unidad se forma por su destinación a un fin que es libre entre los límites de las leyes en vigor y el orden público.

en que pudiera verse envuelto su verdadero propietario, para cuya consecución, se recurría al fácil expediente de trasladar la titularidad de los mismos a una persona de confianza, para que representara ante la ley como dueño de los bienes Fideicometidos, - pero en la realidad como simple administrador de los mismos, ya que se había obligado moralmente, a entregar los frutos al Fideicomisario, que en la mayoría de los casos no era más que el propio Fideicomitante.

Puede ser uno solo, cuando no se ha reservado ningún derecho al Fideicomitente y tampoco se ha designado Fideicomisario, y puede también presentarse el caso insólito de que no exista temporalmente ninguno, por no aceptación, renuncia o remoción del Fiduciario.

En resumen, se puede afirmar que el Fideicomiso es un negocio fiduciario que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio. Existe pues, una doble relación: a) Trasmisión de bienes o derechos al Fiduciario; (Relación real), y b) La obligación asumida por éste de afectarlos a una determinada finalidad (relación obligatoria o personal).

Así llegamos a la conclusión de que el Fideicomiso es un patrimonio destinado a un fin, dotado de órganos de ejecución, cuyas facultades dependen del acto jurídico que le dió origen, sin más limitaciones que adaptarse a las normas de nuestro sistema jurídico y a la moralidad.

manos muertas. Pero también es conveniente aclarar, que si autorizaba el establecimiento de Vinculaciones cuando su finalidad era favorecer a establecimientos de Asistencia Social o Beneficencia Pública.

Nuestras constituciones de 1.945 y de 1.956, también siguieron la misma corriente liberal y proscribieron el establecimiento de Vinculaciones. Es así como la Constitución de 1.956, asienta en su artículo 49, textualmente lo siguiente: "LAS VINCULACIONES QUEDAN ABSOLUTAMENTE PROHIBIDAS, así como las instituciones a favor de entidades que no pueden disponer de sus bienes, como las llamadas manos muertas. Las fundaciones destinadas a fines de asistencia social, artísticos o científicos, deberán obtener la aprobación gubernativa de sus estatutos. Se autoriza el establecimiento de Fideicomisos cuyo plazo no exceda de veinticinco años, y serán administrados por un Banco o Institución de Crédito facultada para hacer negocios en la República. El plazo podrá ampliarse únicamente para garantizar a enfermos incurables o incapaces, o para el sostenimiento de las Instituciones de Beneficencia Social reconocidas por el Estado".

Resumiendo, y tomando en consideración el desarrollo histórico fidedigno de la Institución Jurídica del Fideicomiso a través del tiempo y de las corrientes ideológicas que han influido en las legislaciones de los países latinoamericanos, así como las marcadas diferencias existentes entre el Fideicomiso Sucesorio de origen Romano, y el Fideicomiso Trust de origen anglo-sajón, se puede afirmar, salvo contadas excepciones, que el contrato jurídico que en la América Latina se conoce con el nombre de Fideicomiso, es la adaptación al medio latinoamericano del Fideicomiso Trust de origen anglo-sajón.

b) SUS ELEMENTOS ESENCIALES:

En la constitución del Fideicomiso intervienen los siguientes elementos perfectamente diferenciables: EL FIDEICOMITENTE, EL FIDUCIARIO, EL FIDEICOMISARIO O BENEFICIARIO y EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO.

EL FIDEICOMITENTE: Es la persona individual o jurídica que instituye sobre determinados bienes de su propiedad, la afectación del régimen de Fideicomiso.

EL FIDUCIARIO: Es la Institución de Crédito facultada para efectuar negocios en la República, que recibe la propiedad o titularidad en Fideicomiso de los bienes afectados, para destinarlos a la realización del fin que se ha propuesto el Fideicomitente.

EL FIDEICOMISARIO: Es la persona o grupo de personas que reciben los beneficios del negocio en Fideicomiso, o recibe en definitiva el derecho de propiedad sobre los mismos bienes afectados.

EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO: Lo constituyen los bienes o derechos que se destinan a la realización de los fines del Fideicomiso, y que para el efecto se transmiten en propiedad al Fiduciario con las limitaciones que se acuerden y que sean necesarias para su preservación.

La práctica del Fideicomiso, está autorizada legalmente en Guatemala para todo fin que sea lícito, es decir que no existe más limitación que la de no ser contrario a la moral o a las leyes en vigor.

De conformidad con nuestra legislación, to-

Las tres teorías enunciadas anteriormente, no pueden ser más opuestas, sin embargo en todas prevalece un criterio uniforme, que consiste en la separación entre la propiedad legal de los bienes fideicometidos y el beneficio derivado de los mismos.

De las teorías consignadas anteriormente, - se llega a la conclusión de que el Fideicomiso es una institución jurídica cuyas características son una concepción sui-géneris del derecho de propiedad, la cual se atribuye a dos titulares: uno que es el dueño jurídico pero no económico; y otro que, a la inversa, es el dueño económico pero no jurídico.

Consecuentemente, la institución es de una amplitud inconmensurable, ya que puede ser aplicada a innumerables propósitos, cuya única limitación consiste en que no contravengan las leyes en vigor o la moral; es decir que con el Fideicomiso se pueden atender incontables necesidades y finalidades humanas, por lo que no es posible ofrecer una figura abstracta que comprenda todos los casos hipotéticos que pueden existir; ni tampoco es posible encerrar en un cartabón rígido, ni en una reglamentación exhaustiva, la variedad infinita de casos de negocios fiduciarios, a los cuales la imaginación del hombre pueda acudir, en busca de una cabal satisfacción de sus necesidades.

En todo Fideicomiso intervienen tres sujetos que son: El Fideicomitente, El Fiduciario y el Fideicomisario. Dichos elementos pueden quedar reducidos a dos, cuando el Fideicomitente no se ha reservado ningún derecho en el título de constitución, - desapareciendo en tal forma, completamente de la escena; o cuando no se ha designado Fideicomisario.

C) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL

FIDEICOMITENTE

Entre los derechos y obligaciones que un Fideicomitante puede tener en un Negocio Fiduciario, sobresalen por su importancia, los siguientes:

- 1) Hacer la declaratoria unilateral de voluntad de instituir el régimen de Fideicomiso sobre determinados bienes de su pertenencia.
- 2) Trasladar a favor del Fiduciario los bienes que desea afectar, los cuales, de conformidad con nuestra legislación, constituyen un patrimonio autónomo y especial, que solamente deberá responder por las obligaciones propias del negocio Fiduciario.
- 3) Reservar para sí, para el Fideicomisario o para tercera persona, según su voluntad, derechos sobre el objeto del Fideicomiso.
- 4) Revocar el Fideicomiso antes de ser aceptado por el Fiduciario.
- 5) Reservarse para sí la facultad de pedir la remoción del Fiduciario, en caso justificado.
- 6) Nombrar nuevo Fiduciario, en caso de renuncia o remoción de éste.
- 7) Obtener la devolución de los bienes objeto del Fideicomiso al extinguirse éste.
- 8) Percibir los beneficios del Fideicomiso, si



d) DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL

FIDUCIARIO:

De conformidad con nuestra legislación sobre materia de Fideicomisos, solamente los Bancos o Instituciones de Crédito facultados para operar en la República, pueden prestar los servicios de Fiduciario.

El impedimento legal para que personas ajenas a las Instituciones de Crédito, puedan ofrecer los servicios de Fiduciario, tipifica el Fideicomiso como acto de comercio, ya que en realidad es una operación de servicio que solo los Bancos pueden prestar.

Entre los derechos y obligaciones del Fiduciario, merecen especial mención por su importancia, los siguientes:

- 1) Mantener en plenitud de efectos jurídicos y de hecho, el régimen de Fideicomiso que se le confía.
- 2) Ejercitar los derechos de propiedad con las limitaciones acordadas con el Fideicomitente, sobre los bienes y derechos fideicometidos, atendiéndolos y defendiéndolos, ya sea en juicio o fuera de él.
- 3) Ejercer directamente la Administración del Fideicomiso. En igual forma deberá ejercer también la Administración del Patrimonio Fideicometido, pero en casos especiales, podrá delegar ésta administración bajo su estricta responsabilidad.

do negocio fiduciario debe ser expreso, ya que solamente pueden constituirse por contrato o por testamento, y en casos muy especiales por mandato judicial.

La función de Fiduciario, nuestra legislación la limita a los Bancos o Instituciones de Crédito facultados para operar en el país, lo cual por sí solo constituye la mejor garantía que pueda ofrecerse en el manejo del patrimonio Fideicometido, dado el alto nivel de ética comercial de que gozan dichas instituciones. Por lo consiguiente no es lógico suponer que pueda plantearse en un negocio Fiduciario, la consumación de un fin contrario a la moral.

La genuina función de los Bancos, es siempre la misma: interponer su mediación para asegurar el cumplimiento futuro de buena fe, en condiciones eficaces y en términos convenientes, de las obligaciones creadas al amparo de un contrato o de un acto.

e) **DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL**

FIDEICOMISARIO:

El Fideicomisario, es la persona designada por el Fideicomitente en el acto constitutivo del Fideicomiso, o en el de sus modificaciones, para recibir los beneficios del mismo.

El Fideicomitente puede designar un Fideicomisario, varios Fideicomisarios, o no designar Fideicomisario. La designación de un Fideicomisario es lo más frecuente y no ofrece ningún problema. En cambio la designación de varios Fideicomisarios, puede ser efectuada para que:

- a) Simultáneamente reciban los beneficios del Fideicomiso, y
- b) Para que sucesivamente perciban dichos beneficios.

La condición indispensable es que, solamente pueden ser Fideicomisarios, las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para percibir el provecho que implica el Fideicomiso. Por lo tanto, no podrán ser Fideicomisarios: Las Iglesias, las Asociaciones Religiosas, los Entes Abstractos, como por ejemplo el alma de una persona.

se designó así mismo Fideicomisario.

- 9) Exigir rendición de cuentas al Fiduciario en los plazos convenidos, o cuando lo crea conveniente.
- 10) Ejercitar acción de responsabilidad contra el Fiduciario en caso de que exista justificación, y los demás derechos que expresamente quiera reservarse y que no sean incompatibles con el mínimo de derechos que corresponden a la Institución Fiduciaria y al Fideicomisario.

f) **DEL PATRIMONIO****FIDEICOMETIDO:**

Como ya quedó indicado anteriormente, el Patrimonio Fideicometido lo constituyen: la propiedad raíz, los derechos reales o bienes sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad, el conjunto de créditos y obligaciones negociables; los títulos nominativos o a la orden sujetos a registro especial; los bienes muebles no sujetos a registro y los títulos al portador etc. etc., que el Fideicomitente dispone afectar sometiéndolos al régimen de Fideicomiso.

De acuerdo con nuestra legislación, constituyen un patrimonio autónomo especial, independiente de los demás Bienes del Fideicomitente o del Fiduciario, que deberá destinarse exclusivamente a la realización del fin propuesto, y que no podrá responder sino únicamente por las obligaciones propias del negocio Fiduciario.

- 4) Mantener en forma permanente la solvencia de la Administración del Patrimonio Fideicometido, para con el Fisco, la Tesorería Municipal, y otras entidades públicas que - por ley tengan derecho a cobrar y a percibir impuestos, arbitrios, tasas, contribuciones, cuotas, etc. etc.
- 5) Declarar la extinción del Fideicomiso, cuando hubieren sobrevenido las causas por las cuales deba procederse a su liquidación.
- 6) Mantener indefectiblemente, cubierto contra toda clase de riesgos asegurables, el Patrimonio Fideicometido.
- 7) Cobrar en la forma pactada con el Fideicomitente, sus honorarios convenidos, y rendir periódicamente, o por lo menos una vez al año, un informe detallado de su gestión.

g) **FORMALIDADES DE ORDEN LEGAL:**

Existen dos formas básicas y reconocidas - internacionalmente para la creación del Fideicomiso, y ellas son: El Testamento y el Acto entre vivos.

Por el primer medio puede constituir un Fideicomiso para que surta sus efectos, y principie a funcionar, después de la muerte del Fideicomitente. En dichos casos podrá constituirse cualquier clase de Fideicomisos, siempre que el testamento llene los requisitos de validez exigidos por la ley. En consecuencia, si un testamento fuere declarado nulo, no podrá entrar en vigor el Fideicomiso Testamentario, ya que necesariamente tendrfa que correr la misma suerte que el acto de última voluntad que le dió origen.

En resumen, para que un Fideicomiso Testamentario pueda tener vigencia, es condición indispensable, que el Testamento haya sido declarado legítimo por las autoridades judiciales respectivas; - por lo consiguiente, cualquier Fideicomiso constituido a favor de una persona incapaz de heredar del Fideicomitente, tendrá también que ser nulo.

Finalmente, también deberá estimarse como testamentario el Fideicomiso constituido en acto que no sea precisamente un Testamento, pero que deba surtir sus efectos después de la muerte del Fideicomitente.

La segunda forma comúnmente usada para la creación del Fideicomiso, es por acto entre vivos, y tanto el Código Civil en vigor, como las demás leyes del país, aceptan dicha forma como la más frecuen-

te en la práctica.

Mediante ésta forma es posible constituir - fideicomisos que surtan sus efectos inmediatamente o dentro de un plazo convenido, lo que no sucede con el testamentario que, necesariamente, debe surtir sus efectos después de la muerte del Instituyente.

Para el nacimiento de la relación, se han tomado dos diferentes puntos de vista; para unos tratadistas, la relación fiduciaria comienza con la aceptación del cargo de fiduciario por parte del Banco - que deba fungir como tal. Es lógico pensar que sin dicha aceptación el Fideicomiso no puede entrar en vigor, toda vez que no existe la persona encargada - de ejecutarlo. Otra razón que se aduce en apoyo de éste punto de vista, es que el Fideicomiso implica una transmisión de bienes a favor del Fiduciario, y por lo consiguiente, el requisito básico para que surja a la vida el Fideicomiso, es que se produzca dicha transmisión, la cual no puede efectuarse sin la previa anuencia de la Institución Fiduciaria.

La aceptación del Fiduciario, puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando el Fiduciario ca tegóricamente manifiesta su aceptación y así lo hace constar en la misma forma en que se constituyó el - Fideicomiso, es decir que si el Fideicomiso se constituyó por escritura pública, la aceptación del Fiduciario deberá constar en la misma escritura de constitución o en otra escritura separada, pero siempre con las mismas formalidades de ley.

