

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



GUATEMALA, JUNIO DE 2019

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

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN EMPRESARIAL



TESIS

**Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala**

Por

JORGE JOSÉ DANIEL SOTO XILOJ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2019

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carias Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Gerardo Prado
Vocal: Licda. Dora Renee Cruz Navas
Secretario: Lic. Eduardo Samuel Camacho De La Cruz

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Carmen Patricia Muñoz Flores
Vocal: Licda. María Lucrecia García Sica
Secretario: Lic. Rene Siboney Polillo Cornejo

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 26 de abril de 2018.

Atentamente pase al (a) Profesional, JOSE RANFERI HERRERA DONIS
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JORGE JOSÉ DANIEL SOTO XILOJ, con carné 200610466,
 intitulado FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN EMPRESARIAL.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

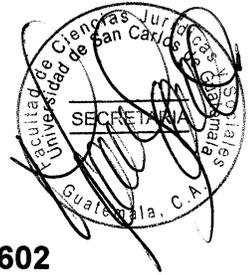
LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 23 / 07 / 18 f) _____

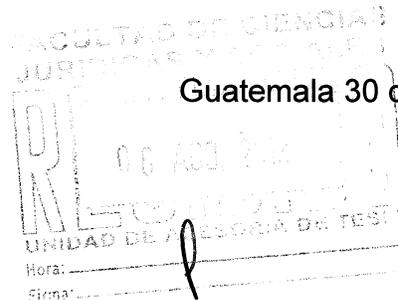
Asesor(a)
 (Firma y Sello)
Lic. José Ranferi Herrera Donis
ABOGADO Y NOTARIO





Lic. José Ranferi Herrera Donis
Abogado y Notario
Dirección: 7ª. Avenida, 7-78, z. 4, Edificio Centroamericano, 6º. Nivel, Of. 602
Guatemala
Correo: ranferih@gmail.com
Teléfono: 58094197

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Guatemala 30 de julio de 2018

Lic. Orellana:

De conformidad con el nombramiento, de fecha veintiséis de abril del año dos mil dieciocho, recaído en mi persona; he procedido a asesorar la tesis del bachiller **JORGE JOSÉ DANIEL SOTO XILOJ**, intitulado **FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN EMPRESARIAL**, en virtud de lo anterior me permito emitir el siguiente

DICTAMEN:

- I. En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis; el bachiller realizó un análisis completo de los aspectos jurídicos que viabilicen la aplicación del Fideicomiso de Administración Empresarial para rescatar empresa en crisis financiera, en el ámbito mercantil nacional.
- II. Para la elaboración del presente trabajo de investigación, se hizo un estudio exhaustivo de los aspectos doctrinarios, legales y empíricos que permitieran una mejor comprensión del tema a tratar. De manera personal me encargue de guiar al sustentante en los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científica.
- III. Para el presente trabajo de investigación, se utilizó la técnica documental, en virtud que el mismo es un estudio jurídico doctrinario del Fideicomiso de Administración Empresarial, por lo que era imperativo el estudio de la doctrina propia del mismo, legislación nacional e internacional, además de los respectivos artículos especializados en la materia.
- IV. En cuanto al desarrollo de los capítulos, el sustentante desarrolló adecuadamente cada uno de ellos, en virtud que aportó el contenido necesario acorde a la investigación; pues en los mismos se especifica el problema en



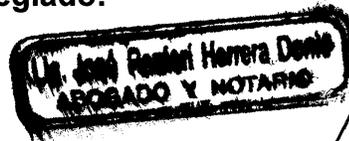
cuestión y se proponen los presupuestos necesarios para la utilización de la figura del fideicomiso de administración empresarial.

- V. En la conclusión discursiva, el bachiller expone la necesidad de modernizar la legislación nacional, en cuanto a la figura del fideicomiso, para hacer posible la inclusión del Fideicomiso de Administración Empresarial, el cual sería de gran utilidad para las empresa que se encuentren en alguna crisis financiera; esto debido a que la figura jurídica propuesta hace posible la administración de los recursos financieros de la empresa en crisis, para obtener los rendimientos necesarios y así superar los inconvenientes financieros.

- VI. Declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley del sustentante y otras consideraciones que estime pertinentes y que puedan afectar la objetividad del presente dictamen.

Considero que el trabajo de tesis del bachiller **JORGE JOSÉ DANIEL SOTO XILOJ**, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por tal motivo que me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo treinta y uno (31) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Lic. José Ranferi Herrera Donis
Abogado y Notario
Colegiado:





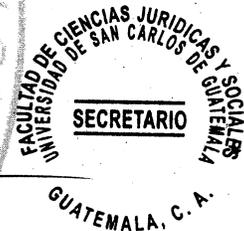
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 09 de mayo de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JORGE JOSÉ DANIEL SOTO XILOJ, titulado FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN EMPRESARIAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.



DEDICATORIA



A LA VIDA:

Por brindarme la oportunidad de existir y experimentar de todas las circunstancias que en ella se encuentran.

A MI ABUELA:

Teresa Sontay, por ser mi ángel guardián en esta vida; por brindarme tanto amor y comprensión en mis momentos difíciles; por creer en mí, cuando nadie más lo hizo; por motivarme a ser mejor. La vida no me alcanzará para agradecerle todo lo que ha hecho por mí. La amo.

A MI HIJA:

Emma Sofía Soto, por ser la razón de mí existir, porque desde que llegaste a mi vida, nada fue igual. Te agradezco, porque sin saberlo, me has hecho una mejor persona. A ti, todos mis logros y victorias. A ti bebé, todo mi corazón.

A MI MAMÁ:

Estela De Arriaga, por todo el amor y paciencia que me ha brindado a lo largo de mi vida. Sé que conmigo no fue nada fácil. Espero esté orgullosa de mí.

A MIS HERMANOS:

Damaris Surama Soto, Rolando Xiloj, Irma Guadalupe Arriaga y Miguel Antonio Arriaga, por todas sus locuras y consejos, porque de ustedes he aprendido tanto. Gracias por estar ahí cuando más lo necesitaba. Los amo como no tienen idea.

A QUIEN FUERA MI PADRE:

Miguel Ángel Arriaga, por todas tus enseñanzas, hoy más que nunca, tiene un valor incalculable.

A MIS COMPAÑEROS:

A todas esas personas que tuve el privilegio de conocer y que aportaron algo a mi vida, muchas gracias.

A MI ALMA MATER:

A la Universidad de San Carlos de Guatemala, y en especial, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



PRESENTACIÓN

El presente trabajo de investigación pertenece a la rama cognoscitiva del derecho mercantil, debido a que se enfoca en el estudio de la figura jurídica del fideicomiso de administración empresarial.

El contexto diacrónico fue la ciudad de Guatemala y el contexto sincrónico fue el periodo comprendido del año 2014 al 2015.

El objeto de estudio de este trabajo de investigación es demostrar que la inclusión del fideicomiso de administración empresarial, en la legislación nacional, representa una herramienta rentable para aquellas empresas que atraviesan por alguna crisis financiera; debido a que la versatilidad de tal figura jurídica permite la optimización de los recursos financieros, administrativos y legales. El sujeto de estudio es el fideicomiso de administración empresarial; lo cual lleva implícito el estudio de la doctrina y normas jurídicas que regulan el fideicomiso; y el análisis del derecho comparado, para determinar la utilidad del fideicomiso de administración empresarial.

En ese orden de ideas, se determina que el aporte académico del presente trabajo de investigación, es proporcionar los preceptos legales que permitan la inclusión del fideicomiso de administración empresarial en la legislación mercantil nacional, para que este pueda ser utilizado como un instrumento para rescatar a las empresas mercantiles con problemas financieros; en virtud que la información obtenida demuestra que dicha figura jurídica permite que las entidades mercantiles trasladen el control y manejo de su patrimonio a un ente fiduciario especializado, que se encargará de efectuar las operaciones pertinentes, con el fin de generar los rendimientos necesarios que posibiliten la subsistencia económica de la entidad en crisis.

El tipo de investigación realizada fue cualitativa, porque estudia el contexto en el cual se desarrolla el fideicomiso de administración empresarial.



HIPÓTESIS

La falta de modernización de la legislación mercantil nacional y otros factores de índole comercial dificultan que las entidades mercantiles o grupos corporativos que atraviesan por crisis económicas puedan salir de ellas. Ante dicha problemática, es obligación del Estado encontrar los mecanismos idóneos que ayuden y faciliten a las entidades mercantiles al manejo de tales situaciones; debido a que la subsistencia y funcionamiento de las mismas conlleva, de forma directa, al desarrollo de la economía nacional.

Es por ello, que en el ámbito internacional fue creado el fideicomiso de administración empresarial, el cual permite que una empresa mercantil otorgue a un ente fiduciario especializado, el control y manejo de su patrimonio, para que este último genere los rendimientos necesarios para sacar a la primera de su crisis económica.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El método utilizado para la comprobación de la hipótesis fue el analítico inductivo, debido a que los datos analizados señalan que, los países que regulan la figura jurídica del fideicomiso de administración empresarial otorgan a las empresas, que atraviesan por alguna crisis financiera, una opción rentable para salir de dicha situación; esto en contraposición con la legislación nacional que, por su falta de modernización, no incluye tal figura legal.

La hipótesis fue validada, en virtud que la información obtenida demuestra que la utilización del fideicomiso de administración empresarial, en el ámbito mercantil internacional, representa una herramienta útil para las empresas en crisis financiera, debido a que está diseñado exclusivamente para que las entidades mercantiles o grupos financieros puedan encargar el control, manejo y administración de su patrimonio a un ente fiduciario especializado en una materia determinada, para que este produzca los rendimientos necesarios que viabilicen la subsistencia, mantenimiento y funcionamiento del primero. Dentro de la gran versatilidad que representa el uso de dicha figura jurídica, está estructurar diferentes figuras legales, con el objetivo de agilizar las transacciones económicas propias del comercio; lo cual conlleva a un ahorro de costos y gastos, y a la optimización del patrimonio afecto.



ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Orígenes del fideicomiso.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Definición.....	3
1.3. Naturaleza Jurídica.....	5
1.4. Características.....	7
1.5. Clasificación.....	10
1.5.1. Fideicomiso de Inversión.....	10
1.5.2. Fideicomiso de Administración.....	11
1.5.3. Fideicomiso de Garantía.....	12
1.5.4. Fideicomiso de Administración Empresarial.....	14

CAPÍTULO II

2. El fideicomiso en la legislación nacional.....	19
2.1. En el derecho constitucional	19
2.2. En legislación ordinaria	21
2.2.1. En el Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.....	21
2.2.2. En el Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.....	30
2.2.3. Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala.....	31
2.2.4. Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.....	32



2.2.5. Ley de Supervisión Financiera, Decreto número 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala.....	33
2.2.6. Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114-97 del Congreso de la República de Guatemala	33
2.2.7. Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Decreto número 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala.....	34
2.2.8. Ley del Impuesto Sobre la Renta, Decreto número 26-92 del Congreso de la República de Guatemala.....	34
2.2.9. Ley del Impuesto al Valor Agregado, Decreto número 27-92 del Congreso de la República de Guatemala.....	35

CAPÍTULO III

3. El fideicomiso en el derecho comparado.....	43
3.1. En la legislación de la República del Ecuador.....	43
3.2. En la legislación de la República Oriental de Uruguay.....	46
3.3. En la legislación de los Estados Unidos de Norte América	50
3.4. En la legislación de la República Federativa de Brasil.....	52
3.5. En la legislación de los Estados Unidos Mexicanos.....	54
3.6. En la legislación de la República Argentina.....	58

CAPÍTULO IV

4. El fideicomiso de administración empresarial en Guatemala y su utilidad para rescatar empresas en crisis financiera.....	65
4.1. Consideraciones.....	65
4.2. Ventajas del fideicomiso de administración empresarial para la economía nacional	67
4.3. Propuesta de forma al Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.....	68



CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	73

INTRODUCCIÓN



El presente trabajo de investigación tiene el objetivo de proponer, los preceptos legales que viabilicen la inclusión de la figura legal del fideicomiso de administración empresarial, en la legislación nacional, para que el mismo sea utilizado por las empresas que atraviesan alguna crisis financiera.

El problema consiste en que, la legislación mercantil actual no regula la figura del fideicomiso de administración empresarial; el cual es utilizado en los países con economías más desarrolladas, para que las empresas, que se encuentran en crisis, puedan trasladar el control y manejo de su patrimonio a un ente fiduciario especializado, que se encargue de sacarlos de tales situaciones adversas.

El objetivo general del presente trabajo de investigación es demostrar que la utilización del fideicomiso de administración empresarial, en el ámbito mercantil, ofrecería a las empresas una opción viable y rentable que les permitiría salir de alguna crisis financiera; esto debido a que tal figura legal proporciona múltiples ventajas económicas, administrativas y legales.

La hipótesis fue comprobada, debido a que la información recabada demostró que el tratamiento que se le da al fideicomiso, en el ámbito nacional, en contraposición con la legislación internacional, es muy restrictivo; ya que limita a que el fiduciario sea únicamente una entidad bancaria; la cual, por su misma naturaleza, no puede ser un ente especializado en todas las materias del comercio; y esto imposibilita que sea utilizado como un vehículo para rescatar empresas en crisis financiera.

El contenido capitular de esta investigación está dividido de la siguiente manera: Capítulo I: Antecedentes históricos del fideicomiso y del fideicomiso de administración empresarial; Capítulo II: Análisis de las normas jurídicas nacionales que regulan el fideicomiso; lo cual lleva implícito un estudio a su definición, sujetos participantes, características, clasificación, constitución y terminación; Capítulo III: Análisis de las normas jurídicas internacionales que regulan las diferentes variaciones del fideicomiso,



incluyendo el fideicomiso de administración empresarial; y Capítulo IV: Se exponen los presupuestos legales que viabilizan la inclusión del fideicomiso de administración empresarial, en la legislación nacional.

El método utilizado, en el presente trabajo, fue el método lógico inductivo y la técnica utilizada fue la documental.

Este trabajo de investigación tiene como objetivo establecer los presupuestos legales que sirvan de guía, para la inclusión del fideicomiso de administración empresarial, en la legislación nacional; ya que si bien es cierto, la figura del fideicomiso si está regulada, su tratamiento es muy limitativo, debido que no permite que las entidades mercantiles, en crisis financieras, trasladen el control y manejo de su patrimonio a un ente fiduciario especializado, para que este se encargue de efectuar las operaciones pertinentes, con el fin de generar los rendimientos necesarios que posibiliten la subsistencia económica de tales empresas. Esta característica sí la ofrece el fideicomiso de administración empresarial, el cual está diseñado exclusivamente para tal fin; por lo que es utilizado, de manera frecuente, en el ámbito internacional.



