

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA CONSTITUCIÓN
DE FIDEICOMISOS CON FONDOS PÚBLICOS**

NEFTALI GÓMEZ AYALA

Guatemala, Octubre de 2014

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA CONSTITUCIÓN
DE FIDEICOMISOS CON FONDOS PÚBLICOS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NEFTALI GÓMEZ AYALA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 2014

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luís Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luís Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Luís Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edwin Noel Peláez Cordón

Vocal: Lic. Mauro Danilo García Toc

Secretario: Lic. Lester Aroldo Flores Arana

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronán Arnoldo Roca Menéndez

Vocal: Lic. Aura Marina Chang Contreras

Secretario: Lic. Zoila Eloísa Mazariegos Herrera

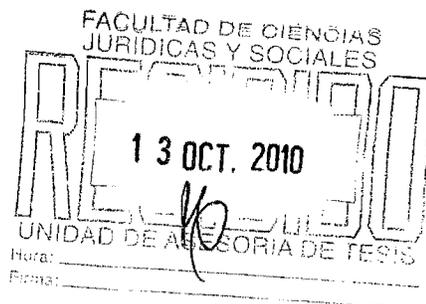
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. Emilio Enrique Pérez Marroquín
Abogado y Notario
Colegiado 3637

Guatemala, 23 de julio de 2010

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En atención a la providencia de esa Unidad con fecha treinta de marzo de dos mil nueve, se me nombra Asesor de Tesis del Licenciado: Neftali Gómez Ayala quien se identifica con el carné estudiantil: 8515227, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado **“Falta de Regulación Legal para la Constitución de los Fideicomisos con Fondos Públicos”**. Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Al recibir el nombramiento, se establece comunicación con el Licenciado Neftalí Gómez Ayala, con quien procedí a efectuar la asesoría de los planes de investigación y de tesis, los que se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con la ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo.

Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, tuvo el empeño y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio contenido científico, utilizando el ponente un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado; y haciendo uso en forma precisa del contenido técnico sobre la metodología y técnicas de investigación utilizadas, siendo estos: el analítico que determinó la importancia de la falta de regulación legal para la constitución de fideicomisos con fondos públicos, el sintético confirmo la necesidad que existe de una Ley que regule la Constitución de los Fideicomisos con Fondos Públicos.



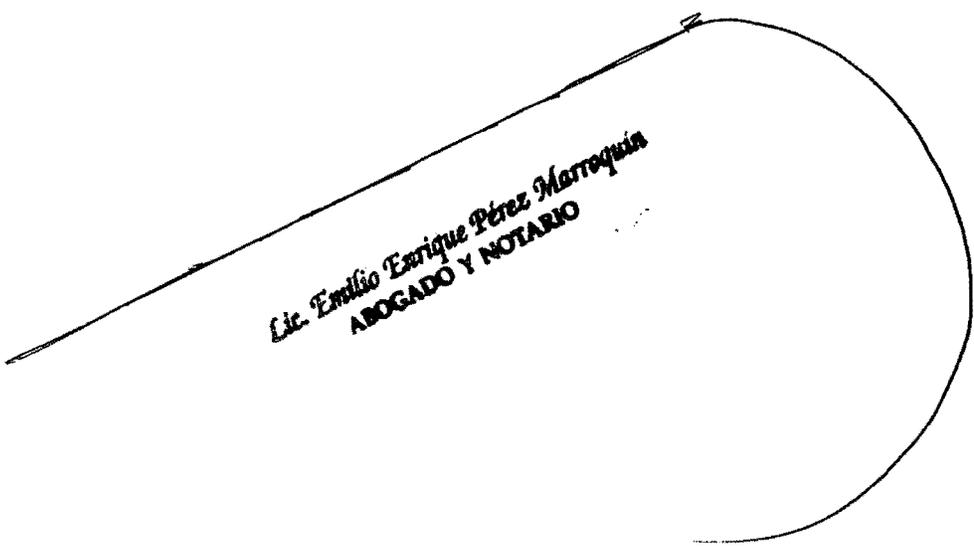
Lic. Emilio Enrique Pérez Marroquín
Abogado y Notario
Colegiado 3637

Las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo son congruentes con el contenido de la tesis, utilizando la bibliografía correcta y actualizada con relación al tema elaborado.

Se estima favorable y considero que el presente trabajo de investigación es de mucha importancia, puesto que trata de la regulación Legal para la Constitución de los Fideicomisos con Fondos Públicos.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para ser discutido en el Examen Público, previo DICTAMEN del señor Revisor.

Atentamente,



Lic. Emilio Enrique Pérez Marroquín
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cuatro de noviembre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MILTON RENE SANDOVAL RECINOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante NEFTALI GÓMEZ AYALA, Intitulado: "FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE LOS FIDEICOMISOS CON FONDOS PÚBLICOS".-

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

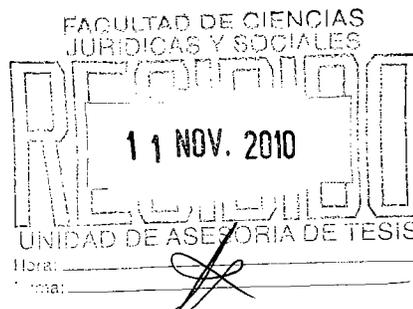




Lic. Milton René Sandoval Recinos
Abogado y Notario
Colegiado 5536

Guatemala, 8 de noviembre de 2010

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

De conformidad con el nombramiento de fecha cuatro de noviembre de dos mil diez, procedí a revisar el trabajo de Tesis del Licenciado Neftalí Gómez Ayala, quien se identifica con el carnet número 8515227, intitulado **"Falta de Regulación Legal Para la Constitución de los Fideicomisos con Fondos Públicos"**.

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré en su momento eran necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolla, manifestándose el Licenciado Gómez Ayala de acuerdo.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, esta abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad, la recolección de información realizada por el Licenciado que fue de gran apoyo en el desarrollo de su investigación.

La estructura formal de la tesis se realizó en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de la información pertinente y actualizada. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para establecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.



Lic. Milton René Sandoval Recinos
Abogado y Notario
Colegiado 35536

Es de relevante importancia la contribución científica del trabajo, además cuenta con la adecuada validez, debido a que el sustentante enfoca con propiedad durante todo el desarrollo de la investigación criterios objetivos, positivos, certeros y actuales relacionados con el tema de Falta de Regulación Legal para la Constitución de los Fideicomisos con Fondos Públicos.

En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece de interés jurídico-social y en medida de espacio, conocimiento e investigación, estimo estar apegado a las pretensiones del autor, por ello, el presente trabajo de investigación reúne los requisitos legales prescritos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en consecuencia, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,



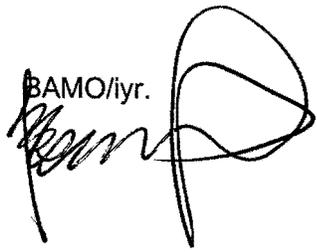
LIC. MILTON RENÉ SANDOVAL RECINOS
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

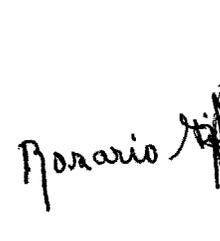
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante NEFTALI GÓMEZ AYALA, titulado FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS CON FONDOS PÚBLICOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iy.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO




Rosario





DEDICATORIA

A DIOS: Por su presencia, sabiduría y fortaleza para lograr esta meta.

A GUATEMALA: Para que la paz y la solidaridad no sean un sueño sino una realidad.

A MIS PADRES: Victorino Gómez González (+) y Angelina Ayala de León (+), que el señor los tenga en el cielo.

A MI ESPOSA: Paty, por el apoyo incondicional que me ha brindado durante la carrera.

A MIS HIJAS: Flor de María, Ana Lourdes y Evelyn María, con todo mi amor por que son la razón de mi vida.

A MIS HERMANOS: Marco Tulio (+), Aura, Alicia, Vilma, Mario, Héctor (+), Amílcar, y Eduardo, con mucho cariño.

A MIS SOBRINOS: Con todo mi cariño, por el apoyo brindado.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO: Con mucho cariño.

A MIS COMPAÑEROS DE ESTUDIO: Gracias por su amistad.

A: Lic. Emilio Enrique Pérez Marroquín, Lic. Milton René Sandoval Recinos, con cariño por su ayuda, sabios consejos y por su colaboración en la asesoría y revisión del trabajo de investigación.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por la oportunidad de haber estudiado y culminado mi carrera



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Evolución histórica del fideicomiso.....	1
1.1 En el derecho romano.....	1
1.2 En la época feudal.....	4
1.3 El Trust Anglosajón.....	5
1.4 Historia en la legislación guatemalteca.....	7

CAPÍTULO II

2. Elementos del fideicomiso.....	11
2.1 Personales.....	14
2.2 Reales.....	16
2.3 Formales.....	17
2.4 El objeto.....	19
2.5 Los fines.....	20
2.6 Clasificación de los fideicomisos.....	21
2.7 Extinción.....	30

CAPÍTULO III

3. Constitución de fideicomisos.....	31
3.1 Instituido por testamento.....	31



	Pág.
3.2 Constituido por acto entre vivos.....	36
3.3 Constituidos por ministerio de la ley.....	37
3.4 Diferencias con otras figuras jurídicas.....	37

CAPÍTULO IV

4. Aplicación del fideicomiso en Guatemala.....	41
4.1 Constituidos por particulares.....	41
4.2 Constituidos por el Estado.....	42
4.3 Participación del sistema bancario.....	57
4.4 Participación de las sociedades financieras.....	58
4.5 Dimensión de los fideicomisos con fondos públicos.....	59
4.6 Problemas en la administración de los fideicomisos.....	60
4.7 El fideicomiso constituido con fondos públicos en el derecho comparado.....	62
4.8 Abuso y fraude de ley.....	68
4.9 Responsabilidad de las personas al servicio del Estado.....	72
4.10 Leyes que regulan al fideicomiso en Guatemala.....	78
4.11 Esquema de escritura de fideicomiso.....	81
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97



INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Estado ha instrumentado una serie de fideicomisos públicos que administran millonarias sumas de dinero por año, pero lamentablemente su control deja mucho que desear; ya que si bien se ha destacado el gran valor de su utilización, también se advierte sobre sus consecuencias negativas, como costosa burocracia, empleo indiscriminado y su consecuente desnaturalización, debido a un crecimiento desordenado, confuso y sin controles adecuados dentro de la estructura administrativa, situación que ha sido aprovechada indebidamente en un considerable porcentaje de casos, cubriendo operaciones, cuestionables y hasta abiertamente fraudulentas, valiéndose del secreto bancario.

Es por ello que el propósito de este estudio, al plantear la hipótesis, es analizar la falta de regulación legal para la constitución de un fideicomiso con fondos públicos, que por la ausencia de mecanismos transparentes y falta de rendición de cuentas, impide determinar los resultados y gestión. El objetivo general fue establecer las consecuencias socio-jurídicas debido a que nuestra legislación no regula taxativamente la actitud que debe asumir el Estado al constituir un fideicomiso con fondos públicos, pues se manejan con regulaciones de carácter privado, lo que ha generado serios obstáculos que impiden conocer el destino final de los recursos públicos utilizados.

Los supuestos que sirvieron de base para desarrollar la presente tesis, se fundamentaron en la ausencia de regulación de los fideicomisos que se constituyen con entes estatales, dando lugar a que se conformen con lo que discrecionalmente establecen las resoluciones o acuerdos emitidos por las instituciones y entidades estatales atendiendo a lo que dispone el Código de Comercio; significando que la transmisión de los recursos públicos al fiduciario, es una tácita privatización de los mismos.

El capítulo uno contiene la evolución histórica del fideicomiso y su evolución en Guatemala; en el segundo capítulo se desarrollan sus elementos y su clasificación; en



el tercer capítulo se trata la constitución de los fideicomisos y las diferencias con otras figuras jurídicas y, en el capítulo cuarto se analiza la aplicación de los fideicomisos en Guatemala, la participación del sistema bancario y de las sociedades financieras, la aplicación en el derecho comparado, el abuso y fraude de ley y, finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

Los métodos utilizados son el deductivo y el inductivo. El deductivo, se utilizó partiendo de cómo el conocimiento general de la problemática puede ser utilizado para resolver la falta de regulación legal, ya que el derecho en general señala claramente cómo debe de ser la actitud de cada sujeto, dando así la solución al caso particular planteado. El inductivo, se utilizó al momento del planteamiento del problema, partiendo del hecho de no estar regulado el fideicomiso constituido con fondos públicos, para establecer la actitud a asumir de cada ente, para evaluar el respeto al orden jurídico por parte de las autoridades. Asimismo, se utilizó el método jurídico, ya que los procedimientos de interpretación técnica de las normas jurídicas mercantiles y administrativas, coadyuvan a establecer su cumplimiento por las autoridades y qué consecuencias jurídicas derivan su inobservancia.

Las técnicas utilizadas fueron documental, ya que el material bibliográfico y las leyes son de importancia para el desarrollo de la investigación, que sirven como medio para la recolección de la información; y de campo ya que se realizaron entrevistas con autoridades de las diferentes instituciones involucradas y que tienen participación.



CAPÍTULO I

1. Evolución histórica del fideicomiso

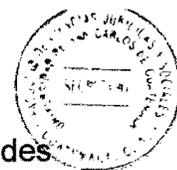
1.1 En el derecho romano

Se dice que el fideicomiso nació en el derecho romano, en el cual existían ciertas disposiciones legales que prohibían heredar a los solteros, los casados sin hijos, los esclavos, los libertos, los proscritos, las municipalidades y las mujeres en general. Para burlar tales disposiciones legales, las personas que en esa época deseaban que los heredara alguna otra, que por ley estaba incapacitada para ello, se acogían a una forma testamentaria conocida como "fideicommissum", que proviene de la palabra latina fides que es igual a confianza y commissum, igual a encargar o encomendar, que indica, fe en comisión o encargo de fe¹.

El fideicommissum fue el medio por el cual un testador podía dejar la herencia a un heredero instituido, con el objeto de que la masa hereditaria fuera entregada con posterioridad a un tercero quien efectivamente era el heredero beneficiado pero estaba por disposición de la Ley Romana, imposibilitado para heredar, como los esclavos, peregrinos, etc.

Las causas que dieron origen al fideicommissum fueron: por una parte, "el rígido formalismo del derecho romano, como consecuencia del cual carecían de validez

¹ García Garrido, Manuel de Jesús, **Diccionario de jurisprudencia romana**, pág. 137.



jurídica los actos que no se apegaban estrictamente a la forma o a las solemnidades requeridas por la ley; y por la otra parte, las múltiples limitaciones que el derecho romano imponía a la capacidad de ciertas personas”.²

El mecanismo del fideicomisum, era el acto mediante el cual instituían o nombraban como heredero a alguien capaz legalmente y de su entera confianza, a quien le encomendaban en conciencia que entregara posteriormente los bienes, a la persona que realmente el instituyente deseaba que le heredara.

Muchas de las operaciones realizadas bajo tales instituciones motivaron abusos por parte de los fiduciarios deshonestos, que en ocasiones llegaban a vender los bienes transmitidos como si ellos fueran los legítimos propietarios, y en otros casos, simplemente se negaban a entregarlos a los beneficiarios o verdaderos herederos.

El fin del fideicomisum dependía únicamente de la buena voluntad de la persona que recibía la sucesión, ya que carecía de juridicidad. Debido al auge, se fueron creando controles, sobre todo, para lograr el debido cumplimiento del encargo, que fue el primer paso en tutelar jurídicamente el fideicomisum. Posteriormente fue dotado de coercibilidad y creado el cargo de pretor fideicomisario, competente para conocer de los conflictos suscitados por los incumplimientos del fideicomisum y se estableció el derecho del heredero fiduciario para percibir una remuneración consistente en la cuarta parte de la herencia de los bienes transmitidos.

² Julián Bojalil, **Fideicomiso**, pág. 14.