La aceptación tácita, es la que puede deducirse de los actos del Fiduciario, que cumple con las estipulaciones del Fideicomiso, sin haber manifes-

tado previamente su aceptación. De lo dicho se colige que el principio del cumplimiento del Fideicomiso por parte del Fiduciario, será causa suficiente para que cobre existencia legal.

El otro punto de vista para el nacimiento de la relación Fiduciaria, sostiene que el Fideicomiso queda legalmente constituido desde el momento en que el Fideicomitente manifestó su voluntad de crear un Fideicomiso, ya que el Fiduciario únicamente es necesario para cumplir las estipulaciones del mismo, para ejecutar los deseos del Fideicomitente, pero que no puede considerarse que su adhesión sea condición previa de la perfección jurídica del Fideicomiso. Otra razón que sostiene éste punto de vista, es que la aceptación del cargo de Fiduciario es potestativa de los Bancos y no una obligación. En efecto, la persona o entidad nombrada por el Fideicomitente para que funja como Fiduciario, puede a su elección aceptar o no aceptar dicho encargo, sin que exista razón alguna para que la Institución Bancaria tenga que dar las razones en que funda su no aceptación.

Sin embargo, una vez que el Fiduciario ha aceptado su encargo, ya sea en forma expresa o tácita, no puede negarse después a cumplir con las obligaciones que como tal le corresponden. Resumiendo, puede decirse que el Fiduciario no puede ser obligado a desempeñar el cargo, a menos que ya lo hubiese aceptado expresa o tácitamente.

Para finalizar con el tema de las formalidades de orden legal, conviene recordar que para la constitución del Fideicomiso ya sea por acto entre vivos o por testamento, la capacidad de las partes contratantes, es requisito indispensable. Además,

para la existencia del Fideicomiso, es necesario el consentimiento de las partes, el cual deberá ser -
prestado en forma pura y libre, sin que medie error,
dolo o violencia que pueda viciarlo en alguna forma.

Partiendo del principio fundamental sobre garantías individuales, que ha sido tradicional en nuestras constituciones y que establece que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; nadie está obligado a cumplir ni a acatar órdenes o mandatos que no estén basados en ley; ningún organismo del Estado, ningún funcionario público tiene más facultades o autoridad que las que la ley expresamente le confiere, etc., etc., son muchos los fines lícitos para cuya realización puede constituirse un negocio en Fideicomiso. De ahí que sea sumamente difícil poder establecer una clasificación tajante de las diferentes clases de Fideicomisos que pueden existir.

Sin embargo, existen algunas características que se relacionan más bien con la ejecución del Fideicomiso, que han dado lugar a la siguiente clasificación:

- a) Fideicomisos de Inversión;
- b) Fideicomisos de Administración;
- c) Fideicomisos de Garantía, y
- d) Fideicomisos de Financiamiento.



a) FIDEICOMISO DE INVERSIÓN:

El Fideicomiso de Inversión, es aquel cuya finalidad estriba en que el Fiduciario destine el Patrimonio Fideicometido a la realización de operaciones económicamente provechosas al Beneficiario del Fideicomiso.

En tales condiciones, si la Institución Fiduciaria va a manejar las inversiones de sus clientes, la máxima seguridad que se puede ofrecer consiste en garantizar y cubrir todos los riesgos que se corran o puedan correrse al realizar tales inversiones, dando con ello, origen al negocio que se conoce con el nombre de Fideicomiso de Inversión Garantizada. Este nombre, constituye una nomenclatura interna, un nombre para designar una mercancía dentro del grupo de vendedores; pero, un nombre que no debe ser mencionado a los compradores.

En el supuesto caso de que una persona, entregue a una institución Fiduciaria, una cantidad de dinero, la cual lógicamente deberá enmarcarse dentro de ciertos límites, que pueden ser por ejemplo Diez mil quetzales tope mínimo y Cien mil quetzales tope máximo, y constituye con dicha cantidad un patrimonio Fideicometido que deberá invertirse de tal manera que le produzca rendimientos. Las garantías que se le podrían ofrecer son las siguientes:

1) Garantía de la integridad de su patrimonio fideicometido, es decir que la misma cantidad entregada al iniciarse el contrato, deberá ser devuelta al cumplirse el mismo.

2) La devolución del patrimonio fideicometido en efectivo, es decir que el fideicomitente,

no solo no corre el riesgo de que las inversiones efectuadas sean malas y por consiguiente, disminuyan su valor, sino que además está asegurado de que la devolución de su patrimonio, se hará en efectivo, sin correr el riesgo de que le devuelvan las inversiones efectuadas con el mismo.

- 3) Garantía de un rendimiento neto y fijo. Neto significando que está libre de gravámenes fiscales y comisiones bancarias, y fijo, en el sentido de que independientemente de las fluctuaciones del rendimiento de las inversiones efectuadas, el Fideicomitente recibirá un porcentaje fijo.
- 4) Garantía al Fideicomitente o Fideicomisario por él designado, de que recibirá su patrimonio en efectivo, mediante un pre-aviso extraordinariamente breve, tanto que se podría afirmar que se trata de una devolución a la vista.

Tal Fideicomiso de Inversión podría ser aprovechado por personas o empresas que en un momento dado, estuvieran en capacidad de hacer una inversión; de invertir dinero ocioso, pero al mismo tiempo están aseguradas de no correr ningún riesgo en la inversión y de poder determinar con suma precisión, la fecha en que se le devolverá su dinero invertido.

Muchas empresas comerciales o industriales realizan un porcentaje muy alto en el volumen de sus operaciones, en determinadas épocas del año, encontrándose al finalizar dichas temporadas con que

tienen una proporción de dinero que excede en mucho a las exigencias de su caja. Si éstas empresas constituyen el Fideicomiso indicado de Inversión Garantizada, quedan en la situación de obtener un rendimiento atractivo sobre ese saldo y quedan al mismo tiempo en la posibilidad de ir disponiendo del mismo, conforme lo vayan necesitando para sus operaciones.

Abundan en el país aquellos capitalistas que viven de las rentas de sus propiedades. En un momento dado, una de éstas personas vende una de sus casas y perfectamente podría decidir que el importe de la venta lo aplicará a la compra de otra casa, cuando encuentre una que satisfaga sus exigencias. En ese plazo, que puede comprender semanas o meses, este tipo de Fideicomiso de Inversión, constituye para él una solución transitoria inmejorable para obtener rendimientos.

También las empresas industriales y comerciales generalmente, cuando están inteligentemente administradas, van en crecimiento progresivo, requiriendo compra de maquinaria nueva, expansión, exigen una sucursal, una filial, etc., etc. La erogación para efectuar éste paso es de apreciable magnitud, y, por lo tanto, no podría hacerse de la noche a la mañana; hay que ir integrando un fondo suficiente para dicha inversión. Si a la integración de dicho fondo le damos el atractivo de que, mientras se integra, se encuentra produciendo, será mucho menor el tiempo necesario para su integración, por los rendimientos obtenidos, mediante su colocación en un negocio de Fideicomiso de Inversión Garantizada.

Existe también el Fideicomiso de Inversión no garantizada, o sea aquel en el que la Institución

Fiduciaria no puede garantizar al Fideicomisario un rendimiento fijo, porque la selección de inversiones se va haciendo con las oportunidades del mercado, lo cual podría redundar en la obtención de un rendimiento mayor.

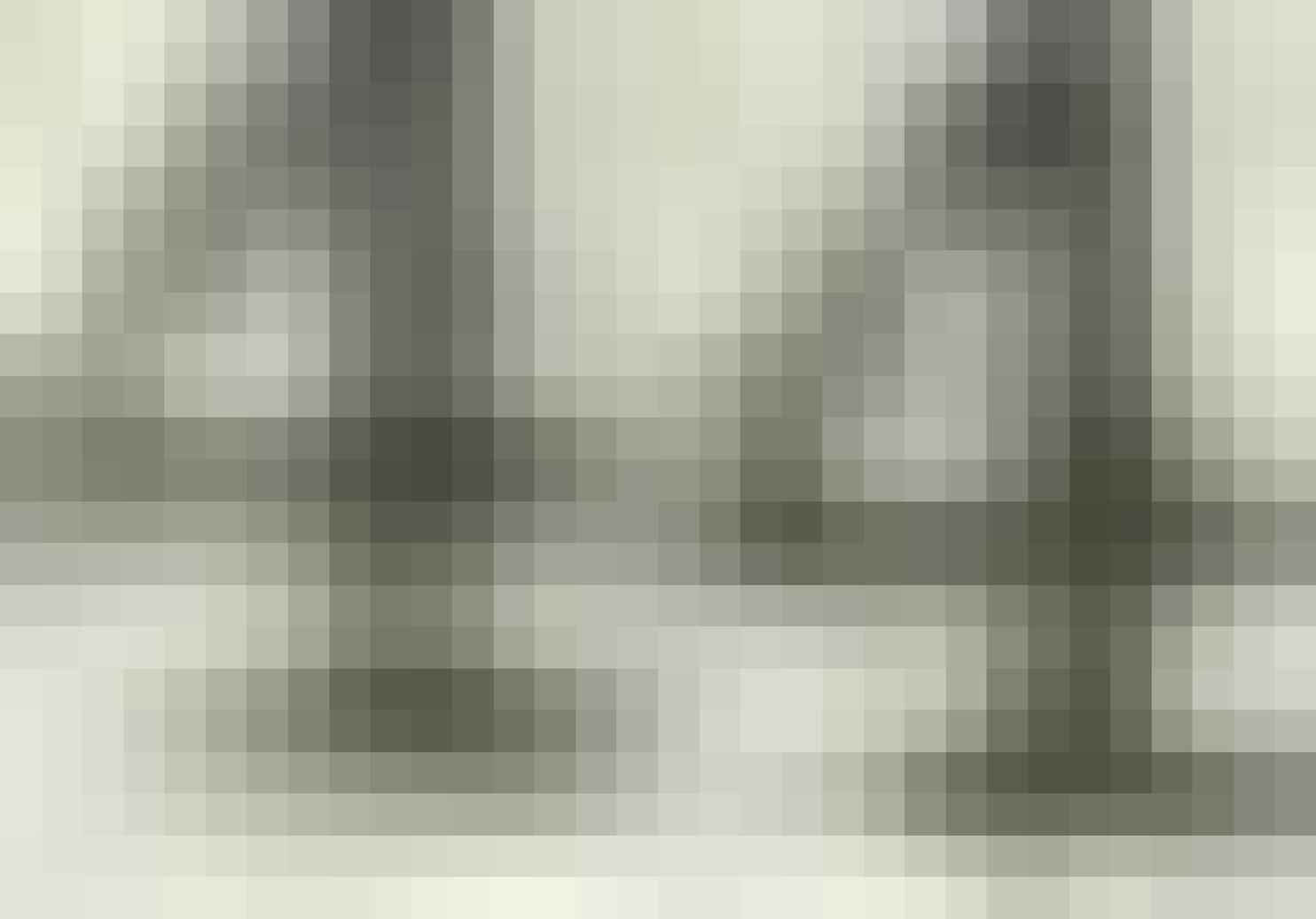
En ésta clase de Fideicomisos, tampoco — puede la Institución Fiduciaria garantizar al inversionista la integridad de su patrimonio fideicometido, ni la posibilidad de devolvérselo en efectivo, pero, en cambio, el Banco le facilita al Fideicomitente su experiencia en materia de selección de inversiones, y le sugiere un grupo de ellas. Por esto, el más alto rendimiento significa que la inversión tenga una sustentación mayor, es decir que no sea recuperable a la vista. Pero el plazo tampoco es para causar pánico, pues generalmente se trata de un plazo a noventa días vista, es decir, que la vigencia de la inversión es indefinida hasta que el Fideicomitente dé un pre-aviso, que se ejecutará a los noventa días de recibido.

Esta clase de fideicomisos es propicia para aquellas personas o empresas, cuyas características hacen posible prever que mantengan su inversión por períodos estables.

En éste Fideicomiso el inversionista en valores o en créditos, tiene un conjunto de atractivos — consistentes en que el Banco Fiduciario, es quien selecciona y maneja las inversiones, y el encargado de su total administración.

Como es lógico suponer, los Fideicomisos de Inversión, pueden tener algunas ligeras variantes, las cuales son las siguientes:

- 1) El Fideicomitente puede estipular que el producto de la inversión se le entregue a sí mismo, o a tercera persona que en éste caso sería el Fideicomisario.
- 2) El Fideicomitente puede reservarse la facultad de dar por terminado el Fideicomiso en cualquier momento.
- 3) El Fideicomitente puede estipular instrucciones precisas a la Institución Fiduciaria, referentes a las sumas por invertir, objeto de la inversión, oportunidad de las inversiones, etc. etc.



b) FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACIÓN:

El Fideicomiso de Administración es aquel cuya finalidad consiste en que la Institución Fiduciaria maneje o administre el Patrimonio Fideicometido, en provecho del Fideicomisario que puede también ser el propio Fideicomitente.

En el Fideicomiso de Administración, el Fideicomitente entrega sus bienes a la Institución Fiduciaria, generalmente reservándose la propiedad de los mismos, para que ésta los administre y entregue los frutos ya sea al propio Fideicomitente o a algún Fideicomisario a quien designe.

En virtud de éste Fideicomiso de Administración, la Institución Fiduciaria, entre otras funciones, se puede encargar de la celebración de los contratos de arrendamiento, del cobro de las rentas, de la promoción de juicios de deshaucio, del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad raíz, etc., todo ello en interés del Beneficiario.

El Fideicomiso de Administración puede ser motivado por múltiples causas, entre otras por las siguientes: el cúmulo de negocios del Fideicomitente que le hace físicamente imposible atenderlos debidamente; en otros casos, la falta de edad apropiada, la falta de experiencia, la falta de capacidad para los negocios, el tener que residir fuera del país por razones de salud, etc. etc.

Esta clase de Fideicomisos admiten la siguiente subdivisión:

1) Fideicomisos de Herencias,

- 2) Fideicomisos para asegurar la educación de menores,
- 3) Fideicomisos para asegurar pensión alimen
ticia,
- 4) Fideicomisos para aseguramiento de gastos de hospitalización y curación de enfermos,
- 5) Fideicomisos para asegurar la inversión de reservas de sociedades o empresas, y
- 6) Fideicomisos de Pólizas de Seguro de Vida.

1)

FIDEICOMISOS DE HERENCIAS:

El Fideicomiso de Herencia, es aquel cuya finalidad consiste en que la Institución Fiduciaria - destine el patrimonio fideicometido a la realización del fin que el Fideicomitente señaló en vida o por testamento. Por consiguiente, el Fideicomiso de Herencia puede ser constituido por acto en vida por el Fideicomitente, o por acto de causa de muerte del mismo por medio de testamento.