CAPÍTULO I

1. Orígenes del fideicomiso

En este capítulo se expondrá la historia, definiciones, conceptos, teorías, características y elementos que conforman la figura jurídica del fideicomiso.

1.1 Antecedentes

“Sus primeros antecedentes se hallan en el Derecho Romano. La Fiducia era un contrato real por el cual una persona transmitía a otra la propiedad de una cosa, por la cual quien la recibía asumía el compromiso de restituirla a su transmitente o a utilizarla con determinado fin al cumplirse una condición o plazo establecido en el contrato. Quien transmitía la cosa era llamado “fiduciante” y quien la recibía con el fin de restituirla o emplearla con determinado fin era llamado “fiduciario”.¹”

Los eruditos del Imperio Romano crearon un conjunto de principios jurídicos, que, a su vez, dieron origen a un sistema legal civil y mercantil que rigió la vida de la sociedad romana, y que fueron desarrollándose progresivamente desde su fundación hasta la caída del Imperio, en el año setecientos cincuenta y tres de la era cristiana. El ordenamiento jurídico que se desarrolló en Roma, evolucionó de tal manera que en muchas naciones europeas y en Latino América, aún son el referente de desarrollo de esta disciplina científica.

La mayoría de aportes de instituciones jurídicas que hoy forman parte de nuestro andamiaje jurídico, es herencia del Derecho Romano.

El antecedente del contrato de fideicomiso podemos hallarlo embrionariamente a partir de la Ley de las Doce Tablas, *Ley Uti Legass Super Pecunia*, que deviene de la Ley Decenviral, donde se regulaba la herencia o sucesión legítima y la tutela, entre otros.

¹ Ferro, Héctor Raúl. **Fideicomiso**, *Boletín de Lecturas Sociales y Económicas*. Año 3, No. 13. Página 36



Posteriormente, la Ley de Voconia prohibió legar más de lo que se dejara al heredero, por lo cual este no podía ser enteramente despojado; pero el testador, al multiplicar los legados, tenía la facultad de poder reducir su parte a proporciones insignificantes.

Entonces, el fideicomiso, en el Derecho Romano, se originó como una disposición testamentaria en la que el causante solicitaba a una persona de su confianza que realizara un encargo a favor de un tercero.

“Es probable que, ya a finales de la época republicana, se recurriese a los fideicomisos para conseguir resultados que mediante la institución de heredero o de legado no era posible alcanzar, por ejemplo, beneficiar con bienes de la herencia a un extranjero que no podría ser instituido heredero ni legatario.”²

Es de esta manera que, entre la gama de instituciones que nos legó el Derecho Romano, de la figura de la Sucesión Hereditaria y los Legados, surge una figura nueva de contratación que suple algunas necesidades que el testamento no podía suplir y es así como nos encontramos con el tema de estudio de este trabajo, denominado contrato de fideicomiso.

El día veintinueve de enero de mil novecientos veinticinco, en la Gaceta Oficial de la República de Panamá, se publicó la Ley 9 de mil novecientos veinticinco, de la Asamblea Nacional de Panamá, uno de los antecedentes históricos más antiguos de Centro América, que en su Artículo 1º establece “El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que lo transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.”³

“...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

² <http://www.derechoromano.es/2012/09/los=fideicomisos.html>. **Los Fideicomisos en Derecho Romano** (consultado: 10 de septiembre de 2017).

³ **Gaceta Oficial de la República de Panamá**, número 4567. Año XXII. (29 de enero de 1925)



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.”

El texto anterior es el párrafo segundo y tercero del Artículo 28 de la Constitución de la República de Guatemala, decretada y sancionada, por la Asamblea Constituyente, el once de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, que constituye el primer antecedente del contrato de fideicomiso de la República de Guatemala. En dicho Artículo se pueden encontrar algunas características sobresalientes como: el derecho de cualquier persona de instituir el contrato, por medio de Notario, para darle seguridad jurídica, el plazo máximo con una excepción y la restricción de ejercicio.

Con la contrarrevolución en Guatemala, se decretó la Constitución del dos de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, en la cual no se encuentran cambios relevantes en cuanto al fideicomiso, excepto que ya no se hace mención de la restricción a congregaciones religiosas o ministros de cualquier culto, ni la ampliación del plazo en caso de “enfermos incurables e incapaces.”

La primera ley que reguló formalmente el fideicomiso, en Guatemala, fue el Código Civil, Decreto Ley número 106, del catorce de septiembre de mil novecientos sesenta y tres, en sus Artículos 560 al 578, pero que fueron derogados por el Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala, en donde se regula el fideicomiso en materia mercantil, y es así como con la promulgación del mencionado Decreto, se instituye formalmente, en Guatemala, el contrato de fideicomiso.

1.2 Definición

Según el Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el contrato de fideicomiso se instituye con objeto de que el



fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplir con los fines del fideicomiso.

El Diccionario de la Real Academia Española define el fideicomiso como: “Disposición por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la buena fe de alguien para que, en caso y tiempo determinados, la transmita a otra persona o la invierta del modo que se le señala.”⁴

“Utilizando una terminología más técnica, podemos decir que la persona que confía los bienes, que no sólo puede ser un testador sino también cualquier otra persona, se le llama, desde el punto de vista de este contrato, fideicomitente, es decir, la persona bajo cuya voluntad se constituye el fideicomiso. La persona que recibe los bienes y se compromete a cumplir el encargo de entrega, recibe el nombre de fiduciario. Por lo general, deberá ser una institución bancaria, pero también lo puede ser una institución de crédito que se encuentre autorizada para el efecto por la Junta Monetaria. Fideicomisario es el nombre que se le da a la persona en cuyo favor se “administran” los bienes fideicometidos, confiados de buena fe”⁵

Encontramos en esta definición que, en primer lugar, la persona que otorga el contrato de fideicomiso, puede ser una persona que otorga testamento o un caso independiente del testamento, a la cual se le denomina fideicomitente, y es quien confía los bienes de su propiedad al fiduciario, que es el nombre que se le da a la persona que, de buena fe, administrará dichos bienes.

Cabe destacar que la persona que administrará los bienes, en nuestra legislación, no puede ser más que una entidad bancaria o instituciones de crédito, al tenor del Artículo 768 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: “Solo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el

⁴ <http://dle.rae.es/?id=HrNcwXy>. **Real Academia Española**. (Consultado: 2 de Septiembre de 2017)

⁵ Ricardo Alvarado Sandoval; José Antonio Gracias Gonzáles. **El Notario Ante la Contratación Civil y Mercantil**. Editorial Estudiantil Fenix, 2009. Página 524



país. Las instituciones de crédito podrán asimismo actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria.”

La persona que se beneficia del fideicomiso es un tercero, al cual se le denomina fideicomisario; figura que está regulada en el Artículo 769 del referido cuerpo legal, donde se establece que puede ser fideicomisario cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos.

En el fragmento del artículo citado, se hace ver la necesidad “*sine quom*” para todo negocio jurídico, que es la capacidad del beneficiario, que, para el ejercicio de los derechos civiles, se adquiere por la mayoría de edad y por los menores de catorce años, para algunos actos determinados por la Ley.

El Artículo 944 del Código Civil, Decreto Ley número 106, establece que, en el fideicomiso instituido por testamento, la institución de crédito que actúe como fiduciaria no tendrá la calidad de heredero.

El Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 768, al hacer la diferenciación entre banco establecido en el país e instituciones de crédito, pareciera dejar sin efecto la prohibición del Artículo 944 del Código Civil, en cuanto a los bancos; sin embargo, ese es un extremo que habría que aclarar objetivamente en un estudio específico de ese tema.

1.3 Naturaleza Jurídica

Las legislaciones latinoamericanas han ido determinando diferentes naturalezas jurídicas para el fideicomiso, siendo las principales:

- Patrimonio autónomo.
- Patrimonio de afectación.
- Patrimonio especial o separado.



Los patrimonios autónomos, en tanto son negocios fiduciarios, se encuentran administrados y vigilados por las entidades fiduciarias debidamente autorizadas para tal efecto.

“Por definición expresa, el negocio fiduciario supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad. Ese conjunto de bienes transferida a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo. Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio de fideicomitente, titular del dominio, y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo.”⁶

Definitivamente, la definición de patrimonio autónomo expresa que los bienes que son objeto del negocio fiduciario, vienen a constituirse como autónomos, porque salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente.

“Según la teoría del patrimonio de afectación considera que de hecho una persona puede tener distintos patrimonios, en razón de que puede tener diversos fines jurídico-económicos por realizar, así como que dichos patrimonios considerados como masas autónomas, pueden transmitirse por actos entre vivos.”⁷

El Artículo 766 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, establece que: “el Fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolo a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplir con los fines del fideicomiso.”⁸

⁶ <http://wwwcomunidadcontable.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/cpto-10362-13.pdf>. **Fiducia Mercantil, Patrimonio Autónomo, Operador de Libranza**. Página 1. (Consultado: 2 de septiembre de 2017)

⁷ <http://www.definiciónlegal.blogspot.com/2012/06/teoría-del-patrimonio-afectacion.html>. **Teoría del Patrimonio de Afectación**. (Consultado: 2 de septiembre de 2017)

⁸ **Código de Comercio**. Decreto Ley número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. 1970.



Este Artículo da la pauta que, la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso es la de un contrato de patrimonio de afectación.

Sin menoscabo de lo antes expuesto, existen corrientes doctrinarias donde se plantea que las teorías, mayormente, aceptadas son:

- a) La que lo concibe como un mandato irrevocable;
- b) La que establece que es un patrimonio autónomo; y
- c) La que lo encuadra como un negocio fiduciario.

1.4 Características

En el caso de la legislación nacional, dichas características están establecidas en el Artículo 766 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el cual es necesario citar:

“Artículo 766. Características. El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplir con los fines del fideicomiso.”⁹

“Las características esenciales del fideicomiso son:

- Es multilateral: Las partes intervinientes son como mínimo tres, y todas se encuentran obligadas mediante prestaciones recíprocas.

“Los sujetos intervinientes son generalmente tres, pudiendo reducirse a dos dentro de algunas variantes que pueden asumir esta especie contractual. Tradicionalmente, tanto en el pacto fiduciae romano como en las adaptaciones efectuadas en el derecho comparado los sujetos son:

⁹ Ibíd.



a) Constituyente, fiduciante o fideicomitente: Es el propietario del bien que se transmite en fideicomiso y es quien instruye al fiduciario acerca del encargo que deberá cumplir.

b) Fiduciario o fideicomitado: Es quien asume la propiedad fiduciaria y la obligación de darle el destino previsto en el contrato.

c) Beneficiario y fideicomisario tradicionalmente uno y otro son la misma persona beneficiaria del negocio.¹⁰

- Es principal: Se trata de un contrato independiente de cualquier otro. Tiene existencia por sí solo y fin propio.

- Es típico: Se haya regulado por varios cuerpos legales, entre los que podemos citar:

- Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 232;

- Código de Comercio, Decreto número 2-70, en sus Artículos 766 al 769 y 771, 778, 783, 784, 785 al 788, 790 y 793;

- Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto número 30-2012, en sus Artículos 33 y 59;

- Código Municipal, Decreto número 12-2002, en su Artículo 116;

- Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114-97, en su Artículo 35;

- Ley del Impuesto al Valor Agregado, Decreto número 27-92, en su Artículo 7;

- Ley del Impuesto Sobre la Renta, Decreto número 26-92, en su Artículo 3;

- Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002, en su Artículo 41;

- Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96, en su Artículo 76;

- Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto número 57-2008, en sus Artículos 2, 6 y 10;

- Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Decreto número 31-2002, en sus Artículos 2, 3, 4, 19 y 20;

- Ley de Supervisión Financiera, Decreto número 18-2002, en sus Artículos 1 y 3;

¹⁰ Ferro, Héctor Raúl. **Fideicomiso**, Boletín de Lecturas Sociales y Económicas. Año 3, No. 13. Página 37.



- Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, Acuerdo Gubernativo número 394-2008, en sus Artículos 52 y 53;
- Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos, Acuerdo Ministerial número 25-2010 “A”;
- Es oneroso: Está conformado por prestaciones con contenido oneroso, las cuales tienen carácter recíproco entre las partes.

Esta característica del contrato de fideicomiso, se encuentra regulada en el Artículo 793 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, donde establece los honorarios del fiduciario y que tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de honorarios, créditos y de los gastos del mismo fideicomiso, quien tuvieren que hacerse efectivos con los bienes fideicometidos.

- Es formal o solemne: la constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona mediante contrato suscrito entre las partes, formalizado en un instrumento público notarial o contrato privado, según sea el caso.”¹¹

Esta característica está regulada en el Artículo 771 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, donde se establece que: “El Contrato de fideicomiso debe constar en Escritura Pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de los bienes”. Siendo de esta manera, el fideicomiso solo nace a la vida jurídica cuando se otorga en un contrato otorgado ante Notario.

También se puede agregar al listado las características siguientes:

¹¹Comitre, Paulo; Bazán, Marlene; Farfán Ronald Gutiérrez, Diana; Navarrete, Joe; Valdez, Márllyry. **El Fideicomiso y el Financiamiento Público**. Ediciones Esan. 2015. Página 33.



- Conmutativo: Desde que se otorga el contrato, cada una de las partes conoce si ha logrado una ganancia o una pérdida.
- De tracto sucesivo: Debido a que el cumplimiento de las obligaciones se realizará en un determinado plazo.

1.5 Clasificación

El fideicomiso se clasifica principalmente en: fideicomiso de inversión, fideicomiso de administración y fideicomiso de garantía, los cuales se explican a continuación:

1.5.1 Fideicomiso de Inversión

“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.”¹²

El Fideicomiso de Inversión es un contrato cuyo objeto es, como su nombre lo indica, la inversión de un patrimonio; desarrollándose cuando el fideicomitente transmite capital o bienes al fiduciario, a efecto de ser utilizados e invertidos, y obtener de esta manera un lucro.

En síntesis, por esta modalidad lo que persigue el fideicomitente es encargar al fiduciario operaciones de inversión con el bien fideicometido, a efecto de obtener una ganancia.”¹³

¹² Congreso de la Republica de Guatemala. Decreto número 2-70. **Código de Comercio de Guatemala.** Artículo 784.

¹³ Villegas Lara, René Arturo Óp. Cit.