Adicionalmente, existía otra institución denominada Pacta Fiduciae; éste a diferencia del fideicomisum, era un negocio entre vivos siempre apoyado por la confianza; de esta existieron dos clases : La fiduciae cum creditore y fiduciae cum amico.

El pacta cum creditore, “era el negocio jurídico celebrado entre deudor y acreedor, en virtud del cual se enajenaba un bien para garantizar un crédito, con la obligación del adquirente de reintegrarlo cuando el fiduciante hubiere cumplido con la obligación garantizada, pues, en caso contrario, quedaba, plenamente autorizado para quedarse con el bien dado en garantía”.³ El pacta fiduciae cun amico; “era el negocio mediante el cual se transmitía el dominio de algo a un depositario o mandatario, adquiriendo éste el compromiso de destinar el objeto de la transmisión a una finalidad específica; generalmente, los bienes se resguardaban por el amigo de confianza, librando a su propietario de ciertas obligaciones. Por ejemplo, el perseguido político, antes de emigrar y temeroso de que sus bienes fueran confiscados, los vendía al amigo, quien se obligaba a retransmitírseles en propiedad en cuanto cambiaran las condiciones políticas”.⁴

Al igual que el fideicomisum, el cumplimiento del pacta fiduciae, originó en su inicio, meras responsabilidades de índole moral; luego, la intervención del pretor las dotó de actio fiduciae.

³ El pacta Cum Creditore, se puede considerar como un antecedente del fideicomiso en garantía

⁴ Es interesante ver, que para los días actuales, con sus significativas diferencias, los reportos reflejan en parte este pacto jurídico, en cuanto a devolver el objeto o patrimonio a su dueño original, en los fideicomisos, al fideicomitente



1.2 En la época feudal

Durante la edad media encontramos la institución llamada El mayorazgo, la cual es una consecuencia lógica de la situación política de la época.

El mayorazgo, consistía en el derecho que tenía el hijo primogénito de suceder (sustituir en la propiedad) en todos los bienes a su padre, con la obligación de hacer lo mismo con su descendencia, es decir, a su vez los debía transmitir a su hijo primogénito.

Esta institución no fue más que el medio por el cual se vinculaban los bienes y patrimonios de una familia, estableciéndose un orden de sucesión en el beneficio de la herencia por tiempo indefinido, toda vez que los señores feudales necesitaban perpetuar sus propiedades en su descendencia familiar.

Con el triunfo de las ideas liberales, postuladas por la revolución francesa, se inició un movimiento tendiente a liquidar el sistema de las vinculaciones familiares, que tuvo un corto receso durante la época de Napoleón, ya que él estableció los mayorazgos y las sustituciones fideicomisarias, para perpetuar cuantiosos patrimonios en poder de determinadas familias.



1.3 El trust anglosajón

El término Trust se emplea en una variedad de acepciones que se extienden a casos de mandato, albaceazgo, depósito, tutela, etc. Textualmente trust significa confiar.

En sus primeros tiempos, el Trust fue inspirado en el contrato romano de fiducia (Fideicomissum y Pacta Fiducia) tomando, al desarrollarse vida propia e independiente en el derecho anglosajón, lo que no sucedió en los demás países, en los que la fiducia romana permaneció abandonada durante siglos, contribuyendo a ello, el no haber sido regulada en los "Pandectas"⁵, que fueron la base del estudio del Derecho Romano en el renacimiento de la Edad Media.

Fue el Clero inglés el que para eludir las leyes contra las manos muertas que prohibían las donaciones de bienes inmuebles a los conventos e iglesias, ideó el procedimiento de que estas donaciones en vez de ser directas, en cuyo caso hubiesen incurrido en la prohibición legal, se hiciesen a un tercero, pero en provecho del establecimiento religioso que se quería beneficiar.

En el Trust existen tres sujetos que conviene distinguir: El Settlor, El Trustee y el Beneficiary.

⁵ Los pandectas, en esencia consistieron en colecciones universales aplicadas a la recopilación de obras y textos jurídicos que dispuso Justiniano y que se conocen también con el nombre de Digesto.



El Settlor o creador del Trust; es el que se separa de un derecho, que es parte de su patrimonio, y lo destina a un fin determinado. Puede serlo cualquier persona capaz de disponer de un derecho legal o de equidad no intransferible.

El propietario-administrador o Trustee: Es la persona que en virtud del traspaso de los bienes, adquiere sobre los mismos su título legal. Puede ser una persona natural o jurídica con capacidad de adquirir y retener el título legal sobre los bienes; de no tener esta capacidad, el tribunal puede removerlo en defensa de los intereses de los beneficiarios.

Como titular de los bienes, tiene el poder exclusivo de poseerlos y de venderlos, así como de comprar para el Trust; es el acreedor de los créditos y sólo él puede cobrarlos. Cuando en el ejercicio de sus funciones contrae deudas, responde como deudor frente a terceros, en todo caso, hasta donde lleguen los bienes del Trust, pues este patrimonio nunca puede llegarse a confundir con su propio patrimonio; debe velar por la conservación de los bienes, ordenando las reparaciones y tomando las medidas que resulten oportunas para evitar su deterioro; en general no sólo está obligado a conservar el patrimonio sino a incrementarlo y obtener las mejores utilidades⁶.

El propietario –beneficiario o Beneficiary (Cestuique Trust): “Es el que goza del beneficio real de la disposición; aquél a cuyo favor se ha constituido o existe el Trust”.

⁶ En la actualidad, el fideicomiso de inversión tiene o refleja estas características y en general, está recogido en la legislación latina.



Puede ser beneficiaria cualquier persona, incluso los incapaces, menores, dementes, etc. y no en pocas ocasiones se constituye para resguardar sus intereses.

Adicionalmente, conviene mencionar que la primera incorporación del fideicomiso como institución jurídica en el medio latinoamericano, fue la realizada por el Jurista Panameño Doctor Ricardo J. Alfaro, institución inspirada en el Trust, la cual fue consagrada como ley en ese país, dando origen a una corriente, tendiente a incluirla en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, desde luego adaptadas al medio, la cual sirvió de base para la elaboración de la "Ley de Bancos de Fideicomiso", promulgada en México en 1926, que puede catalogarse como la primera en su especie dentro de América Latina.

1.4 Historia en la legislación guatemalteca

El fideicomiso en Guatemala ha sido tratado en varias legislaciones anteriores a la Ley vigente contenida en el Código de Comercio de 1964.

El Legislador mencionó por primera vez el tema en las constituciones de 1825 y 1879. En ellas se hacía mención del fideicomiso con el propósito único de prohibir el fideicomiso sucesorio, por medio del cual era posible vincular la propiedad ad perpetuam en una serie de herederos sucesivos.

En Guatemala, la institución del fideicomiso fue reconocida y aceptada como figura inspirada en el Trust Anglosajón, y fue contemplada en la Constitución Política de la República de Guatemala del año 1945, en el Artículo 28, cuyos dos últimos párrafos



regulaban: "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. El plazo podrá ampliarse únicamente cuando se trate de garantizar a enfermos incurables o a incapaces".

En la Constitución Política de la República de 1946, se incluyó también el fideicomiso, el cual estaba regulado en el Artículo 49. Es de hacer mención que en ambas cartas constitucionales, no se consignó una definición de fideicomiso, lo que dificultó determinar los alcances que cada una de ellas le quiso dar a esta figura jurídica.

Al considerar al Fideicomiso como un negocio jurídico que había demostrado ser en la práctica bancaria, un eficaz instrumento coadyuvante en el desarrollo económico y financiero de otros países, mediante la movilización de fondos en el mercado de capitales y la preservación de patrimonios, en el primer Congreso Nacional de Economistas, Contadores Públicos y Auditores de Guatemala, que se celebró en el mes de agosto de 1960, se formuló una serie de recomendaciones que contribuyeron en gran medida para que, un año más tarde, se emitiera por parte del Congreso de la República de Guatemala, el Decreto 1487 de fecha 20 de septiembre de 1961, que reformó a la "Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar, Decreto 541".

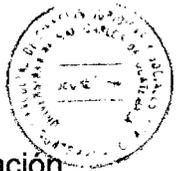


Esta ley tuvo un fuerte impacto, pues reconoció la función que en exclusividad le corresponde a los bancos, despertando gran interés en medios bancarios, pues utilizaron el fideicomiso en la construcción de numerosos proyectos habitacionales.

Es así como en el Artículo 18 del referido Decreto, ya se le dio una interpretación de lo que debía entenderse por fideicomiso, y en el párrafo cuarto define al fideicomiso "Por el contrato o acto constitutivo de Fideicomiso, al fideicomitente traslada el dominio del bien o derecho de que se trate, al banco fiduciario, pero sólo 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 del fideicomiso".

Derivado del Segundo Congreso Jurídico Guatemalteco, realizado en la ciudad de Guatemala, durante el mes de octubre de 1962, se integró una comisión de eminentes juristas nacionales quienes elaboraron el proyecto de Ley de Fideicomisos, en tanto se emitía un Código de Comercio.

En la exposición de motivos de ese proyecto, se hizo ver que se siguieron fundamentalmente las disposiciones de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de México, adaptadas a nuestro medio, en función de la utilidad que ha demostrado el fideicomiso de tener en otros países, para dar seguridad en las transacciones, promover inversiones, garantizar una adecuada administración de patrimonios, bienes y de realizar otros fines lícitos.



El proyecto de Ley ya no continuó, toda vez que en el año de 1964 con la promulgación del Código Civil, (Decreto Ley No. 106), la Institución del Fideicomiso fue regulada en el libro segundo (De los bienes, de la propiedad y demás derechos reales), capítulo IV con el nombre de "De la Propiedad del fideicomiso" habiendo quedado comprendido en los Artículos del 560 al 578.

Es así como se llega hasta el actual Código de Comercio, (Decreto 2-70 del Congreso de la República) el que regula al fideicomiso en la actualidad; lo vemos contenido en el libro IV (Obligaciones y Contratos Mercantiles) Capítulo V, como un contrato autónomo dentro del derecho mercantil, comprendido en los Artículos 766 al 793.



CAPÍTULO II

2. Elementos del fideicomiso

Antes de iniciar con los elementos del fideicomiso, es necesario determinar los estudios que han realizado diversos tratadistas sobre la definición de dicho tema, algunas de los cuales se detallan a continuación:

El proyecto de ley formulado por le Jurista Panameño Doctor Ricardo J. Alfaro, que posteriormente fue consagrado como ley de ese país, lo define como “Un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una personas llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado Fideicomisario”.

El Diccionario de la Real Academia Española, al respecto establece: Fideicomiso “fideicommissum”, que proviene de la palabra latina FIDES que es igual a confianza y COMMISSUM igual a encargo o encomendar, que indica, fe en comisión o encargo de fe. M. For. Disposición testamentaria por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la fe de una para que, en caso y tiempo determinado, la transmita a otro sujeto o la invierta del modo que se le señala”.

El actual Código de Comercio (Decreto 2-70) en el apartado de obligaciones y contratos mercantiles, regula lo relacionado con el fideicomiso; en el Artículo 766 establece: “El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines



determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso”.

En lo que respecta a explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha tratado de asimilarlo a figuras jurídicas de anterior regulación en las legislaciones latinas; especialmente en contratos tales como el mandato, depósito, mutuo, donación, usufructo, etc.; o bien con base en teorías como el desdoblamiento del derecho de propiedad, propiedad sin titular, negocio fiduciario, negocio indirecto, etc.

El fideicomiso no lo podemos asimilar con alguna figura jurídica de anterior regulación en nuestra legislación, derivado del carácter evolutivo del derecho y, haciendo un análisis de nuestro ordenamiento legal vigente, se concluye que el fideicomiso es un contrato mercantil, Sui generis, relativamente nuevo y completamente revolucionario con relación a las clásicas instituciones del derecho latino, el cual posee características propias, siendo las siguientes:

- a. Es un negocio jurídico nominado; es negocio jurídico, porque implica un traspaso de efectivo de un derecho de una persona a otra y para su validez precisa de capacidad legal de los sujetos que declaran su voluntad, de consentimiento de éstos y de objeto lícito y es nominado por estar regulado expresamente en nuestra legislación.
- b. Es una actividad bancaria neutra: Es actividad bancaria, porque solamente los bancos o instituciones de crédito debidamente autorizadas pueden ser fiduciarios.



Conceptualmente es neutra porque supone que no hay repercusión para el patrimonio (activos, pasivos, capital) del fiduciario.

- c. Es un negocio generalmente oneroso y de ejecución continuada: Oneroso, ya que el fiduciario se obliga a realizar los actos necesarios para cumplir los fines del fideicomiso, a cambio de una remuneración por sus servicios, es decir que causa costo, y es de ejecución continuada, porque sus efectos no se agotan en un solo momento sino que se establece un vínculo continuo, en virtud del cual el fiduciario debe realizar, durante cierto tiempo, los actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.
- d. Es un negocio típico mercantil
- e. Es un negocio que puede presentarse como acto unilateral (por testamento) o como acto bilateral (por contrato) y es consensual cuando se formaliza mediante contrato.
- f. Es formal. Debe constar necesariamente en escritura pública en las dos formas de presentarse la constitución. La ausencia de esta formalidad, hace inexistente el vínculo. La Ley de Mercado de Valores, establece que si se trata de un fideicomiso de inversión, la sustitución del fiduciario se puede hacer en documento privado, lo cual es contradictorio con lo que regula el Artículo 1578 del Código Civil.
- g. Es de tracto sucesivo porque la consumación del negocio se prolonga en el tiempo. Así, el Artículo 787 numeral 7 del Código de Comercio establece que el fideicomiso



tiene un plazo máximo de 25 años, salvo que se pacte a favor de un incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, en donde no opera dicho límite.

Para comprender mejor esta figura jurídica, se definen previamente los elementos que lo integran:

2.1 Personales

Son las personas individuales o jurídicas que intervienen en el mismo. Generalmente interviene tres categorías de personas en el fideicomiso:

- a. Fideicomitente
- b. Fiduciario
- c. Fideicomisario

a. Fideicomitente: Es la persona individual o jurídica que instituye sobre determinados bienes de su propiedad, el régimen de fideicomiso. O bien, es la persona que crea el fideicomiso, para cuyo efecto destina bienes o derechos a un fin lícito, cuya realización se encomienda al fiduciario.

Así es como el fideicomitente con capacidad legal para enajenar sus bienes, transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario para fines determinados.



Puede también el fideicomitente designarse a sí mismo como fideicomisario, tal el caso de los fideicomisos de administración, o bien reservarse ciertos derechos en relación con los productos y los bienes fideicometidos.

b. Fiduciario: Es la persona que recibe los bienes con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso y que haya fijado el fideicomitente.

De conformidad con nuestra legislación, podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país, nacionales o extranjeros quienes deberán tener la autorización correspondiente para su operación, de donde se deduce que el fideicomiso es una operación de carácter bancaria, clasificada entre las operaciones de confianza que realizan dichas instituciones.

Así también, las Instituciones de Crédito pueden actuar como fiduciarios, previa autorización especial dada para ello, por la Junta Monetaria. La Ley de Mercado de Valores, establece que cuando el fideicomiso es de inversión, la función puede delegarse en un agente de bolsa.

Por el contrario, las compañías aseguradoras, tal como lo establece el Artículo 16 del Decreto Ley número 473, no pueden actuar como fiduciarias. Para ser fideicomitentes requieren la autorización previa de la Superintendencia de Bancos.



c. Fideicomisario: Es la persona o grupo de personas que, en virtud del negocio jurídico, deben recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo, y eventualmente los mismos bienes fideicometidos, al vencimiento del plazo estipulado.

De conformidad con el Código de Comercio, el Artículo 769 regula que “el fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad para adquirir derechos”.

No siempre es necesaria la intervención de estas tres categorías de sujetos y en algunas ocasiones puede intervenir también el llamado doctrinariamente “Comité Técnico”, el cual más que un elemento personal del fideicomiso, es considerado un órgano del mismo. Este comité técnico se asemeja por sus funciones a los consejos de vigilancia y de administración de las sociedades mercantiles.