Si el Fideicomiso de Herencia es establecido en vida del Fideicomitente, la Institución Fiduciaria recibe los bienes de éste, los administra en beneficio del mismo, de sus herederos o de los benefi-
ciarios que el propio Fideicomitente designe, y a su muerte entregará los frutos y la propiedad, según las instrucciones recibidas, a las personas señaladas.

Si el Fideicomiso se establece por testamento, la Institución Fiduciaria recibe el Patrimonio Fideicometido con motivo de la muerte del Fideicomitente, quien es a la vez autor del testamento,

y de acuerdo con las instrucciones de éste, dará a los bienes el destino que previamente se les señaló.

Tanto en uno como en otro caso, la transmisión de los bienes de la Herencia mediante el Fideicomiso, evita a los beneficiarios de la sucesión, las molestias inherentes a los juicios sucesorios.

2) **FIDEICOMISO PARA ASEGURAR LA**
EDUCACIÓN DE MENORES:

Es innegable la preocupación que invade a un buen padre de familia, al pensar en llegar a faltar sin que sus hijos hubieran llegado a alcanzar cierto nivel de educación. De ahí que la solución más favorable para su problema, sería destinar en vida cierto patrimonio a la constitución de un Fideicomiso, el cual al ser administrado por una Institución Bancaria, le garantizaría que sus hijos podrían disponer al faltar él, de los recursos necesarios para obtener el grado de educación que había deseado.

3) **FIDEICOMISO PARA ASEGURAR**
PENSIÓN ALIMENTICIA:

Por medio de éste Fideicomiso, el deudor alimenticio consigue garantizar el cumplimiento de su obligación de proporcionar alimentos a determinadas personas que dependen de él, para lo cual, desde luego, tendrá que destinar cierto patrimonio para la constitución del Fideicomiso respectivo.

4) **FIDEICOMISOS PARA EL ASEGURAMIENTO DE GASTOS
DE HOSPITALIZACIÓN Y CURACIÓN DE ENFERMOS**

Es así mismo importante ésta clase de Fideicomisos cuya finalidad consiste en asegurar el destino de determinadas cantidades de dinero para el pago periódico de los gastos de hospitalización y curación de enfermos, reclusión en manicomios, asilos, etc., etc., para lo cual puede aprovecharse la constitución de un fideicomiso de Administración que proporcione las rentas necesarias.

5) **FIDEICOMISO PARA ASEGURAR LA INVERSIÓN DE
RESERVAS DE SOCIEDADES O EMPRESAS**

Las sociedades pueden constituir Fideicomisos cuyo objeto sería la inversión de parte de la Institución Fiduciaria, en forma segura, de las reservas legales o reservas voluntarias que las sociedades o empresas disponen constituir, y que de otro modo permanecerían improductivas.

6) **FIDEICOMISO DE PÓLIZAS DE SEGURO
DE VIDA**

Entre los instrumentos más eficaces que el hombre ha creado para lograr la protección económica de la familia, se encuentra el seguro de vida, que alcanza dicha finalidad sin exigir erogaciones excesivas. La extraordinaria aceptación del seguro y la posibilidad de que las indemnizaciones cubiertas por el asegurador sean disipadas por los beneficiarios, -

han hecho posible que se elabore para prevenir ese riesgo, una buena solución que consiste en la combinación del seguro de vida y el Fideicomiso.

El planteamiento es simple: supongamos que una persona toma un seguro de vida y, simultáneamente constituye un Fideicomiso para que, al morir, la indemnización sea entregada a una Institución Fiduciaria, quien la deberá invertir y administrar en provecho del Beneficiario o los Beneficiarios a quienes el asegurado hubiese deseado favorecer.

Con ésta clase de fideicomisos de seguro de vida, se logran diversos objetivos que de otra forma no se podrían alcanzar; ante todo, se impide que los beneficiarios dilapiden la indemnización; se evita la extinción del capital, recurriendo a inversiones productivas; además se haría el Fideicomiso fácilmente asequible a gran número de personas que han permanecido en la imposibilidad de utilizarlo.

Los Fideicomisos de Seguro de Vida, tienen dos condiciones que les son peculiares: a) Que el contrato de Seguro de Vida reconozca como Beneficiario de la Póliza a la Institución Fiduciaria que deba cumplir con las estipulaciones pactadas en vida del asegurado, y b) Que su ejecución principia con la muerte del Asegurado, o sea la realización de la condición suspensiva de que depende, para que la Institución Fiduciaria pueda entrar en posesión del Importe de la Póliza de Seguro de Vida por haber ocurrido el riesgo que se venía cubriendo, y lo administre bajo las condiciones que le fueron impuestas y con las finalidades previstas.

c) FIDEICOMISOS DE GARANTÍA:

El Fideicomiso llamado de Garantía, se ha utilizado en la práctica como sustitutivo de la Hipoteca, y su finalidad por lo tanto, es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye.

En ésta clase de Fideicomisos, la Institución Fiduciaria recibe la titularidad de los Bienes Fideicometidos y los conserva hasta que se cumpla la obligación garantizada con su constitución. En caso de incumplimiento, de la obligación contraída y garantizada por el Fideicomiso, el Banco Fiduciario tiene la facultad de hacer valer sus derechos sobre los Bienes Fideicometidos, rematando la garantía para pagar con su importe al Fideicomisario que tenga derecho a ello y entregando al Fideicomitente el remanente que subsista, una vez deducidos los gastos a que el incumplimiento hubiere dado lugar.

La estructura y consecuentemente el mecanismo del Fideicomiso de Garantía, es la siguiente:

Supongamos que Juan otorga a Pedro un crédito, y le exige que éste fideicomite a su favor un inmueble de su propiedad. En el acto constitutivo se estipula que el Fiduciario retendrá la propiedad del inmueble durante el tiempo convenido, al término del cual si Pedro no cumple con pagar a Juan el crédito que le otorgó, la Institución Fiduciaria rematará el inmueble Fideicometido, pagará con el producto del remate a Juan, y el remanente si lo hubiere, lo entregará a Pedro. Si por el contrario, Pedro cumple con pagar su adeudo en el plazo estipulado en el contrato de crédito, la Institución Fiduciaria le devol-

verá la propiedad del bien Fideicometido.

El Fideicomiso de garantía puede tener numerosas variantes entre las cuales merecen citarse las siguientes:

- a) En el ejemplo indicado, puede estipularse - que el Banco Fiduciario se obliga a poner en arrendamiento el inmueble de que se trate, - a percibir los arrendamientos y a abonar - éstos a Juan, para amortizar el crédito de Pedro.
- b) En el mismo caso se podría pactar, si el patrimonio fideicometido fuera una empresa, que la Institución Fiduciaria lo maneje con tal o cual intervención de Pedro.

Las causas por las cuales el Fideicomiso de Garantía sustituye ventajosamente a la Hipoteca, son las siguientes:

- a) Su costo es mucho menor que el de una escritura de Hipoteca;
- b) Se ahorran las costas, la tramitación y el tiempo inherentes al remate.

d) FIDEICOMISOS DE FINANCIAMIENTO:

Existen Instituciones Bancarias que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones de Banca de Inversión, promoviendo la creación de empresas productivas nuevas, o la expansión de las ya existentes. Para ello se aprovecha la captación y canalización de los recursos internos, los cuales al ser invertidos en préstamos de mediano y largo plazo, promueven el desarrollo de la Industria, la Agricultura, la Ganadería, etc., etc.

Tales financiamientos pueden ser efectuados por éstas instituciones en forma directa, es decir adquiriendo acciones o participaciones, o en forma indirecta, mediante el otorgamiento de créditos para su organización, ampliación, modificación, transformación, fusión, etc., etc., siempre con el propósito de promover el desarrollo y la diversificación de la producción nacional.

Ahora bien, cuando una persona obtiene un préstamo para financiar una empresa, y para garantizarlo constituye un Fideicomiso sobre determinados bienes de su pertenencia, estamos frente a un contrato de Fideicomiso de Financiamiento.

En el mismo contrato de constitución del Fideicomiso de Garantía, deberán constar las cláusulas que indiquen la forma del financiamiento, es decir si es total o de entrega gradual, y si el pago del crédito se hará al vencimiento del plazo o por medio de amortizaciones periódicas.

Esta clase de Fideicomisos de Financiamiento, ha sido utilizada en la República con gran éxito por las Corporaciones,* debido a la estrechez econó-

* MUNICIPALES

mica en que tradicionalmente se han venido desenvolviendo, por no tener participación en el Presupuesto General de Gastos de la Nación.

Ante tan difícil situación económica, y ante la necesidad de hacerle frente a ingentes problemas del Municipio, la solución más favorable ha sido la constitución de Fideicomisos de Financiamiento a través del Instituto de Fomento Municipal.

Un ejemplo claro lo tenemos en la Municipalidad de Quezaltenango, que tenía ante sí el problema de la carestía de agua, hacía falta el líquido vital para la población, y no se contaba con los recursos necesarios para el financiamiento de una obra de tal magnitud.

La solución la encontró la Corporación Municipal en la constitución de un Fideicomiso de Financiamiento con la intervención del Instituto de Fomento Municipal, quien avaló una emisión de Bonos Municipales, habiendo recibido como garantía por dicha responsabilidad, el dominio sobre el producto de la venta de caudales de agua al vecindario que los estaba necesitando; los ingresos municipales por concepto de arrendamiento de los locales comerciales - que posee la Municipalidad en la planta baja de su propio edificio, y los ingresos por concepto de piso de plaza y alquileres de los puestos del mercado Municipal.

La Administración de éste Fideicomiso de Financiamiento se le confió al Banco de Guatemala, quien recibe directamente los ingresos municipales para dedicarlos a la amortización de los Bonos Municipales, y al pago de los intereses a los tenedores

de los mismos.

En el presente caso, la Municipalidad de Quezaltenango es el Fideicomitente; el Instituto de Fomento Municipal es el Fiduciario, y los tenedores de los Bonos son los Fideicomisarios por recibir el 5% de interés anual sobre los bonos que poseen.

En el caso presente, el Banco de Guatemala es únicamente el administrador del Fideicomiso, pues de conformidad con nuestra legislación, tal facultad si puede ser delegada.

IV LEGISLACION GUATEMALTECA SOBRE
FIDEICOMISOS

a) **CARTA FUNDAMENTAL:**

En Guatemala, la primera alusión expresa sobre materia de Fideicomisos, la encontramos en la constitución de 1,945, la cual en su artículo 28 autorizó el establecimiento de Fideicomisos cuyo plazo no excediera de veinticinco años, siempre que fueran ejecutados por un Banco o Institución de Crédito facultados para operar en el país.

Tal precepto constitucional, novedoso en aquella época, no llegó a definir lo que debería entenderse por Fideicomiso, y por lo consiguiente no es posible deducir, si lo que se trató de legislar fué el Fideicomiso de origen Romano o el Fideicomiso de origen anglo-sajón.

Sin embargo, estudios complementarios al respecto, como por ejemplo el Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de aquella época, nos llevan a la conclusión de que los alcances que se pretendieron dar a dicho vocablo, se refieren al Fideicomiso de origen anglo-sajón, toda vez que estipulaba que solo los bancos o las Instituciones de crédito podían prestar los servicios de Fiduciario.

Por otra parte, la prohibición tácita legal de que personas ajenas a los bancos puedan prestar los servicios de Fiduciario, tipifica al Fideicomiso, que en realidad es operación de servicio bancario, como acto de comercio.

La constitución de Guatemala de 1.956, también contempló la Institución del Fideicomiso en su artículo 49, como función privativa de los Bancos, entidades que son las únicas facultadas para prestar los servicios de Fiduciario.

De consiguiente, también es lógico deducir, que la constitución de 1.956, también consideró el Fideicomiso en su carácter de contrato mercantil.

Resumiendo, se puede afirmar que ambas constituciones hicieron alusión al Fideicomiso, como fiduciario, es decir en el sentido en que lo entienden los tratadistas modernos, o sea como una adaptación a nuestro medio del Fideicomiso Trust, de origen anglo-sajón. En tal forma se creó en Guatemala ésta Institución Jurídica especial, diferente a todos los contratos tradicionalmente conocidos.

b)

C Ó D I G O C I V I L :

Desde hace muchos años, se ha venido sintiendo en Guatemala, la necesidad de reformar la legislación civil y mercantil para adaptarla a los avances de la ciencia y a la natural evolución de las costumbres y demás relaciones sociales reguladas por el Derecho.

Producto de tal necesidad, es la emisión del nuevo código civil, el cual contiene importantes reformas entre las cuales merece especial mención por su trascendencia y por tratarse del tema que nos ocupa, la que se refiere a la propiedad en Fideicomiso.

Dicha reforma está contenida en el Capítulo IV título II del código en mención y contiene importantes preceptos como son: lo que debe entenderse por Fideicomiso; elementos que lo conforman; las relaciones que origina entre dichos elementos, y el patrimonio Fideicometido.

Es de lamentarse que solamente diecinueve artículos se hayan dedicado a regular tan importante Institución, cuando por lo menos era necesario dedicarle un título completo.

Si bien es cierto que se dejaron al margen algunos aspectos que debieron haberse contemplado, también es cierto que es la primera vez que se trata en forma expresa, de legislar sobre materia de Fideicomisos, y por tal motivo es justo reconocer su gran importancia, tomando en consideración que vino a autorizar en forma categórica la constitución y e-

jecución de Fideicomisos en la República.

c) L E Y D E B A N C O S :

Siendo los Bancos las Instituciones de Crédito más calificadas para desempeñar el encargo de Fiduciarios, y los únicos facultados por la ley para efectuar ésta clase de operaciones, es necesario hacer una breve referencia al contenido legal que sobre materia de Fideicomisos, contiene la ley de Bancos.

Es evidente que los contratos de Fideicomiso, son esencialmente operaciones de confianza, de ahí que, la ley de Bancos, al autorizar a las Instituciones de Crédito para efectuar encargos de confianza, tácitamente estaba también autorizándolas para prestar los servicios de Fiduciario.

Tal concesión se encuentra contenida en el artículo 78 del Decreto 315, y dice textualmente lo siguiente:

" Artículo 78. - Los Bancos podrán efectuar las siguientes operaciones de confianza:

- a) Recibir en custodia, fondos, documentos y objetos valiosos y alquilar cajillas de seguridad para la guarda de tales efectos.
- b) 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; y
- c) Hacer cobros y pagos por cuenta ajena, y efectuar otras operaciones por encargo de sus clientes, siempre que sean compatibles con el negocio Bancario.