1.5.2 Fideicomiso de Administración

“Es aquel por el cual, el Constituyente aporta bienes o derechos a un fideicomiso mercantil con la finalidad de que la fiduciaria realice actividades de administración o gestión determinadas.”¹⁴

Puede darse el caso que el fideicomitente no tenga la capacidad o el tiempo para ocuparse de un negocio, en el cual puede participar aportando sus bienes. Ante esta situación puede otorgar un contrato de fideicomiso, en donde se establezca que el fiduciario se encargue de la administración del negocio. Por consiguiente, se podría decir que es una relación social de producción, en donde el elemento material, los bienes y el capital, se ponen a disposición del elemento humano que invierte y emplea los mismos, para llegar a la consecución de un fin que beneficie, a por lo menos, una de las partes, puesto que siempre encontraremos el ánimo de lucro en esta relación.

Debido a que este tipo de contrato da cabida a una diversidad bastante numerosa de fideicomisos que pueden existir dentro de esta definición, se analizarán los que se consideran podrían darse con mayor frecuencia:

“Fideicomiso de Pagos Condicionados: Se entiende por pago condicionado el contrato de fideicomiso por el cual las personas naturales o jurídicas con la intermediación de un fiduciario realizan negociaciones de todo tipo, con la certeza de que si las condiciones determinadas por ellos se cumplen en forma irrestricta, el pago se realiza, caso contrario, el dinero o los bienes transferidos se restituyen, evitando conflictos o pérdidas innecesarias.”¹⁵

La citada definición establece que este tipo de contrato se utiliza para condicionar los pagos, dentro de determinada negociación, al cumplimiento de las condiciones pactadas.

¹⁴ <http://fondospichincha.yage.ec/portal/es/web/fondos-pichincha/fideicomiso-de-administracion>. **Fondos Pichincha**. (Consultado: 12 de septiembre de 2017)

¹⁵ *Ibidem*.



“Fideicomiso de Administración de flujos de caja: El denominado fideicomiso de flujos consiste en la transferencia que hace el constituyente al fideicomiso, de un flujo de caja cierto, proveniente del pago de una cuenta, a fin de que el fiduciario los administre, los invierta y realice con cargo a los mismo una serie de transacciones previamente definidas en el contrato de fideicomiso o determinadas periódicamente por el constituyente.”¹⁶

Según la definición anterior, una de las particularidades de este tipo de fideicomiso de administración, es la transferencia de un flujo de caja, lo que nos habla de una cantidad de capital que no es fija, sino que siempre habrá a disposición del fiduciario una cuenta abierta a efecto de destinar los fondos necesarios a la negociación que se tenga en proceso.

1.5.3 Fideicomiso de Garantía

“El objeto del fideicomiso de garantía es, valga la redundancia, garantizar a un acreedor con el producto de los bienes transferidos al patrimonio autónomo, en caso que exista incumplimiento en el pago de la obligación por parte del cliente. Ante el incumplimiento la fiduciaria respetaría lo definido en el contrato de fideicomiso y procedería con la ejecución de la garantía, en función de los aspectos que hubieren acordado las partes. Las obligaciones serían cubiertas con el producto de la venta de los activos entregados o bien entregando éstos en dación en pago.”¹⁷

Este contrato puede sustituir bastante bien a los contratos de créditos hipotecario y prendario. Lo cual se puede deducir del siguiente párrafo:

“Mediante la estructura de un contrato de fideicomiso, el deudor, por ejemplo, una bodega de mediano tamaño que necesita nueva maquinaria de fraccionamiento, cede, a un fiduciario, la propiedad fiduciaria de un bien determinado, el bien que, en un crédito

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ <http://fondospichincha.yage.ec/portal/es/web/fondos-pichincha/fideicomiso-deadministracion>. **Fondos Pichincha**. (Consultado: 12 de septiembre de 2017)



tradicional, hubiera sido la garantía hipotecaria o prendaria. El fiduciario tiene la obligación de, en caso de que se llegaren a presentar situaciones de incumplimiento, liquidar ese bien y con el producto de la liquidación saldar la deuda del deudor con el acreedor, en caso de quedar un remanente, lo gira al deudor.”¹⁸

El contrato de fideicomiso de garantía, aventaja a otros tipos de contrato, como los mencionados, hipotecario y prendario, debido a “ que es primero mucho más rápido en el sentido de que podría tomar entre dos a cuatro meses, dependiendo de los plazos estipulados en el procedimiento convencional de ejecución; segundo, que es más confiable al no estar sometido a procedimientos en los cuales intervienen jueces o árbitros que podrían pronunciarse en contra de la ejecución de la garantía; y, tercero, es más segura en virtud de que los bienes y derechos son de propiedad de un fideicomiso mercantil, no son susceptibles de ser embargados o prohibidos de enajenar por deudas del fideicomitente o del fideicomisario.”¹⁹

Entonces el fideicomiso de garantía es un contrato por el cual se garantiza el cumplimiento de una obligación, con el capital o los bienes aportados, y que, en caso de incumplimiento, no necesita las formalidades de una garantía hipotecaria o prendaria, para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación.

¹⁸ <https://www.econlink.com.ar/articulos/fideicomiso-garantia>. **Econlink**. (Consultado: 15 de septiembre de 2017).

¹⁹ <http://fondospichincha.yage.ec/portal/es/web/fondos-pichincha/fideicomiso-deadministracion>. **Fondos Pichincha**. (Consultado: 12 de septiembre de 2017).



1.5.4 Fideicomiso de Administración Empresarial

Para demostrar los beneficios que ofrece la figura del fideicomiso de administración empresarial, para rescatar empresas en crisis financiera, es necesario exponer todos los elementos que lo conforman.

A. Origen

Antes de iniciar este apartado, se debe establecer que es una empresa como tal y luego definir que es empresarial: “relativo a la empresa o al empresario”.²⁰

Según su significado etimológico, la palabra empresa viene del latín “*inprendere*” que significa emprender, originalmente significa “iniciar el fuego”; y por antonomasia, empezar un acto importante, cosa emprendida, acción difícil y ardua.

En la legislación nacional se entiende por empresa mercantil, el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como un bien mueble.²¹

Entonces, al estudiar lo que se define como empresa o empresa mercantil y esto relacionado con el contrato de fideicomiso, nos encontramos con el problema de ubicar, específicamente, cuándo estamos en presencia de actividades empresariales en el cumplimiento de un contrato de fideicomiso; determinando las actividades que desarrolla, los elementos que la conforman, las características que la definen, su naturaleza jurídica y las responsabilidades que conlleva.

Al analizar los conceptos vertidos, se puede afirmar que, para poder encuadrar el fideicomiso como fideicomiso empresarial, se deben concatenar las definiciones de

²⁰ <http://es.thefreedictionary.com/empresarial>. **The Free Dictionary**. (Consultado: 3 de septiembre de 2017)

²¹ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-70. **Código de Comercio de Guatemala**. Artículo 655.



empresa y de fideicomiso; por lo tanto, se entiende que el fideicomiso empresarial es aquel creado con el propósito de lucro, para ofrecer bienes y servicios, de manera sistemática, y cuyos elementos materiales y valores incorpóreos coordinados, son el patrimonio que se integra en el contrato.

Puede existir algún tipo de confusión o duda en cuanto al objeto del fideicomiso. Si el fideicomiso se constituye con el propósito meramente empresarial y ese es el fin estipulado en la Escritura Pública de otorgamiento, entonces el mismo se clasifica como fideicomiso empresarial. Pero puede darse el caso, que la masa fideicometida esté constituida por un área de terreno que sea de vocación agrícola o dedicado a la agricultura, o por equipo industrial, con lo cual, el fideicomisario puede bien ejercer una actividad empresarial, sin que el contrato defina el fideicomiso como empresarial.

B. Definición

En la Ponencia: “El Fideicomiso Empresarial como un Contrato de Colaboración”, se establece que ocurre un fideicomiso empresarial “cuando una empresa, constituyente o fiduciante, separa parte de su patrimonio y transfiere bienes a otro patrimonio, que él constituye, y que está separado de aquel, el que afecta a un fin particular, para que sea administrado por otra empresa, administrador, con el objeto de obtener determinados resultados para ser asignados a un tercero, beneficiario, transfiriendo el patrimonio de afectación, al cumplirse el objeto o al término del contrato, al fideicomisario, que puede ser el beneficiario o el propio constituyente”²²

C. Naturaleza Jurídica

Cuando se constituye este fideicomiso, se crea una figura sui generis, que surte efectos similares a una entidad empresarial, pero no llega a ser un ente, sino se circunscribe al ámbito a que la limita el contrato; por lo cual es una opción muy viable en cuanto al desarrollo de actividades empresariales.

²² González Madreda, Celia F. y Fernández. Julio C. D. **Ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.** (1995). Argentina



Además, el patrimonio de afectación posee determinadas características: En términos de derechos reales, carece de dueño, pues no le pertenece a nadie. Es contingente, no puede durar más del plazo legal, y se encuentra afectado a un fin. No es objeto de quiebra, pues solo se liquida tal y como lo señala la propia ley.

Debido a que en nuestro caso no se tiene mayor referencia, bibliografía ni legislación respecto al fideicomiso de administración empresarial, debemos orientarnos en torno a la legislación de otros países que han adelantado un poco en torno a este tema.

Entonces, al hacer un análisis de las aristas que destacan en la formulación de una definición, se puede establecer que la naturaleza jurídica del fideicomiso de administración empresarial, es contractual, de ámbito de derecho privado, y onerosa.

D. Características

El contrato de fideicomiso, a través del cual se llevan a cabo actividades de índole empresarial, en todo caso en donde haya intención de lucro, se desarrolla a través de la aportación de bienes o capital, incluso derechos, a un rubro denominado masa fideicometida, y separando esos bienes o derechos de su patrimonio personal; entregándolos para su administración a una institución bancaria o de crédito, para que cumpla un fin determinado en los estatutos del contrato de otorgamiento.

E. Aplicación

El contrato de administración empresarial, tiene muchos campos de aplicación, entre los cuales podemos mencionar, por ejemplo:

- Banca de Inversión o Asesoría Financiera.
- Fideicomiso de Administración de Tesorerías Empresariales.
- Fideicomiso de Administración de Recursos y Pagos.
- Fideicomiso de Administración inmobiliaria y de proyectos de infraestructura.
- Fideicomiso de Administración de bienes muebles e inmuebles.



- Fideicomiso de Administración y custodia de Acciones y/o títulos valores.
- Fideicomiso de Administración de Emisiones de bonos o papeles comerciales
- Fideicomiso de Titularización.
- Fideicomiso para la Liquidación de Sociedades Comerciales y/o Fideicomiso para la Administración de Procesos de Reestructuración Económica Empresarial.”²³

²³ <http://abstrust.com/es/administracion.html>. **ABS Trust**. (Consultado: 4 de septiembre de 2017)





CAPÍTULO II

2. El fideicomiso en la legislación nacional

En la legislación nacional, la figura del fideicomiso está regulada principalmente por el Código de Comercio de Guatemala, del Artículo 766 al 793; no habiendo más disposiciones legales que regulen sus aspectos esenciales y principales.

Sin embargo, las cuestiones complementarias al mismo, se encuentran establecidas en diversos cuerpos legales; siendo necesario el estudio de los mismos para su correcto uso y aplicación.

2.1 En el derecho constitucional

La Constitución Política de la República de Guatemala, en sus Artículos 1 y 2, establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; y que su fin supremo es la realización del bien común; además, le impone el deber de garantizarles a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral.

Y debido a que la consecución del bienestar social no es posible sin que existan las condiciones económicas y sociales adecuadas; la Carga Magna establece los preceptos fundamentales para promover el crecimiento de la economía nacional; y es así que en su Artículo 43, reconoce la libertad de industria, comercio y trabajo.

Asimismo, el Artículo 118 establece que el régimen económico y social de la República de Guatemala, se basa en los principios de justicia social; e indica que es obligación del Estado orientar la economía nacional para aprovechar el potencial humano, para lograr incrementar la riqueza y la equidad en la distribución del ingreso nacional; y que cuando fuere necesario, el Estado actuará complementado la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados.



Con el fin de concretizar los objetivos antes expuestos, el Artículo 119, literales a), d), l) y n), impone al Estado la obligación de: Promover el desarrollo de la nación, estimulando las actividades, agrícola, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza; velar por el desarrollo del nivel de vida de todos los habitantes del país; promover el desarrollo ordenado y eficiente del comercio; y crear condiciones adecuadas para promover las inversiones de capitales nacional e internacional.

Dentro de los aspectos e instituciones que se relacionan con la figura del fideicomiso, y que están regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentran:

La Junta Monetaria, quien tiene a su cargo la dirección del sistema de banca central, y la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país; además, de velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional; esto de conformidad con los Artículos 132 y 133.

La Superintendencia de Bancos, por ser el órgano que ejerce la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros; de conformidad con el Artículo 133.

Los Ministerios de Estados, dentro de los cuales se encuentra el Ministerio de Finanzas Públicas, el cual es el encargado del control y fiscalización de los fideicomisos, como se explicará más adelante.

La Contraloría General de Cuentas, quien es la encargada de fiscalizar a las personas que, por delegación del Estado, inviertan o administren fondos públicos, como es el caso de los fideicomisos estatales; lo cual está regulado en el Artículo 322.



2.2 En legislación ordinaria

En este apartado se expondrán todas las normas jurídicas que regulan la figura jurídica del fideicomiso.

2.2.1 En el Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala

Antes de proceder a realizar un análisis de los artículos que regulan la figura del fideicomiso, es necesario explicar el contexto jurídico mercantil en el cual se desarrolla tal figura legal:

El ámbito mercantil nacional, el cual comprende a los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se rigen por el Código de Comercio de Guatemala, y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en el Derecho Civil, las cuales se deben aplicar e interpretar de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil; según establece el Artículo 1.

Entendiéndose que, comerciantes son aquellos que ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera de las siguientes actividades: 1) La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios; 2) La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios; 3) La Banca, seguros y fianzas; 4) Las auxiliares de las anteriores. Esto de conformidad con el artículo 2. Dentro de las actividades antes mencionadas, destaca, por su relación directa con la figura del fideicomiso, la banca; debido a que son los bancos del sistema, los autorizados para actuar como fiduciarios; sin embargo, este último punto será ampliado más adelante.

Asimismo, la legislación clasifica tácitamente a los comerciantes en: Comerciantes Individuales y Comerciantes Sociales o Sociedades Mercantiles. Estas últimas son sociedades organizadas bajo forma mercantil, y de conformidad con el Artículo 10, son



las siguientes: 1) La sociedad colectiva; 2) La sociedad en comandita simple; 3) La sociedad de responsabilidad limitada; 4) La sociedad anónima; y 5) La sociedad en comandita por acciones.

