

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD EN QUE INCURREN LOS
SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO AL SUSCRIBIR CONTRATOS DE
FIDEICOMISOS PÚBLICOS**

RAYMUNDA ADELINA GUDIEL VILLAMAR

GUATEMALA, JUNIO DE 2012

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD EN QUE INCURREN LOS
SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO AL SUSCRIBIR CONTRATOS DE
FIDEICOMISOS PÚBLICOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RAYMUNDA ADELINA GUDIEL VILLAMAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2012

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

DECANO:	Lic.	Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br.	Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic.	Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Héctor Antonio Roldan Cabrera
Vocal:	Licda.	Rosa Orellana Arévalo
Secretario:	Lic.	Jorge Leonel Franco Morán

Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Eneida Victoria Reyes Monzón
Vocal:	Licda.	Aura Marina Chang Contreras
Secretario:	Lic.	Ernesto Rolando Corzantes Cruz

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).



Alba Virginia Marisol García Escobar
Abogada y Notaria

Guatemala, 31 de agosto del 2011

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

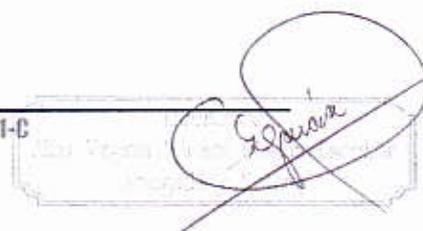
Licenciado Castro Monroy:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que procediendo de conformidad con el nombramiento de fecha veintinueve de marzo de dos mil once, en mi calidad de Asesora de Tesis de la Bachiller Raymunda Adelina Gudiel Villamar, he procedido asesorar metódica y técnicamente a la estudiante en el desarrollo de su tesis intitulada: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD EN QUE INCURREN LOS SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO AL SUSCRIBIR CONTRATOS DE FIDEICOMISOS PÚBLICOS"**, tema de actualidad tanto para los abogados en cualquiera de las esferas en que se encuentren ejerciendo su profesión como para los estudiosos del derecho, y para el efecto de extender el dictamen favorable respectivo detallo lo siguiente:

- A. El contenido científico y técnico de la tesis se connota con la debida utilización de las doctrinas y teorías de actualidad con respecto al Contrato de Fideicomiso Público, para lo cual también se efectúa una breve reseña histórica del fideicomiso, sus características esenciales, los sujetos que intervienen en este tipo de contratación, tomando en cuenta la revisión y análisis de la normativa a nivel nacional e internacional relativa a los contratos de fideicomisos constituidos con fondos del Estado, desarrollando el proceso de constitución, funcionamiento liquidación y extinción de los contratos de fideicomisos público, haciendo un enfoque en el ámbito administrativo y mercantil donde tiene mayor relevancia, de igual manera se desarrolla a criterio de la estudiante las responsabilidades en que pueden incurrir los sujetos de derecho público al suscribir contrato de fideicomiso público, temas que se encuentran contenidos en los seis capítulos del trabajo realizado.
- B. La metodología y técnicas de investigación utilizadas encuadran con las enumeradas en su plan de investigación, pues se emplearon las técnicas de recopilación de información correctas, como se desprende de la bibliografía utilizada; la metodología que la sustentante empleó en el desarrollo de la investigación es ajustada a la redacción que se utiliza, pues de forma genérica se puede deducir de la tesis, que la misma presenta una estructura analítica y deductiva, pues aborda el análisis jurídico del contrato de fideicomiso público como punto de partida para la descomposición de sus elementos y estudio analítico de cada uno de elementos que lo integran, para lo cual hace uso de la deducción, obteniendo las conclusiones precisas sobre sus caracteres esenciales, concentrándose en los sujetos de derecho público y las responsabilidades en que incurren cuando suscriben contratos de fideicomisos públicos y una vez obtenidos, son aplicados sintéticamente a la estructura del derecho guatemalteco tomando normas de derecho privado como derecho público, que a través de un análisis minucioso, crítico y analítico se logra enfatizar en ámbito guatemalteco en cuanto al contrato de fideicomiso constituido con fondos del Estado.