Los bancos actuarán en estos casos como depositarios o como mandatarios. Deberán conservar los fondos, valores o efectos que en tal calidad recibieren, debidamente separados de las cuentas - propias de la Institución. En consecuencia, no estarán obligados a mantener, en relación con tales negocios, las proporciones mínimas de Capital y reservas de Capital a que ésta ley se refiere".

Queda pues claro, que con tal facultad los Bancos estaban en capacidad de prestar el servicio de Fiduciarios para Fideicomisos de Inversión, a manejar los fondos de sus Fideicomitentes invirtiéndolos en operaciones económicamente provechosas para sus beneficiarios, y a percibir la comisión correspondiente por tales servicios.

d) **LEY DE BANCOS DE AHORRO Y PRÉSTAMO****PARA LA VIVIENDA FAMILIAR:**

La ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar, o sea el Decreto 541, modificado por el Decreto 1.487, puede ser considerada como la verdadera fuente del desarrollo del Fideicomiso en Guatemala, pues las constituciones de 1.945, y de 1.956, únicamente se limitaron a autorizar el establecimiento de Fideicomisos, sin llegar ni siquiera a definir lo que debía entenderse por dicho vocablo, y mucho menos tratar de los derechos y obligaciones de sus elementos esenciales.

Es por ello, que considero procedente consignar a continuación en forma textual, el contenido de dicha ley que modificó el Decreto 541;

El texto es el siguiente:

" Artículo 9o. - El artículo 18 del decreto 541 queda así:

Artículo 18. - La Superintendencia de Bancos estará encargada de la vigilancia y fiscalización de los Bancos de ahorro y préstamo para la Vivienda familiar. Los Bancos de Ahorro y Préstamo se registrarán, en todo lo pertinente por las demás leyes Bancarias y podrán realizar también las siguientes actividades:

- a) Adquirir terrenos urbanos o para urbanizar los a fin de vender parcelas destinadas a edificación de viviendas unifamiliares o multifamiliares, o las viviendas ya edificadas, debiendo mediar la previa anuencia de los suscriptores de Ahorro y Préstamo, cuando las viviendas se destinen a dichos suscripto-

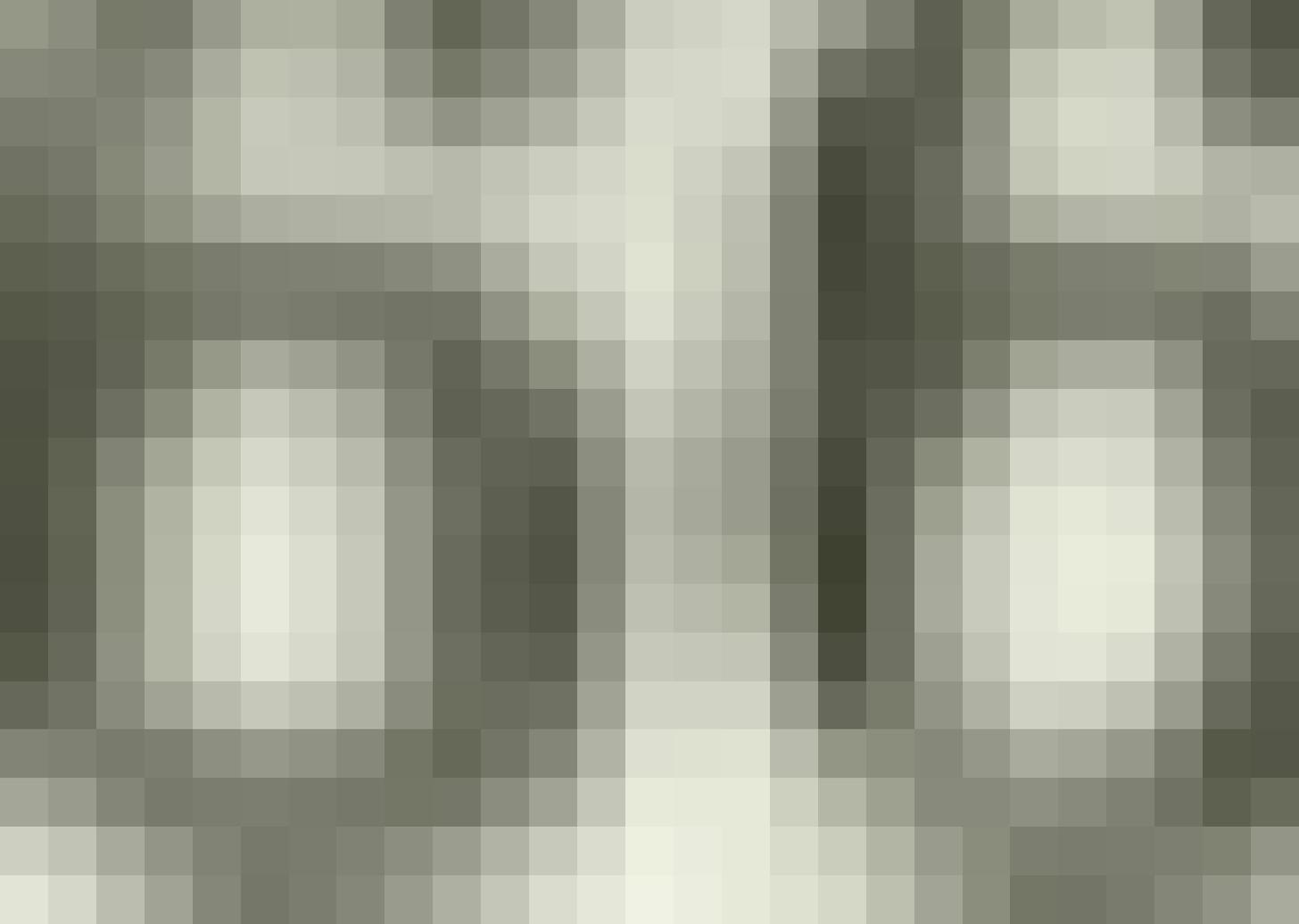
res.

- b) PRESTAR EL SERVICIO DE FIDUCIARIOS PARA el desempeño de FIDEICOMISOS que tengan por objeto fines lícitos relativos a urbanización de terrenos, Administración de Lotificaciones, Edificación de Viviendas unifamiliares o multifamiliares, así como a la administración de éstas últimas.

" Por el contrato o acto constitutivo del Fideicomiso, el Fideicomitente traslada el dominio del bien o derecho de que se trate, al Banco Fiduciario, pero solo para que éste cumpla los fines que aquel 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. Cuando los bienes sean entregados en Fideicomiso, y mientras ésta inscripción esté vigente, no podrán venderse ni gravarse los respectivos inmuebles o los derechos reales, sin el consentimiento expreso del Fiduciario. Al extinguirse la vigencia del contrato o Acto constitutivo del Fideicomiso, o por cualquiera otra causa, se harán las inscripciones correspondientes en el Registro de la Propiedad, debiendo comparecer el Fiduciario en la solicitud de tales inscripciones. El ejercicio de éstas 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

c) Intervenir en la emisión de Cédulas Hipotecarias e incluso garantizar su pago, cuando el producto de las mismas se destine al financiamiento de actividades de mejoramiento o desarrollo de la Vivienda Familiar. El ejercicio de ésta actividad, será reglamentado por la Junta Monetaria".

Tal precepto legal es completamente claro y no deja lugar a dudas de que el Fideicomiso es un contrato legalmente reconocido en Guatemala, desde la fecha de su promulgación. Además representa un importante avance en la materia, pues con su vigencia, se constituyeron varios Fideicomisos de apreciable magnitud.



e) **LEY DE SOCIEDADES FINANCIERAS PRIVADAS:**

La ley de Sociedades Financieras Privadas, guarda estrecha relación con los Fideicomisos de Financiamiento; es por ello que he juzgado conveniente hacer una breve relación del contenido de dicha ley.

El objetivo que se tuvo en mente para la creación de dicha ley, fué la promoción del desarrollo económico del país, para cuyo efecto se autorizó el establecimiento de Entidades Financieras Privadas con capacidad suficiente para proveer los recursos necesarios para la fundación de empresas nuevas o ampliación y modificación de las ya existentes.

Con dicha ley se propició la creación de Instituciones de Crédito que en nuestro medio no existían, y que tienen por objeto complementar la función crediticia de los Bancos comerciales, Hipotecarios y de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar, propiciando también la inversión de capitales ociosos, y estimulando el ahorro y la inversión por parte del público.

En la citada ley, se definen las Sociedades Financieras privadas como las Instituciones Bancarias que actúan como intermediarios Financieros especializados en operaciones de Banca de Inversión; propenden a la creación de empresas productivas, mediante la captación y canalización de cursos internos y externos; los invierten en empresas industriales, agrícolas o ganaderas, ya sea en forma directa adquiriendo acciones o participaciones; o en forma indirecta, otorgando créditos para su organización, ampliación, modificación, transformación o fusión;

siempre que promuevan el desarrollo y la diversificación de la producción nacional.

También establece dicha ley que solamente las Instituciones autorizadas conforme a la misma, - podrán operar como Sociedades Financieras y usar en su denominación, en su nombre comercial o en la descripción de sus negocios, la palabra FINANCIERA, u otras denominaciones derivadas de dicho término que califiquen sus actividades como de tal índole.

Es así mismo importante el precepto que - contiene dicha ley y que establece que las instituciones a que se refiere la misma, no podrán otorgar créditos, ni de otro modo financiar empresas domiciliadas fuera de los países que forman la Comunidad Económica Centroamericana.

Entre las principales funciones que dichas Sociedades Financieras pueden desempeñar, merecen especial mención, las siguientes:

- 1) Llevar a cabo la organización, modificación, ampliación, transformación y fusión de empresas.
- 2) Suscribir, adquirir, mantener en cartera y negociar acciones o participaciones en - cualesquiera de las empresas a que se refiere la ley, siempre que se trate de Sociedades Anónimas o de Responsabilidad Limitada.
- 3) Emitir por cuenta propia, títulos y valores que tengan por objeto captar recursos del público, para financiar las operaciones ac-

tivas contempladas en la ley, y con arreglo a las disposiciones que emita la Junta Monetaria.

- 4) Colocar obligaciones emitidas por terceros y prestar garantía para el pago de capital e intereses, de conformidad con las condiciones que deba señalar la Junta Monetaria.
- 5) ACTUAR COMO FIDUCIARIOS.
- 6) Actuar como agente y representante común de obligacionistas.
- 7) Comprar, mantener en cartera, vender y en general, operar con valores públicos y privados de la Comunidad Centroamericana.
- 8) Otorgar créditos a mediano y largo plazo.
- 9) Otorgar préstamos con garantía de documentos que provengan de operaciones de venta a plazos de bienes muebles, cuando se refieran a empresas que puedan ser financiadas por dichas instituciones.
- 10) Otorgar créditos para realizar estudios iniciales y básicos de proyectos cuya inversión de carácter productivo, se efectúe en el territorio de Guatemala.
- 11) Otorgar aceptaciones, endosar y avalar títulos de crédito.
- 12) Obtener, previa autorización de la Junta Monetaria, concesiones para el aprovechamiento de recursos naturales con el objeto de

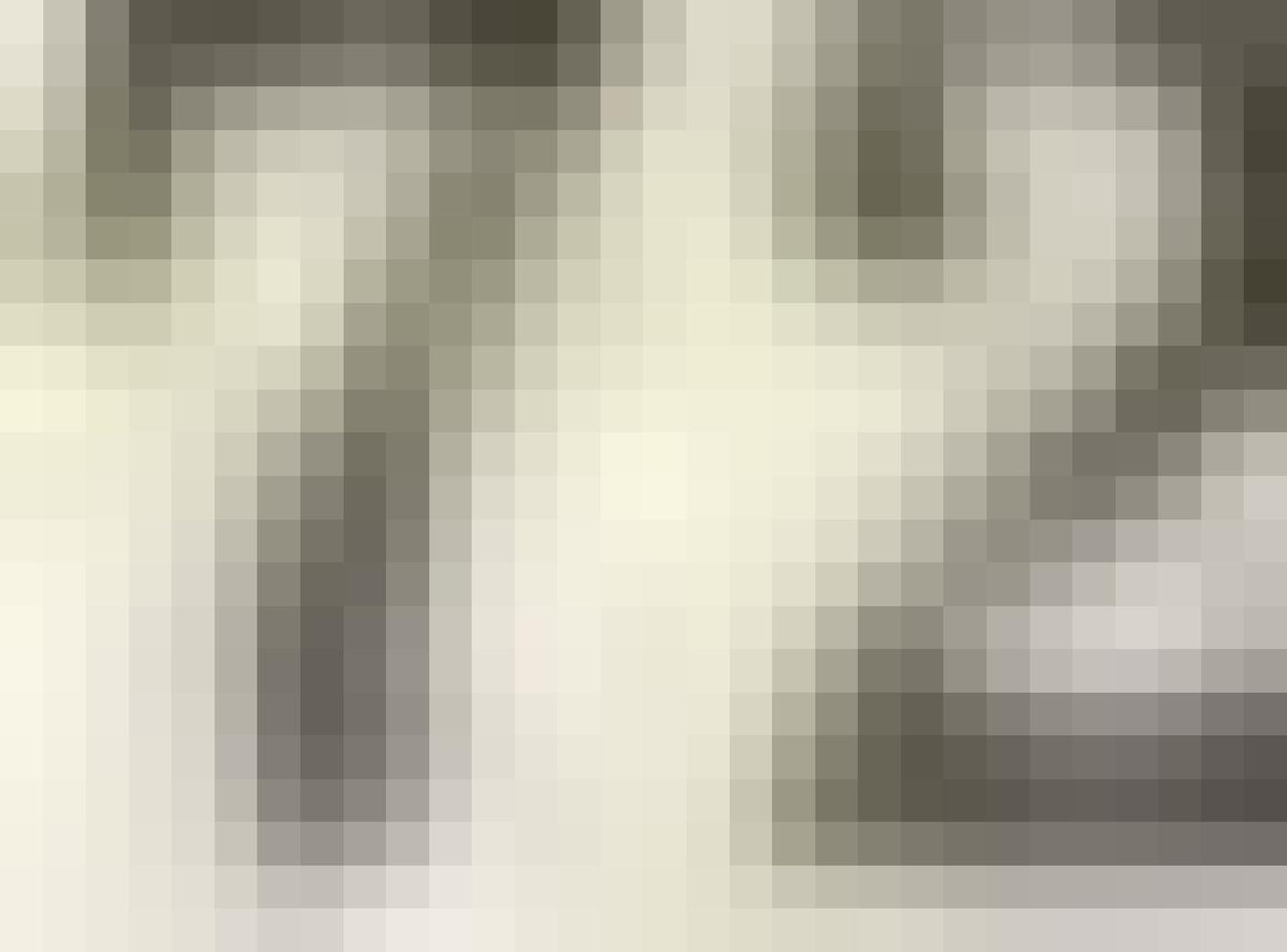
transferirlas a las empresas que para el efecto promuevan. Para el presente caso, - será la Junta Monetaria la que deberá fijar el plazo y las condiciones en que deberá hacerse la transferencia.