No está de más resaltar ciertos aspectos relacionados con las Sociedades Mercantiles como, por ejemplo: Su personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios; Artículo 12. La constitución y sus modificaciones se harán constar en Escritura Pública, y las mismas serán inscritas en el Registro Mercantil; Artículo 16. Su representación judicial está a cargo de Administradores o Gerentes; Artículo 44. Además, deben poseer sus respectivos órganos de dirección, ejecución y fiscalización. Y, por último, el aspecto económico está conformado por su respectivo capital.

La importancia de mencionar a los comerciantes, en este apartado, radica en que son estos los que dinamizan las actividades mercantiles; y es por ello, su inclusión dentro del presente análisis. Además, es preciso señalar que los bancos, para obtener su autorización, deben constituirse como una sociedad anónima.

Dentro de los elementos que viabilizan las diferentes transacciones comerciales, se encuentran las cosas mercantiles, las cuales están establecidas en el Artículo 4; siendo estas: 1) Los títulos de crédito; 2) La empresa mercantil y sus elementos; y 3) Las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y anuncios comerciales.

En relación a los bancos, el Artículo 12, regula que los mismos se registrarán, en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone dicho cuerpo normativo; una vez, no contravenga sus leyes y disposiciones especiales. La autorización para constituirse y operar se registrará por las leyes especiales aplicables a cada caso.

Después de la breve reseña al contexto jurídico mercantil en la cual se desarrolla el fideicomiso, es procedente señalar y analizar los artículos que lo regulan:



El contrato de fideicomiso se encuentra regulado en el título II: “Contratos Mercantiles en Particular”, Capítulo V: “Fideicomiso”; y abarca del Artículo 766 al 793.

La Ley, en su Artículo 766, inicia con establecer las características del fideicomiso; mismas que pueden ser tomadas para dar una definición legal a tal figura jurídica; pudiéndose definir que el fideicomiso es cuando el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados; y el fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.

Al hacer un análisis a la definición legal antes señalada, se pueden establecer los diferentes elementos que componen la figura del fideicomiso, mismos que deben ser estudiados ordenadamente para una mejor comprensión del tema.

Los sujetos que intervienen en el fideicomiso son 3: el fideicomitente, fiduciario, fideicomisario o beneficiario; los cuales cumplen una función específica dentro del mismo, y a quienes les corresponde diferentes derechos y obligaciones.

Fideicomitente:

Debe tener la capacidad legal para enajenar sus bienes; los cuales constituirán el patrimonio fideicometido; Artículo 767.

Es importante resaltar que el fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario, según el Artículo 769.

El Artículo 767 también establece situaciones especiales para la constitución de un fideicomiso: En el caso de los menores, incapaces y ausentes, pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial. También puede constituirse por apoderado con facultad especial.



Fiduciario:

Podrán actuar como tal, los bancos establecidos en el país. Y las instituciones de crédito, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria; según lo estipulado en el Artículo 768.

Asimismo, puede designarse uno o varios fiduciarios, y en este último caso, podrán actuar conjunta o sucesivamente, de acuerdo con las disposiciones del documento constitutivo. También puede suceder que en un testamento no se designe nominalmente al fiduciario, y en este caso, el Juez nombrará al que proponga el fideicomisario y, en su efecto, el juez hará la designación. Todo lo anterior de conformidad con los Artículos 744 y 773

Como ya se mencionó, el fideicomitente podrá constituirse a sí mismo como fideicomisario; sin embargo, en el caso del fiduciario, este no puede constituirse como fideicomisario del mismo fideicomiso; Artículo 769.

El fiduciario deberá realizar todos los actos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso; pero para donar, vender o grabar los bienes fideicometidos, deberá contar con la facultad expresa que conste en el documento constitutivo. Y en todo acto o contrato que otorgue en ejecución del fideicomiso, deberá declarar que actúa en esa calidad. Lo anterior de conformidad con los Artículos 755 y 781.

Ahora, si la ejecución del fideicomiso se hiciere imposible o manifiestamente desventajosa, sin enajenar o gravar los bienes y el fiduciario no estuviere expresamente facultado para el efecto, podrá solicitar autorización judicial; Artículo 755.

Por la prestación de sus servicios, el fiduciario tendrá derecho al cobro de honorarios, los cuales podrán ser a cargo del fideicomitente, del fideicomisario o de ambos; en todo caso, el fiduciario tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de



honorarios, créditos y de los gastos del mismo fideicomiso, que tuvieren que hacerse efectivos con los bienes fideicometidos; así lo establece el Artículo 793.

Si el fiduciario, en abuso de las facultades que le otorgue el instrumento constitutivo, enajena o grava los bienes, podrá ser demandado por el fideicomitente o el fideicomisario para exigirle que responda por los daños y perjuicios derivados de la respectiva negociación; así como, promover su remoción y la imposición de las demás acciones que corresponden. Esto de conformidad con el Artículo 780.

Los derechos del fiduciario están establecidos en el Artículo 783, siendo estos los siguientes: 1. Ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que establece la ley o que contenga el documento constitutivo; 2. Ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido; 3. Otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso; 4. Percibir remuneración por sus servicios; cobrar preferentemente su remuneración de los ingresos del fideicomiso; y 5. Los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso.

Las obligaciones del fiduciario están establecidas en el Artículo 785; siendo estas las siguientes: 1. Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines; 2. Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves, que deberán ser calificadas por un Juez de Primera Instancia; 3. Tomar posesión de los bienes fideicometidos, en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad; 4. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada en sus demás operaciones y rendir cuentas e informes a quién corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requieran; y 5. Las demás inherentes a la naturaleza de su encargo.

El fiduciario podrá ser removido si incurre en alguna de las causales siguientes: 1. Si no cumple con las instrucciones contenidas en el documento constitutivo del fideicomiso; 2.



Si no desempeña su cargo con la diligencia debida; 3. Si tiene intereses antagónicos con los del fideicomisario. Es importante señalar que la remoción del fiduciario no termina el fideicomiso, a menos que su sustitución sea imposible.

Fideicomisario:

Puede ser cualquier persona con capacidad para adquirir derechos que, de conformidad con el contrato de fideicomiso, le corresponda beneficiarse del mismo; Artículo 769

Como se ha señalado anteriormente, el fideicomitente puede designarse a sí mismo como fideicomisario; pero el fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso. Otra prohibición para ser fideicomisario está establecida en el Artículo 767, el cual señala que no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario, quien no puede heredar por incapacidad o indignidad.

No es necesario para la validez del contrato que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo se establezcan normas o reglas para su determinación posterior; Artículo 769.

Cuando no exista un fideicomisario determinado, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación el ejercicio de los derechos que se detallan a continuación; Artículo 779.

Los derechos del fideicomisario son los siguientes: 1. Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo; 2. Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso; 3. Pedir la remoción del fiduciario por las causas señaladas en el Artículo 786; 4. Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que se rijan al fideicomiso, y exigir judicialmente que se restituyan al fiduciario de los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido; y 5º. Revisar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de las



personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoría; Artículo 778.

Patrimonio:

Los bienes y derechos afectos al fideicomiso, conformarán el patrimonio fideicometido, y este solamente responderá: 1. Por las obligaciones que se refieren al fin de fideicomiso; 2. De los derechos que se haya reservado al fideicomitente; 3. De los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso; 4. De los derechos adquiridos legalmente por terceros, inclusive fiscales, laborales y de cualquier otra índole; y 5. De los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso; Artículo 777.

Una medida de protección para el patrimonio fideicometido está establecida en el Artículo 784, el cual estipula que el fiduciario únicamente podrá hacer inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez; salvo autorización expresa en contrario, dada por el fideicomitente en el documento constitutivo.

En ese mismo sentido, el Artículo 782 establece que los derechos que el fideicomisario pueda tener en fideicomiso son inembargables por sus acreedores; pero sí lo son los frutos que perciba del fideicomiso.

Formalidades y efectos:

El fideicomiso puede constituirse por contrato o instituirse por testamento; Artículo 770.

Si se constituye por medio de un contrato, el mismo debe constar en Escritura Pública, y en el acto de suscripción debe constar la aceptación del fiduciario; además, debe consignarse un estimativo de los bienes; Artículo 771.



En el caso de los fideicomisos instituidos por medio de testamento, se efectuará un inventario y avalúo de los bienes fideicometidos con intervención del fiduciario, después de reconocida la legitimidad de dicho testamento; Artículo 772.

El plazo máximo legal de un fideicomiso es de 25 años; sin embargo, si un fideicomiso es constituido por un plazo superior al señalado, será válido, pero dicho plazo se entenderá reducido al máximo legal; Artículo 790.

La única excepción al plazo máximo legal, es cuando se designa como fideicomisario a una entidad estatal, o una institución de asistencia social, cultural, científica o artística con fines no lucrativos o a un incapaz o a un enfermo incurable; y ese caso, el plazo del fideicomiso podrá ser indefinido.

En relación al tema impositivo, el Artículo 792 establece que únicamente 3 actos están exentos de todo impuesto: 1. El documento constitutivo del fideicomiso; 2. La traslación de los bienes al fiduciario; y 3. La devolución de los bienes al fideicomitente, a la terminación del fideicomiso. Por consiguiente, la traslación de los bienes, del fiduciario al fideicomisario o a terceros, está sujeta al pago de los impuestos correspondientes; pero en el caso de fideicomisos testamentarios, en lo que se refiere a inmuebles, el impuesto se graduará según el parentesco del fideicomitente con el respectivo fideicomisario.

Al constituirse un fideicomiso, este surte sus efectos contra terceros: 1. Desde el momento de la presentación del documento constitutivo al Registro de la Propiedad, si se tratará 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 tratare de créditos u obligaciones no endosables; 3. Desde la fecha del endoso o registro, en su caso, si se tratare de títulos a la orden o nominativos, o de bienes muebles sujetos a registros o inscripción; 4. Desde la fecha del documento constitutivo del fideicomiso si se tratare de bienes muebles no sujetos a registro; 5. Desde que se efectúa la tradición si se tratare de títulos al portador; y 6. Desde que se



efectúa la publicación de un edicto en el Diario Oficial, notificándolo a los interesados, si se tratare de empresas industriales, comerciales o agrícolas; Artículo 776.

Las causas de nulidad de un fideicomiso son las siguientes: 1. Constitución secreta; y 2. Cuando el beneficio se otorgue a diversas personas, sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo que la sustitución se efectúe en favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente. Artículo 789.

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

Al terminar el fideicomiso, los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario, deberán ser entregados a quien corresponda, según las disposiciones del documento constitutivo o sentencia judicial, en su caso; y en su defecto, al fideicomitente o sus herederos, en los casos señalados en los incisos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Artículo 787 de este Código y al fideicomisario, en los casos señalados en los incisos 1º y 7º del mismo Artículo; Artículo 788.

Podrá anotarse los bienes fideicometidos con el objeto de gozar de preferencias sobre los derechos de las personas que consigna el Artículo 788 de este Código al extinguirse el fideicomiso. Cuando se trata de bienes no objeto de registro, el fiduciario deberá extender constancia de enterado para tenerlo presente en el momento de la liquidación; Artículo 789.



Por último, el Artículo 791 regula que, en un fideicomiso de garantía, en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante Notario, siendo nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta. Asimismo, establece que El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor.

2.2.2 En el Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala

Anteriormente, este Código regulaba la propiedad del fideicomiso, del Artículo 560 al 578; sin embargo, estos artículos fueron derogados por la entrada en vigencia del actual Código de Comercio de Guatemala, en donde fue incluido el contrato de fideicomiso, como ya se señaló.

Un aspecto importante que regula este Código, y que tiene relación directa con el fideicomiso, es el testamento; el cual está contenido dentro del Libro Tercero: Sucesión Hereditaria.

El testamento, de conformidad con el Artículo 935, 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. Asimismo, el Artículo 934 estipula que toda persona, con capacidad civil, puede disponer de sus bienes por medio de un testamento a favor de cualquiera que no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar.

Las incapacidades para heredar, por indignidad están establecidas en el Artículo 924; y las incapacidades para suceder por testamento están reguladas en el Artículo 926. Quienes este comprendidos dentro dichas incapacidades no podrán ser fideicomisario, de conformidad con el Artículo 767 del Código de Comercio de Guatemala.



El Artículo 944 establece que la institución de crédito que actúe como fiduciaria no tendrá la calidad de heredero; esto en concordancia con la prohibición establecida en el Artículo 769 del Código de Comercio de Guatemala.

Por último, el Artículo 1125 establece la obligación de inscribir, en el Registro General de la Propiedad, los actos y contratos por medio de los cuales se transmitan bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos a un fideicomiso.

2.2.3 Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala

Esta Ley, del Artículo 67 al 72, estipula las condiciones generales aplicables a los contratos que pueden suscribirse en el Mercado de Valores, dentro de los cuales se encuentra el contrato de fideicomiso. El objetivo de celebrar dichos contratos, dentro del Mercado de Valores, es para contraer y liquidar obligaciones en el seno de una bolsa de comercio. Y con la finalidad de no limitar sus efectos naturales, los contratos se interpretarán bajo los principios de verdad sabida y buena fe guardada. Además, dichos contratos no estarán sujetos, para su existencia y validez jurídica, a requisitos especiales, y serán ejecutados de acuerdo a los términos establecidos en los mismos, sin estar sujetos a interpretaciones arbitrarias. Esta es la única excepción al formalismo al que está sujeto el contrato de fideicomiso que señala el Código de Comercio de Guatemala.

Asimismo, los conflictos que surjan de la interpretación de los contratos en cuestión, serán resueltos por el procedimiento de arbitraje de equidad, salvo pacto en contrario.

El Artículo 76 estipula todo lo concerniente al contrato de fideicomiso de inversión, y establece que los bancos y las sociedades financieras privadas podrán convenir con los agentes del Mercado de Valores la delegación de su función como fiduciarios. A este último se le conocerá como fiduciario delegado, el cual podrá realizar todas las



actividades propias de un fiduciario y será junto con la entidad delegante, solidariamente responsable por su actuación.

Tanto los bancos y las sociedades financieras privadas, como los fiduciarios delegados, podrán fungir como fiduciarios de fideicomisos constituidos para la inversión en valores que se encuentren en oferta pública.

Si se acuerda la emisión de certificados fiduciarios, la oferta pública deberá inscribirse en el registro, y podrá el fiduciario solicitar su inscripción para cotizarse en bolsa; en cuyo caso, el régimen fiscal aplicable a los respectivos certificados será el mismo que el de los bonos emitidos por sociedades financieras privadas.