2.2 Reales

Constituyen el elemento real del fideicomiso, los bienes y derechos que se afectan a fines determinados, transmitiendo su titularidad al fiduciario, salvo los derechos hereditarios de una persona que no ha fallecido y aquellos que conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular, es decir aquellos bienes o derechos no transmisibles por ley.



Respecto de estos bienes y derechos, que constituyen el elemento real en el fideicomiso, cabe decir que, al desprenderse de la masa patrimonial del fideicomitente, pasan a formar el patrimonio del fideicomiso. Esto se considera en teoría un régimen especial de propiedad⁷.

Los bienes pueden ser: muebles o inmuebles, esto constituye lo que en nuestro ordenamiento jurídico se le denomina patrimonio fideicometido contenido en los Artículos 772, 777 y 782 del Código de Comercio.

También se consideran elementos reales, los honorarios que el fiduciario devenga por la administración del mismo.

2.3 Formales

Como hemos dicho el fideicomiso es un acto jurídico, la doctrina moderna distingue dos clases de acto jurídico: Acto jurídico lato sensu y negocio jurídico.

El acto jurídico lato sensu es una manifestación de voluntad, a la cual el ordenamiento legal le ha señalado determinadas consecuencias de Jure; es decir, en este caso la conducta del sujeto se limita a someterse conscientemente a una serie de consecuencias jurídicas ya fijadas por las normas legales, para cuya verificación se requiere únicamente la realización del acto. Como puede apreciarse, la intervención de la voluntad en la celebración de dicho acto jurídico se encuentra limitada sólo a su realización, sin estar facultado el autor a agregar cláusulas adicionales, como

⁷ Esta propiedad especial puede apreciarse, por la no afectación tributaria, al constituirse el fideicomiso.



modalidades para renunciar, repudiar o evitar los derechos y obligaciones a que respectivamente diera lugar su celebración.

El negocio jurídico es el acto por el cual el individuo regula, por sí, los intereses propios en las relaciones con otros y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo; en otras palabras, la realización de un negocio jurídico implica exteriorización de voluntad de las partes dirigidas a un efecto jurídico.

Al analizar las definiciones de los dos actos jurídicos, se puede establecer que el fideicomiso se enmarca como un negocio jurídico, en virtud de lo que regula nuestro Código de Comercio en los artículos relacionados con el fideicomiso, ya que se pone de manifiesto la autonomía de la voluntad privada.

Nuestra legislación establece dos formas para la constitución de este negocio jurídico y puede ser, por contrato o por testamento, según sea por acto entre vivos o por causa de muerte.

Cuando el fideicomiso es constituido por contrato, tal debe constar en escritura pública; si es constituido en testamento debe llenar los requisitos de validez exigidos por la ley para los testamentos; si el testamento es declarado nulo, no podría entrar en vigor el fideicomiso testamentario, por lo tanto, para que quede constituido es necesario que el testamento sea declarado legítimo por autoridad competente (Juez de Primera Instancia



del Ramo Civil o Notario. Artículos 21 y 494 del Código Procesal Civil y Mercantil).
Esto hace del fideicomiso un negocio jurídico solemne.

El contrato de fideicomiso debe contener la aceptación expresa del fiduciario y una estimación del valor de los bienes fideicometidos, adicionalmente, independiente de que hubiese sido constituido por contrato o por testamento, es necesario que reúna determinados requisitos.

2.4 El objeto

Es frecuente confundir el objeto con el fin del Fideicomiso, términos que con frecuencia se emplean como sinónimos sin serlo; Batiza distingue entre estos dos términos diciendo que el “objeto consiste en la cosa que es materia del fideicomiso, en tanto que el fin es el resultado que se persigue con su constitución”⁸.

El objeto lo constituyen los bienes y/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 en el contrato o acto constitutivo y que sean necesarias para su preservación.

Dicha transmisión de propiedad, da como resultado que al fiduciario se le pueda considerar como el titular jurídico, porque él, aunque temporal y revocable, es el dueño. Por su parte el fideicomitente y el fideicomisario son los titulares económicos.

⁸ Rodolfo Batiza, **Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria**, Pág. 58. .



En los fideicomisos testamentarios, se efectuará inventario y avalúo de los bienes fideicometidos con intervención del fiduciario en tanto que cuando se trate de bienes que correspondan a un fideicomiso de garantía, y se de incumplimiento por parte del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario.

2.5 Los fines

La finalidad de crear un fideicomiso es para la realización de un objetivo, teniendo como condición indispensable ser lícito y estar expresado en un documento constitutivo.

Hay muchos fines por los cuales puede ser constituido un fideicomiso, y es el fideicomitente quien lo establecerá, para beneficio de un tercero o para sí mismo si fuere el caso, y será el fiduciario, quien mediante la realización de los actos que sean necesarios velará por el cumplimiento de esos fines.

La realización del fin para el que fue constituido, originará que el fideicomiso termine y consecuentemente los bienes del mismo, que tenga en su poder el fiduciario, deberán ser entregados a quien corresponda de acuerdo con las disposiciones del documento constituido.

Haciendo un resumen, podemos decir que la capacidad legal de los elementos personales, su manifestación de voluntad y el objeto, son elementos esenciales del



fideicomiso, mientras que la solemnidad es un elemento formal, por lo tanto por ser un negocio jurídico solemne, la ausencia de uno como del otro, determinan su invalidez.

2.6 Clasificación de los fideicomisos

Por ser muchos los fines lícitos que pueden dar origen a la constitución de los fideicomisos, no existe una clasificación que pueda ser considerada. No obstante, algunos tratadistas han coincidido que existen algunas características relacionadas más bien con la ejecución del fideicomiso que permiten la siguiente clasificación:

- a. Fideicomisos de garantía
- b. Fideicomisos de administración
- c. Fideicomisos de inversión
- d. Fideicomisos de educación
- e. Fideicomisos de custodia
- f. Fideicomisos públicos
- g. Securitización
- h. Otras clasificaciones
- i. Fideicomiso internacional

a. Fideicomisos de garantía: Tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o un tercero, siendo utilizado en la práctica como sustituto de la prenda y la hipoteca.



c. Fideicomiso de inversión: Tiene como finalidad que los bienes fideicometidos se destinen a obtener una rentabilidad financiera para el fideicomisario.

También se puede decir que es aquel cuya finalidad estriba en que la entidad fiduciaria destine el patrimonio fideicometido a la realización de operaciones económicamente provechosas para el beneficiario del fideicomiso.

Los bienes en este tipo de fideicomiso, están constituidos por dinero u otras formas de efectivo que el fiduciario se encarga de invertir en valores seguros y estables, entregando al fideicomisario designado, los productos o rendimientos obtenidos o en su defecto reinvirtiéndolos.

Sobre el particular el Código de Comercio en el Artículo 784 establece “salvo autorización expresa en contrario dada por el fideicomitente en el documento constitutivo, el fiduciario únicamente podrá hacer inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez, emitidos o garantizados por el Estado, las entidades públicas, las instituciones financieras, los bancos que operen en el país y las empresas privadas cuyas emisiones califique como de primer orden la Comisión de Valores”. Es de hacer notar que actualmente, no existe una pronunciación oficial sobre los valores de primer orden, por lo que queda al arbitrio del fiduciario la decisión de inversión.

En oportunidades el fideicomitente encarga al fiduciario que con el fondo constituido, proceda a conceder préstamos cuyos montos, tasa de interés, plazo, garantías, sujetos de crédito y demás condiciones, generalmente están determinadas en el propio contrato



de constitución, quedando el fiduciario libre de toda responsabilidad al regirse a tales disposiciones.

En Guatemala, estos valores serían los certificados fiduciarios -Capítulo XV Código de Comercio-.

d. Fideicomiso de educación: En el fondo es un fideicomiso de administración. Se ha utilizado, para garantizar la imparcialidad en los fallos de un comité fiduciario, por ejemplo, en el caso de fondos dejados en una testamentaria, para conceder becas, fondear laboratorios, trabajos de investigación, ayuda universitaria, etc.

En la actualidad, el Ministerio de Educación suscribió convenio de pago de asignación presupuestaria especial con la Fundación Guatefuturo aprobado mediante Acuerdo Ministerial 1127-2008 de fecha 8 de julio de 2008 que proviene de la asignación especial en el presupuesto de egresos del Ministerio de Educación, para el desarrollo de los programas crédito beca (PCB) y consejería académica para información, asesoría y orientación al estudiante sobre oportunidades de estudio en el exterior, cuyos fondos fueron depositados el 29 de diciembre de 2008, por la cantidad de Q. 30.000.000.00.

En la cláusula quinta del convenio relacionada con el destino de la asignación, se establece que la Fundación Guatefuturo para la ejecución de la misma, constituirá un fideicomiso de administración y de inversión donde se aportará como patrimonio fideicometido la totalidad de los recursos. Dicho fideicomiso fue constituido el dos de



febrero de dos mil nueve con el Banco G&T Continental, Sociedad Anónima, según contrato número veinte (20).

e. Fideicomiso de custodia: En los Estados Unidos se aplica, cuando un fiduciario, pasa a representar a menores de edad, para la administración de herencias, cuando tales son parte del accionariado empresarial, para evitar la manipulación de accionistas. Es un fideicomiso testamentario especial. El fiduciario, asiste e interviene en todos los actos directivos de la empresa, cuya parte de acciones recibió para custodia de intereses. Se puede aplicar a obras de arte, para evitar que siendo parte de una masa en heredad, se disgreguen, en vez de llevarse a museos, o mantenerse, para entregarse a los nietos del fideicomitente.

f. Fideicomisos públicos: Podemos decir que es un contrato mediante el cual el Gobierno, a través de sus dependencias, transmite fondos públicos o la titularidad de bienes nacionales del dominio público de uso no común a una institución fiduciaria (Bancos o Instituciones Financieras) para realizar un fin lícito de interés público.

El objeto del presente capítulo es tratar la falta de regulación legal de los fideicomisos constituidos con fondos públicos el cual se desarrollará en un apartado por separado.

g. Securitización: Es el diseño de instrumentos financieros (bonos de renta fija o variable) respaldados por flujos provenientes de activos de distinta naturaleza, el cual se perfecciona a través de una compra a término del activo por parte de un patrimonio separado que a su vez lo financia con el bono de oferta pública colocado en el



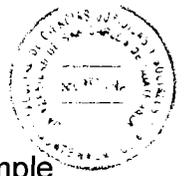
mercado. Entre estos se pueden mencionar, letras hipotecarias y mutuos hipotecarios; contratos de arrendamiento con promesa de compraventa y sus respectivas viviendas; créditos y derechos sobre flujos de pago emanados de obra pública, de obra de infraestructura de uso público, de bienes nacionales de uso público o de las concesiones de estos bienes u obras; otros créditos y derechos que consten por escrito y que tengan el carácter de transferible; derechos sobre flujos de pago.

En términos de mercado de valores, en forma simple, es la conversión de activos, (que viene a ser la base o garantía) en títulos de crédito negociables masivamente. Un parque vehicular, un bien inmobiliario, una cartera de créditos, etc, puede constituir la plataforma para emitir "Certificados Fiduciarios" y lanzarlos en oferta al público e inversionista.

En la legislación nacional, este tipo de instrumento financiero se encuentra regulado en el Código de Comercio, libro III, títulos de crédito, el cual se denomina como certificados fiduciarios.

h. Otras clasificaciones: La doctrina realizó otra clasificación del fideicomiso y esta es:

Expreso e Implícito: Es evidente que la existencia legal del fideicomiso comienza cuando el fiduciario acepta el cargo, ya que mientras éste no haya aceptado, el fideicomiso no podrá ser ejecutado. La aceptación por parte del fiduciario podrá estar dada en forma tácita o en forma expresa.



La aceptación tácita es la que puede deducirse de los actos del fiduciario, que cumple con las estipulaciones del fideicomiso sin haber manifestado previamente su aceptación, lo que convierte a dicho fideicomiso en implícito.

El Fideicomiso expreso, es aquel en el cual el fiduciario manifiesta categóricamente su aceptación en el mismo documento de constitución del fideicomiso.

El Código de Comercio, solamente contempla el fideicomiso en forma expresa, toda vez que en la escritura pública de constitución debe constar la aceptación expresa por parte del fiduciario (Artículo 771).

Condional, Secreto y Sucesivo: El fideicomiso puede considerarse como condicional, cuando previo a su realización deben cumplirse determinadas condiciones previamente estipuladas en el contrato constitutivo. Ejemplo los fideicomisos testamentarios, cuya condición imprescindible para que surta efectos es que se produzca la muerte del fideicomitente o testador.

En lo referente a los fideicomisos secretos, constituidos sin llenar las formalidades de ley establecidas para ellos y los fideicomisos sucesivos en los que el beneficio del mismo se otorgue a personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, no es posible su realización, toda vez que el Código de Comercio, se contempla que son nulos los fideicomisos: a) constituidos en forma secreta⁹, y b)

⁹ Siempre que no se trate de modificar un fideicomiso de inversión según la Ley de Mercado de Valores para substituir al fiduciario.



aquellos en los cuales el beneficio se otorgue a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo que la sustitución se efectúe a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente (Artículo 789).

Revocable e irrevocable: El fideicomiso puede ser considerado revocable cuando el fideicomitente en el propio documento constitutivo, se ha reservado la facultad de revocarlo (terminarlo) y será irrevocable cuando nada se haya contemplado al respecto.

Cuando el fin del fideicomiso sea garantizar el cumplimiento de una obligación, siempre deberá ser irrevocable, ya que de no ser así, se perdería la finalidad que se pretendió al darle origen.

En lo que respecta al fiduciario, una vez acepta su cargo como tal, el fideicomiso es irrevocable y no podrá negarse después, a cumplir con las obligaciones que le corresponden. Sin embargo, el Código de Comercio contempla como causa de extinción del fideicomiso, la renuncia del fiduciario, pero únicamente podrá renunciarlo por causas graves, que deberán ser calificadas por un Juez de Primera Instancia (Artículo 787).

i. Fideicomiso internacional: Por tratarse de una figura distinta a la Institución de Derecho Mercantil, a manera de reseña, se presentan algunas breves consideraciones.



Este régimen se encuentra contenido en la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, Estados Unidos el 26 de Junio de 1945, entrando en vigencia el 24 de octubre de 1945. Dicho instrumento está contenido en el capítulo XII, específicamente en el Artículo 75 que dice “La Organización establecerá bajo su autoridad un régimen internacional de administración fiduciaria para la administración y vigilancia de los territorios que puedan colocarse bajo dicho régimen en virtud de acuerdos especiales posteriores. A dichos territorios se les denominará “territorios fideicometidos”.

Los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria, de acuerdo con los propósitos de las Naciones Unidas se encuentran contenidos en el Artículo 76 de la Carta de las Naciones Unidas.

Asimismo, en dicha Carta se establece a que territorios y regímenes se debe aplicar.

Este tipo de instrumento jurídico es diferente al fideicomiso mercantil, ya que la autoridad administradora tendrá el deber de velar por que el territorio fideicometido contribuya al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Asimismo, la autoridad administradora podrá hacer uso de las fuerzas voluntarias, de las facilidades y de la ayuda del citado territorio, a efecto de cumplir con las obligaciones contraídas ante el Consejo de Seguridad, como también para la defensa local y el mantenimiento de la ley y del orden dentro del territorio.



2.7 Extinción

Los casos en que termina el fideicomiso de conformidad con lo que regula el Artículo 787 del Código de Comercio son:

- a. Por realizarse el fin para el que fue constituido;
- b. Por hacerse imposible su realización;
- c. Por haberse realizado la condición resolutoria a que haya queda sujeto;
- d. Por convenio expreso entre el fideicomitente y fideicomisario;
- e. Por revocatoria cuando el fideicomitente se haya reservado ese derecho en el instrumento constitutivo;
- f. Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo;
- g. Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, salvo que se refiera a la excepción que establece la ley; y
- h. Por sentencia judicial.

Cuando el plazo es menor a veinticinco años, se considera factible que el mismo se prorrogue siempre y cuando no se pase del límite máximo que permite la ley.