- 13) Financiar investigaciones científicas que - contribuyan al desarrollo de nuevas actividades productivas y en su caso obtener las patentes respectivas. También en el presente caso, la Junta Monetaria tendrá a su cargo fijar los límites máximos de inversión en ésta clase de operaciones; y
- 14) Realizar las demás operaciones financieras comprendidas dentro de la naturaleza y funciones que señala la ley.

De todas las funciones enunciadas anteriormente y que las Sociedades Financieras Privadas - pueden ejercer, la más importante por su relación - con el presente trabajo, es la que se refiere al servicio de Fiduciario, pues con tal facultad pueden intervenir en la Constitución de Fideicomisos de Inversión, de Administración, de Garantía y de Financiamiento.

Esta ley, no obstante sus hermosos enunciados, debió haberse estudiado más a fondo, pues los efectos que puede imprimir a la economía nacional - son de gran trascendencia. Un Colegio de Técnicos en la materia, debió haberse encargado de su elaboración para prevenir que bajo su amparo, se puedan organizar monopolios disfrazados de Sociedades Financieras Privadas, que con el transcurso de los años, puedan llegar a ejercer un control sobre la fijación de precios y la producción nacional.

A primera vista, se nota una interferencia de las Sociedades Financieras Privadas en las funciones privativas de los Bancos del sistema, que así como puede ser de colaboración bajo ciertos aspectos, puede también ser perjudicial para los mismos



V CONTABILIZACION DEL FIDEICOMISO

a) **A D M I N I S T R A C I Ó N :**

Antes de abordar el tema, de la contabilización del Fideicomiso, conviene aclarar que en dicha Institución existen dos clases de administración perfectamente diferenciables una de otra que son: a) - La Administración del Fideicomiso propiamente dicho; b) La Administración del Patrimonio Fideicometido.

1) **A D M I N I S T R A C I Ó N D E L F I D E I C O M I S O :**

De conformidad con nuestro Código Civil en vigor, la Administración del Fideicomiso es indelegable, es decir que deberá ser ejercida por el Fiduciario directamente, o por medio de sus personeros, y únicamente podrán conferirse poderes especiales, para cuando éstas operaciones requieran diligencias que deban practicarse fuera del domicilio del Fiduciario. En todo caso, la administración deberá regirse por las estipulaciones contenidas en el contrato de Fideicomiso, y con las disposiciones legales vigentes.

2) **A D M I N I S T R A C I Ó N D E L P A T R I M O N I O F I D E I C O M E T I D O :**

La Administración del Patrimonio Fideicometido, puede ser ejercida directamente por la institución Fiduciaria, o por la persona en quien ésta delegue dicha función, que puede ser también el propio Fideicomitente.

Para delegar las funciones administrativas del Patrimonio Fideicometido, es necesario celebrar

74
un contrato especial y separado del de constitución, entre el Fiduciario y la persona que deberá encargarse de la administración, en cuyas cláusulas deberá hacerse referencia a los siguientes aspectos:

- 1) A la obligación del administrador de conservar y mantener en condiciones normales de buen funcionamiento el bien fideicometido.
- 2) Que el administrador deberá velar por obtener siempre el mayor rendimiento del bien fideicometido sin menoscabo de su integridad.
- 3) Disponer de común acuerdo con el fiduciario, cuando el caso lo amerite, las obras de reparación o de mejoramiento que el bien fideicometido llegare a necesitar.
- 4) Recibir en calidad de depósito las rentas provenientes de su explotación y rendir un informe periódico de tales ingresos.
- 5) Formar un fondo para futuras reparaciones, eventualidades, e imprevistos con un porcentaje de las rentas que perciba.
- 6) Deducir de las rentas brutas percibidas, los gastos propios de la administración del bien fideicometido, y la asignación para el fondo de imprevistos.
- 7) Formar con el remanente de las rentas percibidas, un fondo destinado al pago de los frutos o beneficios que correspondan a cada uno de los fideicomisarios.

- 8) Mantener constantemente solvente la administración del bien fideicometido para con el Fisco, la Municipalidad y otras entidades autorizadas para cobrar cuotas por servicios públicos.
- 9) Conservar el bien fideicometido cubierto contra toda clase de riesgos asegurables, mediante el pago puntual de las respectivas primas de seguro.
- 10) Informar al Fiduciario de cualquier desperfecto o deterioro que advierta en el bien fideicometido, así como disponer la realización de pequeñas obras de reparación que su buena conservación necesite.
- 11) Ejercitar las acciones pertinentes para mantener al día la percepción de las rentas o frutos del bien fideicometido.
- 12) Informar al Fiduciario dentro de un plazo de 24 horas, cualquier acción judicial, demanda o contrademanda que se le notifique, siempre que puedan afectar directa o indirectamente la propiedad del bien fideicometido o las rentas que produzca.
- 13) Efectuar sin autorización especial del Fiduciario, todas aquellas mejoras o reparaciones que no excedan de cierto porcentaje con venido.
- 14) Llevar contabilidad completa y detallada de su gestión, conservando en forma ordenada la documentación respectiva, para cuando

se verifiquen las auditorías correspondientes.

Es materia bastante conocida, que el objetivo y fines de la contabilidad, giran en torno al derecho de propiedad reconocido universalmente por las leyes. Por consiguiente, la Propiedad en Fideicomiso, de conformidad con nuestra legislación, también debe ser objeto de contabilización.

El objeto primordial de la contabilidad consiste en dar al propietario o gerente de un negocio, la más amplia información relacionada no solo con la naturaleza y valor del Activo, Pasivo y Capital; sino también con los efectos que las operaciones mercantiles causen a dichos elementos.

Para cumplir sus fines propios, la contabilidad ha de fundir en un todo organizado, las cuentas y documentos con la organización de la contaduría; los libros y fichas con la Estadística; los hechos con los resultados; las previsiones con la experiencia; los cómputos con los balances, debiendo responder en su concepción, planeamiento y desarrollo a los siguientes principios básicos:

- 1) La contabilidad de Fideicomisos, ha de recoger y reflejar todas las variaciones del Patrimonio Fideicometido.
- 2) Asimismo, ha de reunir todas las actuaciones jurídicas capaces de producir aquellas variaciones.
- 3) También debe reflejar las previsiones administrativas y controlar su desarrollo y sus

resultados.

- 4) Debe producir la especificación de los ejercicios, a cada uno habrán de corresponder solamente sus operaciones, sus compromisos, sus cargas, sus beneficios; y habrá de establecerse la debida correlación de interdependencia entre todos los ejercicios, desde el nacimiento del Fideicomiso, hasta su extinción.
- 5) Debe presentar la situación del Patrimonio Fideicometido en todas sus facetas; económica, específica, jurídica, fiscal, y en forma continua y sin retrasos.
- 6) Debe utilizar una unidad de valor estable para medida de los elementos patrimoniales, que permita establecer las comparaciones en el tiempo.
- 7) Ha de responder a la verdad jurídica y patrimonial de las operaciones, y a la exactitud de las valoraciones.
- 8) No debe enmendarse nunca lo escrito, pues debe quedar como testimonio indeleble, pero puede rectificarse en forma legal.
- 9) Ha de estar rodeada de garantías legales que sean salvaguarda de la verdad contenida en sus anotaciones, debiendo sancionarse cualquier transgresión.
- 10) Su planteamiento, desarrollo, etc., han de responder a un correcto sistema técnico y doctrinario adaptado a las necesidades del

Fideicomiso.

Es un principio fundamental de la contabilidad fiduciaria, la separación del Patrimonio Fideicometido, de los gastos y productos a que da lugar la ejecución del Fideicomiso. Casi todas las legislaciones sobre Fideicomiso contienen dicha exigencia legal, tanto para la preservación de los Bienes Fideicometidos, como para la elaboración de los informes periódicos, así como para la preparación final para cuando se termine la relación fiduciaria.

Este requisito legal, también es de suma importancia para facilitar la práctica de las Auditorías que deban efectuarse, pues en dicha forma se conservan completamente separados y diferenciados los Bienes Fideicometidos, que de conformidad con nuestra legislación constituyen un patrimonio autónomo, y apartado de las demás cuentas que registran los Gastos y los Productos a que da lugar la ejecución de los Fideicomisos.

b) EL PRINCIPAL:

El Principal o Patrimonio Fideicometido, puede estar constituido por un bien raíz, por un conjunto de bienes muebles, por valores mobiliarios de fácil realización, o por dinero en efectivo.

Si el Principal lo constituyen bienes raíces, su tasación no ofrece mayores complicaciones, pues ésta se limitará a una revaluación del bien o bienes de que se trate, a la fecha de iniciarse el Fideicomiso, la cual servirá de base para su contabilización y

para el caso en que hubiere que satisfacer impuestos sobre alcabala, herencias, legados y donaciones.

Si el Principal consiste en bienes muebles, el Fiduciario, de común acuerdo con el Fideicomitente, deberá proceder a elaborar un inventario de los bienes Fideicometidos, y en caso de que así lo deseen, podrán solicitar también la intervención de un Juez de Instancia para que intervenga en la elaboración del mismo y levante el acta correspondiente.

Dichos bienes deberán también ser valuados de común acuerdo por el Fiduciario y el Fideicomitente, y en caso de desacuerdo en el precio de algunos bienes, podrán convenir en que la valuación de los mismos sea efectuada por un experto en la materia.

Si los bienes Fideicometidos, consistieren exclusivamente en partidas de efectivo, u otros valores de fácil realización, el problema se simplifica grandemente, pues bastará consultar las listas de las bolsas de valores y aplicarles el precio que prevalezca en el mercado a la fecha que corresponda.

Consecuentemente, en la Contabilidad Fiduciaria, siempre que se manejen valores, lo primero que se necesita es una cifra de valuación para contabilizar la inversión. Esta cifra de valuación, fija por así decirlo, el valor del Principal del Fideicomiso respectivo. Dicha cifra se usará en todos los registros contables y servirá de base para determinar al final de cada período, las ganancias o las pérdidas que la ejecución del Fideicomiso pueda ocasionar.

c) GASTOS:

Entre los gastos que origina la constitución y ejecución de un Fideicomiso, también es conveniente hacer la diferenciación de aquellos que corresponden al Fideicomiso propiamente dicho, de aquellos otros que son imputables al Fideicomitente.

Entre los que competen al Fideicomitente, - están los gastos de organización y constitución del Fideicomiso; los gastos de aceptación, etc., etc., y entre los que corresponden al Fideicomiso propiamente dicho están: los Honorarios del Fiduciario, los Impuestos, las tasas, las contribuciones, las cuotas - por servicios públicos, los sueldos, las reparaciones etc., etc.

Ambas categorías de gastos, no obstante ser originadas por un mismo Fideicomiso, tienen dos - cauces completamente diferentes; pues los gastos de constitución, organización y aceptación, deberán operarse en la contabilidad del Fideicomitente; y los gastos por honorarios del Fiduciario, sueldos, impuestos, tasas, arbitrios, cuotas por servicios públicos etc., etc., deberán operarse en la contabilidad del Fideicomiso al cual corresponden. En ningún caso, éstos últimos gastos deberán cargarse al Principal, - pues éste deberá permanecer inalterable durante la vigencia del Fideicomiso, salvo el caso de que como consecuencia de las operaciones del Fideicomiso, se presentara la necesidad de enajenar parcial o totalmente el bien fideicometido, en cuyo caso, cualquier beneficio o quebranto que se obtenga en la transacción, deberá afectar el Principal, pero como resultado de operaciones extraordinarias, y no de operaciones habituales del fideicomiso.

Si bien es cierto que, de conformidad con nuestra legislación tributaria, tanto las utilidades procedentes de actividades ordinarias como extraordinarias deben contribuir, ello no significa ni conlleva la idea de confundir las fuentes de su procedencia; por lo tanto es menester mantener la absoluta inalterabilidad del Principal, en tanto sea prácticamente posible su conservación.

d) **PRODUCTOS:**

Existe también la conveniencia de hacer la diferenciación contable, de los productos de un Fideicomiso, los cuales pueden provenir de operaciones ordinarias, así como de la enajenación parcial o total del bien fideicometido.

En el primer caso, los productos serán imputados a la ejecución del Fideicomiso, y en la medida que sobrepasen a los gastos, determinarán el monto a distribuir entre los beneficiarios o Fideicomisarios.