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

2.2.4 Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala

Esta Ley regula todo lo referente a la creación, organización, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de los bancos y grupos financieros; así como otros aspectos relacionados a los mismos; Artículo 1.

La función principal de los bancos es la intermediación financiera bancaria, la cual consistente en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, para destinarlo al financiamiento de cualquier naturaleza; Artículo 3. Y es esta facultad la que los hace idóneos para actuar como fiduciarios.

Como se había mencionado, los bancos deben constituirse en forma de sociedades anónimas; Artículo 6. Y son autorizados por la Junta Monetaria, previo dictamen de la



Superintendencia de Bancos. Por último, deben inscribirse en el Registro Mercantil; Artículo 7. Los requisitos y procedimiento de constitución y autorización están regulados en dicho cuerpo legal. La supervisión de los entes bancarios y financieros está a cargo de la Superintendencia de Bancos; Artículo 28.

El Artículo 41, literal e), numeral 1), establece que dentro de las funciones y servicios que prestan los bancos está la de actuar como fiduciario.

Y el Artículo 84 Bis establece la exención del Impuesto Sobre la Renta que tiene los fideicomisos.

2.2.5 Ley de Supervisión Financiera, Decreto número 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala

El Artículo 1 establece que la Superintendencia de Bancos es el órgano encargado de la vigilancia de los bancos; y, por consiguiente, cuando estos últimos actúen como fiduciarios, podrán ser fiscalizados por la institución antes señalada.

2.2.6 Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto número 114-97 del Congreso de la República de Guatemala

En su Artículo 35 regula que el Ministerio de Finanzas Públicas debe cumplir y hacer cumplir todo lo relativo al régimen jurídico hacendario del Estado; y que dentro de sus funciones está gestionar la constitución, en cualquiera de las instituciones del sistema bancario nacional, de los fideicomisos, fondos y otros instrumentos financieros, y la ejecución de los programas del Gobierno central; así como, reglamentar, registrar y controlar su operación.



2.2.7 Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Decreto número 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala

Esta Ley establece los principios de transparencia de la gestión pública y la responsabilidad de los funcionarios que laboran en dicha Institución; así como, la implementación de metodologías de auditorías necesarias para la gestión de las personas que son motivo de fiscalización. Los fideicomisos deberán ser fiscalizados por la Contraloría General de Cuentas.

Esta Institución designará al contralor o auditor que debe practicar el examen de una cuenta, quien la depurará y tendrá facultad para esclarecer los errores subsanables, a fin de que en un informe se consignen únicamente los cargos que ameriten iniciar un juicio de cuentas. Los funcionarios y empleados públicos y los de las entidades sujetas a fiscalización, están obligados, bajo pena de ser destituidos, a presentar a los contralores los libros y documentos a su cargo y cualquier información que les soliciten.

2.2.8 Ley del Impuesto Sobre la Renta, Decreto número 26-92 del Congreso de la República de Guatemala

El Artículo 3 de esta Ley establece que los fideicomisos están sujetos al Impuesto Sobre la Renta, por lo que sus obligaciones son comunes con los contribuyentes.

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

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



En el caso que los fideicomisos desarrollan actividades mercantiles, deberán pagar el impuesto aplicando a su renta imponible, una tarifa del cinco por ciento (5%); Artículo 44.

2.2.9 Ley del Impuesto al Valor Agregado, Decreto número 27-92 del Congreso de la República de Guatemala

El Artículo 7, numeral 8, establece que la constitución de fideicomisos y la devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente, están exentos de dicho impuesto; sin embargo, los actos gravados, conforme a esta ley, que efectúe el fiduciario quedan afectos al pago de este impuesto.

A. Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos, Decreto número 37-92 del Congreso de la República de Guatemala

El Artículo 2 regula que el documento constitutivo del fideicomiso está afecto al pago del impuesto de dicha Ley. Asimismo, el Artículo 4 hace referencia que los documentos que comprueben el pago de rendimientos a los fideicomitentes están sujetos al 3% de timbres fiscales y los bienes muebles e inmuebles quedan sujetos al pago del arancel correspondiente para su inscripción.

B. Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto número 101-97 del Congreso de la República de Guatemala

En su Artículo 33 establece que el Estado podrá asignar a sus entidades descentralizadas y autónomas, recursos financieros con obligación de reembolso, para realizar proyectos de beneficio social y que produzcan renta que retorne al capital invertido, por medio de fideicomisos. Asimismo, establece que los Fondos Sociales



podrán ejecutar sus proyectos bajo dicha figura. Estos artículos viabilizan la utilización de los fideicomisos para el desarrollo de determinados proyectos estatales.

Adicionalmente, el artículo 59 establece la obligación de los Bancos, que se constituyan como fiduciarios, de rendir informes mensuales a el Ministerio de Finanzas Públicas.

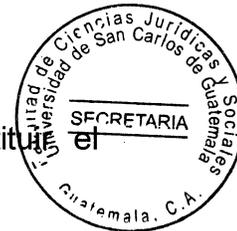
C. Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal dos mil trece, Decreto número 30-2012 del Congreso de la República de Guatemala.

Esta Ley regula todos los aspectos relacionados con la constitución de un fideicomiso con recursos estatales, lo cual se abarcará de forma somera, debido que no es tema total de la presente investigación.

El Artículo 10 establece que los fideicomisos solamente podrán ejecutar sus programas y proyectos mediante administración directa o por contrato, de conformidad con la normativa aplicable. Además, el Ministerio de Finanzas Públicas podrá anticipar recursos a los fideicomisos de Administración Central; Artículo 12. Lo anterior denota la preferencia que se tiene a la figura del fideicomiso, en la ejecución presupuestaria, debido a que los mismos representan varias ventajas en el desarrollo de proyectos estatales.

Los requisitos para la constitución de los fideicomisos con recursos del Estado, están establecidos en el Artículo 61, siendo los siguientes:

- a) Elaborar dictamen jurídico en el que se exponga la justificación de la constitución.
- b) Establecer la creación de una unidad ejecutora integrada por funcionarios públicos, determinando sus funciones y su autoridad superior.



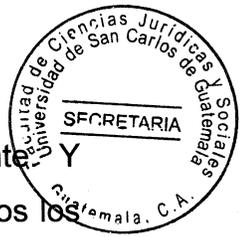
- c) Obtener dictamen del Ministerio de Finanzas Públicas, previo a constituir el fideicomiso.
- d) Seleccionar al fiduciario y determinar sus honorarios.
- e) Publicar en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público, las bases del evento para la selección del fiduciario.
- f) Establecer en el contrato, la obligación del fiduciario de proporcionar mensualmente, copia de los estados financieros y cuentas bancarias, al Ministerio de Finanzas Públicas y a la Contraloría General de Cuentas, así como cualquier otra información que se le requiera.
- g) Establecer en el contrato, la obligación de trasladar mensualmente a la Dirección de Contabilidad del Estado la información y documentación relacionada con la generación de intereses y otros productos.

Además, se deberá establecer en el contrato, que los fondos fideicometidos no podrán utilizarse para financiar el funcionamiento de Entidades Públicas o Privadas, salvo que se trate de gastos administrativos del propio fideicomiso.

Los responsables de los fideicomisos serán las autoridades superiores de las Entidades de la Administración Central, Descentralizadas y Autónomas, conjuntamente con los encargados de las Unidades Ejecutoras a quienes se les delegue la administración y ejecución del fideicomiso; Artículo 62.

El Artículo 59 regula varias cuestiones importantes a señalar:

En las escrituras de modificación y extinción de fideicomiso, cuando corresponda, deberá comparecer el Procurador General de la Nación, en calidad de Representante Legal del Estado y como representante del fideicomitente, salvo que el mismo otorgue



mandato especial con representación al funcionario que considere pertinente. Y deberá remitirse copia simple legalizada de toda modificación y extinción de todos los contratos celebrados a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas y a la Contraloría General de Cuentas. El contrato a suscribirse en ningún caso causará pago de honorarios por parte del Estado, ni se hará con cargo al patrimonio fideicometido.

En relación al funcionamiento de los fideicomisos se deberá seguir los procedimientos establecidos en el manual correspondiente.

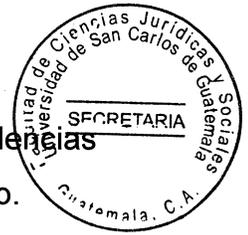
Los encargados de la fiscalización son la Contraloría General de Cuentas y el Congreso de la República de Guatemala; sin embargo, dicha fiscalización es independiente a la que efectúe la Superintendencia de Bancos a los fiduciarios, así como de las auditorías externas independientes que se contraten.

Y el encargado de la emisión de las disposiciones de carácter técnico, administrativo, financiero y presupuestario será el Ministerio de Finanzas.

Las obligaciones de las entidades públicas con relación a los fideicomisos constituidos con fondos estatales; en adición a las establecidas en el respectivo contrato; son las siguientes:

1. Hasta la liquidación del fideicomiso:

- a) Obtener dictamen del Ministerio de Finanzas Públicas, previo a modificar o extinguir los respectivos contratos.
- b) Remitir mensualmente los estados financieros a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, al Congreso de la República de Guatemala y a la Contraloría General de Cuentas.



- c) Requerir al fiduciario y poner a disposición de los órganos y dependencias competentes, toda la documentación relativa a las operaciones del fideicomiso.
- d) Llevar inventario de los bienes que se adquieran con los fondos fideicometidos.
2. Cuando los fideicomisos se encuentren vigentes, en adición a las disposiciones anteriores:
- a) Realizar auditorías externas del ejercicio fiscal inmediato anterior de los fideicomisos. Del informe de auditoría debe remitirse copia a la Contraloría General de Cuentas y a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas.
- b) Elaborar informes cuatrimestrales y anuales. Los informes deberán ser enviados a la Contraloría General de Cuentas, al Congreso de la República de Guatemala y a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas.
- c) Publicar los informes y los estados financieros, en los portales electrónicos de cada Entidad responsable de la ejecución de los fideicomisos
- d) Trasladar mensualmente a la Dirección Financiera del Ministerio de Finanzas Públicas, las notas de crédito, depósitos o certificación contable del fiduciario relacionadas con la generación de intereses en el ejercicio vigente, así como recuperación de cartera crediticia, para los respectivos registros.
- e) Registrar la información relativa a los proyectos de inversión y su avance físico y financiero en el Sistema Nacional de Inversión Pública.
- f) Elaborar un informe cuatrimestral sobre obligaciones y compromisos financieros que hayan quedado pendientes de pago y/o regulación al cierre del período.



El Artículo citado establece la prohibición de constituir fideicomisos de segundo grado, los cuales se definen como fideicomisos constituidos con fondos de un fideicomiso constituido con recursos estatales.

Cuando los fideicomisos no reflejen ejecución de acuerdo al objeto de su constitución, las unidades ejecutoras, y en su caso, los responsables de los fideicomisos, son quienes deben dar inicio de inmediato al trámite para su extinción e informar a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas. En el caso de su extinción deberán cumplir con el procedimiento que establezca el Ministerio de Finanzas Públicas; Artículo 60.

Por último, el Artículo 69 impone, a los entes responsables, la obligación de publicar los informes de la ejecución del fideicomiso en la página de internet correspondiente.

D. Código Municipal, Decreto número 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala

En su Artículo 116 regula que la municipalidad podrá obtener fondos, a través de fideicomisos, que provengan del Organismo Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Finanzas; y para el efecto, deberá aportar los estudios técnicos, económicos y financieros de la operación a realizar.

E. Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto número 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala

Esta Ley establece las normas y procedimientos para garantizar a toda persona el acceso a la información en poder de la administración pública y de los entes e instituciones que manejan recursos del Estado bajo cualquier concepto.



Y debido a que los fideicomisos pueden ser constituidos con fondos estatales, el Artículo 2 regula que los mismos pueden ser sujetos a fiscalización ciudadana; asimismo, el Artículo 6 los incluye dentro de los Sujetos Obligados a otorgar la información que se les requiera; y para el efecto, el Artículo 10 les impone la obligación de mantener actualizada cierta información, para pueda consultada por las personas interesadas en cualquier momento.

F. Reglamento Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, Acuerdo Gubernativo número 394-2008

Este Reglamento regula las funciones que desempeña el Ministerio de Finanzas Públicas como ente director en materia de fideicomisos, y de conformidad con el Artículo 53, están son algunas de ellas:

1. Coordinar con otras direcciones del Ministerio de Finanzas Públicas, la formulación de propuestas de política, normas y procedimientos aplicables en la constitución, operación, extinción y liquidación de fideicomisos establecidos con recursos del Estado que se implementen para la ejecución de programas y proyectos.
2. Reglamentar y controlar el registro de la información contractual, física y financiera proporcionada por las unidades ejecutoras o fiduciarios de los fideicomisos.
3. Elaborar y gestionar, cuando corresponda, los proyectos de contratos, mandatos especiales con representación, acuerdos gubernativos y ministeriales, entre otros, para la constitución, operación, extinción y liquidación de los fideicomisos en las instituciones financieras y bancarias del sistema nacional.
4. Solicitar auditorías específicas de los Fideicomisos a la Contraloría General de Cuentas, así como los informes respectivos.
5. Solicitar a los fiduciarios y unidades ejecutoras cualquier información relacionada con la ejecución física y financiera de los Fideicomisos.
6. Elaborar informes semestrales y anuales sobre los fideicomisos, y cuando proceda proponer las recomendaciones pertinentes.



7. Diseñar e instalar un Sistema de Seguimiento relacionado con la ejecución de los Fideicomisos, que permita proporcionar criterios objetivos para la toma de decisiones sobre la continuidad de las operaciones, extinción o liquidación de los mismos.
8. Mantener un registro actualizado de la documentación legal, administrativa y de avance físico y financiero de los fideicomisos, con base en la información proporcionada por las unidades ejecutoras y/o fiduciarios de los mismos.
9. Participar, en coordinación con las direcciones y unidades del Ministerio de finanzas Publicas, en la emisión de opiniones o dictámenes de los Fideicomisos.

G. Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos, Acuerdo Ministerial número 25-2010

Este manual tiene como finalidad proveer a los administradores de fideicomisos los elementos que permitan el ejercicio y ejecución transparente de los fideicomisos.



CAPÍTULO III

3. El fideicomiso en el derecho comparado

En este capítulo se realizará un estudio de la figura del fideicomiso en el Derecho Comparado, y se hará mención únicamente de los países que han desarrollado mejor dicha figura legal.