CAPÍTULO III

3. Constitución de fideicomisos

3.1 Instituido por testamento

Como el testamento es una institución jurídica de trascendencia especial por sus efectos, es conveniente analizar previamente algunos aspectos formales de esta institución, a los cuales haremos referencia ahora que vamos a exponer el fideicomiso testamentario.

Puig Peña define el testamento como “aquel acto jurídico por cuya virtud una persona establece a favor de otra u otras para después de su muerte, el destino de todo o parte de su patrimonio o la ordenación de otros asuntos de carácter no patrimonial”.¹⁰

Cabanellas indica que testamento “es la declaración de voluntad, relativa a los bienes y otras cuestiones, reconocimiento filiales, nombramientos de tutores, revelaciones o confesiones disposiciones funerarias. Acto en que tal manifestación se formula. Documento donde consta legalmente la voluntad del testador”.¹¹

¹⁰ Federico Puig Peña, **Compendio de derecho civil español**, Pág. 1355

¹¹ Guillermo Cabanellas, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Pág. 382



De conformidad con lo que establece el Artículo 935 del Código Civil “el testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una persona dispone del todo o de parte de sus bienes, para después de su muerte”.

Es importante mencionar que por ser un acto personal, no se llevar a cabo a través de mandatario o gestor de negocios; y al ser de carácter revocable, puede ser cambiado por el testador cuantas veces lo considere necesario.

La disposición de todo o de una parte de los bienes en testamento, usualmente es de todo, siempre es para después de la muerte del testador, por lo que como propietario de los mismos puede disponer de los bienes sin ninguna limitación.

El Código Civil en el Artículo 917 preceptúa que “La sucesión por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona, manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda, intestada, comprendiendo en uno y otro caso todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”.

La anterior disposición es clara, no solo porque norma lo que se entiende por sucesión, sino también porque hace una aclaración distintiva de lo que debe de entenderse por sucesión testada e intestada, siendo la primera la que nos interesa para los efectos del fideicomiso testamentario.



El contrato de fideicomiso es un instrumento jurídico que prevé la inversión de las personas, con el fin de asegurar resultados mayormente económicos para el beneficiario del mismo.

El fideicomiso instituido por testamento, deberá surtir sus efectos y principiará a funcionar legalmente, después de la muerte del fideicomitente, de donde se deduce que es indispensable que el testamento haya llenado todos los requisitos de validez exigidos por la ley, ya que si fuera declarado nulo, el fideicomiso testamentario necesariamente tendría que correr la misma suerte que el acto de última voluntad.

Cuando en el testamento no se designa nominalmente, el juez nombrará el que proponga el fideicomisario y, en su defecto el juez hará la designación (Artículo 773) del Código de Comercio.

Son numerosas las posibilidades que en la práctica se presentan con la destinación misma de los bienes, como sucede desde luego con los fideicomisos de administración e inversión, pero en esta clase ellas suelen estar vinculadas a la manutención de unos parientes, su educación, los gastos de hospitalización, si se tratare de personas enfermas, etc., siempre con la posibilidad de que les sean transferidos más adelante, cuando cesen las causas de indefensión o incapacidad, si éstas son las hipótesis que justificarán el encargo.

En otros países, Estados Unidos por ejemplo, como el fiduciario puede ser una persona individual es bastante usado este tipo de encargo fiduciario.



Entre los instrumentos más eficaces que el hombre ha ideado para lograr la protección económica de la familia se encuentra el seguro de vida, que alcanza esa finalidad, sin exigir erogaciones excesivas.

Un ejemplo de un fideicomiso con base en seguro de vida: Es cuando las personas desean diseñar su patrimonio, separando, una parte importante del él para formar el patrimonio de conservación que puede ser la seguridad de su cónyuge o de sus descendientes.

Sin embargo, con un simple seguro de vida existe la posibilidad de que las indemnizaciones que cubra el asegurado sean disipadas por los beneficiarios. Es esta circunstancia por la que se ha ideado, para eliminar ese peligro, una solución que consiste en la combinación del seguro de vida y el fideicomiso.

El mecanismo es sencillo: Una persona toma un seguro sobre su vida y simultáneamente constituye un fideicomiso para que, a su muerte, la indemnización se entregue a una institución fiduciaria, quien la invertirá y administrará en beneficio de el o los beneficiarios, según los deseos del asegurado, y finalmente al vencerse el término del fideicomiso, transmitirá la masa fideicometida a los beneficiarios.

El fideicomiso con base en póliza de seguro de vida tiene una ventaja procesal importantísima, ya que esa póliza de seguro y el pago que hace la compañía de seguros a la institución fiduciaria, no forma parte de la herencia y es un patrimonio del cual se dispone de inmediato al ocurrir el deceso del asegurado. No tiene que entrar



dentro de los trámites más o menos engorrosos, que son la tramitación sucesoria; la compañía de seguros paga de inmediato la póliza, y el fiduciario, administrando ya desde el día siguiente de acaecido el fallecimiento, puede disponer del dinero a favor de la viuda, a favor de los herederos o de los beneficiarios en aquel fideicomiso, situación, en la práctica, relevante.

En la mayoría de los casos, el fideicomiso con base en póliza de seguro de vida, va acompañado de otras modalidades de fideicomiso, como el de administración o de inversión.

Otro ejemplo en los fideicomisos testamentarios, es cuando se presenta la posibilidad de designar por esta vía al fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a cumplir ciertas finalidades, bien de índole cultural, ya en beneficio de algunas personas, parientes o no del causante.

Se dice todo o parte de sus bienes porque hay que tener en cuenta que de conformidad con las normas sobre sucesiones, no siempre es posible al causante disponer de todo su patrimonio a favor de un tercero, sino que debe respetar los derechos correspondientes a sus herederos forzosos, de manera que, en el caso de haberlos, el fideicomiso testamentario tendría que reducirse a la parte de la cual le corresponde disponer libremente.



3.2 Constituido por acto entre vivos

En cuanto a la constitución de fideicomisos por acto entre vivos (por contrato) que es el más usado en la práctica, se necesita en forma imprescindible la aceptación expresa del fiduciario, la que deberá constar en la misma escritura pública de constitución.

Nuestro Código de Comercio además de indicar las formas de constitución del fideicomiso, contempla en el Artículo 776 del Código de Comercio que éste surte efectos contra terceros:

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

2. Desde que la traslación se perfeccione de acuerdo con el documento constitutivo de la obligación o la ley, si se tratara de créditos u obligaciones no endosables,

3. Desde la fecha del endoso o registro, en su caso, si se tratara de títulos a la orden o nominativos, o de bienes inmuebles sujetos a registro o inscripción,

4. Desde la fecha del documento constitutivo del fideicomiso si se tratara de bienes muebles no sujetos a registro,

5. Desde que se efectúa la tradición si se tratara de títulos al portador;



6. Desde que se efectúa la publicación de un edicto en el Diario Oficial, notificándolo a los interesados, si se trata de empresas industriales, comerciales o agrícolas”.

3.3 Constituidos por ministerio de la ley

El Código de Comercio en el Artículo 771 contempla también la constitución de fideicomisos por ministerio de la ley, al indicar que “Los Jueces de Primera Instancia del Ramo Civil, a solicitud de parte y con opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación podrán constituir fideicomisos en los casos en que por ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes, El fiduciario nombrado judicialmente será administrador de los bienes”, sin embargo, es importante indicar que esta forma de constitución nunca ha sido utilizado en Guatemala.

3.4 Diferencias con otras figuras jurídicas

El fideicomiso guarda cierta similitud con otras figuras jurídicas, siendo estas:

- a. El mandato
- b. El depósito
- c. El usufructo
- d. El reporto
- e. El comodato.

a. El mandato: El fideicomiso es una figura diferente del mandato, aún cuando presentan ciertos rasgos de gran afinidad con éste. Para una mejor comprensión a



continuación se presentan las características más importantes que los diferencian entre sí.

En el mandato, el mandatario actúa siempre por cuenta del mandante, y generalmente en representación de éste, mientras que el fiduciario actúa siempre en su propio nombre, en beneficio de un tercero o fideicomisario; por otra parte cuando el mandatario actúa en nombre y representación del mandante, obliga a éste frente a los terceros con quienes ha contratado; siempre que haya actuado dentro de los límites del mandato; en cambio, el fiduciario actúa en su propio nombre, y sus actos no podrán obligar en ninguna forma al fideicomitente frente a terceros.

Otra diferencia es que el mandato es un acto celebrado entre vivos, mientras que el fideicomiso de acuerdo con nuestra legislación, puede también constituirse por testamento, para que sus efectos surtan después de la muerte del fideicomitente. En los países de Estados Unidos, es común este tipo de fideicomisos.

b. El depósito: A continuación se ilustran las diferencias más significativas, entre el depósito y el fideicomiso:

En el contrato de depósito, es un contrato real por el cual una persona recibe de otra alguna cosa para custodiarla, mientras que en el fideicomiso la entrega de bienes es hecha por el fideicomitente a favor del fiduciario.

Además, en el depósito únicamente se da cambio de posesión del bien cuya propiedad no le corresponde, por lo que debe restituirla a su propietario al finalizar el mismo, en el



fideicomiso el fiduciario adquiere la posesión del bien fideicometido y le corresponde la propiedad del mismo.

c. El usufructo: Existe gran afinidad entre el usufructuario y el beneficiario de un fideicomiso. Algunas de las diferencias entre sí, se describen a continuación:

En el usufructo, el usufructuario tiene la administración total de los bienes cuyos productos le corresponden, mientras el fideicomisario no tiene la administración de los bienes fideicometidos, la cual queda a cargo del fiduciario.

El usufructuario recibe los beneficios de la propiedad sin que ésta se encuentre inscrita a su nombre, mientras que en el fideicomiso el beneficiario o fideicomisario recibe los beneficios de la propiedad sin que ésta se encuentre inscrita a su nombre, pero la cual podrá pasar a su nombre al finalizar el plazo del fideicomiso si así estuviere pactado en el documento constitutivo.

d. El reporto: En el reporto existen algunas similitudes con el fideicomiso, a continuación se describen algunas de ellas:

En el reporto, el reportador adquiere la propiedad de los títulos de crédito por una suma de dinero, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido, contra reembolso del mismo precio, títulos cuyo total monetario, puede ser aumentado o disminuido de la manera convenida. La similitud con el fideicomiso es que hay una traslación de propiedad con obligación de



devolución hacia el propietario original, cuando el patrimonio fideicometido se devuelve al fideicomitente.

En el fondo un reporto es un pacto de venta con obligación de retroventa, lo que nos lleva a calificar de “propiedad especial y temporal” la titularidad sobre los bienes, que se da tanto, en el reporto como en el fideicomiso.

e. El comodato: En cuanto al comodato existen algunas similitudes con el fideicomiso, las que se describen a continuación:

En lo que respecta al comodato, el cedente, titular de la propiedad de un bien, entrega a otra, gratuitamente algún bien mueble no fungible, para uso temporal y para cierto fin. Un fideicomitente, solamente puede trasladar bienes, sobre los que tenga la nuda propiedad. También estipula para que se destina el patrimonio fideicometido y a quién se debe devolver tal conjunto, estas serían las similitudes entre ambas figuras; las diferencias básicas estriban en la gratuidad del comodato, versus la característica onerosa de la administración fiduciaria y la imposibilidad de enajenación por parte del comodante.



CAPÍTULO IV

4. Aplicación del fideicomiso en Guatemala

Como se manifestó con anterioridad, el fideicomiso en nuestro país es una figura económica financiera legal, actualmente muy utilizada a nivel de particulares y a nivel estatal.

4.1 Constituidos por particulares

También se les denominan Fideicomisos Privados; su utilización ha sido un poco más conservadora¹², sin embargo, a la fecha existen algunos bancos del sistema que trabajan con fideicomisos creados por personas naturales o jurídicas con diferentes fines, básicamente con fideicomisos sobre bienes inmuebles, en los que el fideicomitente los transmite al fiduciario para que éste se encargue de su administración o explotación si fuere el caso, en provecho del beneficiario que puede ser el propio fideicomitente.

Así también, existen fideicomisos en los que el propietario de un terreno decide fraccionarlo entregándolo a una institución fiduciaria con el fin de que ésta se encargue de la urbanización y fraccionamiento y proceda a la venta de los lotes o casas previamente construidas.

¹² En otras latitudes como México, Colombia y puesto que, el fideicomiso es una línea de productos bancarios, vía marketing se ha promocionado y hecho crecer fuertemente.



De los años 1960 a 1985, se utilizó el fideicomiso, para el desarrollo del negocio inmobiliario.

Además, se puede contar en nuestro medio con fideicomisos a base de pólizas de seguro de vida, en los que el instituyente con el fin de garantizarse a su muerte que el producto del cobro del seguro sea aprovechado en mejor forma y no que por una mala administración se perjudique a las personas que quiera beneficiar, nombra como beneficiario de sus pólizas de seguro de vida a una institución bancaria con la que previamente ha celebrado contrato de fideicomiso, el cual contiene las condiciones acerca de la forma en que la institución financiera deberá administrar y distribuir el capital obtenido del cobro de dichas pólizas.

4.2 Constituidos por el Estado

Antes de explicar sobre los fideicomisos constituidos por el estado, se desarrollará lo que se refiere a las fuentes de financiamiento para la constitución de los mismos, lo constituyen los fondos públicos que el Estado recauda por sus diferentes actividades.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en la sección décima establece el Régimen Económico y Social del Estado, y en el Artículo 121 literal a) regula que son bienes del Estado los de dominio público y en la literal g) los ingresos fiscales.



El Acuerdo Ministerial número 215-2004 de fecha 30-12-2004 del Ministerio de Finanzas Públicas, Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de Guatemala establece las fuentes de financiamiento los cuales clasifica así:

- a. Recursos del Tesoro
- b. Recursos del Tesoro con Afectación Específica
- c. Recursos Propios de las Instituciones
- d. Crédito Interno
- e. Crédito Externo
- f. Donaciones Externas
- g. Donaciones Internas
- h. Operaciones Patrimoniales

a. Recursos del tesoro: Lo constituyen los recursos de la administración central originados en la recaudación tributaria, excedentes financieros del Tesoro, saldos disponibles de años anteriores, los recursos no tributarios, los provenientes de la venta de acciones y particiones, de activos y otros que ingresan al Tesoro, los cuales tienen como objeto financiar gastos sin asignación predeterminada en el ordenamiento legal vigente.

b. Recursos del tesoro con afectación específica: Son aquellos recursos que en virtud de mandato legal se orientan a financiar específicamente determinados gastos de las instituciones y entes.



c. Recursos propios de las instituciones: Constituyen este grupo los recursos provenientes de la venta de bienes o servicios de los entes, los ingresos de operación de los entes con fines empresariales, así como todos aquellos provenientes de la venta de activos, cobros de tasas, derechos, financiamiento que se origina como variaciones de los distintos tipos de activos financieros y saldos de caja de ingresos propios de las instituciones de la administración central y los disponibles de años anteriores.

d. Crédito interno: Esta fuente de financiamiento proviene del uso del crédito interno, bien en forma de bonos y otros valores de deuda, como obtención de préstamos en el mercado interno y de pasivos con proveedores y contratistas; así como los saldos de caja de ingresos por colocaciones de bonos.

e. Crédito externo: Financiamiento proveniente del uso del crédito externo, bien en forma de bonos y otros valores de deuda colocados en el exterior, como de la obtención de préstamos de gobiernos, organismos, entidades financieras internacionales y proveedores y contratistas en el exterior; así como los saldos de caja por ingresos por colocaciones externas y préstamos externos.

f. Donaciones externas: Financiamiento que tiene su origen en donaciones monetarias o en especie monetizables provenientes de países u organismos internacionales, así como los saldos de caja de ingresos por donaciones externas.



g. Donaciones internas: Financiamiento que tiene su origen en donaciones monetarias o en especie monetizables, de instituciones nacionales, así como los saldos de caja de ingresos por donaciones internas.

h. Operaciones patrimoniales: Financiamiento para operaciones presupuestarias y contables, que representen o no entradas de efectivo y los gastos que se traduzcan o no en salida de efectivo.