En el segundo caso, cuando su procedencia sea la venta parcial o total del bien fideicometido, sustituyen también parcial o totalmente al Principal, y no serán distribuibles entre los Fideicomisarios, sino se dedicarán a fortalecer la solidez o liquidez del negocio Fiduciario de que se trate.

e) **RENTA:**

De conformidad con la Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor, o sea el Decreto ley 229, también están sujetos a tributar los ingresos obtenidos

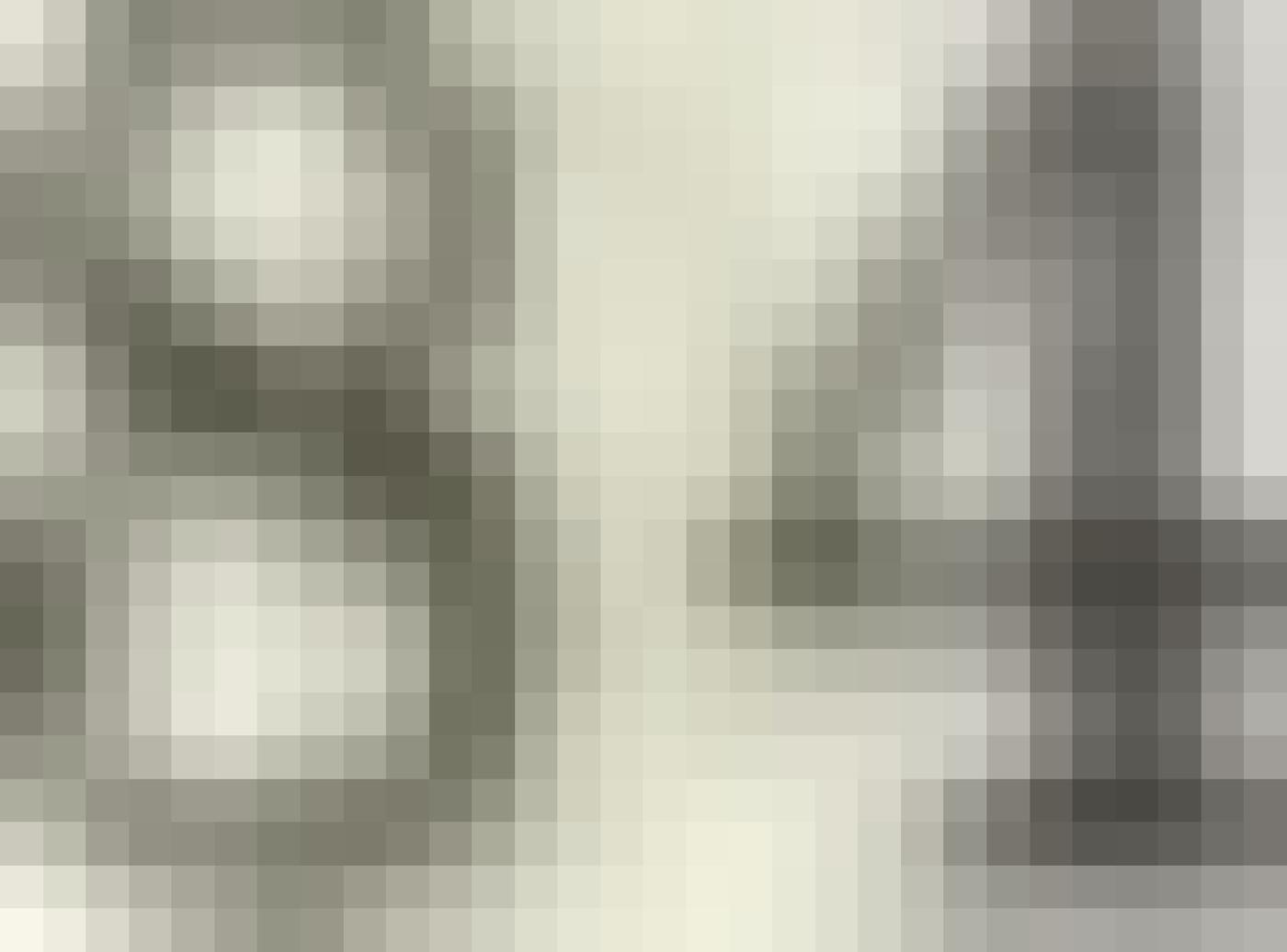
en la República por BIENES EN FIDEICOMISO, o administrados por encargo de confianza.

En consecuencia, siendo el Fiduciario el titular de los bienes fideicometidos y teniendo a su cargo la Administración del Fideicomiso; a él corresponde la obligación de presentar la Declaración de Renta, pagar el impuesto respectivo, y en su caso, responder por las infracciones a la ley.

Siendo tantos y tan diversos los fines lícitos que pueden dar origen a la Constitución del Fideicomiso, así como también siendo tan disímiles los servicios que como fiduciarios, pueden ofrecer las entidades bancarias; resulta sumamente difícil enmarcar dentro de un solo patrón de índole contable, la complejidad de modalidades diferentes que los negocios fiduciarios pueden adoptar. Además de esto, la propia ley de Bancos, establece en sus artículos 76 y 78, que será la Junta Monetaria la que deberá emitir la reglamentación de estos negocios, estableciendo los requisitos y formalidades que están obligados a observar los Bancos en su calidad de Fiduciarios; y los métodos que deberán seguirse para la contabilización de los Fideicomisos.

Finalmente, tomando en consideración que solo las instituciones de Crédito pueden prestar los servicios de Fiduciario, y que los Bienes Fideicometidos, de conformidad con el Código Civil, constituyen un Patrimonio separado de los demás bienes del Fideicomitente y del Fiduciario; no es aventurado anticipar que los Patrimonios Fideicometidos, deberán ser registrados en la contabilidad de las entidades bancarias, bajo el grupo de CUENTAS DE ORDEN, toda vez que también de conformidad con el artículo

78 de la ley de Bancos, no hay obligación de mantener los requerimientos mínimos de Capital y Reservas de Capital, sobre bienes recibidos en Fideicomiso.



VI EL PROFESIONAL DE AUDITORIA EN GUATEMALA

BREVE RELATO HISTÓRICO DE LA AUDITORÍA:

Aún cuando a primera vista parezca un contrasentido, la Auditoría en sus albores, tiene un origen que se remonta a una época anterior a la invención de los sistemas contables y de la partida doble. Desde tiempos inmemoriales, en Egipto existía el Auditor que era el escriba que tenía a su cargo el control de las finanzas públicas. En Atenas, antes de J.C. existió un colegio de logistas que también fue creado para la fiscalización de las rentas del Estado; y también como una versión muy similar a los tribunales de cuentas actuales, existieron los colegios de los Revisores Atenienses; y posteriormente en Roma bajo la égida de los Emperadores, el control de las finanzas públicas era confiado a los Cónsules, a los Censores o Cuestores, quienes tenían una jerarquía equivalente en aquel entonces a los actuales Ministros de Hacienda o Secretarios del Tesoro.

En la Edad Media, también se constituyeron los famosos emporios de Comercios, Industrias, etc. en las ciudades italianas de Venecia, Génova y Florencia, lo cual dió origen al florecimiento de la Teneduría de Libros, y aquí es justo recordar al inventor de la Partida Doble, al monje Benedictino LUCAS PACCIOLO, quien a raíz del descubrimiento de América por Cristóbal Colón, en el año de 1,492, publicó en la provincia de Arezzo de la región Toscana Italia, el primer tratado sobre contabilidad, titulado: "SUMA-TRATADO DE ARITMETICA, GEOMETRIA, PROPORCIONES Y PROPORCIONALIDAD". En él sugiere Pacciolo el empleo de un libro borra-

dor, un Diario, y un Mayor. Divide las cuentas en dos categorías: Cuentas de Inventario y Cuentas de Disposiciones. Concluye Pacciolo enumerando las condiciones que son necesarias para dedicarse al comercio que son: 1) Poseer grandes disponibilidades; 2) Ser un buen Interventor Contable; y 3) Observar un buen orden riguroso.

Una somera glosa del texto de Jules Baude - denominado Técnica de la Censura de Cuentas, nos lleva a la conclusión en su capítulo denominado Notas Históricas sobre el Control Contable, de que el origen del vocablo Auditor, se remonta al año 1.285, en su aspecto de Inspector de Cuentas, pues según dicho autor por orden de Eduardo I, todos los servidores, magistrados, chambelanes y otros recaudadores debían llevar cuentas ordenadas y sujetas a revisión. Los defraudadores debían ser conducidos a la prisión más - próxima, bajo testimonio de los Auditores.

Resumiendo, según la historia, la primera fase de la Auditoría fué Fiscal, y su misión era el control de las finanzas públicas, y el descubrimiento de fraudes. Con el aumento de las necesidades del Estado, tal función de la Auditoría ha aumentado enormemente también, y a la fecha existen corporaciones específicas encargadas de dicha función, en todos los - países del mundo.

b) **AUDITORÍA FISCAL EN GUATEMALA**
EN LA ÉPOCA COLONIAL

Salvando opinión mejor documentada, se puede afirmar que la Auditoría en Guatemala, también se inició en las esferas oficiales, por la necesidad de fiscalizar la actuación de los funcionarios encargados de manejar los fondos públicos.

Para ahondar en su origen, debemos remontarnos a la época colonial, en la cual los conquistadores establecieron la esclavitud, los repartimientos y las encomiendas; así como también establecieron la Casa de Contratación de Las Indias que tenía su asiento en Sevilla, y representó el monopolio que España estableció en el trato con sus colonias. Sus principales atribuciones eran, en primer lugar, recoger en sus bodegas todos los artículos de procedencia americana y controlar en ésta forma el pago de los impuestos y del quinto real en los metales preciosos. Esta Casa de Contratación tenía sucursales en Santo Domingo y Veracruz, México y estableció el servicio de Auditores Fiscalizadores, quienes no eran únicamente funcionarios de la Real Hacienda, sino también eran agentes comerciales de la Corona, es decir que tenían dos funciones: una de carácter aduanal como agentes fiscales del reino, y la otra como controladores del Comercio Exterior.

Las primeras autoridades fiscalizadoras de la Hacienda Pública, surgieron en el año de 1.529, como Oficiales Reales de Hacienda. El primer nombramiento del cual se tiene conocimiento, fué el de don Francisco de Castellanos como Primer Tesorero, quien tenía a sus servicios a un grupo de Oficiales de

Hacienda. Estos Auditores al fiscalizar el manejo de los fondos del Reino, le instruyeron un proceso a don Pedro de Alvarado, acusándolo de no haber quintado sobre el oro que obtuvo de los indios de América, es decir, que no pagó el quinto real que sobre tales metales preciosos correspondía a la Corona de España.

Esta Real Hacienda, en su organización - creó el Real Patronazgo de las Indias, por concesión especial del Sumo Pontífice al Rey de España, en virtud de la cual el Rey ejercía también el gobierno Eclesiástico en sus colonias, podía proponer dignatarios eclesiásticos, autorizar la construcción de templos católicos, y por ende también podía manejar dichos bienes y cobrar diezmos y primicias.

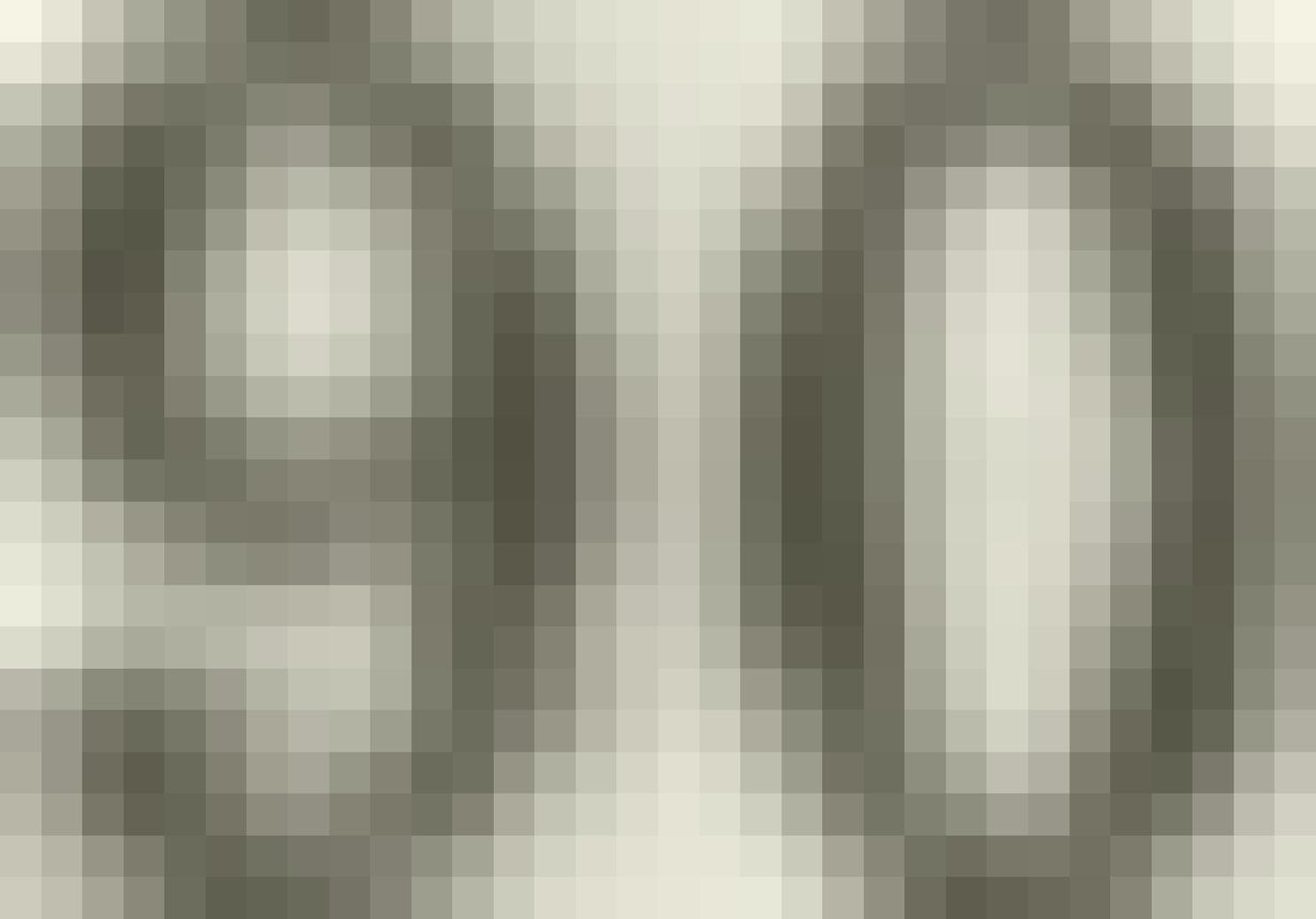
Para frenar en parte la voracidad de los - Encomenderos y las ambiciones y depredaciones de los conquistadores, se estableció la Real Audiencia, presidida en aquel entonces por el Licenciado Alonso de Maldonado, en el año 1,542.

El funcionamiento de la Real Hacienda se - reorganizó en el año 1.563, con la fundación de la Junta de Hacienda, la cual estaba presidida por el Oidor Decano de la Audiencia, e integrada por varios Oficiales del Ramo. En el año 1.602, el Rey de España dispuso que dicha Junta cobrara y administrara todos los ingresos de las colonias, y el 23 de Noviembre de 1.603, por disposición real, se estableció el Real Tribunal de Cuentas de la Ciudad de México, el cual tenía a su cargo la glosa y revisión de las Cajas de Guatemala.

Razonablemente, es de suponerse que no existían autoridades específicas para que conocieran

de los conflictos suscitados en el orden fiscal, y pasaron más de cien años en tales circunstancias, hasta que el 11 de Septiembre del año de 1.793, el Rey ordenó la creación del Real Consulado de Comercio de Guatemala. Este consulado estaba integrado por un Prior o Autoridad Suprema, dos Cónsules, 9 Conciliarios, un Síndico, un Contador y un Tesorero. Se dividía en: Tribunal de Justicia y la Junta de Comercio y su jurisdicción se extendía por toda la Capitanía General de Guatemala. Como Primer Prior del Consulado se nombró al Marqués de Aycinena; Primer Cónsul fué nombrado don Manuel de J. Juarrros; Segundo Cónsul don José Antonio de Castañeda y Síndico don Martín de Valdez. Este Consulado desempeñó un importante papel en el desarrollo Hacendario de Guatemala, tanto en su aspecto fiscal como administrativo. Dicho consulado fué sustituido por la creación del Ministerio de Fomento por decreto del 2 de Septiembre de 1.871, emitido en la época del florecimiento de la reforma liberal.