3.1 En la legislación de la República del Ecuador

La legislación de este país hace una división entre el fideicomiso civil y fideicomiso mercantil, este último está regulado en la Ley de Mercado de Valores y por la Codificación de Resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de Valores, y el cual será estudiado en esta sección.

El fideicomiso mercantil se encuentra dentro de los negocios fiduciarios, y se define como: “contrato por el cual una o más personas llamadas constituyentes, o fideicomitentes, transfieren temporal e irrevocablemente la propiedad de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica, para que una entidad fiduciaria lo administre y cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien sea a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario”²⁴. De la definición antes expuesta, se puede determinar que existen ciertas diferencias con la legislación guatemalteca, las cuales serán señaladas más adelante.

El principal efecto jurídico del contrato de fideicomiso mercantil es la constitución del patrimonio autónomo, siendo este: “el conjunto de derechos y obligaciones destinados a una finalidad específica. Este patrimonio tiene naturaleza individual y separada; es decir, que es distinto de los patrimonios del constituyente, del fiduciario, beneficiario y

²⁴ **Ley de Mercado de Valores.** Régimen de Mercado de Valores. Art. 109 inciso I.



de terceros, entre estos, los demás fideicomisos mercantiles que son administrados por el fiduciario”.²⁵

El patrimonio autónomo gozará de “personalidad jurídica”; es decir, forma un ente distinto de las personas que intervienen. Los acreedores de los partícipes del negocio fiduciario no pueden recaer sobre los bienes del fideicomiso, conforme lo establece el mismo Artículo 109, inciso iii, de la Ley de Mercado de Valores. Esta personalidad jurídica es la diferenciación más importante con la legislación guatemalteca.

Asimismo, el Artículo 109, inciso 4, del mismo cuerpo normativo establece que el Patrimonio Autónomo o Fideicomiso Mercantil debe tener un nombre o denominación, y que este le permitirá la obtención del Registro Único de Contribuyentes como un “ente distinto”, para que en materia tributaria sea considerado como una sociedad.

El representante legal del fideicomiso será el fiduciario, quien también podrá denominarse Administradora de Fondos y Fideicomisos.

El fideicomiso no es una sociedad, ni civil ni mercantil, es una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, a través de su fiduciario. Y únicamente, para efectos tributarios es considerado sociedad, porque la consideran una unidad económica independiente, conforme el Artículo 98 Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

Las partes que intervienen en el fideicomiso son las siguientes:

Fideicomitente o constituyente: Persona natural o jurídica, pública o privada o mixta, nacional o extranjera, o la entidad dotada de personalidad jurídica, quien transfiere la propiedad de sus bienes o derechos para que los administre un fiduciario. Podría darse la posibilidad que un tercero distinto al constituyente se adhiera al fideicomiso, a quien

²⁵ **Ley de Mercado de Valores.** Régimen de Mercado de Valores. Art. 109.



se lo denominará Constituyente Adherente.²⁶ En la legislación guatemalteca no está regulada esta última figura legal.

Fiduciario: Es la persona jurídica autorizada para administrar negocios, y solo pueden serlo las Sociedades Anónimas Administradoras de Fondos y Fideicomisos, y algunas entidades del sector público como la Corporación Financiera Nacional. Es el fiduciario el que ejerce la representación legal del fideicomiso. En este punto, cabe destacar que el derecho ecuatoriano establece que los fiduciarios serán sociedades especializadas para tal efecto, a comparación del derecho guatemalteco que regula que únicamente los bancos pueden actuar como tal. Este aspecto garantiza una mayor efectividad en la administración de los bienes.

Beneficiario: Cualquier persona natural o jurídica, designada como tal, dentro del contrato del fideicomiso, o posteriormente si se hubiera previsto tal situación. Es posible designar a una persona que se espera exista, así como que coexistan varios beneficiarios entre los cuales si el constituyente lo considera pueden establecerse grados de preeminencia e inclusive beneficiarios sustitutos. En caso de que el constituyente no determine el beneficiario en el contrato o se haya determinado que lo será en acto posterior, será el propio constituyente. el fiduciario, sus administradores, representantes legales o empresas vinculadas, jamás podrá ser beneficiario.²⁷

Las características del fideicomiso son las siguientes: 1. Independencia del patrimonio autónomo, el cual es separado del constituyente, fiduciario, beneficiario o terceros; 2. Onerosidad, porque el fideicomiso siempre será remunerado; 3. Solemnidad, porque debe constituirse en Escritura Pública; 4. Inembargabilidad por obligaciones distintas al fideicomiso; 4. Irrevocabilidad, una vez constituido no se revocará por ningún motivo.

²⁶ **Ley de Mercado de Valores.** Régimen del Mercado de Valores. Artículo 115, incisos 1 y 3.

²⁷ **Ley de Mercado de Valores.** Régimen de Mercado de Valores Artículo 116.



Otro aspecto diferente que regula la legislación ecuatoriana, es que la propiedad no se transfiere a la fiduciaria sino al fideicomiso, que es administrado por la fiduciaria.

La duración del fideicomiso puede ser determinada por un plazo, o hasta el cumplimiento de la finalidad, o de una condición, no mayor de 80 años, salvo que la condición resolutoria sea la disolución de una persona jurídica o si ha constituido con fines culturales, de investigación, altruistas, o filantrópicos, casos en los cuales el fideicomiso perdurará hasta que sea factible cumplir el propósito para el cual se constituyó; de conformidad con el Artículo 110, inciso 3, literales a y b de la Ley relacionada.

En relación a la solemnidad del contrato de fideicomiso, en el mismo se deben establecer todos los términos bajos los cuales se regirá dicha figura jurídica.

La clasificación de los negocios fiduciarios, en la legislación ecuatoriana, es la siguiente: 1. Fideicomiso de Garantía; 2. Fideicomiso de Administración; 3. Fideicomiso de Inversión; 4. Fideicomiso de Flujos; 5. Fideicomiso Inmobiliario; y 6. Fideicomiso de Titularización.

3.2 En la legislación de la República Oriental de Uruguay

La Ley N° 17.703, del veintitrés de octubre de dos mil tres, regula las disposiciones concernientes al fideicomiso, y es así, que el Artículo 1 establece su definición: "El fideicomiso es 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 designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario. Podrá haber pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios". Como se puede observar, existen varios aspectos interesantes que se deben analizar.



Para la legislación uruguaya el fideicomiso no tiene personería jurídica, debido a que es un negocio jurídico que sirve como medio para cumplir determinadas finalidades. **Sí** tiene personería fiscal, por lo que es sujeto pasivo de impuestos.

Al transmitirse los bienes al fideicomiso, se constituye un patrimonio de afectación separado, distinto del patrimonio del fideicomitente, del patrimonio del fiduciario y del patrimonio del beneficiario. Los bienes dados en fideicomiso no son alcanzados por los acreedores del fideicomitente, ni del fiduciario ni del beneficiario. Esta autonomía de la que goza el patrimonio fideicometido es una constante en las legislaciones latinoamericanas.

Partes que intervienen en el fideicomiso:

El Fideicomitente: Es quien traspassa ciertos bienes a un patrimonio fiduciario para que sea administrado.

El Fiduciario: Es quien recibe el encargo del fideicomitente de administrar los bienes o de cumplir determinado encargo. La propiedad que él ejerce es condicionada, por un plazo y por determinadas instrucciones y no se confunde con la suya. Por eso se dice que no tiene una propiedad plena, sino una propiedad fiduciaria. A diferencia de la legislación guatemalteca, en Uruguay el fiduciario puede ser cualquier persona natural o jurídica, y únicamente los fiduciarios de los fideicomisos financieros deberán cumplir determinados requisitos, de conformidad con el Artículo 11 de la Ley citada.

Los fiduciarios deberán estar inscritos en un registro público de fiduciarios profesionales, en el Banco Central del Uruguay; de conformidad con el Artículo 12.

El Beneficiario: Es quien recibe los frutos de la gestión del fiduciario, el cual está regulado en el Artículo 23. El fideicomitente puede ser beneficiario, pero este también puede ser un tercero ajeno. Al cumplirse el plazo o la condición estipulada en el



contrato de fideicomiso, el patrimonio fideicomitado vuelve al fideicomitente o a un beneficiario determinado. Puede haber pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios.

Constitución:

El fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos, por medio de contrato o por acto unilateral, o por testamento.

En el caso de la constitución por medio de contrato, éste debe otorgarse por escrito; y dependiendo del objeto sobre el que recaiga, se podrá requerir la formalidad de la Escritura Pública, en caso que dicha solemnidad sea exigida por la ley; esto según el Artículo 2. Después de constituido el fideicomiso, se debe inscribir en la Dirección General de Registros.

Los actos que realice el fiduciario, en contraposición a los términos establecidos en el contrato, no serán oponibles frente al fideicomitente y al beneficiario; de conformidad con el Artículo 13. Esta responsabilidad externa que tiene el fiduciario, la cual exime al fideicomitente y al fiduciario de cualquier consecuencia negativa, no se encuentra regulada en la legislación guatemalteca.

Cuando el fiduciario contraviniera las instrucciones dadas, excediendo las limitaciones impuestas, el fideicomitente puede dejar sin efecto el fideicomiso y/o remover al fiduciario, con la responsabilidad que eventualmente podrá recaer sobre el mismo.

Disposiciones tributarias:

Primero, se debe tener en cuenta que, el fideicomiso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento, por lo que, dependiendo de su actividad, ésta estará gravada o no con determinados impuestos.



El fideicomiso será contribuyente de todos los tributos que gravan a las empresas en general.

Clasificación o modalidades de fideicomisos:

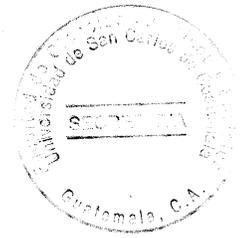
En la legislación uruguaya existe una clasificación muy similar a la guatemalteca, sin embargo, agrega unas variantes.

Fideicomiso en garantía: El fideicomitente transmite bienes al fiduciario, en garantía de una obligación, que le serán devueltos una vez satisfecha la obligación garantizada. Así, se instruye al fiduciario para que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada por parte del fideicomitente, proceda a la venta de los bienes fideicomitados, para la cancelación de la deuda. Si existe un remanente, se reintegrará al fideicomitente. En este caso, la Ley N° 17.703 admite que se designe como beneficiario al fiduciario, siempre que éste sea una entidad de intermediación financiera. Este último extremo, es otra de las diferencias existentes con la legislación nacional, debido a que permite que el fiduciario, en determinada situación, pueda ser beneficiario del fideicomiso.

Fideicomiso de administración: El fideicomitente transmite bienes al fiduciario, para que realice actos de conservación y administración sobre los mismos y perciba las rentas.

Fideicomiso financiero: El fiduciario emite títulos de participación en el patrimonio de afectación o títulos de deuda garantizados por ese patrimonio o títulos representativos de créditos que integran ese patrimonio o títulos mixtos. Los tenedores de esos títulos serán los beneficiarios del fideicomiso y tendrán derechos sobre este o sobre los créditos que integran ese patrimonio.

Fideicomiso de inversión: El fideicomiso en el que se encarga al fiduciario que realice colocaciones con el dinero o valores que se le transmiten.



Ventajas:

a) Es una nueva herramienta que puede permitir una nueva fuente de financiamiento para las empresas; b) Es un instrumento para poner a resguardo de terceros determinados bienes, sin que por ello se requiera la figura comercial de una sociedad. Permite el ejercicio de una actividad civil, por ejemplo, el de poseer un inmueble, disfrutando de la salvaguarda patrimonial buscada con la sociedad, pero sin estar sometida a sus regulaciones; c) Ofrece transparencia en ciertos negocios en que intervienen diferentes partes, como por ejemplo los fideicomisos inmobiliarios; d) Permite asegurar la administración de ciertos bienes, ya sea en caso de muerte con menores sobrevivientes, o en quiebras y concursos, o en negocios donde interviene el estado.

En conclusión, es un instrumento flexible, menos costoso y más transparente que una sociedad.

3.3 En la legislación de los Estados Unidos de Norte América

En Estados Unidos la figura del fideicomiso se conoce con el nombre de trust, que tiene su origen en el derecho germánico. En este país no existe un código que regule todo lo concerniente a dicha figura legal, sino que el derecho se basa en las decisiones judiciales.

El *Second Restatement* define al *Trust* como: La relación fiduciaria en la cual la persona que tiene el título de propiedad de los bienes, queda sujeta a los deberes de utilizar los mismos en beneficio de otra persona; y que surge de la intención de crear dicha relación. De esta definición se establece que los elementos de este contrato son: el *trustee*, *beneficiary* y *trust property*. De conformidad con lo antes expuesto, se puede determinar que lo más importante para la figura del trust es la propiedad fiduciaria, la cual es utilizada para alcanzar los fines propuestos.



En el caso del fiduciario, este sí puede ser beneficiario del fideicomiso, una vez no sea el único beneficiario.

“Los métodos para crear un trust son, entre otros: Una declaración del propietario de un bien de que él lo tiene en propiedad fiduciaria a favor de un tercero. En este caso crearía un trust de pacto unilateral. La promesa de una persona a otra persona de que sus derechos serán tenidos en propiedad fiduciaria por una tercera persona. Una transferencia por testamento. Una transferencia inter vivos por el propietario de un bien a otra persona como fiduciario en beneficio del fiduciante o de una tercera persona. La designación por una persona que tiene derecho a determinar quién será el propietario de ciertos bienes de un tercero, en beneficio de ese tercero o de otro.”²⁸ Como se puede observar, los métodos para crear un trust están desprovistos de formalismos, lo cual ofrece una mayor gama de opciones para dicho fin.

“Hay tres tipos de *Trust*: *Trust* discrecional: en el cual *trustee* tiene amplias facultades y poder suficiente para la administración de los bienes con la única limitación de las instrucciones contenidas en el documento que los creo y en la finalidad de la constitución del *trust*; *Trust* de participación: en los que los beneficiarios disfrutan de tener una parte determinada de los frutos del *trust*; y, *Trust de gestión*: es una combinación de los dos anteriores.”²⁹

“Impositivamente, en Estados Unidos, un *trust* es una única persona legal. Los impuestos de los trust se encuentran en el subcapítulo J del Código de Ingreso Interno...”³⁰ Al igual que en Ecuador, esta figura legal es considerada una persona legal para los efectos impositivos. El impuesto se aplicará a la renta imponible de cualquier tipo de propiedad en fideicomiso.

²⁸ http://www.reporteinmobiliario.com/nuke/carpeta/tesis_fideicomisos_uba_fce.pdf. Barletta, Guido y Ganza, Juan Cruz. Universidad de Buenos Aires. (Consultado: 5 de Abril de 2018).