A continuación se define que los recursos públicos son cantidades de dinero o bienes que el Estado recibe, en propiedad para emplearlos legítimamente en la satisfacción de las necesidades públicas y el sostenimiento de sus organismos.

Según Guillanni Fonrouge “los recursos públicos son los ingresos, que obtienen el Estado preferentemente en dinero, para la atención de las erogaciones determinadas por exigencias administrativas o de índole económico social”¹³.

Para Valdés Acosta los recursos públicos son los ingresos en la Tesorería del Estado, cualquiera que sea su naturaleza económica o jurídica.

Los recursos públicos pueden ser recursos originarios y recursos derivados.

Los recursos públicos originarios son aquellos ingresos que tienen su origen en la actividad que realiza el Estado con su propio patrimonio, son consecuencia de la

¹³ Guilliani Fonrouge, Carlos M, **Derecho financiero V**, pág. 30



explotación directa o indirecta de sus bienes, es decir que son aquellos recursos que el Estado obtiene a través de su propia actividad económica, comercial, industrial, agrícola, bancaria, etc.

Además, se incluyen los ingresos que se originan en la prestación de servicios a la comunidad por medio de Empresas del Estado o Mixtas, que deben generar ganancias, por lo que siendo su actividad similar a la que realiza la iniciativa privada generalmente está regulada por normas de derecho privado, pudiéndose señalar dentro de este tipo de actividad la que realiza la Portuaria Santo Tomás de Castilla.

Los recursos públicos derivados, son aquellos que el estado recibe, no por su propia actividad sino que provienen de la actividad económica y patrimonio de los particulares, como consecuencia de la existencia de normas jurídicas de carácter tributario, es producto del ius imperium del Estado o sea del poder imperio de que está dotado el estado, como ente soberano, que tiene su origen en los principios recogidos en la Constitución Política de la República.

En Guatemala, el Artículo 135 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece como un deber cívico de los Guatemaltecos, el “contribuir a los gastos públicos, en la forma prescrita en la ley”.

Estos recursos los recauda el Estado de los particulares y dicha recaudación, no necesariamente lo obliga a otorgar una contraprestación



Asimismo, es conveniente indicar que constituyen los más importantes ingresos para el fisco, se regulan por normas de Derecho público y se conocen como tributos.

Derivado de la exposición anterior, se dice que los fideicomisos públicos como instrumentos jurídicos para la realización de diferentes proyectos del Estado, su fuente de financiamiento lo constituyen los fondos que el Estado percibe por sus diferentes actividades.

A continuación se define que un fideicomiso público, es como un contrato creado por la administración para cumplir con una finalidad lícita y determinada, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de los recursos públicos administrados por un una institución fiduciaria.

De acuerdo con la definición anterior, los elementos del fideicomiso público son:

- I. El fideicomitente es el Gobierno, actuando por sí mismo o por medio de cualquiera de sus entidades descentralizadas o autónomas.

- II. La transmisión de la titularidad de los bienes del Estado, deberá seguir la forma de transmisión que se requiere para cada tipo de bienes, pero si se trata de bienes del dominio público común, previamente deberá desafectarse de dicho dominio y pasar al dominio no común del Estado, mediante el respectivo decreto del ejecutivo.



III. El fiduciario debe ser un banco o una institución financiera de conformidad con lo previsto en el Código de Comercio.

IV. El fideicomisario debe ser siempre el Estado, en caso contrario, en el fondo existiría una donación o un acto de liberalidad por parte del Estado a favor de los particulares.

El Estado de Guatemala ha constituido una variedad de fideicomisos tendientes a impulsar el desarrollo económico del país.

Desde hace varios años, las entidades gubernamentales y descentralizadas han utilizado el fideicomiso para la administración de recursos públicos, con el fin de realizar programas, obras y proyectos del gobierno, con diversas finalidades, tales como facilitar el acceso al crédito agrícola a los pequeños productores; atender demandas básicas, como vivienda y educación de la población rural; situaciones de emergencia nacional, consecuencia de desastres naturales; proveer tierras a campesinos para actividades agrícolas e infraestructura; constitución de fondos sociales y otras actividades derivadas de cumplimiento de condiciones contractuales con cooperantes externos (donaciones) para la ejecución de los proyectos de paz.

Este mecanismo utilizado por los gobiernos, para dar en administración a entidades bancarias y sociedades financieras del sistema, autorizadas para servir como fiduciarios, los recursos millonarios, para fines públicos, cumplir con sus programas, participando como fideicomitentes y ejecutores a la vez, las entidades públicas y



descentralizadas, tiene sus ventajas en la rapidez de ejecución de los proyectos, flexibilidad e inobservancia de requisitos legales y de procedimiento, en el manejo y ejecución de los recursos públicos, especialmente porque los fideicomisos se encuentran instituidos en el marco de una ley de derecho privado, que establece el Código de Comercio.

Sin embargo, por la repercusión que ha tenido dentro del derecho, se considera necesario para el presente estudio, explicar cómo el Estado actúa dentro de una Institución de Derecho Mercantil, el cual es típicamente privado.

Diversos criterios han tratado de distinguir el campo de acción del derecho público y del derecho privado. La teoría clásica, funda su distinción de acuerdo con la finalidad que persiguen las normas; en el derecho público su finalidad es satisfacer un interés colectivo, el privado se refiere al interés de los particulares.

La teoría del plus-valor, funda su distinción entre derecho privado y público, sosteniendo que el primero regula relaciones entre individuos, considerados con ese carácter, es decir sin ningún atributo especial y en el mismo plano de igualdad, en el segundo se regulan relaciones en las cuales uno de los sujetos tiene una cantidad especial de superioridad respecto del otro, lo que hace que se encuentren en un plano de desigualdad.

La teoría que se fundamenta en la distinción de acuerdo a las esferas de acción del Estado y de los individuos; el derecho público es regulador de las instituciones donde se



manifiesta la ordenación de la vida social encuadrada en la organización jerárquica del Estado, mientras en el derecho privado es el regulador del conjunto de instituciones en que se manifiesta la organización de la vida social que el Estado no incorpora a su estructura.

Es de acuerdo a éste último criterio, como explican la actuación del Estado en una institución típica del derecho privado

En la constitución de un fideicomiso, el Estado actúa en un campo de igualdad con los otros sujetos de la relación; realiza un acto jurídico que no incorpora a su estructura como institución alguna; simplemente organiza la vida social afectando ciertos bienes a un fin determinado, sin incorporar ese acto a su estructura misma.

Dicho criterio se ve reformado por lo que regula el Artículo 13 del Código de Comercio, que textualmente dice "El estado, sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, las municipalidades y en general, cualesquiera instituciones o entidades públicas, no son comerciantes, pero pueden ejercer actividades comerciales, sujetándose a las disposiciones de este Código,...".

Es así pues, como el Estado a pesar de que el fideicomiso público no existe en nuestra legislación, ni en la literatura jurídica, en los últimos años se ha venido utilizando con frecuencia en la práctica, la cual es casi generalizada de dar en administración los recursos del Estado para fines públicos, especialmente para programas de desarrollo del país, como de resolver situaciones emergentes, es una de las bondades de esta



figura; sin embargo, en Guatemala, se ha desnaturalizado este mecanismo de reconocida utilidad en la obra pública, por las mismas entidades del Estado, descentralizadas y las municipalidades.

Dicha desnaturalización ha determinado que en los últimos años, la transparencia, la rendición de cuentas, falta de cumplimiento de los objetivos y fines para los cuales fueron creados los fideicomisos constituidos con fondos públicos, en Guatemala ha sido materia recurrente del debate nacional en virtud de la discrecionalidad que les ha permitido el marco jurídico vigente, lo cual ha generado serios obstáculos que, en muchos casos, impide conocer el destino final de los recursos públicos que ellos incorporan.

Cabe mencionar, que por la desnaturalización de dicho instrumento jurídico en muchos de los fideicomisos puede decirse que no se han obtenido los beneficios deseados.

La transparencia y la rendición de cuentas en materia financiera constituyen trabajos pendientes en el proceso democratizador de Guatemala. Los datos más recientes reportan que se encuentran vigentes 57 fideicomisos. Estas figuras mercantiles manejan recursos por 17 mil millones de quetzales que representan el 33% del Presupuesto General de la Nación, que por desgracia, en su gran mayoría, no cuentan con el control ni la supervisión adecuada, aunque existen actualmente esfuerzos por ambos objetivos.



Teóricamente, los fideicomisos podrían funcionar como un instrumento favorecedor de la inversión y el ahorro. Ellos constituyen una relación jurídica por medio de la cual una persona (fideicomitente) transfiere bienes a otra (fiduciaria) para que ésta los administre y realice con ellos algún fin lícito específico o, en su caso, los prepare para venderlos o transmitirlos, una vez cumplidos los fines establecidos en el contrato, a una tercera persona (fideicomisario).

Sin embargo, el ejercicio de los asuntos públicos no debe funcionar sobre la base de la confianza, sino bajo el principio rector de la responsabilidad gubernamental.

Nadie debe estar exento del ejercicio de la rendición de cuentas y de la obligación de proporcionar información. Los fideicomisos, sean estos, públicos o mixtos, deben prestarse a la fiscalización de forma permanente, sobre todo cuando los recursos manejados por ellos pertenezcan a todos los ciudadanos y afecten sus derechos cívicos, tales como la obtención de mejores servicios públicos como, infraestructura, educación, salud y seguridad, que en parte se ha tratado de mejorar a través de la auditoría social.

Históricamente, por medio de la utilización de los fideicomisos, las entidades y organismos gubernamentales han podido disponer de recursos públicos sin vigilancia y supervisión alguna por parte de los órganos de control del Estado.

Ello, como es lógico, ha provocado múltiples irregularidades en la gestión pública y ha llegado a generar importantes daños patrimoniales a través de gastos discrecionales,



de desvío de recursos, y de relevantes casos de corrupción. Renglones atrás hablamos de la desnaturalización del fideicomiso.

En este caso veremos, por ejemplo, la dificultad para transparentar el costoso rescate bancario instrumentado por el Fondo para la Protección al Ahorro (FOPA). Con el argumento del secreto bancario, las autoridades financieras a cargo de dar seguimiento a las múltiples denuncias de irregularidades cometidas por los bancos, han logrado entorpecer las investigaciones y han mantenido al rescate bancario en la oscuridad. De la misma forma, la gestión transparente de otros fondos y fideicomisos a cargo de distintas dependencias del gobierno ha sido constantemente obstaculizada con el pretexto del secreto bancario¹⁴. El gobierno y en particular el Ministerio de Finanzas Públicas y la Municipalidad de Guatemala han esgrimido este argumento en innumerables ocasiones para evitar el escrutinio público en el ejercicio de la rendición de cuentas gubernamental.

Tipo de fideicomisos públicos

Los fideicomisos del Estado se denominan públicos por estar constituidos con recursos del Estado los cuales pueden ser, de acuerdo a los fines para los cuales son constituidos y por la categoría de financiamiento.

¹⁴ Al respecto, la tendencia actual, es reducir, o hasta eliminar el secreto bancario. Por ejemplo la aplicación de la Ley Contra el Lavado de Dinero. Internacionalmente la presión sobre Suiza, etc.



- Atendiendo a los fines para los cuales fueron creados

De administración,

De inversión,

De garantía, y

- Por la categoría de financiamiento

a) Asistencia Crediticia y Financiamiento Reembolsable

Son constituidos para brindar y facilitar el acceso al crédito a determinados grupos de la sociedad y sectores considerados como prioritarios para el desarrollo económico del país.

Entre los fideicomisos públicos por financiamiento reembolsable podemos mencionar:

- Fondo Extraordinario Especifico de Reconstrucción -FEER-
- Fondo Fiduciario de Capitalización Bancaria
- Programa Global de Crédito para la Microempresa y la Pequeña Empresa
- Mejoramiento del Pequeño Caficultor
- Administración de Carteras
- Apoyo Financiero para los Productores del Sector Cafetalero Guatemalteco
- Crédito de Desarrollo Agropecuario -CREDESA-



- Crédito para el Desarrollo Productivo DICOR II –CREDEPRODI-
- Desarrollo Integral de Comunidades Rurales –DICOR-
- Proyecto de Desarrollo Rural Sostenible en Zonas de Fragilidad Ecológica en la Región del Trifinio, Área de Guatemala –PRODERT-
- Crédito Rural
- Proyecto de Desarrollo Rural de la Sierra Cuchumatanes
- Proyecto de Desarrollo Rural para Pequeños Productores de los Departamentos de Zacapa y Chiquimula
- Fideicomiso Proyectos Productivos de la Población Desarraigada
- Crédito Programa de Desarrollo Rural en el Departamento de Totonicapán – CREDITOTO- ALA 94/81
- Fondo de Desarrollo de la Microempresa y Pequeña Empresa
- Fideicomiso para el Desarrollo Integral del Tercer Sector de la Economía
- Fondo para el Fomento de la Forestación y Reforestación del Oriente y Nororiente de Guatemala
- Programa Global de Crédito para el Establecimiento o Expansión de Pequeña y Medianas Empresas Industriales y de Turismo
- Fideicomiso de Inversión Fondo Hipotecario para la Vivienda

b) Financiamiento no Reembolsable

Son aquellos constituidos para facilitar la ejecución de proyectos y obras principalmente de inversión.



Entre estos fideicomisos podemos mencionar:

- Fideicomiso de Administración y Cumplimiento INDE –TECNOGUAT
- Fideicomiso de Administración y Pago Empresa Hidroeléctrica Municipal de Retalhuleu/ INDE
- Fideicomiso de Administración INDE- ORTITLAN

c) Mixto

Son constituidos teniendo como fines las dos formas de financiamiento anteriores.

Entre los fideicomisos públicos mixtos, se pueden mencionar:

- Fondo Nacional para la Paz –FONAPAZ-
- Programa de Desarrollo Integral en Áreas con Potencia de Riego y Drenaje
- Fondo Nacional para la Reactivación y Modernización de la Actividad Agropecuaria –FONAGRO-
- Fondo de Desarrollo de la Microempresa y Pequeña Empresa
- Fideicomiso Nacional de Becas y Crédito Educativo –FINABECE-
- Fondo de Tierras Acuerdo de paz



4.3 Participación del sistema bancario

El sistema bancario tiene participación por la regulación del fideicomiso, de conformidad con el Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros, específicamente el Artículo 41 que se refiere a las operaciones de confianza que podrán efectuar los bancos, estableciendo el inciso c) de dicho artículo, que éstos podrán hacer cobros y pagos por cuenta ajena y efectuar otras operaciones por encargo de sus clientes, siempre que sean compatibles con el negocio bancario y asimismo, que sean lícitos, que es donde encajan perfectamente las operaciones de fideicomiso.

Entre las instituciones bancarias que administran fideicomisos públicos, según la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, se pueden mencionar, el Banco Industrial que actualmente administra los tres fideicomisos no reembolsables.

Los fideicomisos reembolsables son administrados por el Banco de Guatemala, Banco de Desarrollo Rural, Crédito Hipotecario Nacional, Corporación Financiera Nacional y Banco Centroamericano de Integración Económica.

Entre los fideicomisos mixtos, se encuentran administrados por el Banco de Guatemala, Banco de Desarrollo Rural y el Banco Industrial.



4.4 Participación de las sociedades financieras

Las sociedades financieras son las otras instituciones de crédito, generalmente llamadas bancos de inversión, que al igual que los bancos, están autorizadas para actuar como fiduciarios en todos aquellos fideicomisos que se constituyan con el fin de promover el desarrollo y la diversificación de la producción nacional.

En Guatemala, existen como tales, la Financiera Rural, Sociedad Anónima, la Financiera de Occidente, Sociedad Anónima, la Financiera MVA¹⁵, la Financiera Granai & Townson, Sociedad Anónima y la Corporación Financiera Nacional siendo ésta última de carácter estatal y que se encuentra en la fase de liquidación.