Colegiado 7737

8ª ave. 3-90 zona 14 - Edificio La Rambla, Torre I, 1º nivel, oficina I-C
Guatemala, Ciudad
Teléfono (502) 23675084
marisolgarciae@gmail.com





Alba Virginia Marisol García Escobar
Abogada y Notaria

- C. La redacción es concisa y se adecua con los requerimientos académicos de la Unidad de Tesis y al nivel académico que corresponde, pues en la mayoría del trabajo de investigación se puede apreciar el uso constante de síntesis del contenido utilizado, el cual ha sido elaborado de manera muy adecuada y con la terminología correcta.
- D. La investigación mencionada realiza una contribución científica y doctrinaria importante al sistema guatemalteco en cuanto al derecho administrativo y mercantil que se integran en el análisis jurídico de los normas legales con respecto al Contrato de Fideicomiso Público en Guatemala las cuales no se encuentran integradas en un solo cuerpo legal, sin embargo, se logra establecer claramente la interpretación en relación las responsabilidades de los funcionarios públicos, siendo ello uno de los grandes aportes científicos que la tesis relacionada brinda a la ciencia jurídica guatemalteca, tanto en ámbito administrativo como en el derecho mercantil.
- E. Las conclusiones y recomendaciones son acordes a lo expresado en el cuerpo capitular de la investigación, las cuales son precisas en señalar fundamentalmente el conocimiento jurídico de la legislación actual en torno a las responsabilidades en que pueden incurrir los sujetos de derecho público al suscribir contratos de fideicomisos públicos y la falta de una normativa unificada que incorpore los procedimientos y elementos que permitan a estos contratos lograr con el fin estipulado y no ser utilizados para evadir lo estipulado en la Ley de Contrataciones del Estado.
- F. Por último, la bibliografía que se utiliza es la que corresponde para el tipo de investigación realizada, pues contiene la información que conduce directamente a la obtención de las conclusiones expuestas en la tesis asesorada.

En virtud del estudio de la investigación realizada por la estudiante sustentante de la tesis, manifiesto que contiene aportes científicos y técnicos en cuanto al análisis jurídico de la responsabilidad en que incurrir los sujetos de derecho público al suscribir contratos de fideicomisos públicos, analizando para ello su evolución histórica, su naturaleza jurídica, su comparación con otras legislaciones, tanto legal como doctrinariamente, para finalmente presentar el esquema guatemalteco, por lo que afirmo que el contenido de la tesis tiene el nivel científico y técnico adecuado.

De modo que por encontrarse el trabajo de tesis asesorado científica y técnicamente expuesto en su contenido, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, emito el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con los trámites correspondientes y que el trabajo finalmente sea discutido y aprobado por el honorable tribunal examinador en el examen público correspondiente.

Guatemala,
Alba Virginia Marisol García Escobar
Abogada y Notaria

Licda. Alba Virginia Marisol García Escobar
Abogada y Notaria
Col. 7,737

Colegiado 7737

8^o ave. 3-90 zona 14 - Edificio La Rambla, Torre I, 1^o nivel, oficina 1-6

Guatemala, Ciudad

Teléfono (502) 23675084

marisolgarciae@gmail.com

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, trece de septiembre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **ELEAZAR GIRÓN MONZÓN**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **RAYMUNDA ADELINA GUDIEL VILLAMAR**. Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD EN QUE INCURREN LOS SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO AL SUSCRIBIR CONTRATOS DE FIDEICOMISOS PÚBLICOS".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/jrvch.