Para finalizar con el presente tema, cabe recordar que en el año de 1.542, para la administración del Istmo Centro Americano, se estableció la Audiencia de los Confines, la cual debía funcionar en un lugar fronterizo entre Honduras, Nicaragua y Guatemala, siendo sus atribuciones el ejercicio del Gobierno, la administración Hacendaria, y la Justicia. Comprendía su jurisdicción todo el territorio que geográficamente constituye el Istmo Centroamericano: Tehuantepec, Tabasco, Chiapas, Soconusco, Yucatán, Cozumel, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Veragua y el Darién de Panamá.



c) **ORGANIZACIÓN ACTUAL DE LA AUDITORÍA**

FISCAL EN GUATEMALA:

En Guatemala la Auditoría de la Hacienda Pública, la ejercen actualmente dos organismos específicos que son: La Contraloría General de Cuentas y la Insepección General de Hacienda.

La Contraloría General de Cuentas tiene a su cargo practicar la Auditoría de la Contabilidad de la Nación a posteriori, y la Inspección General de Hacienda la practica apriori.

Ambas dependencias públicas, tienen a su cargo el control de la ejecución del presupuesto general de gastos de la nación, el examen de las fuentes rentísticas, velar por el cumplimiento de la ley de Licitaciones Públicas, practicar arqueos de valores en cualquier fecha y sin previo aviso, etc., etc.

Además de los organismos enunciados anteriormente, existe el Tribunal de Cuentas, el cual tiene a su cargo conocer y resolver los conflictos que se suscitan en el orden fiscal.

En los organismos antes citados, que tienen a su cargo el control fiscal de las finanzas públicas, por el alto nivel de sus funciones, la ley ordena que se an Contadores Públicos o Peritos Contadores los que — presten sus servicios en dichas dependencias, pero tal disposición legal nunca se ha cumplido, pues para dichos cargos nombran a personas que en la mayoría de los casos no tienen ni nociones de lo que es Contabilidad, mucho menos Auditoría.

Tal deficiencia trasciende lógicamente a todo el personal de su jurisdicción, y es un mal generalizado, que obedece a anomalías de nuestra legislación tributaria, al ser aplicada.

Dichos cargos, por la importancia de sus funciones que tienden a organizar, orientar y controlar la Hacienda Pública, deberían ser asignados exclusivamente a Contadores y Auditores Públicos, por la preparación científica que poseen, y por su alto nivel de ética profesional, lo cual por si solo constituye la mejor garantía de honestidad en el manejo de los intereses del pueblo.

d) **ORGANISMOS QUE EJERCEN LA FISCALIZACIÓN
DE LOS CONTRIBUYENTES:**

El Estado para practicar la Auditoría de la actividad productiva de sus contribuyentes, cuenta con varios organismos especializados que cumplen con la finalidad de verificar en las fuentes productoras de Renta, la exactitud de las declaraciones que recibe de sus gobernados, con base en las cuales percibe sus impuestos.

Dichos organismos son: La Superintendencia de Bancos, La Dirección General del Impuesto sobre la Renta y la Dirección General de Minería e Hidrocarburos.

La Superintendencia de Bancos, como es sabido, tiene a su cargo la fiscalización de las operaciones de los Bancos del sistema, de las Compañías de Seguro, Fianza, etc., etc.

La Dirección General del Impuesto sobre la Renta tiene a su cargo practicar la Auditoría Fiscal a las Compañías Mineras cuando éstas operan con licencia provisional, de las Personas Jurídicas, Naturales, Patrimonios Indivisos, Bienes en Fideicomiso o Administrados por Encargo de Confianza, etc., etc.

La Dirección General de Minería e Hidrocarburos, tiene bajo su fiscalización a las compañías Mineras, cuando éstas operan mediante contrato suscrito con las formalidades de ley.

Estos organismos fiscalizadores descritos anteriormente, también deben operar con personal ca

pacitado con suficiente preparación científica, y un alto nivel de moralidad, que garanticen honestidad y responsabilidad en el manejo de los intereses del Estado.

e) **FUNCIÓN ACTUAL DEL AUDITOR PÚBLICO:**

Como quedó expresado en otra parte del presente tema, el papel del Auditor en los albores de la Auditoría, se limitaba al descubrimiento de fraudes y a localizar errores, ya fueran éstos voluntarios o involuntarios, porque su función se concretaba a la inspección de la Hacienda Pública. Con el transcurso de los años, dicha función fué relegada a segundo plano, para dar paso a la importante misión que el Auditor actual tiene en el desenvolvimiento de los negocios modernos.

Esta función ha tenido un desarrollo paralelo con el desenvolvimiento de la Industria y el Comercio; prueba de ello es que ha alcanzado su más alto nivel de evolución, en los países altamente industrializados.

En consecuencia, el campo en que se desenvuelve el Profesional de Auditoría en la actualidad, es inconmensurable y cada vez se irá haciendo más grande, a medida que continúe el avance de la civilización.

El trabajo del Contador público se ha cimentado como un servicio indispensable en el mundo de los negocios. Ejerce una profesión digna y respetada que no solamente es responsable para con la empresa a la cual presta sus servicios, sino también y en un grado cada día mayor para con los inversionistas, el gobierno y público en general.

La función actual del Contador Público y Auditor, no se limita tampoco al simple examen de los libros de contabilidad, pues debe saber cuales han sido los procedimientos seguidos para el control interno; la eficiencia con que los ha observado la admi-

96

nistración, y hasta que punto se reflejan en las cuentas. O sea que debe considerarse a las cuentas y a los estados financieros formulados con dichas cuentas, como la expresión práctica de los principios contables que han sido implantados por la administración del negocio, y con base en los cuales ésta ha operado.

La falta de capacidad para proyectar y establecer buenas políticas administrativas, o para ponerlas en práctica, concierne al Auditor, porque implica la ampliación del límite de su investigación - más allá del plan tradicional, y puede llevarlo a descubrir irregularidades trascendentales de distintas clases que no se encuentran en los libros de contabilidad. Todo esto es necesario antes de emitir opinión respecto de estados financieros o respecto de la habilidad para conducir los negocios hacia el objetivo deseado.

Los alcances de los servicios profesionales también han aumentado y se han diversificado. Los más frecuentes son las auditorías que preceden a la formulación de estados financieros de sociedades - mercantiles, con destino a consejos de administración, o al público en general. La preparación del pago del Impuesto sobre la Renta y la auditoría y asesoría proporcionada respecto a problemas relativos a éste impuesto, ocupan también un lugar importante en la práctica de toda firma de contadores públicos.

Otras de sus actividades importantes consisten en la consulta y asesoría para la instalación - de sistemas y precedimientos financieros y de dirección, sistemas de contabilidad y costos, prácticas presupuestales y de control interno. Muchas admi

nistraciones de empresas, no emprenden nuevos negocios hasta no consultar con los auditores que los asesoran y con su colaboración estudiar los resultados prácticos que se obtendrían al implantar las decisiones a que lleguen de común acuerdo.

En resumen la práctica de la Auditoría actualmente ya no persigue descubrir errores y fraudes consumados, sino prevenirlos y evitarlos, mediante la implantación de buenos sistemas de control interno.

Entre los conocimientos que todo Contador Público y Auditor debe poseer, merecen citarse por su importancia los siguientes:

- a) Dominio absoluto de la ciencia y teoría de la contabilidad, como preparación básica.
- b) Conocimiento completo del funcionamiento de las prácticas modernas de contabilidad.
- c) Conocimiento sólido de la organización mercantil, para el asesoramiento en asuntos de organización y promoción de empresas, constitución de Sociedades, compra-venta de las mismas.
- d) Conocimiento completo de las finanzas de: Corporaciones, Sociedades, empresas individuales, etc., etc.
- e) Conocimiento de los principios fundamentales de la Economía que gobiernan la vida industrial moderna.
- f) Preparación completa en Derecho Mercan-

til, especialmente las disposiciones legales que se refieren a Ventas, Contratos en general, títulos de crédito, quiebras, etc., etc.

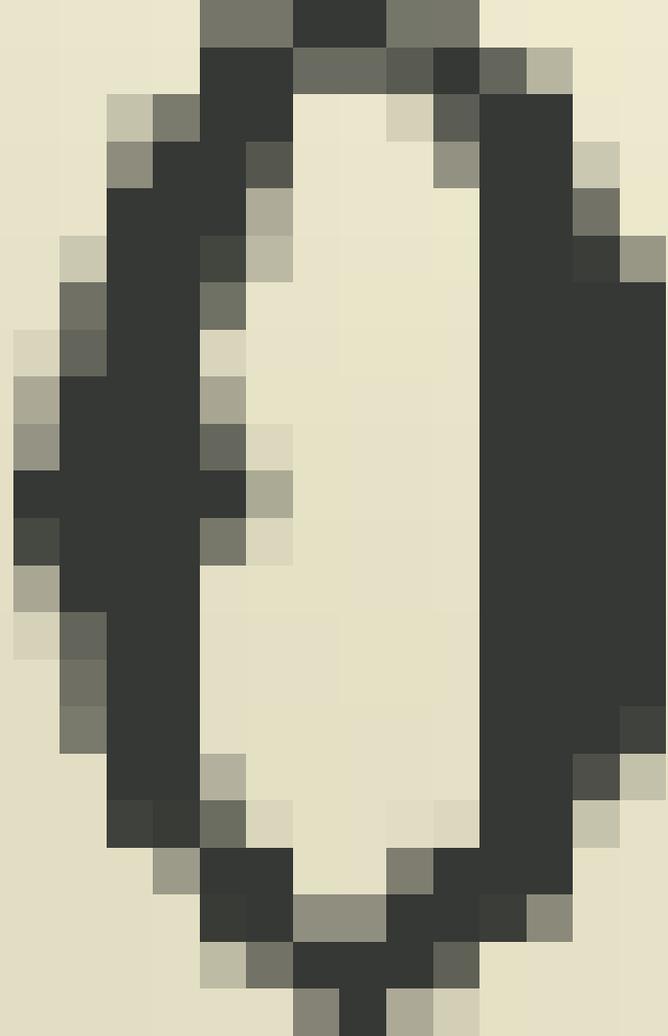
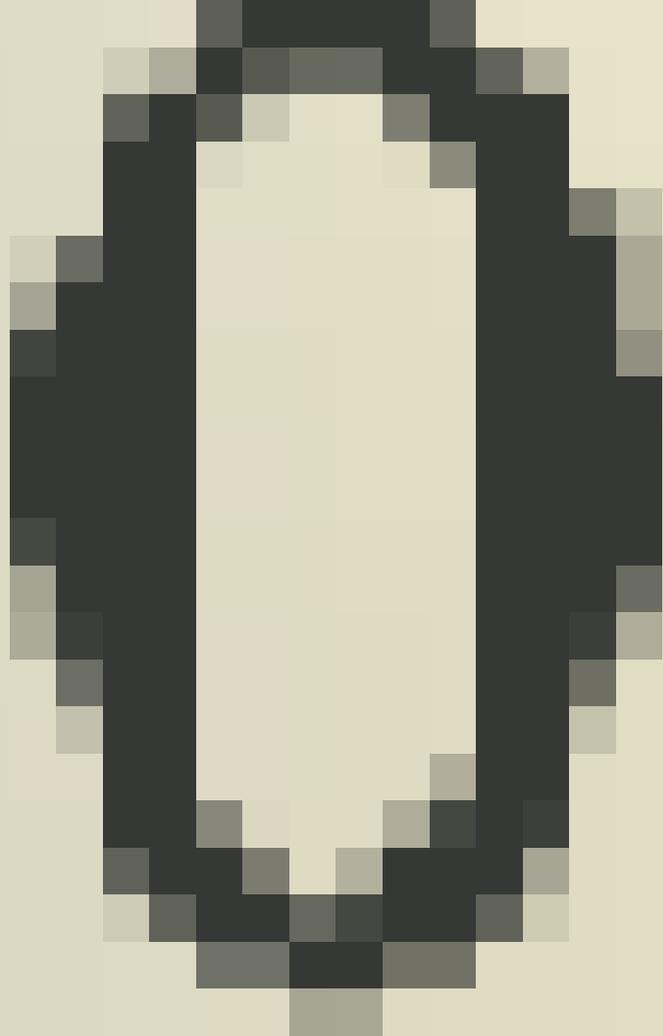
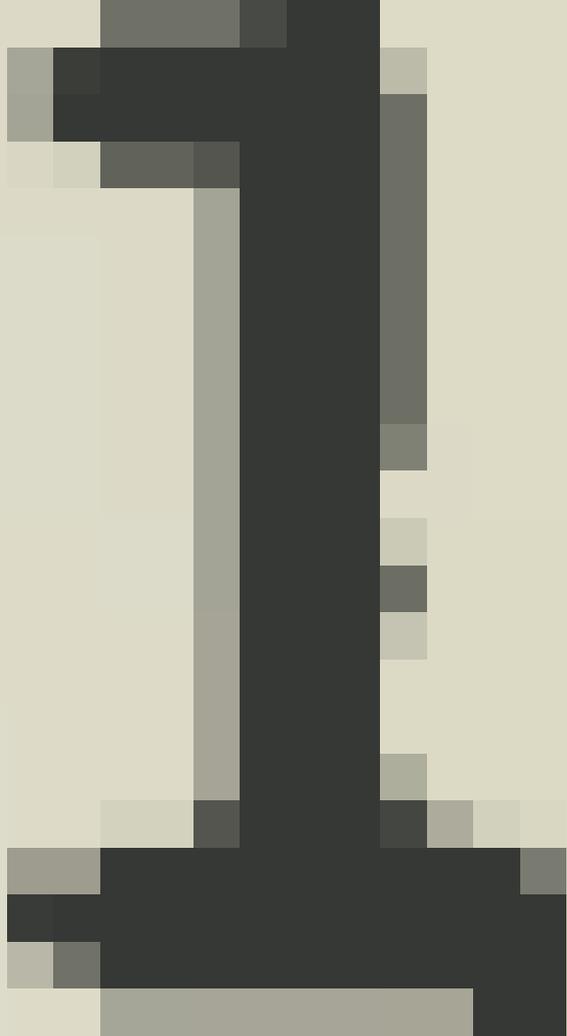
- g) Conocimiento de la Legislación Tributaria, a fin de contar con la destreza necesaria para tramitaciones ante las oficinas fiscales, y saber los recursos a interponer en defensa de los intereses de sus clientes.
- h) Completo conocimiento de la Contabilidad de Costos, para cuando el cliente es un fabricante.
- i) Dominio completo de la preparación y control de presupuestos, para aquellos casos en que el Auditor deba prestar su colaboración en la formulación y ejecución de los mismos.
- j) Dominio absoluto de los procedimientos prácticos y técnicos de Auditoría, para cuando se soliciten sus servicios para tal efecto.
- k) Dominio absoluto del lenguaje, hablar y escribir con estilo claro e interesante, evitando informes estereotipados.