Con relación con las operaciones de fideicomiso, destacan:

Financiera Rural que administra el Fideicomiso Fidemixco,

Financiera de Occidente, el Fideicomiso para la Planificación y Desarrollo del Municipio de Villa Nueva –FIDEVILLANUEVA-,

Financiera MVA, el Fideicomiso de Obras de Infraestructura para el Municipio de Mixco –FIDEMIXCO-,

Financiera G&T, los Fideicomisos para el Desarrollo Rural Guate Invierte, el Fideicomiso de Administración de Flujos Santa Catarina Pínula y el Fideicomiso de la Municipalidad de Iztapa, y,

¹⁵ Boletín de Estadísticas del Sistema Financiero de la Superintendencia de Bancos correspondiente al mes de noviembre de 2010, pág. 60.



La participación de CORFINA quien manejaba varios fideicomisos en nombre del gobierno de la república, particularmente en la promoción y fomento de la descentralización industrial.

4.5 Dimensión de los fideicomisos con fondos públicos

Al 31 de diciembre de 2009, el patrimonio recibido por los fideicomisos públicos (información proporcionada por la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas) es de Q. 32,464.300 millones¹⁶, distribuidos de la siguiente forma:

Los fideicomisos públicos a cargo de las Entidades de la Administración Central constituye un monto de Q. 26.605.20 millones, que representa un 82% y a cargo de las Descentralizadas y Autónomas por un total de Q. 5,859.1 millones que hace un 18%. Los mayores montos de patrimonios recibidos por los fideicomisos públicos, han sido orientados a las siguientes actividades económicas: multisectorial 26%, mantenimiento vial 22, educación 12%, energía eléctrica 11%, agropecuario 9%, vivienda 6% y forestación 6%.

Además, se estableció según informes de la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, que al 31 de diciembre de 2009, las disponibilidades (inmediatas e inversiones) se encontraban en las entidades fiduciarias siguientes: Banco de Desarrollo Rural 40%, Banco Agrícola Mercantil 23%, Banco de los Trabajadores 11%,

¹⁶ Resumen ejecutivo de fecha 02 de febrero de 2010, sobre la situación de los fideicomisos públicos vigentes al 31 de diciembre de 2009, presentado por la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, publicado en la página WEB de dicho ministerio.



Banco Industrial 10%, Banco de Guatemala 6%, Crédito Hipotecario Nacional 4%, Financiera G&T Continental 4% y Banco Centroamericano de Integración Económica 2%.

Al 2 de febrero de 2010, la situación actual de los 62 fideicomisos públicos se encuentran así: 32 en ejecución normal, 11 en recuperación de cartera, 1 en extinción y 18 en modificación.

Cabe indicar, que los honorarios pactados varían en cada fideicomiso, dependiendo de las finalidades, objetivos y actividades a realizar por los fiduciarios, estableciéndose honorarios fijos y variables dependiendo de la ejecución de los fideicomisos y aportes recibidos durante el año correspondiente.

4.6 Problemas en la administración de los fideicomisos

Antes de explicar los problemas en la administración de los fideicomisos definiremos que un riesgo es la contingencia o la proximidad de que se produzca un daño. Esta posibilidad ya ha sido una realidad en Guatemala, en los últimos seis años, al salir del sistema entidades bancarias que administraban recursos del Estado, en fideicomiso.

En esta exposición mencionaremos algunos riesgos propios de los fideicomisos, entre los que se pueden mencionar:



1. Que exista deficiencia en el logro de objetivos del fideicomiso, ya que la medición de resultados de ejecución es deficiente por el fideicomitente, por los comités fiduciarios por decisiones erróneas gerenciales, ya que los fiduciarios son expertos en administración financiera, pero no así en otras líneas de actividad como la administración de los fideicomisos;
2. Que los costos por administración o las comisiones del fiduciario pueden resultar altos;
3. Pérdida o destrucción de activos, tal es el caso de los fondos reembolsables para créditos que resulta exageradamente alta la mora y la pérdida por irrecuperabilidad crediticia;
4. Marco legal inadecuado, ya que los fiduciarios, los comités técnicos y los fideicomitentes se consideran independientes y no obligados a la supervisión estatal¹⁷.

Asimismo, es conveniente indicar el riesgo legal existente ya que en la legislación guatemalteca, se encuentra regulada la potestad legislativa en la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 157 que establece “la potestad legislativa corresponde al Congreso de la República ...”, sin embargo, para la institución de los fideicomisos públicos, se ha instaurado el procedimiento de legislar por medio de

¹⁷ Es notable el problema devenido del fideicomiso instituido por el IGSS, en el que la finalidad - inversión inmobiliaria en parte- repercutió en grandes pérdidas para tal entidad fideicomitente.



Acuerdos Gubernativos en Consejo de Ministros y de las escrituras propia de los fideicomisos, ordenando por estos medios, la creación de normas específicas para cada fideicomiso, lo que contradice con la institucionalidad legislativa vigente para la ejecución de los recursos públicos, situación que pone en ilegalidad a todos los fideicomisos con recursos públicos que adolecen de lo indicado, siendo nulos ipso jure sus actos consecuentes.

4.7 El fideicomiso constituido con fondos públicos en el derecho comparado

La figura jurídica del fideicomiso ha generado diversos problemas de transparencia en la administración financiera gubernamental a nivel internacional, por lo que este trabajo tiene como objetivo una aproximación a la utilización del fideicomiso por la administración y las diversas entidades estatales, mediante el estudio de experiencias del derecho comparado, aportes de la doctrina nacional y extranjera.

A.1 México: En Latinoamérica el país que más ha desarrollado la figura del fideicomiso es México, cuya práctica es superior a los 40 años, destacándose principalmente en los Fideicomisos Inmobiliarios.

El fideicomiso mexicano es una institución inspirada en el Trust del Derecho inglés y el estadounidense, sin embargo algunos autores afirman que su antecedente viene del Derecho Romano, porque ahí nacen los primeros contratos de fideicomissum.



En los países Americanos, cuyas leyes están inspiradas en el Derecho Romano, se ha venido conociendo y operando en mayor o menor grado, ciertas operaciones de confianza, y dentro de ellas se destaca de manera particular y especial el fideicomiso.

A.2 Venezuela: En el año 1956, se promulga la primera y única ley de Fideicomiso de Venezuela, la cual tuvo su inspiración en la legislación Mexicana, país que como ya se indicó, ha tenido un singular desarrollo en operaciones fiduciarias.

En el año 1971, se comienza a utilizar esta ley para celebrar los primeros contratos de Fideicomiso de Prestaciones Sociales para los empleados de la Industria Petrolera. Estos contratos tenían la finalidad de recibir en fideicomiso para su inversión y administración, las prestaciones sociales de los trabajadores de la industria petrolera. Esto constituye en Venezuela, una innovación dentro de los negocios y operaciones bancarias, siendo un estímulo inmediato para la mayoría de los grandes bancos, que no perdieron el tiempo en captar la importancia de los negocios fiduciarios, tanto de las operaciones como los ingresos propios del mismo, y su perspectiva de complementación con los negocios financieros rentables, que abría esta nueva y desconocida figura.

Desde el año 1980 hasta la presente fecha, se ha desarrollado con reconocida importancia en el ámbito bancario venezolano, la figura del fideicomiso, siendo en especial, la herramienta de apoyo más importante para el Sector Público, en el manejo de sus recursos para fines sociales, económicos y financiero en provecho del país.



A.3 Colombia: En Colombia, la herramienta financiera que ha sido utilizada para administrar los recursos estatales para el desarrollo de los diversos proyectos de interés general es la “fiducia pública”. Este instrumento se encuentra regulado en el Estatuto General de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993, Artículo 32 numeral 5). Se trata de un contrato autónomo e independiente entre la sociedad fiduciaria y la entidad estatal fideicomitente. Sin embargo, no existe traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo propiamente dicho, como ocurre en nuestro país.

A.4 Chile: En la República de Chile, no existe formalmente la figura del fideicomiso público, tal como ocurre en nuestro país. Sin embargo, en términos operativos existen mecanismos similares al fideicomiso que permiten que los fondos públicos sean administrados por entidades privadas. Los ejemplos más significativos de este tipo de acuerdos son: el Programa de Educación Chile Califica, y algunos otros programas de fomento agrícola e industrial como el Programa Transferencia Tecnológica.

En Chile se ha discutido ampliamente la posibilidad de hacer uso del “fideicomiso ciego” como una herramienta para evitar el conflicto de intereses en las inversiones efectuadas por las entidades estatales. En este sentido, se propone que se evite todo contacto entre el fiduciario y el fiduciante con objeto de evitar el pago de facturas políticas.

A.5 Uruguay : El fideicomiso en Uruguay se encuentra definido en la Ley No. 17.703 del 27 de octubre de 2003, como “el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o



personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designado en el mismo, y la restituya, al cumplimiento del plazo o condición, al fideicomitente o la trasmita al beneficiario”.

De acuerdo con la naturaleza de las personas que intervienen en el fideicomiso, éste puede clasificarse en privado o público, y toda figura de este tipo debe registrarse ante la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura.

En Uruguay, para que un fideicomiso sea considerado como fideicomiso público no basta que los participantes sean entes públicos; además debe responder a un interés público y contar con bienes públicos que deben conformar el patrimonio fiduciario. Las doctrinas jurídicas que en ese país se han elaborado acerca del fideicomiso público apuntan a ubicar al Estado en la posición de fideicomitente; alguna entiende que podría ser beneficiario también. Sin embargo, ninguna le atribuye, en principio, la calidad de fiduciario.

A.6 Argentina: En la Argentina los fondos fiduciarios públicos surgieron y vieron su crecimiento en los años 90 a partir de la sanción de la Ley 24.441, creados por leyes o decretos, sin un esquema jurídico de tipología conocida en dicho país, como respuesta a los imprevistos recortes y ajustes de emergencia sobre los fondos de las distintas jurisdicciones de la Administración Pública Nacional. Esto impedía cumplir con los planes y compromisos preestablecidos. De esta manera nacieron y se desarrollaron como una nueva herramienta de ejecución presupuestaria eficiente.



En un principio se manejaban fuera del presupuesto, así fue que se incluyeron como anexo al mismo, sin que sus cuentas fueran sumadas al resto, dando inicio a serios problemas de transparencia.

A.7 En el derecho guatemalteco: El fideicomiso surge en Guatemala con la Constitución de la República del año 1945; posteriormente, se legisló en forma ordinaria sobre el mismo y se le situó en el Decreto Ley 106 (Código Civil), con la emisión del Decreto número 2-70 del Congreso de la Republica (Código de Comercio) se le trasladó al terreno Mercantil por considerar que es un negocio bancario. Posteriormente, las distintas figuras del fideicomiso han sido incorporadas a distintas leyes especiales entre ellas el fideicomiso de inversión que se encuentra regulado en el Artículo 76 del Decreto número 34-96 del Congreso de la República, Ley de Mercado de Valores y Mercancías.

El Artículo 33 del Decreto número 101-97 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Presupuesto establece: "Los recursos financieros que el Estado asigne con obligación de reembolso a sus entidades descentralizadas y autónomas para que los inviertan en la realización de proyectos específicos de beneficio social y que produzcan renta que retorne el capital invertido, podrán darse en fideicomiso. Asimismo, los fondos sociales podrán ejecutar sus proyectos bajo dicha figura. Los fideicomisos se constituirán en cualquier banco del sistema."

Como parte del control sobre los recursos públicos que se operan bajo la figura de fideicomisos, en Guatemala se han establecido entre otras medidas las siguientes:



- Desde la formulación del presupuesto de las entidades se deben de incluir los recursos para tal efecto, especificando objetivos y metas del año que corresponda.
- Para la dotación de fondos al fideicomiso, ésta se hará mediante solicitud por escrito a la Tesorería Nacional del Ministerio de Finanzas Públicas, acompañada por el estado de cuenta del fideicomiso correspondiente. Dicha dependencia dará su autorización después de verificar la información relativa.
- Se llevará registro de las operaciones en los registros contables.

En consonancia, existe un esquema relativamente avanzado en cuanto a la rendición de cuentas de los fideicomisos públicos. La Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas en el Artículo 2, establece que corresponde a dicho organismo la función fiscalizadora. Para realizar auditorías a los fideicomisos públicos se utilizan las Normas de Auditoría Gubernamental emitidas por la propia Contraloría.

Asimismo, la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Finanzas Públicas se encarga de llevar un registro de los fideicomisos constituidos por las diferentes entidades. Esta Dirección también participa en el proceso de contratación y evalúa la ejecución financiera de los fideicomisos públicos.

Los bancos fiduciarios deben de enviar de manera mensual los estados financieros de los fideicomisos para su evaluación y seguimiento. La Contraloría recibe copia de cada



contrato de fideicomiso para contar con un registro general de ellos y como fuente de información para la planificación de sus auditorías.

Derivado del estudio realizado a la aplicación del fideicomiso en los diferentes países que utilizan este instrumento jurídico con intervención del Estado, es actualmente sinónimo de insuficiente control. Esencialmente esta figura es empleada en el ámbito público, para canalizar tasas o impuestos que pagan los ciudadanos o usuarios de determinados servicios públicos para que el fideicomiso en cuestión realice acciones específicas y que además, cuentan con un aporte presupuestario.

Asimismo, los fideicomisos públicos en los diferentes países que utilizan este instrumento jurídico, han crecido sin un control en la transparencia y rendición de cuentas, lo cual necesita atención en momentos como el actual, ya que con este mecanismo se están financiando obras de infraestructura y diferentes inversiones relacionadas con los servicios públicos.

4.8 Abuso y fraude de ley

Los fideicomisos públicos a diferencia de los fideicomisos privados sólo pueden constituirse para desempeñar una función social, con la finalidad de ser una forma eficiente y transparente de las necesidades de la población o de interés público, para proteger a ciertas clases o grupos sociales. Dicho instrumento, deja de ser una simple forma contractual que rebasa el marco de la legislación meramente mercantil, la cual le



es aplicable en lo general, para dar lugar a una variada legislación específica de carácter administrativo.

En los últimos años las administraciones públicas han acudido al fideicomiso con el argumento de que trata de un instrumento ágil que permite atender problemas económicos y sociales urgentes o abocarse a la realización de un fin lícito, de interés público, aprovechando tales tareas la personalidad jurídica, la experiencia y asesoría técnica de personas calificadas como las instituciones bancarias y financieras.

En virtud de que el fideicomiso público no está regulado, los contratos a través de los cuales se constituye son diseñados a la medida de qué, cómo y quién va gastar, sin fiscalización alguna. Dicho instrumento se ha utilizado para evadir las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que los contratos y compras son discrecionales, las contrataciones de personal no se ajustan a la Ley de Servicio civil ni a los regímenes de seguridad social, de probidad, y de control por parte de la Contraloría General de Cuentas, como ente fiscalizador de los fondos públicos.

Adicionalmente a estas formas de evadir, también se pueden mencionar que la utilización de esta figura, en algunos casos, es para evitar que los recursos públicos, que no son ejecutados en su totalidad durante un período fiscal, sean depositados en el fondo común, tal como lo establece el Artículo 38 de la Ley Orgánica del Presupuesto.

También es pertinente indicar, que los administradores de los fideicomisos públicos manejan la teoría de que los bienes fideicometidos, en especial dinero, pasan a



propiedad del fiduciario; por lo que al no ser ya bienes estatales los mismos no están sujetos a controles estatales. Asimismo, el patrimonio fideicometido puede ser ampliado a discreción, en forma ilimitada e indefinida, sin que medie autorización.