BUFETE PROFESIONAL LIC. ELEAZAR GIRÓN MONZÓN



Lic. Eleazar Girón Monzón

Abogado y Notario

Col. 3,163

6av. 0-60 zona 4, Torre Profesional 1, Sexto nivel Oficina 613,

Gran Centro Comercial de la Zona 4 Ciudad de Guatemala

Tels. 2335-1904/ 2335-1725

Guatemala, 11 de octubre del 2011

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro Monroy:

Tengo el agrado de hacer de su conocimiento que procediendo de conformidad con el nombramiento de fecha trece de septiembre de dos mil once, en mi calidad de Revisor de Tesis de la Bachiller Raymunda Adelina Gudiel Villamar, he procedido a revisar metódica y técnicamente el desarrollo de la redacción de la tesis intitulada: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD EN QUE INCURREN LOS SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO AL SUSCRIBIR CONTRATOS DE FIDEICOMISOS PÚBLICOS"**, manifestándole que:

- A. El contenido abarcado por la tesis es eminentemente científico, jurídico y técnico, y se expone de manera concisa y sintética, dándose mayor relevancia a las doctrinas y teorías que en la actualidad manifiestan una mayor importancia con relación al Contrato de Fideicomiso Público, desarrollando de manera estructural lo referente a este tipo de contratos, partiendo de la reseña histórica, continuando con los elementos esenciales del contrato mercantil, tomando como base el análisis de normas a nivel nacional e internacional, teniendo importancia esencial en el ámbito mercantil, civil, constitucional y administrativo. La bachiller Gudiel Villamar concluye en forma clara y concisa la responsabilidad en que incurren los sujetos de derecho público al suscribir contratos de fideicomisos públicos, temas que se encuentran contenidos en los cuatro capítulos del trabajo realizado.
- B. Por razones de índole funcional y programática, se optó por la reestructuración de la tesis a cuatro capítulos, quedando de esa forma mejor distribuida la carga capitular y con un mejor y más claro enfoque del tema y que ayuda a la adecuada comprensión del contenido de la misma.
- C. Para el desarrollo de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas fueron las propicias para el adecuado desarrollo del tipo de trabajo investigativo del que se trató; pudiéndose evidenciar en el contenido mismo de la tesis, la metodología que la bachiller empleó, pues la misma presenta una estructura sintético-analítica, abordando de esa manera los problemas relativos al contrato de fideicomiso público, el de los funcionarios públicos y las responsabilidades de estos; a través de lo cual pudo llegar a la obtención de conclusiones pertinentes sobre sus objetos de estudio.

ELEAZAR GIRÓN MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO

BUFETE PROFESIONAL LIC. ELEAZAR GIRÓN MONZÓN



Lic. Eleazar Girón Monzón

Abogado y Notario

Col. 3,163

6av. 0-60 zona 4, Torre Profesional 1, Sexto nivel Oficina 613,

Gran Centro Comercial de la Zona 4 Ciudad de Guatemala

Tels. 2335-1904/ 2335-1725

- D. De acuerdo a los lineamientos requeridos dentro de la Unidad de Tesis, la bachiller empleó una redacción, clara y concisa, la que se corresponde con el trabajo de investigación realizado y en el cual se ha utilizado un nivel terminológico considerable.
- E. De la contribución científica y doctrinaria que aporta el trabajo, la bachiller hace relación a normas de derecho administrativo y mercantil, las cuales integra y analiza con respecto al Contrato de Fideicomiso público en Guatemala, concluyendo que estas normas no se encuentran sistematizadas, pues las mismas se encuentran dispersas en varios cuerpos legales, favoreciendo de esa forma la obscuridad y poca claridad sobre dicha figura; y no obstante ello, si fue posible precisar las responsabilidades directas en que incurren los sujetos de derecho público al suscribir contratos de fideicomisos públicos, por lo cual el aporte científico jurídico que el presente trabajo aporta es de gran importancia para la materia.
- F. Las conclusiones y recomendaciones se corresponden directamente a lo expuesto en el contenido del trabajo de investigación, y las mismas se siguen directamente de él, por lo cual son consecuentes con los objetivos originalmente planteados en el plan de investigación; logrando determinar las responsabilidades de los sujetos de derecho público con respecto del contrato de fideicomiso.
- G. La bibliografía empleada es la que efectivamente ha llevado a la obtención de las conclusiones y recomendaciones a las que ha arribado la bachiller Gudiel Villamar, siendo dicha bibliografía la adecuada para este tipo de investigación.