²⁹ Op. Cit.

³⁰ Op. Cit.



En conclusión, la figura del trust representa mucha más flexibilidad para adecuarla a una variedad de fines, debido a que esta desprovista de mayores formalismo y limitaciones.

3.4 En la legislación de la República Federativa de Brasil

La legislación brasileña no contempla al fideicomiso como una figura jurídica de manera general, sino que establece varios tipos de operaciones fiduciarias encaminadas a casos específicos. Esta fragmentación en varios regímenes específicos, responden a las exigencias de garantías que permitan el acceso al crédito. Estos regímenes serán estudiados más adelante.

Un aspecto importante en el estudio de las operaciones fiduciarias es la propiedad fiduciaria, la cual es definida por el Código Civil brasileño, como la propiedad resoluble de cosa mueble fungible que el deudor, como garantía, transfiere al acreedor.

Y respecto a la titularidad de la propiedad, al momento de constituir la propiedad fiduciaria, se da el desdoblamiento de la posesión: el deudor pasa a ser el poseedor directo de la cosa.

Los regímenes principales son:

El régimen de fideicomiso en garantía regulado en el Código Civil brasileño: El deudor transfiere una cosa mueble a la propiedad fiduciaria, con el objetivo de garantizar una obligación; lo cual implica un desdoblamiento de la posesión del bien, aunque el deudor seguirá siendo el posesor. En caso de incumplimiento del deudor, el acreedor vende la cosa, y si el valor de esta no alcanza a cubrir la deuda, el deudor sigue obligado por la diferencia.

La transferencia fiduciaria en garantía de bienes muebles: Este régimen es muy similar al anterior, sin embargo, la única diferencia es que la insolvencia del fiduciario no afecta al fiduciante, debido a que el bien constituye un patrimonio de afectación, al cual los acreedores del primero no pueden acceder.



La transferencia fiduciaria en garantía de bienes inmuebles: Para este régimen la propiedad fiduciaria se constituye con bienes inmuebles. Con esta constitución se da el desdoblamiento de la propiedad, pero la misma seguirá en manos del deudor. Si el fiduciante-deudor incumpliera, el acreedor puede hacer uso del proceso, que le otorga la ley, para intimar al deudor, y si continúa incumpliendo, podrá subastar el inmueble.

Cesión fiduciaria de derechos crediticios derivados de la transferencia de inmuebles. Establece que las operaciones de financiamiento inmobiliario pueden estar garantizadas por esta cesión. La legislación establece un procedimiento, al igual que en los casos anteriores, si el deudor no cumple.

Un régimen de securitización: Es la operación por la cual los créditos están vinculados a la emisión de una serie de títulos de crédito, los cuales contendrán la identificación del deudor, el valor nominal de los créditos, la identificación de los títulos emitidos y si corresponde la emisión de otras garantías. Los créditos constituyen un patrimonio distinto al de la compañía securitizadora, y se debe mantener así hasta que se complete el rescate de los títulos. Al agente fiduciario le son conferidos poderes generales de representación de la totalidad de los beneficiarios. Una vez satisfechos los títulos de los beneficiarios se debe inscribir la extinción del régimen fiduciario y reintegrar los créditos remanentes.

Una característica fundamental de la legislación de este país es que establece disposiciones que permiten la enajenación o transferencia fiduciaria para garantizar los créditos otorgados; y para el efecto, en caso de incumplimiento, se puede proceder a la enajenación de los bienes entregados sin que el propietario fiduciario pueda hacerse dueño de los mismos en el correspondiente proceso de venta.

La ventaja que tiene el sistema de legislación adoptada por Brasil es que las garantías fiduciarias en materia de muebles e inmuebles permiten que quien es un buen pagador



no pague intereses más altos por los que no lo son; y la desventaja es que no existe un código unificado, sino múltiples regímenes.

El objetivo de la inclusión de la legislación de este país, es para demostrar la gran versatilidad que tiene los elementos inherentes al fideicomiso aún si estar regulado expresamente como tal.

3.5 En la legislación de los Estados Unidos Mexicanos

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito –LGTOC- de mil novecientos treinta y dos, regula la figura del fideicomiso, cuyas disposiciones están establecidas del Artículo 381 al 407.

Para la legislación mexicana, el fideicomiso es una figura jurídica por medio de la cual se pueden realizar actos de naturaleza civil y mercantil; sin embargo, su constitución no le otorga personalidad jurídica propia; por consiguiente, el respectivo contrato no es sujeto de los impuestos sobre la renta; pero sí lo son el fideicomitente o fideicomisarios, debido a que son ellos quienes perciben los beneficios del fideicomiso. Lo anterior, evidencia ciertas similitudes con la legislación guatemalteca, por ejemplo, la factibilidad de realizar actos tanto civiles como mercantiles, y, el tratamiento impositivo a dicha figura legal.

El Artículo 381 de esta Ley establece que se constituye un fideicomiso cuando el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria. Como se puede observar, la definición legal mexicana no dista en mucho a la establecida en el Código de Comercio de Guatemala.

En cuanto a la manifestación de voluntades, el fideicomiso tiene dos vertientes importantes: Puede ser la de una persona, o bien, la voluntad de dos o más personas



que buscan un mismo fin. Y es debido a esta característica que se considera como una herramienta jurídica flexible para el logro de objetivos unilaterales o plurilaterales.

De la definición antes expuesta se desprende los elementos personales que intervienen en el fideicomiso:

Fideicomitente: Es aquel que constituye el fideicomiso; y solo pueden ser fideicomitentes:

- La persona física o jurídica que tenga la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica.
- Las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen; Artículo 384.

Fiduciaria: Es la institución expresamente autorizada para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito, encargada por el fideicomitente de la realización del fin lícito determinado en el contrato; Artículo 385.

Ese mismo Artículo, establece que pueden existir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario. Cuestión que no está regulada en el Código de Comercio de Guatemala.

La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan en el contrato; según el Artículo 391.

El Artículo 392 Bis establece que, en caso de incumplimiento a la contraprestación, horarios, de la institución fiduciaria, por un periodo igual o superior a tres años, esta podrá dar por terminado, sin responsabilidad, el fideicomiso.



Fideicomisario: La persona física o jurídica con la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica; Artículo 382.

Los fideicomitentes podrán ser designados como fideicomisarios cuando así se establezca en las bases del contrato del fideicomiso.

Pueden existir varios fideicomisarios o no estar designados como tal, siempre que dicha designación se haga posteriormente; Artículos 383 y 382.

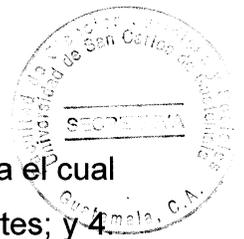
El valor de los bienes otorgados al fideicomiso o los rendimientos que el fideicomiso genere, se conoce como patrimonio del fideicomiso.

El fideicomiso debe constar siempre por escrito; Artículo 387, y ajustarse a la legislación común sobre la transmisión de los derechos o de la propiedad de las cosas dadas en fideicomiso.

En el derecho mexicano es importante señalar la finalidad del fideicomiso, ya que de ello depende el tratamiento legal y fiscal que pudiera tener el mismo, aunque la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito solo señala, como fin de un fideicomiso, que sea lícito y determinado.

Además, la legislación mexicana ordena crear un comité técnico que realice las funciones de dirección y administración del fideicomiso, el cual será nombrado por el fideicomitente, dentro del texto del mismo contrato. Este comité no existe en la legislación guatemalteca.

La administración en un fideicomiso puede ser delegada a un tercero. Únicamente puede ser delegadas las funciones secundarias que no impliquen facultades de mando, decisiones o actos discrecionales que afecten al patrimonio del fideicomiso.



El fideicomiso se extingue por siguientes causales: 1. Por realización del fin para el cual fue creado; 2. Por hacerse este imposible; 3. Por convenio escrito entre las partes; y 4. Por revocación hecha por el fideicomitente; Artículo 392.

Al extinguirse el fideicomiso, si no se pacta lo contrario, los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda; Artículo 393.

Quedan prohibidos los fideicomisos secretos y aquellos cuya duración sea mayor de cincuenta años cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea de derecho público o institución de beneficencia; Artículo 394.

Disposiciones tributarias:

No obstante que a través del fideicomiso se realizan actividades de naturaleza civil o mercantil, por sí mismo no es un sujeto directo de la Ley del Impuesto sobre la Renta – LISR-, sin embargo, los actos mercantiles que se realicen y que constituyan actividades empresariales sí lo son.

Cuando se realizan actividades empresariales a través de un fideicomiso, es obligación de la institución fiduciaria determinar el resultado o pérdida fiscal de dichas actividades, en cada ejercicio; y cumplir por cuenta de los fideicomisarios las obligaciones fiscales correspondientes. Ahora, sí, a través del fideicomiso no se realizan actividades empresariales, o sea, aquellos creados solo para realizar actos de naturaleza civil, estos tendrán un tratamiento fiscal diferente.

Además, los fideicomisos que solo son creados para la administración de bienes y para garantizar alguna obligación no estarán sujetos al ISR.

Al analizar las disposiciones que regulan el fideicomiso, se establece que la legislación mexicana otorga varios incentivos fiscales que permiten que las personas puedan

utilizar dicha figura legal, según conveniencia, sin sufrir cargas impositivas excesivas; debido a grava ciertas actividades que se pueden realizar a través de dicha figura legal.



3.6 En la legislación de la República Argentina

En Argentina, el fideicomiso fue creado con el objeto de facilitar los actos de última voluntad; así como, el hacer llegar las herencias a las personas incapacitadas, por ley, para heredar.

El objetivo de este contrato era transmitir, por parte del fiduciante, quien era el deudor, la titularidad de una propiedad al fiduciario, quien era el acreedor en garantía de la obligación que los vinculaba, en el cual se pactaba el compromiso que el acreedor se comprometía a restituir la cosa al deudor cuando fuera satisfecha la deuda; si el deudor no pagaba en el tiempo acordado, se consolidaba el dominio del acreedor y no debía devolver nada al deudor aun cuando el valor de la cosa dada excedía el crédito; si el acreedor estaba autorizado a vender el bien, el deudor podía cobrar la diferencia de lo que excedía por la venta. Posteriormente, aparece una modificación a este contrato en donde el deudor podía exigir del acreedor la restitución de la cosa o la indemnización de los daños y perjuicios cuando no era posible la restitución por parte del acreedor.

El derecho argentino, en materia de fideicomiso, ha sido inspirador de otras legislaciones, siendo un modelo la Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Por la naturaleza y características de esta Ley puede ser aplicable a diferentes asuntos. La principal característica de esta Ley es la confirmación de que una persona puede ser propietaria de dos patrimonios. Esta Ley trae consigo la inclusión y el desarrollo del fideicomiso financiero, potencializando y reformando ciertos artículos del Código Civil argentino.

Han existido varias disposiciones que regulan la figura del fideicomiso, entre las cuales se pueden mencionar las normas siguientes:



Decreto 286/95, del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y cinco, constituye un Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial, con el objeto de asistir a los bancos de provincia, sujetos a privatización, y fomentarlos en empresas provinciales, por un plazo de dos años. El contrato de fideicomiso se suscribe entre el Estado Nacional, como fiduciante, y el Banco de la Nación Argentina, como fiduciario, cuyos beneficiarios son las provincias o los bancos.

Este decreto regula los fideicomisos de los bancos en las provincias y su relación entre el Estado y los bancos de este Estado.

Decreto 445/95, del veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y cinco, crea el Fondo Fiduciario de Capitalización Bancaria, con el objeto que las entidades financieras puedan suscribir e integrar aportes de capital u otorgar préstamos; comprar y vender acciones; adquirir activos y realizarlos; cumplir las gestiones y transferencias que le encomiende el Banco Central de la República Argentina. Prevé la suscripción del pertinente contrato de fideicomiso, entre el Estado Nacional y el Banco de la Nación Argentina. Además, modifica el contrato de fideicomiso aprobado por el Decreto 286, incluyendo, entre los beneficiarios, a la Capital Federal y los bancos.

Esta Ley regula los préstamos o las formas de adquirir acciones para realizar transferencias que el Banco Central encomiende a los contratantes de fideicomisos.

La Ley 23.696, en sus Artículos 21 y 40, organiza un Programa de Propiedad Participada para adquirir el capital accionario de empresas y sociedades declaradas sujetas a privatización. Los Artículos 34 y 35 aluden a un "banco fideicomisario", en realidad sería el fiduciario, conforme a la terminología de la Ley 24.441.

Esta Ley regula la organización de programas para adquirir capital de las sociedades por acciones y privadas y la regulación de un banco fideicomisario.



Decreto 585/96, del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y seis, regula el autoseguro en el sistema de la Ley de Riesgos de Trabajo, Ley 24.557. Y en su Artículo 2 prevé, con detalles, la celebración de un contrato de fideicomiso, en el que actúa como fiduciaria una entidad bancaria habilitada para recibir inversiones de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones.

Esta Ley regula lo referente a un auxilio póstumo o un fideicomiso como fondo para las personas jubiladas por tercera edad o pensionados de estos mismos; entiéndase por beneficiarios a las personas jubiladas por haber prestado un servicio durante un tiempo determinado en la Ley.

Posteriormente, aparece el Decreto 780/95, del veinte de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, sobre exenciones impositivas en fideicomisos, que consistía en las exenciones de los impuestos tributarios que pueden acarrear los fideicomisos.

La Ley 24.441, a pesar que, fue creada para regular el financiamiento de propiedades utilizadas para viviendas, también hace referencia a los fideicomisos otorgados por testamentos o actos de última voluntad; así como, el fideicomiso que se confía a las entidades bancarias para que administren los bienes dinerarios de entidades o de personas individuales o colectivas.

Cabe mencionar que la Ley 26.994 14 deroga los Artículos 1º al 26 de la Ley 24.441 que regulaban el fideicomiso ordinario y el fideicomiso financiero. Se mantienen los Artículos 83 y 84 de dicha Ley, con lo que siguen vigentes las exenciones a los títulos valores y retribuciones del fiduciario. Este Código reproduce en general la estructura de la Ley 24.441, precisando algunos conceptos y aportando algunas novedades consideradas de utilidad para la mejor aplicabilidad del contrato.

La definición de fideicomiso, que establece la legislación argentina, es similar a las señaladas anteriormente, y que, de forma sucinta, se puede establecer como: el



contrato por el cual una persona transmite la propiedad de algo a otra persona, afectando dicha propiedad a un fin determinado, para que se beneficie un tercero.