La ausencia de regulación de los fideicomisos públicos da lugar, entre otras cosas, a:

- a) Que se constituyan conforme a lo que discrecionalmente se consigna en los acuerdos o resoluciones emitidos por los respectivos organismos, instituciones y entidades estatales, atendiendo referencialmente a lo que dispone al respecto el Código de Comercio, que contiene normas de derecho privado.
- b) Es una tácita privatización de los fondos públicos transferidos al fideicomiso, en virtud de que el Estado deja de tener el control sobre el patrimonio fideicometido, manejándose con la más absoluta confidencialidad y secreto, ya que resulta difícil el acceso a la información.
- c) Se desnaturaliza la figura del fiduciario ya que la administración se delega en comités técnicos, quienes a su vez no tienen la capacidad o el conocimiento del manejo de las líneas de actividad. Adicionalmente, no presentan declaraciones juradas patrimoniales ni rinden cuentas de su gestión, a pesar de que administran fondos públicos.
- d) La fiscalización la realizan firmas de auditoría independientes, dejando fuera a la Contraloría General de Cuentas, quién es el ente fiscalizador constitucionalmente



de los fondos públicos. Al respecto la Contraloría General de Cuentas, debiera ser la rectora de los exámenes de los auditores externos relativos.

- e) La utilización dentro del instrumento jurídico al fideicomitente adherente, quien al efectuar sus aportes al fideicomiso se convierte en un inversionista, ya que gozará del capital y sus productos o rendimientos.

Además, es conveniente mencionar que los fideicomisos públicos escudados en el secreto bancario han incumplido con la Ley de Acceso a la Información Pública, al no entregar el informe a la Procuraduría de los Derechos Humanos, quién es el órgano rector.

El Decreto número 57-2008 del Congreso de la República, Ley de Acceso a la Información, que entró en vigencia el 21 de abril de 2009, desarrolla dos preceptos. El primero es sobre el derecho que toda persona interesada tiene en obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que solicite y la exhibición de los expedientes que desee consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia; y el segundo, sobre el derecho de que toda persona interesada tiene de conocer lo que de ella conste en archivos y registros estatales y la finalidad a que se dedica esta información.

Además, dicho cuerpo legal pone en el mismo plano, como sujetos obligados, al Estado, funcionarios y empleados públicos, y a las empresas, administradores, gerentes



y empleados de la iniciativa privada, haciéndolos sujetos pasivos de la Ley cuando se vinculan con el Estado. Asimismo de cubrir los organismos, municipios, dependencias, entidades o entes estatales, también abarca a toda persona individual o jurídica, pública o privada, nacional o internacional, que perciban, inviertan o administren fondos públicos. De manera que, las entidades privadas que ejerzan funciones públicas, o que reciban, manejen o administren fondos o recursos públicos, o que tengan como fuente de ingreso total o parcial, recursos, subsidios o aportes del Estado, o a quienes se les haya otorgado permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual la explotación de un bien del Estado, estarán sujetas a la Ley de Acceso a la Información Pública.

Derivado de lo anterior, la premisa fundamental de la Ley antes mencionada, contenida en el Decreto número 57-2009, es garantizar el acceso a la información gubernamental que permita la investigación al ciudadano del uso y destino de los recursos públicos, así estén depositados en fideicomisos o en cuentas bancarias. En este marco, la protección que por su parte otorga la ley bancaria (secreto bancario), está referida exclusivamente a las propias instituciones bancarias y fiduciarias, en virtud de que la información que poseen corresponde a un tercero.

4.9 Responsabilidad de las personas al servicio del Estado

Es propio de un estado democrático de derecho, como el nuestro, que mientras los particulares pueden hacer todo lo que no les está prohibido, sus funcionarios tan sólo pueden hacer lo que el ordenamiento jurídico les permite. Tal principio, constituido para



garantizar la vigencia de un orden justo, ajeno a la arbitrariedad y, que consecuentemente expulsa el abuso del poder, está contemplado en Artículo 154 de la Constitución, que literalmente dice “Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”. Asimismo, señala en su segundo párrafo que los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno.

La responsabilidad que se impone a los funcionarios públicos por extralimitar sus funciones, está a no dudarlo, íntimamente ligada con los principios y finalidad de la función administrativa. En efecto, la función administrativa debe desarrollarse conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, eficacia y eficiencia responsabilidad, y transparencia, máximas éstas consagradas para que aquella se desempeñe al servicio del pueblo.

Derivado de lo anterior y lo normado se impone que los funcionarios públicos están obligados a desempeñar sus deberes, atribuciones, facultades y funciones con estricto apego a la Constitución Política de la República y las leyes. En consecuencia están sujetos a responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones en que incurrieren en el ejercicio de su cargo.

La responsabilidad tiene vínculos jurídicos y de conformidad con lo que indica Guillermo Cabanellas, responsabilidad jurídica “es obligación de reparar y satisfacer por uno



mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”¹⁸.

Por eso el nominativo de funcionario público no puede ser separado de la responsabilidad y de las consecuencias por las irregularidades que cometa.

La responsabilidad sirve de control y garantía, es garantía para los ciudadanos y de control como un principio de orden y un instrumento de control para el Estado.

Atendiendo a ello, y en función de los distintos bienes o valores jurídicos que tienden a proteger o tutelar la responsabilidad de los funcionarios, se clasifican en: administrativa, civil y penal.

a. Responsabilidad administrativa: Este tipo de responsabilidad traduce la facultad disciplinaria de la administración y se presenta ante una falta de servicio cometida por el funcionario, en transgresión a las reglas de función pública.

La Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto número 89-2002, en el Artículo 8 establece: “La responsabilidad es administrativa cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta del funcionario público, asimismo, cuando se incurriere en negligencia, imprudencia o impericia o bien incumpliendo leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales a la institución estatal ante la cual están

¹⁸ Guillermo Cabanellas, **Diccionario jurídico elemental**, pág. 352.



obligados a prestar sus servicios; además, cuando no se cumplan, con la debida diligencia las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisión se cause perjuicio a los intereses públicos que tuvieren encomendados y no ocasionen daños o perjuicios patrimoniales, o bien se incurra en falta o delito”.

En general, además de la norma expuesta, las conductas susceptibles de sanciones administrativas se encuentran contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Ley de Servicio Civil, Ley Orgánica del Organismo Legislativo y Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

b. Responsabilidad civil: Se deriva del cumplimiento doloso o culposo del funcionario, del cual se deriva un daño o perjuicio a terceros, ajenos a la administración pública.

El Decreto número 89-2002, Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, en el Artículo 9 regula: “genera responsabilidad civil la acción u omisión que con intención o por negligencia, imprudencia, impericia o abuso de poder se cometa en perjuicio y daño del patrimonio público, independiente de la responsabilidad penal que se genere. Los daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad civil se harán efectivos con arreglo al Código Civil y demás disposiciones legales vigentes sobre la materia, salvo que la acción civil se decida dentro de la acción penal en forma conjunta”.



Respecto a su encuadre legal, en el Decreto número 106, Código Civil, en el Artículo 1645 señala “toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

En ese sentido, la responsabilidad civil constituye un caso de responsabilidad individual referido a cierta clase de personas y a un modo particular de proceder de las mismas con relación a determinadas actividades suyas.

c. Responsabilidad penal: Se configura por los actos u omisiones dolosas o culposas que constituyen infracciones consideradas delitos por el Código Penal o leyes especiales.

La responsabilidad penal nace en la medida en que su conducta encuadre típicamente en algunas de las reprimidas por la norma penal de fondo. Es decir, que, en este aspecto la legislación penal actúa como límite externo y negativo para el funcionario.

La Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto número 89-2002, en el Artículo 10 indica “genera responsabilidad penal la decisión, resolución, acción u omisión realizada por las personas a que se refiere el Artículo 4 de esta ley y que, de conformidad con la ley penal vigente, constituyan delitos o faltas”.

Asimismo, el Artículo 4 de la norma citada a que hace referencia el Artículo anterior, establece: “son responsables de conformidad con las normas contenidas en esta ley y



serán sancionados por el incumplimiento o inobservancia de la misma, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en el país, todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas especialmente:

a) Los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vinculo presten sus servicios en el estado, sus organismos, los municipios, sus empresas, y entidades descentralizadas y autónomas”

De conformidad con lo que regula el Artículo 18 del Código Penal el cual establece: “quien, omita impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, responderá como si lo hubiese producido”. En este caso específico los funcionarios públicos tienen el deber jurídico de impedir los resultados que han dado la constitución de fideicomisos con fondos públicos, ya que se han transferido sumas millonarias sin ningún control y supervisión.

Los delitos previstos en el Código Penal vinculados a la actuación de los funcionarios públicos, se clasifican en dos grupos: los delitos propios de estos, tales como: abuso de autoridad, incumplimiento de deberes, resoluciones violatorias a la Constitución, cohecho, malversación de fondos públicos, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito. El otro grupo, engloba los supuestos: atentado, resistencia, concusión, fraude, denegación y retardo a la justicia, quebrantamiento de pena, lavado de activos de origen delictivo.



d. Responsabilidad solidaria: De conformidad con lo que regula el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala que “cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quién sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren”. Además, indica que “la responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años”.

En este caso, tenemos el traslado de fondos que realizan de los fideicomisos constituidos con fondos públicos a las organizaciones no gubernamentales encargadas de la administración y manejo del patrimonio público, cuando concurren con sus votos a la aprobación del registro de operaciones o de pagos ilegales de fondos y uso indebido de bienes, valores, enseres o productos, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que de tales acuerdos pudieran derivarse. Esta disposición será aplicable a los concejos municipales.

4.10 Leyes que regulan al fideicomiso en Guatemala

Al igual que todo contrato mercantil, el fideicomiso en Guatemala, se encuentra regulado por leyes específicas que norman su forma de constitución, su funcionamiento y aplicación, así como lo relativo a su aspecto impositivo, lo que hace de esta institución mercantil una verdadera figura jurídica de derecho privado.

Las leyes que regulan el fideicomiso en Guatemala, son:



1. El Decreto número 2-70 del Congreso de la República, "Código de Comercio.
2. Leyes Orgánicas de Constitución de Bancos
3. Ley del Impuesto Sobre La Renta y su Reglamento
4. Otras leyes complementarias.

A continuación se realiza un breve comentario acerca de cada una de ellas:

1. Decreto número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio

En su carácter de contrato mercantil, el fideicomiso, es regulado por el Código de Comercio, que en su capítulo V, título II, del libro IV, concretamente Artículos del 766 al 793, contempla sus formas de constitución, extinción y efectos de la misma, elementos objetivos, elementos personales y lo relativo a derechos y obligaciones de éstos.

Además, lo referente a impuestos que pueden serles aplicables aparte del Impuesto Sobre La Renta y por último lo relativo a los honorarios del fiduciario.

Asimismo, en el capítulo XV del título I del libro II, Artículos 609 al 614 de la citada norma, regula lo relacionado a los títulos de crédito denominados "Certificados Fiduciarios" que pueden ser emitidos como consecuencia de los fideicomisos constituidos con esa finalidad.

Con respecto a otros impuestos que puedan afectar al fideicomiso, el Artículo 792 segundo párrafo del Código de Comercio, textualmente establece que "El contrato o



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

2. Leyes orgánicas de constitución de bancos

Los bancos contemplan y delimitan claramente en sus respectivas leyes orgánicas de constitución, las funciones y operaciones relacionadas con el fideicomiso.

Las leyes orgánicas de los bancos se encuentran contenidas en decretos del Congreso de la República, tal es el caso del Crédito Hipotecario Nacional que se encuentra contenido en el Decreto número 25-79 de fecha 25 de mayo de 1979.

3. Decreto número 26-92 del Congreso de la República, Ley del Impuesto Sobre la Renta

En el aspecto impositivo, los fideicomisos son regulados por la Ley del Impuesto Sobre la Renta y su reglamento, estableciendo que esta afecta al impuesto, la renta total que obtengan en el país los fideicomisos y que éstos tiene obligación de presentar declaración jurada, la que deberá ser firmada por el fiduciario.



De lo anterior, se deduce que el fideicomiso será un sujeto de gravamen, independiente de las partes que lo constituyen.

4. Leyes complementarias

Tienen participación en la regulación del fideicomiso, la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto número 19-2002 del Congreso de la República, específicamente el Artículo 41 que se refiere a las operaciones de confianza que podrán efectuar los bancos, estableciendo en el inciso c), que éstos podrán realizar cobros y pagos por cuenta ajena y efectuar otras operaciones por encargo de sus cliente siempre que sean compatibles con el negocio bancario, que es donde encajan las operaciones de fideicomiso.

4.11 Esquema de escritura de fideicomiso

Para la elaboración de la constitución de un fideicomiso se tomaron en cuenta las exigencias requeridas por la legislación (Código de Comercio, Código Notariado, Código Civil, Ley de Organismo Judicial, Acuerdos Gubernativos).

La escritura la dividimos en tres partes: a) introducción, b) cuerpo y c) cierre.

a) Introducción: El Artículo 771 del Código de Comercio establece que el contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública, por lo que se exige cumplir con las



disposiciones señaladas en el Artículo 29 del Código de Notariado relacionada con los instrumentos públicos; tales son:

1. Número de orden la escritura
2. Lugar, día, mes y año del otorgamiento
3. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes
4. La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de los derechos civiles.
5. La identificación de los otorgantes, cuando no los conociere el Notario, por medio de sus cédulas de vecindad, o el pasaporte, o por medio de dos testigos conocidos por el Notario, o por ambos medios, cuando así lo estimare conveniente.
6. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acreditan la representación legal de los comparecientes en nombre de otro e indicación de lugar, fecha y funcionario o Notario que los ha autorizado, si a juicio del Notario y de conformidad con la Ley son suficientes para el otorgamiento de este acto. De conformidad con el Artículo 767 del Código de Comercio, se necesita poder especial para constituir un fideicomiso.



El Artículo 769 del Código de Comercio permite que el fideicomisario no sea individualmente designado en el acto constitutivo, siempre que en el documento de constitución se establezcan normas o reglas para su determinación posterior, es decir que la comparecencia del mismo en la escritura de constitución no es necesaria.

b) **Cuerpo:** Debe contener la relación fiel, concisa y clara del contrato, y de acuerdo a la práctica fiduciaria y con nuestra legislación, por lo menos debe contener las siguientes cláusulas:

PRIMERA: (ANTECEDENTES) De ser posible, hacer un resumen de los hechos que dieron motivo a la constitución del fideicomiso.

SEGUNDA: (DENOMINACIÓN) Es conveniente especificar expresamente quién es el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

TERCERA: (CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO) Manifestación de la voluntad expresa del fideicomitente de constituir el fideicomiso e indicar el fin para el que se constituye el fideicomiso.

CUARTA: (PATRIMONIO FIDEICOMETIDO) Especificación detallada de los bienes que se transmiten en fideicomiso; si fueren inmuebles, indicación de su número finca, folio, libro y departamento donde se encuentra el bien, de conformidad con la inscripción en el Registro de la Propiedad, número catastral y cualquier otro dato para su mejor



identificación, al igual que si se tratara de muebles sujetos a registro. Asimismo, de conformidad con lo que regula el Artículo 771 del Código de Comercio los bienes fideicometidos deben estimarse en su valor, haciendo constar dicho valor en esta misma cláusula y por seguridad jurídica, el fideicomitente deberá declarar la existencia o no de gravámenes que pesen sobre el patrimonio fideicometido. Si los bienes consistieran en muebles no registrables, se debe indicar si el fiduciario ya los ha recibido y, en caso contrario, la forma, lugar y tiempo en que serán transmitidos.

QUINTA: (OBJETO DEL FIDEICOMISO) Se debe ser claro al especificar cuál es el objeto del fideicomiso, para estar en congruencia con el contrato y con la clase que se constituya.

SEXTA: (OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO) Es conveniente dejar detalladas las obligaciones del fiduciario y las demás que se convengan, en forma expresa y clara, en el cuerpo de la escritura, a pesar de que el Artículo 785 del Código de Comercio las establece.

SEPTIMA: (DERECHOS DEL FIDUCIARIO) Que aún cuando el Código de Comercio en el Artículo 783 establece los derechos que tiene el fiduciario con el fin de prever la solución de posibles problemas en el futuro, se aconseja indicarlos y los que por acuerdo de las partes se le otorguen.

OCTAVA: (HONORARIOS DEL FIDUCIARIO) Constituyen un derecho previsto por el Artículo 793 del Código de Comercio los cuales pueden quedar establecidos en la



cláusula anterior, pero por razones técnicas, si el fiduciario se compromete expresamente a no percibir ninguna remuneración por su gestión, es mejor dejarlo establecido en cláusula aparte.