En virtud de la revisión de la investigación desarrollada por la estudiante Raymunda Adelina Gudiel Villamar, sustentante de la tesis, concluyo que contiene aportes científicos y técnicos en cuanto al análisis jurídico de la responsabilidad en que incurren los sujetos de derecho público al suscribir contratos de fideicomisos públicos, analizando para ello su evolución histórica, su naturaleza jurídica, su comparación con otras legislaciones, tanto legal como doctrinariamente, para finalmente presentar el esquema guatemalteco, por lo que afirmo que el contenido de la tesis tiene el nivel científico y técnico adecuado.

De modo que por encontrarse el trabajo de tesis revisado científica y técnicamente expuesto en su contenido, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, emito el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con los trámites correspondientes y que el trabajo finalmente sea discutido y aprobado por el honorable tribunal examinador en el examen público correspondiente.

Lic. Eleazar Girón Monzón
Abogado y Notario
Col. 3,163

ELEAZAR GIRÓN MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de abril de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante RAYMUNDA ADELINA GUDIEL VILLAMAR titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD EN QUE INCURREN LOS SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO AL SUSCRIBIR CONTRATOS DE FIDEICOMISOS PÚBLICOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por nunca abandonarme, gracias por tu amor y las bendiciones recibidas. Para tí es el logro alcanzado.
- A MIS PADRES:** Julio César Gudiel Marroquín y Alma Emperatriz Villamar Barrios, por brindarme el amor, el apoyo incondicional, la confianza y la fe necesaria para llegar a culminar esta meta.
- A MIS HERMANOS:** Julio, Lester y Hans, amigos fieles e incondicionales, por su divina presencia, por ser la luz que ilumina mi vida, los amo.
- A LUDWIG CORTEZ:** Gracias por compartir conmigo el camino hacia el éxito, has sido el motor que impulsa mis sueños, Te amo. Y a mi pequeña princesa quien será por siempre nuestra luz.
- A MI FAMILIA:** Nicole, Danna, Hans y Brandon; a mí cuñada Brenda y a toda mi familia, quienes siempre confiaron en mí. En especial a mi tío Luis Antonio Menendez (Q.E.P.D.), por ser ejemplo de honradez, profesionalismo y éxito.
- A MIS AMIGOS:** Pues en la búsqueda del éxito hemos sido caminantes en el mismo sendero, gracias por su amistad y cariño sincero.
- A:** A la Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A LA JORNADA MATUTINA:** En especial al licenciado Rafael Godínez Bolaños, por ser parte fundamental en mi crecimiento profesional, por fomentar en mí la búsqueda del éxito a través de la excelencia académica, gracias.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El fideicomiso	1
1.1. Antecedentes históricos del fideicomiso	1
1.1.1. Derecho romano	1
1.1.2. Derecho anglosajon y common law	5
1.1.3. Derecho de Latinoamérica	11
1.1.4. La legislación guatemalteca	12
1.2. Definición doctrinaria y legal de fideicomiso	15
1.2.1. Argentina	17
1.2.2. Ecuador	17
1.2.3. México	18
1.2.4. España	18
1.2.5. Guatemala	18
1.3. Características del fideicomiso	19
1.3.1. Típico	19
1.3.2. Bilateral	19
1.3.3. Consensual	20
1.3.4. Formal	20
1.3.5. Oneroso	21
1.3.6. Tracto sucesivo	21
1.4. Sujetos del fideicomiso	21
1.4.1. Fiduciante o fideicomitente	22
1.4.2. Fiduciario	23
1.4.3. Beneficiario	24
1.4.4. Fideicomisario	24
1.5. Clases de fideicomiso	25
1.5.1. Fideicomiso privado	25