Finalmente, entre las ventajas que se pueden obtener del aprovechamiento de los servicios de un Contador y Auditor Público, merecen citarse por su importancia las siguientes:

- a) Informes dignos de confianza para el otorgamiento de créditos por banqueros y Proveedores.
- b) Amplia información de las finanzas de una -

empresa para obtener el ingreso de un nuevo socio.

- c) Base para la preparación de las Declaraciones fiscales.
- d) Determinación de la verdadera situación financiera de una empresa a una fecha determinada.
- e) Informes relacionados con la tendencia de la situación financiera.
- f) Determinación del rendimiento de las operaciones.
- g) Determinación de las acciones que legalmente procedan en los casos de quiebra e insolvencia.
- h) Determinación de cantidades a pagar, cuando existen convenios especiales a base de: Utilidades, Prorrrateo o Participación de gastos, y porcentajes de los conocidos como recargos sobre el costo, y
- i) Protección contra malos métodos, carencia de inspección del control interno, negligencia de empleados y procedimientos inadecuados para el registro de la contabilidad.

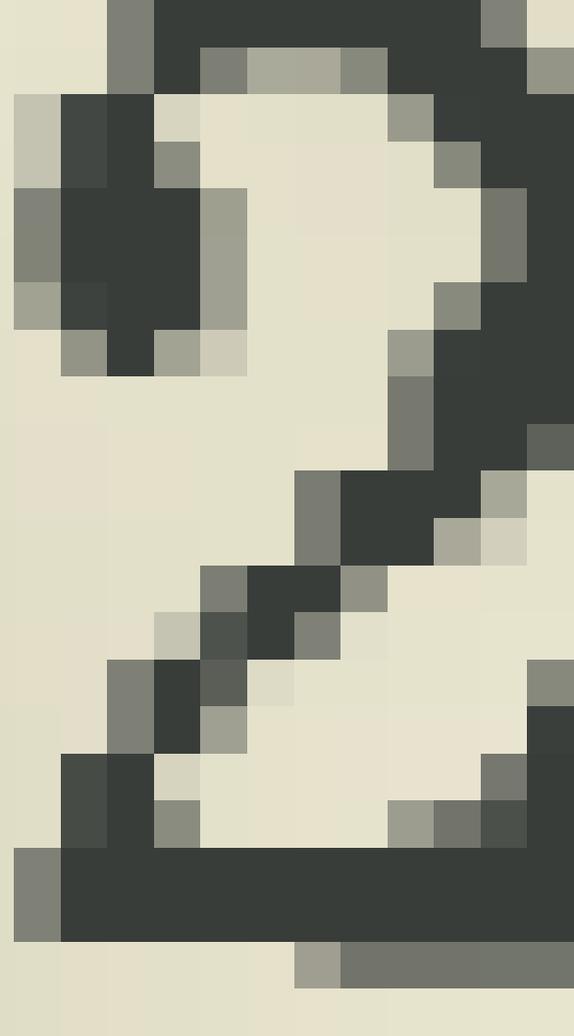
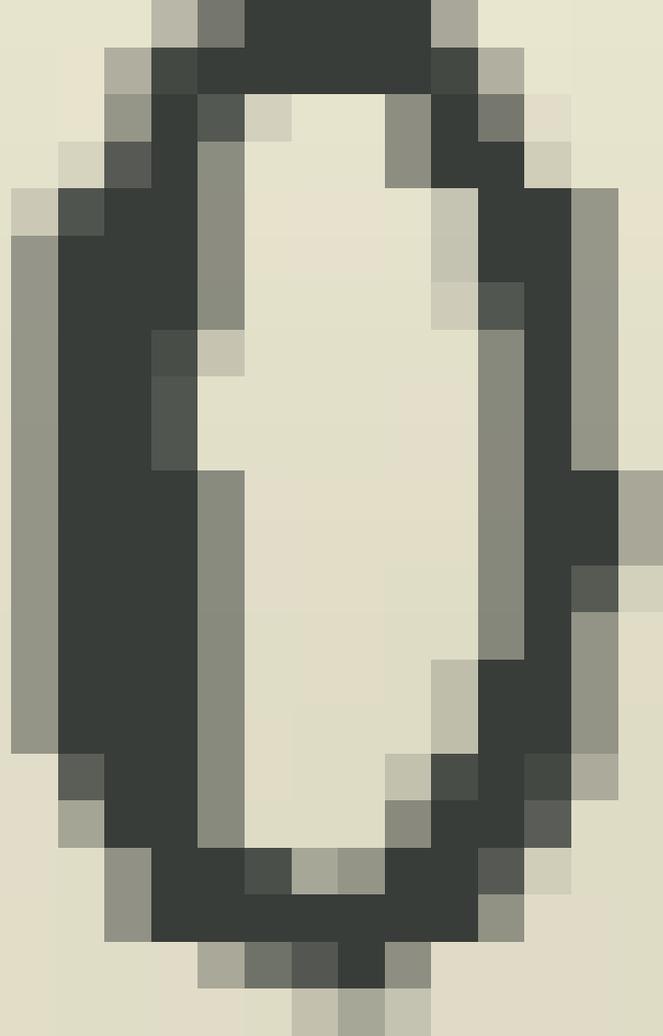
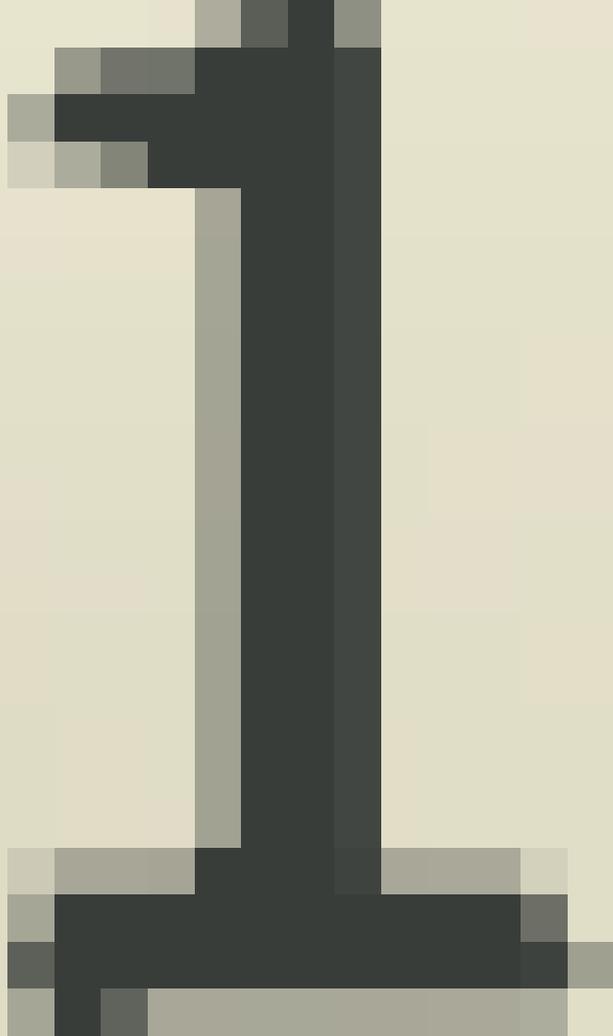


f) EJERCICIO DE LA AUDITORÍA EN GUATEMALA:

Es un hecho que el campo de la Auditoría de las ramificaciones, que las empresas internacionales tienen en Guatemala, está vedado para los Contadores Públicos Guatemaltecos. Dichas auditorías las practican siempre sus connacionales por falta de una legislación adecuada y por la generosidad secular que nos caracteriza. No hemos sabido capitalizar nuestro nacionalismo, como lo han hecho en otros países, en donde no es fácil que la Auditoría sea ejercida por extranjeros.

Existen en Guatemala varias firmas de Auditores Públicos extranjeros que han absorbido las auditorías de empresas norteamericanas establecidas en Centroamérica, contraviniendo lo que establece el inciso a) del Artículo 2o. de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales suscrita por Guatemala que dice: "El trabajo es una función social, goza de protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio".

Como guatemaltecos, estamos en la obligación de hacer valer dicha disposición, y de luchar contra cualquier obstáculo que se oponga al ejercicio de las profesiones liberales en Guatemala.



VII CONCLUSIONES:

- 1) El Fideicomiso, antes de la promulgación de la Constitución de 1.945, no había sido contemplado por ninguna ley anterior.
- 2) Fué la Constitución de 1.956, la que en su artículo 49, autorizó el funcionamiento de Fideicomisos, en el sentido doctrinario que todos conocemos, o sea como una adaptación al medio latino del Fideicomiso Trust de origen anglo-sajón.
- 3) El Decreto 1,487 que modificó la Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar, debe ser considerado como el propulsor inicial del desarrollo del Fideicomiso en Guatemala, que antes de la promulgación de dicha ley, no había pasado de ser un precepto constitucional.
- 4) El Fideicomiso, ya se encuentra legislado en Guatemala en sus principales aspectos, en el Decreto Ley 106, o sea el nuevo Código Civil, bajo el capítulo IV, que trata sobre La Propiedad en Fideicomiso.
- 5) El Fideicomiso es una Institución Jurídica que se constituye en forma expresa, sobre determinados bienes, y para finalidades lícitas convenidas.
- 6) El Fideicomiso puede constituirse sobre cualquier clase de bienes patrimoniales: muebles, inmuebles, derechos, etc., etc., con excepción de aquellos estrictamente personales de su titular.
- 7) El Fideicomiso es traslativo de dominio, ya que en

virtud del contrato, el Fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien de que se trate. Dichas acciones y derechos se transfieren a la Institución Fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito que le es encomendado.

- 8) El Fideicomitente puede reservarse ciertos derechos y acciones con relación a los bienes Fideicometidos, al momento de constituirse el Fideicomiso; pero dichos derechos y acciones deberán coordinarse con el fin del Fideicomiso y no estar en contradicción con el mismo, ya que todo acto jurídico debe entenderse como un conjunto lógico sin implicar contrariedades.
- 9) El Fideicomiso es una forma compleja que resulta de la unión de dos acciones de índole y efectos diferentes: a) Un contrato real positivo (la transferencia de la propiedad que se realiza de manera perfecta e irrevocable) y b) Un contrato obligatorio negativo, por el cual el Fiduciario se obliga a usar con ciertas restricciones el derecho adquirido.
- 10) El Fiduciario, mediante el contrato de Fideicomiso, adquiere una serie de obligaciones de hacer, cuyo alcance depende de Fideicomiso de que se trate, y de las cláusulas del referido contrato.
- 11) En todo Fideicomiso, el Fiduciario actúa en interés del Fideicomisario y por cuenta del Fideicomitente.

- 12) Desde el momento en que se celebra un contrato de Fideicomiso, sobre determinados bienes, se constituye un patrimonio autónomo y sui-géneris afecto únicamente al fin preconvenido, cuyo dominio adquiere el Fiduciario.
- 13) El Fideicomiso surte efectos contra terceros, desde la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad, la cual deberá efectuarse el día de su presentación. Por lo consiguiente, el registro de algún gravamen en favor de tercero que se inscriba después de la fecha de la presentación, carece de validez.
- 14) Extinguido el Fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder la Institución Fiduciaria, serán devueltos al Fideicomitente, a sus herederos o a la persona por él designada.
- 15) Tomando en consideración la enorme importancia de la Institución Jurídica del Fideicomiso, y que las disposiciones legales que contienen el Código Civil y en forma supletoria el Código de Comercio, no son suficientes para normar las diferentes situaciones que pueden presentarse en la práctica del Fideicomiso, se hace necesaria una legislación más evolucionada para normar ésta clase de contratos, que tan importante papel están destinados a desarrollar en el mundo moderno de los negocios.

- ARAGON C. RAMIRO, Posibilidades del Fideicomiso en la Práctica Bancaria.
- BATIZA, RODOLFO, El Fideicomiso (Teoría y Práctica) y Tres Estudios sobre el Fideicomiso.
- BOJALIL, JULIAN, El Fideicomiso.
- CLARET Y MARTI, P., De la Fiducia y el "Trust".
- CASAS, SANTASUSANA E., Métodos Modernos de Contabilidad.
- ESCRICHE, JOAQUIN, Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia.
- ESPASA, CALPE S.A., Enciclopedia Universal Ilustrada.
- FINNEY, H.A., Contabilidad Superior.
- GARAY, NARCISO E., El Trust Anglo-sajón y el Fideicomiso Panameño.
- HART, WALTER G., Que es un trust.
- LEWINSHON, RICHARD, Trust y Carteles.
- LEPAULLE, PIERRE, Tratado teórico y práctico del "Trust".
- LAGNSTON, L. H., Contabilidad Bancaria.

MURATTI, NATALIO, Elementos de Ciencia y Técnica Bancaria.

NOBLE, HOWARD S., Elementos de Contabilidad.

PUENTE Y CALVO, Derecho Mercantil.

RABASA, OSCAR, El Derecho Angloamericano.

SIMON, RAUL LUIS, Los Trusts en el Hecho y en el Derecho.

SCOTT, A. W., Cincuenta años de Trusts.

U. T. E. H. A., Diccionario Enciclopédico.

IX LEYES CONSULTADAS:

Constitución Política del Estado de Guatemala del 11 de Octubre de 1. 825.

Ley Constitutiva de la República de Guatemala del 11 de Diciembre de 1. 879.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1. 932 de la República de México.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1. 941, de la República de México.

Constitución de la República de Guatemala del 11 de Marzo de 1. 945.

Constitución de la República de Guatemala del 2 de Febrero de 1. 956.

Decreto 2. 946, Código de Comercio de Guatemala.

Decreto Ley 106, Código Civil de Guatemala.

Decreto Ley 218, Modificaciones al Código Civil de Guatemala.

Decreto 215, Ley Orgánica del Banco de Guatemala.

Decreto 315, Ley de Bancos.

Decreto 541, Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la vivienda familiar.

Decreto 1. 448, Ley del Instituto de Hipotecas Aseguradas.

Decreto 1.487, Reformas a la Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la vivienda familiar,

Decreto Ley 208, Ley de Sociedades Financieras Privadas.