NOVENA: (DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE) Los Artículos 780 y 786 del Código de Comercio, le confieren ciertos derechos irrenunciables al fideicomitente; asimismo, el inciso 5º. del Artículo 787 del citado cuerpo legal, le permite reservarse expresamente el derecho de revocar el fideicomiso. En cuanto a las obligaciones del patrimonio fideicometido, salvo que se estipule algo en contrario, responderá solamente por el saneamiento de dicho patrimonio, ya sea por evicción o por vicios ocultos según Artículos 1543 al 1545 del Código Civil y 766 del Código de Comercio.

DÉCIMA: (DETERMINACIÓN DEL FIDELICOMISARIO) En el caso de que no se designe individualmente al fideicomisario, en ésta cláusula se deben dar las normas o reglas para su determinación posterior.

DÉCIMA PRIMERA: (OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL FIDELICOMISARIO) El fiduciario carece de obligaciones, salvo que, por disposición de las partes, le fueren impuestas alguna o algunas, como podría ser el pago de los honorarios al fiduciario. En cuanto a los derechos, se encuentran preceptuados en el Artículo 788 del Código de Comercio, serán estos más los que por disposición expresa, le sean otorgados por las partes, en virtud de lo cual se debe dejar estipulado cuáles son los derechos y obligaciones claramente.



DÉCIMA SEGUNDA: (PLAZO) De conformidad con el Artículo 787 del Código de Comercio, el plazo de un fideicomiso no debe ser mayor de 25 años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable, institución de asistencia social o el propio Gobierno, en cuyo último caso, el Acuerdo Gubernativo deberá hacer manifestación expresa al respecto.

DÉCIMA TERCERA: (COMITÉ TÉCNICO) En esta cláusula se debe especificar los siguientes puntos: a) formación, b) atribuciones, c) remuneración y forma de remunerarse a los miembros, d) tiempo que desempeñarán las funciones, e) causas para removerlos, f) forma de sustituirlos.

DÉCIMA CUARTA: (EXTINCIÓN) De conformidad con los Artículos 787 y 788 del Código de Comercio, encontramos las causas de extinción del fideicomisos y sus efectos. Si en caso se pactara alguna otra causa, se debe dejar establecido en esta cláusula, juntamente con las previstas por la legislación.

DÉCIMA QUINTA: (INCUMPLIMIENTO) Se puede pactar alguna cláusula penal en caso de incumplimiento de sus obligaciones por alguna de las partes.

DÉCIMA SEXTA: (CONTROVERSIAS) En caso de suscitarse entre las partes algún conflicto, es conveniente que se establezcan normas para solventarlos; entre las que podemos mencionar: a) vía sumaria, b) renunciamiento de las partes al fuero de su domicilio y sometimiento de las mismas a los tribunales del lugar de otorgamiento de la escritura; c) señalamiento expreso de las partes del lugar para recibir notificaciones y



citaciones, aceptando como buenas las que en ese lugar se las hagan, salvo que por escrito y en forma auténtica hubieran indicado cualquier cambio.

DÉCIMA SÉPTIMA: (MODIFICACIÓN) Los términos del contrato podrán ser modificados así como también ampliados. Cualquier modificación debe constar en escritura pública.

DÉCIMA OCTAVA: (ACEPTACIÓN) La aceptación del fiduciario, de acuerdo con el Artículo 770 del Código de Comercio, debe ser expresa.

c) Cierre

De acuerdo con el Artículo 29 y 31 del Código de Notariado, deberá contener:

- a) La dación de fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes respectivos.
- b) La transcripción de las resoluciones y Acuerdos pertinentes, si fuera el caso.
- c) La dación de fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.
- d) La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto y obligación de registrarlo, si en el patrimonio fideicometido hubieren bienes sujetos a inscripción.
- e) Las firmas de los otorgantes y del Notario.



Nota: Es así como se puede demostrar que el contrato de fideicomiso se elabora de conformidad con lo que regula el Código de Comercio; ahora bien, es pertinente indicar que en virtud de que no existe ley sobre fideicomisos públicos, es importante hoy por hoy, considerar los aspectos siguientes, que en la escrituración de un fideicomiso público debe contener:

Que los fideicomisos públicos son instrumentos jurídicos creados por la Administración Pública para cumplir con una finalidad lícita y determinada, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de recursos aportados por el Gobierno y administrados por una institución fiduciaria.

Asimismo, mediante la figura legal del fideicomiso se da seguimiento a diversos proyectos y programas estatales.

La operación de los fideicomisos públicos requiere estar sujeta a las leyes aplicables, así como a los decretos que ordenen su constitución, a las reglas de operación y los lineamientos que se establezcan a fin de lograr una gestión eficaz y transparente, para dar seguimiento a los diversos proyectos o programas del Estado mediante la figura del fideicomiso.

Existen lineamientos de carácter obligatorio para todas las dependencias del Estado, los comités técnicos y las instituciones financieras que funjan como fiduciarias, entre las que se pueden mencionar:



Previo a la suscripción del contrato de fideicomiso, se deberá contar, por parte de la dependencia solicitante-fideicomitente-, con los recursos presupuestales necesarios. En caso contrario no se autoriza la formalización del contrato.

Una vez acordados los términos del contrato con las partes, se debe publicar en el Diario Oficial, la constitución del fideicomiso.

Se debe seleccionar a la institución fiduciaria que prestará con tal carácter, sus servicios, según lo establecido en el contrato de fideicomiso. Dicha selección se hará tomando en consideración la naturaleza del fideicomiso, los programas a desarrollar, sus fines e incluso el origen de los recursos.

Para el desarrollo de los trabajos y actividades que lleve a cabo el grupo de trabajo designado por el Comité Técnico, éste elaborará las reglas de operación cuando el fideicomiso del que se trate así lo requiera, previa opinión favorable de la Contraloría General de Cuentas.

Con el objeto de coordinar las acciones de trabajo necesarias con las diferentes dependencias, a fin de controlar la información presupuestaria y contable para integrar la documentación que debe contener la cuenta y razón del erario del fideicomiso deben proporcionar mensualmente a la entidad (fideicomitente) que lo constituyó, la información sobre la situación del patrimonio fideicometido, tal como, balances generales o de situación financiera, presupuesto de ingresos y egresos, conciliaciones bancarias, plan operativo anual, etc.



Los integrantes o miembros de los Comités Técnicos como órganos auxiliares, salvo el representante del fiduciario, para el adecuado funcionamiento de los fideicomisos públicos, deben ser funcionarios públicos designados por las dependencias, debiendo para el efecto cumplir con lo que establece el Decreto número 89-2002 del Congreso de la República, Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos.

Será obligación del Comité Técnico del fideicomiso autorizar el presupuesto de ingresos y egresos, el cual deberá sujetarse a los lineamientos para la elaboración de los proyectos de presupuestos anuales de conformidad con la estructura programática del presupuesto que regula el Decreto número 101-97 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Presupuesto.

No se podrán realizar acciones, ni pago alguno que no esté considerado en el presupuesto autorizado.

El Comité Técnico se abstendrá de autorizar acuerdos y de formalizar y/o modificar convenios cuando dichas acciones generen o comprometan erogaciones superiores a lo presupuestado, si no se cuenta con la ampliación presupuestal que soporte tales compromisos, y esté considerado dentro de los fines del fideicomiso.

Queda prohibido comprometer recursos que formen parte del patrimonio fideicometido, correspondiente a ejercicios anteriores o subsecuentes al ejercicio en curso.



La estructura operativa del fideicomiso público, en caso de que exista incumplimiento a normas y regulaciones legales o aspectos de control interno, será corresponsable con el fiduciario, por lo que deberán observar la normativa aplicable a la realización de los proyectos o programas y acciones a su cargo.

Expresar en los contratos de fideicomisos las condiciones generales y específicas para subcontratar.

Le corresponde a la Contraloría General de Cuentas de conformidad con lo que regula la carta magna y a los órganos de control de cada dependencia, la estricta vigilancia y el cumplimiento de los lineamientos. Asimismo, vigilar que las adquisiciones que se lleven a cabo con cargo al patrimonio del fideicomiso, se realicen en apego a los presupuestos, lineamientos, ordenamientos legales correspondientes a los fines del fideicomiso.

Cuando se contraten firmas de auditoría externa, debe ser de conformidad con lo que regula la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, ya que es el órgano rector del sector gubernamental.

La obligación de revisión y auditoría permanente de parte de la auditoría interna del ente fideicomitente, tanto sobre las actividades y operaciones del fideicomiso, en la medida de su transcurso y de ser posible, proactivamente.



Y por último, se debe aplicar la Ley de Acceso a la Información Pública, en virtud que las dependencias estatales que intervienen en los fideicomisos públicos como fideicomitentes –titular de la información-, no tienen impedimento legal para otorgar acceso a cualquier documento relacionado con dichos fideicomisos.



CONCLUSIONES

1. La primera incorporación del fideicomiso en el medio latinoamericano fue incluida en el Trust. En Guatemala, la institución del fideicomiso fue reconocida y aceptada como figura inspirada en el Trust Anglosajón, y fue contemplada en la Constitución Política de la República de Guatemala del año 1945. Con esta incorporación normativa, se introdujo como institución jurídica el fideicomiso privado.
2. El fideicomiso por poseer características propias no lo podemos asimilar con alguna figura jurídica de la legislación guatemalteca, derivado del carácter evolutivo del derecho, razón por la cual afirmamos que su naturaleza jurídica es la de un contrato mercantil sui generis, revolucionario por su novedad en el ordenamiento jurídico, y que ha demostrado tener en la práctica, gran utilidad.
3. El fideicomiso contempla innumerables beneficios para las partes que en él intervienen y su aplicación ofrece una gama de posibilidades de servicio tan amplias como el talento y la creatividad humana, y como instrumento eficaz que el hombre ha ideado para la protección familiar, su utilización no exige erogaciones excesivas, únicamente la aceptación expresa del fiduciario.



4. El fideicomiso público no está regulado en el marco jurídico guatemalteco; los contratos a través de los cuales se constituye son diseñados a la medida de qué, cómo y quién va a gastar sin fiscalización alguna, instrumento que se ha utilizado para evadir las disposiciones de la Ley de Contrataciones, por lo que los contratos y las compras de bienes y servicios son discrecionales.

5. Actualmente los fideicomisos públicos, se manejan bajo absoluta confidencialidad y secreto ya que resulta imposible el acceso a la información, en virtud de que el patrimonio fideicometido al pasar al fiduciario, ya no se considera bien estatal, por lo que el control, por parte de las instituciones encargadas de realizar el mismo, resulta complejo y difícil, si no, imposible.



RECOMENDACIONES

1. Que el Organismo Ejecutivo presente una iniciativa de ley para crear un marco normativo regulatorio integral del fideicomiso público, que incluya los objetivos para la determinación de la conveniencia y viabilidad de su constitución, ejecución, modificación y extinción, estableciendo medidas de control, así como la rendición de cuentas, en virtud de la desnaturalización evidente para omitir los procedimientos y controles establecidos en las leyes.
2. Que el Organismo Ejecutivo, las entidades autónomas y descentralizadas, definan la forma de utilización racional y controlada de los fideicomisos con fondos públicos, para asegurar y demostrar la transparencia de la gestión y de la inversión de los fondos fideicometidos, ya que la institución del fideicomiso puede ser una herramienta valiosa dentro del fortalecimiento económico y social del país, buscando el beneficio y respuesta al interés general.
3. Que el Organismo Ejecutivo, las entidades autónomas y descentralizadas, cumplan con lo que regula la Constitución Política de la República de Guatemala en la constitución de fideicomisos con fondos públicos, respecto que los bienes nacionales solo podrán ser enajenados en la forma que determina la ley. La norma que regula la enajenación de los bienes nacionales es la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.



4. Que el Ministerio Público actué de oficio en la constitución de un fideicomiso con fondos públicos, ya que implica la enajenación de bienes del Estado, sin cumplir con los requisitos que la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento establecen, lo que significa abiertamente fraude de ley, al evadir las disposiciones contenidas en la misma, lo que implica la comisión de un delito.

5. Que el Organismo Ejecutivo presente una iniciativa de ley para reformar la Ley de Bancos en lo relacionado al secreto bancario, con el objeto de establecer la transparencia en la gestión de los fideicomisos públicos y hacer efectiva la rendición de cuentas a los ciudadanos, así como, cumplir con la Ley de Acceso a la Información ya que los bancos como sujetos pasivos deben proporcionar la información solicitada por quien desea conocer el uso y destino de los impuestos que paga.



BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. **"Derecho bancario"**, 4ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1991.

BATIZA, Rodolfo. **"El fideicomiso"**, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1976.

BATIZA, Rodolfo. **"Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria"**, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1977.

BOJALIL, Julián. **"Fideicomiso"**, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1963.

CABANELLAS, Guillermo. **"Diccionario enciclopédico de derecho usual"**, tomo II y VII 27ª. Ed., revisada, corregida y aumentada, Madre, España, Ed. Heliasta 2001

CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS. **"El Fideicomiso Público"**. Revista Contraloría al Día No. 1. Guatemala, Editorial Contraloría General de Cuentas. Enero 2010, Páginas 22.

DÍAZ DUBÓN, Carmen y Lizett Nájera de Flores. **Derecho Financiero I**. 2ª. Edición. División Editorial Vásquez Industria Litográfica. Guatemala 2005, Páginas 112.

DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. **"Conferencia sobre El fideicomiso en México"** Diciembre 2005, Páginas 12.

FELABAN y ASOCIACIÓN BANCARIA DE GUATEMALA. **"XVII Congreso Latinoamericano de Fideicomisos en Guatemala"**. Del 17 al 19 de octubre 2007, Páginas 7.

GARCIA GARRIDO, Manuel de Jesús. **"Diccionario de Jurisprudencia Romana"**, Madrid, España, Ed. Dykinson S. L. 2000.



KARIN, Herman. **"El Fideicomiso en Garantía en Guatemala"**. Guatemala, Octubre 2007, Páginas 12.

MINISTERIO DE FINANZAS PÚBLICAS. **Manual para la Administración de Fideicomisos de la Administración Central**. Guatemala, Diciembre 2005, Páginas 24.

OJEDA SALAZAR, Federico. **"Exposición de motivos del Código de Civil de Guatemala"**, Imprenta José de Pineda Ibarra, Guatemala 1965.

OSSORIO, Manuel. **"Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales"**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta S.R.L. 2004.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. **"Contratos bancarios"**, 2ª. Edición, Biblioteca FELABAN, Bogotá 1979.

VASQUEZ MARTINEZ, Edmundo. **"Instituciones de derecho mercantil"**, 1ª. Edición, Serviprensa Centroamericana, Guatemala, C.A. 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **"Derecho mercantil guatemalteco"** Tomo III, 5ª. Ed, Guatemala, Guatemala, Ed. Universitaria, 2001.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto Número 2-70 Congreso de la República de Guatemala, 1970.

Ley del Organismo Judicial. Decreto Número 2-89 Congreso de la República de Guatemala, 1989.



Ley Orgánica del Presupuesto. Decreto Número 101-97 Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Código Tributario. Decreto Número 6-91 Congreso de la República de Guatemala 1991.

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto Número 19-2002 Congreso de la República de Guatemala. 2002

Ley Orgánica del Banco de Guatemala. Decreto Número 16-2002 Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley de Supervisión Financiera. Decreto Número 18-2002 Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley de Libre Negociación de Divisas. Decreto Número 94-2000 Congreso de la República de Guatemala, 2000.

Ley Monetaria. Decreto Número 17-2002 Congreso de la República de Guatemala 2002.

Ley del Mercado de Valores y Mercancías. Decreto Número 34-96 Congreso de la República de Guatemala, 1996.

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto Número 31-2002 Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto Número 89-2002 Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley del Impuesto Sobre La Renta. Decreto Número 26-92 Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley de Acceso a la Información. Decreto Número 57-2008 Congreso de la República de Guatemala, 2008



Carta de las Naciones Unidas, Firmada en San Francisco el 26 de Junio de 1945.