La propiedad fiduciaria es para el provecho de los beneficiarios y la transmisión de la propiedad se realiza a los fideicomisarios. Así, se diferencia quién dispondrá de los frutos y de los bienes, por lo que, de disponerse ambos beneficios, deberá dejarse constancia en el contrato. Entonces, el beneficiario dispone de los frutos y el fideicomisario es el beneficiario residual de los bienes. En el Artículo 1671 se dispone que el beneficiario puede ser una persona individual o jurídica, que puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato, en este último caso deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario.

El Artículo 1672 define al fideicomisario como la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. No puede ser fideicomisario el fiduciario. El plazo máximo es de treinta años, de conformidad con el Artículo 1668; a excepción que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que dura hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte. Cumplida la condición o vencido el plazo sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designe en el contrato. A falta de pacto deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos.

El Artículo 2493 regula que el testador puede constituir un fideicomiso sobre toda, o una parte indivisa, de la herencia, dejando a salvo los derechos de los herederos forzosos, salvo justa causa. Pero el Artículo 1670 prohíbe expresamente el fideicomiso sobre herencias futuras.

El Artículo 2186 establece que los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos. Si los bienes que son parte



del contrato de fideicomiso, son hipotecados o dados en prenda no se podrán transmitir con estos gravamos al beneficiario.

En relación a las formalidades del fideicomiso, el Artículo 1669 dispone que el contrato debe suscribirse en instrumento público; el cual se inscribe en el Registro correspondiente.

Respecto del fiduciario, este puede ser cualquier persona humana o jurídica, pero solo pueden ofrecer al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras y las personas jurídicas que autoriza el organismo contralor.

El fiduciario puede ser beneficiario y debe cumplir con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Los cofiduciarios, si los hubiera, son responsables solidariamente. Se estatuye que el fiduciario debe rendir cuentas con una periodicidad anual, las que pueden ser solicitadas por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario; Artículo 1675.

Se permite la sustitución del fiduciario o cofiduciario de acuerdo al contrato, o por orden del juez; Artículos 1678 y 1679. Una de las obligaciones del fiduciario es contratar seguros de responsabilidad civil que cubran los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso; Artículos 1685, pero no para cancelar deudas impagas con los fiscos, por lo cual en tanto el fiduciario no actúe como un buen hombre de negocios, deberá cumplir con las obligaciones del fideicomiso con su patrimonio personal, lo mismo si el seguro resultara insuficiente.

Según los Artículos antes señalados, el fiduciario puede ser sustituido, y si en algún momento el objeto dado en fideicomiso resultare dañado por su negligencia, se le podrá obligar a que se comprometa a resarcir los daños que pudiera ocasionar, e inclusive pagar hasta con sus propios bienes, en caso que no sea suficiente los pagos que se haya dejado de percibir por su negligencia en el manejo del negocio fiduciario.



El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario ningún consentimiento. Asimismo, está regulado el fideicomiso en garantía, el cual no configura un derecho real de garantía sino una garantía personal. Por último, el Código del año dos mil catorce permite su instrumentación como un fideicomiso de pagos, al permitir al fiduciario aplicar los fondos que ingresen al patrimonio fideicomitado para la cancelación de los créditos garantizados en él; Artículo 1680.

Se hace mención que los bienes fideicomitidos pueden ser gravados en caso el negocio lo requiera, aunque no haya consentimiento propiamente escrito, una vez sea para cubrir los gastos o los gravámenes que por su uso o conservación se puedan generar.

Esta ley mantiene el principio de la separación patrimonial, ya que los activos fideicomitidos constituyen un patrimonio separado, tanto del fiduciario como del fiduciante y del beneficiario.

El Artículo 1697 del Código comentado establece que el fideicomiso se extingue por “la revocación del fiduciante si se ha reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo”. En el fideicomiso contractual, el fideicomiso solo puede ser revocado si estuviera expresamente previsto, de modo que por naturaleza sería irrevocable.





CAPÍTULO IV

4. El fideicomiso de administración empresarial en Guatemala y su utilidad para rescatar empresas en crisis financiera

Debido a las múltiples ventajas que representa la figura del fideicomiso de administración empresarial para el rescate de empresas en crisis financieras, la misma se presenta como una herramienta útil que puede ser utilizada, dentro del ámbito mercantil nacional, para tal fin.

4.1 Consideraciones

Como se ha señalado anteriormente la legislación guatemalteca contiene pocas disposiciones jurídicas que regulen la figura del fideicomiso, entre las que se pueden citar las siguientes:

- El Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, del Artículo 766 al 793.
- Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 76, que se refiere específicamente al fideicomiso de Inversión.
- La Ley del Impuesto sobre la Renta y la Ley del Impuesto al Valor Agregado, las cuales regulan los aspectos tributarios implicados para los diversos participantes en la operación de fideicomisos, y consideraciones de índole fiscal sobre la aportación de los bienes fideicomitados.
- Adicionalmente, existen otras disposiciones que regulan cuestiones complementarias de los fideicomisos, por ejemplo, su constitución, inscripción, funcionamiento, etc.



Es importante señalar que las disposiciones jurídicas, del Código de Comercio de Guatemala, que regulan los aspectos del fideicomiso tienen 48 años de estar en vigencia sin que se haya realizado un proceso de actualización; para adecuarlas a la situación de modernización de la economía mundial y a los efectos generales de la globalización para hacer más competitiva y moderna la operación de fideicomisos en Guatemala.

En términos generales, la figura del fideicomiso no ha sido utilizada ampliamente en el ámbito nacional guatemalteco, derivado que la función de fiduciario solo puede ser realizada por una institución bancaria o a una institución de crédito, previamente aprobada por la Junta Monetaria; de conformidad con lo regulado en el Artículo 768 del Código de Comercio de Guatemala; lo cual no ha permitido su desarrollo y óptima utilización en la economía nacional.

En otros países, con economías desarrolladas, se ha normalizado, difundido y utilizado la figura del fideicomiso; emitiendo leyes que regulan en forma específica y con mayor detalle su constitución, operatoria, garantías y requisitos que deben ser observados, como es el caso de las normativas jurídicas de México, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y Argentina, Ley No. 26994 Código Civil y Comercial de la Nación, que se han mencionado.

En el caso específico de Guatemala, se ha utilizado la creación de fideicomisos por parte del Gobierno Central; existiendo, según la información de la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, al mes de marzo 2018, un total de 31 fideicomisos vigentes.

No existen registros públicos de la creación de fideicomisos particulares con instituciones bancarias. Cada banco maneja en sus páginas web la figura de fideicomiso, proporcionando al público en general diversas opciones a las que pueden aplicar conforme sus necesidades. Y no hay alguna entidad del Gobierno que se



encargue de recopilar y presentar la información relacionada con las operaciones de los fideicomisos privados.

En términos generales las instituciones bancarias guatemaltecas, ofrecen a sus clientes las siguientes opciones de figuras de fideicomiso:

- Administración
- Inversión
- Garantía
- Mixtos
- Planeación Patrimonial

Con la utilización del Fideicomiso de Administración Empresarial, una empresa que se encuentre en problemas de liquidez puede garantizar a sus acreedores el cumplimiento de sus obligaciones con bienes muebles o inmuebles que garanticen el pago y cumplimiento de las condiciones pactadas. Permitiéndole continuar con sus operaciones normalmente.

4.2 Ventajas del fideicomiso de administración empresarial para la economía nacional

Con la constitución de un fideicomiso de administración empresarial, se obtienen los siguientes beneficios para la economía nacional:

- Se reduce la carga de los procesos judiciales relacionados con la recuperación de créditos morosos por parte de los deudores, permitiendo la generación de dos beneficios:
- Para los acreedores evita la inversión económica en la ejecución de procesos largos y tediosos que originan costos judiciales.

- Al reducir el número de casos que llegan a instancias de tipo judicial existe un ahorro de recursos utilizados para estos procesos y permite a las autoridades del Organismo Judicial canalizar recursos a la resolución de otros casos que se tienen en la gestión judicial.

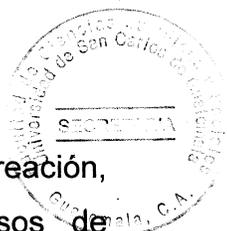
- Se establece una normalización en la economía nacional al evitar quiebras y cierres de empresas de forma abrupta, ya que mediante la creación del fideicomiso de administración empresarial se genera un proceso estructurado y ordenado de la cancelación de deudas por las empresas que atraviesan problemas de liquidez para el cumplimiento de sus obligaciones.

4.3 Propuesta de forma al Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala

Como resultado de la presente investigación, se considera que es necesario realizar las siguientes modificaciones al Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, para permitir la agilidad de la figura de fideicomiso y, especialmente, el relativo a la administración empresarial:

- Modificar el Artículo 768, relacionado con el nombramiento de quienes pueden ser designados como fiduciarios, permitiendo que otras personas naturales o jurídicas pueden ejercer esta función, para facilitar la creación y utilización de la figura del fideicomiso.
- Crear un Artículo específico sobre la obligatoriedad de llevar un control y registro, por parte del Registro Mercantil, de las personas o entidades designadas como fiduciarios de un fideicomiso. En dicho registro también debe existir la inhabilitación de dicha persona o entidad al realizar con negligencia la función para la cual fue designado.
- Crear un Artículo específico sobre la obligatoriedad de llevar un control, por parte del Registro Mercantil, de los fideicomisos creados y vigentes; debiéndose incluir esta información en las estadísticas mensuales que se presentan por parte de la entidad.





- Deben incorporarse varios artículos que desarrollen con mayor detalle la creación, requisitos, funcionamiento, operatividad y cancelación de los fideicomisos de administración empresarial como figura que garantice la cancelación de deudas por empresas que estén atravesando crisis financiera.

- Para el caso específico de los fideicomisos de administración empresarial, debe establecerse la posibilidad de que el fiduciario pueda ser también el fideicomisario de la operación, lo cual proporcionaría una mayor flexibilidad para que la institución acreedora pueda administrar el fideicomiso y quedarse en propiedad de los bienes que pudieran resultar al finalizar el periodo de vigencia.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El problema detectado que motivó el presente trabajo de investigación, consiste en la falta de regulación, en la legislación nacional mercantil, del fideicomiso de administración empresarial, el cual tiene como principal función el rescate de empresas en crisis financiera; en virtud que permite que un ente especializado, en el giro comercial de la empresa en cuestión, se encargue del control de esta, generando los rendimientos necesarios que permitan su subsistencia económica. Cuestión que no puede ser llevada a cabo, en el ámbito mercantil nacional; debido a que el Artículo 768 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, limita a que el fiduciario sea una entidad bancaria y, excepcionalmente, una entidad de crédito; misma que no puede conocer y manejar todas las materias mercantiles existentes, debido a su misma naturaleza.

El fundamento legal que representa un obstáculo, para la implementación del fideicomiso de administración empresarial, es el Artículo 768 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala; el cual establece que sólo los bancos, establecidos en el país, podrán ser fiduciarios y, las instituciones de crédito, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria.

Para resolver el problema antes expuesto, es necesario reformar el citado Artículo 768, con la finalidad de permitir que otras personas puedan fungir como fiduciarias; lo cual viabilizaría la inclusión de la figura del fideicomiso de administración empresarial, mismo que tendría gran utilidad práctica; debido a que la entidad mercantil en crisis cesaría todos sus costos de operaciones, y recibiría además los beneficios económicos que espera, en aras de salir de la crisis económica que le aqueja; y de esta forma, el Estado de Guatemala impulsaría la economía nacional.



BIBLIOGRAFÍA



ALVARADO SANDOVAL, Ricardo; José Antonio, Gracias Gonzales. **El notario Ante la Contratación Civil y Mercantil**. Editorial Estudiantil Fenix. 2009. Página 524.

COMITRE, Paulo; Marlene, Bazán; Diana, Farfán Ronald Gutiérrez; Joe, Navarrete. **El Fideicomiso y el Financiamiento Público**. Ediciones Esan. 2015. Página 33.

GONZÁLEZ MADREDA, Celia. y Julio, Fernandez. **Ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa**. Argentina. 1995.

FERRO, Héctor Raúl. **Fideicomiso, Boletín de Lecturas Sociales y Económicas**. Año 3, No. 13. Página 36 y 37.

<http://www.comunidadcontable.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/cpto-10362-13.pdf>. **Fiducia Mercantil, Patrimonio Autónomo, Operador de Libranza**. Página 1. (Consultado: 2 de septiembre de 2017).

<http://dle.rae.es/?id=HrNcwXy>. **Real Academia Española**. (Consultado: 2 de septiembre de 2017).

<http://www.definiciónlegal.blogspot.com/2012/06/teoría-del-patrimonio-afectacion.html>. **Teoría del Patrimonio de Afectación**. (Consultado: 2 de septiembre de 2017).

<http://es.thefreedictionary.com/empresarial>. **The Free Dictionary**. (Consultado: 3 de septiembre de 2017).

<http://abstrust.com/es/administracion.html>. **ABS Trust**. (Consultado: 4 de septiembre de 2017).

<http://www.derechoromano.es/2012/09/los=fideicomisos.html>. **Los Fideicomisos en Derecho Romano** (consultado: 10 de septiembre de 2017)

<http://fondospichincha.yage.ec/portal/es/web/fondos-pichincha/fideicomiso-de-administracion>. **Fondos Pichincha**. (Consultado: 12 de septiembre de 2017)

<https://www.econlink.com.ar/articulos/fideicomiso-garantia>. Econlink. (Consultado: 15 de septiembre de 2017).



http://www.reporteinmobiliario.com/nuke/carpeta/tesis_fideicomisos_uba_fce.pdf. Barletta, Guido y Ganza, Juan Cruz. Universidad de Buenos Aires. (Consultado: 5 de abril de 2018).

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley No. 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Guatemala, 1963.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto No. 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.

Código Municipal. Decreto No. 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley de Acceso a la Información Pública. Decreto No. 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala, 2008.

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto No. 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley de Supervisión Financiera. Decreto No. 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley del Impuesto al Valor Agregado. Decreto No. 27-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos. Decreto No. 37-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.



Ley del Impuesto sobre la Renta. Decreto No. 26-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley del Mercado de Valores y Mercancías. Decreto No. 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.

Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto No. 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado. Decreto No. 30-2012 del Congreso de la República de Guatemala, 2012.

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto No. 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Reglamento Interno del Ministerio de Finanzas Públicas. Acuerdo Gubernativo No. 394-2008.

Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos. Acuerdo Ministerial 25-2010.