	Pág.
1.5.2. Fideicomiso público.....	25
1.5.3. Fideicomiso de administración.....	26
1.5.4. Fideicomiso de garantía.....	27
1.5.5. Fideicomiso de inversión.....	28
1.5.6. Fideicomiso traslativo de propiedad.....	28
1.5.7. Fideicomiso testamentario.....	29

CAPÍTULO II

2. Contrato de fideicomiso público.....	31
2.1. Características del contrato de fideicomiso público.....	32
2.1.1. Típico.....	32
2.1.2. Público.....	32
2.1.3. Privado.....	32
2.1.4. Interés público.....	33
2.2. Elementos del contrato de fideicomiso público.....	33
2.2.1. Elementos personales.....	33
2.2.2. Elementos formales.....	41
2.2.3. Finalidad.....	41
2.2.4. Objeto.....	42
2.3. Regulación legal del contrato mercantil de fideicomiso público en Guatemala.....	42
2.3.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	42
2.3.2. Código de Comercio de Guatemala.....	45
2.3.3. Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas.....	47
2.3.5. Código Municipal.....	49
2.3.6. Ley del Organismo Ejecutivo.....	50
2.3.7. Ley del Impuesto al Valor Agregado.....	50
2.3.8. Ley del Impuesto Sobre la Renta.....	51
2.3.9. Ley de Bancos y Grupos Financieros.....	51
2.3.10. Ley de Mercado de Valores y Mercancías.....	52
2.3.11. Ley de Acceso a la Información Pública.....	52



Pág.

2.3.12. Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Once 53

2.3.13. Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas .. 56

2.3.14. Ley de Supervisión Financiera 58

CAPÍTULO III

3. Análisis de la constitución, funcionamiento, liquidación y extinción del contrato mercantil de fideicomiso público en la legislación guatemalteca 61

3.1. Constitución del fideicomiso público en Guatemala 62

3.1.1. Entidad de la administración central, entidad descentralizada o autónoma 63

3.1.2. Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas 64

3.1.3. Banco fiduciario 65

3.1.4. Escribanía de Cámara y de Gobierno 66

3.2. Funcionamiento y ejecución del fideicomiso público en Guatemala 67

3.2.1. Fideicomitente o Unidad Ejecutora 68

3.2.2. Unidad de Administración Financiera 68

3.2.3. Ministerio de Finanzas Públicas, Comité de Programación de Ejecución Presupuestaria 69

3.2.4. Ministerio de Finanzas Públicas, Tesorería Nacional 70

3.2.5. Banco fiduciario 70

3.3. Extinción de los fideicomisos públicos 70

3.3.1. Entidad de la administración central, entidad descentralizada o autónoma 72

3.3.2. Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas 73

3.3.3. Banco fiduciario 74

3.3.4. Escribanía de Cámara y de Gobierno 74

3.4. Liquidación de fideicomisos públicos 75

3.4.1. Comisión liquidadora 75

3.4.2. Contraloría General de Cuentas 75



Pág.

3.4.3. Escribanía de Cámara y de Gobierno.....	76
3.5. Fideicomisos públicos vigentes, en extinción y liquidación en Guatemala.....	77
3.5.1. Listado de fideicomisos públicos vigentes en Guatemala.....	77
3.5.2. Listado de fideicomisos vencidos en Guatemala.....	81
3.5.3. Fideicomisos públicos en proceso de extinción y liquidación en Guatemala.....	83

CAPÍTULO IV

4. Concepto de persona de derecho público.....	85
4.1. Funcionario público.....	85
4.1.1. Clases de funcionarios públicos en la doctrina.....	86
4.2. Análisis jurídico de funcionario público en la legislación guatemalteca.....	87
4.2.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	88
4.2.2. Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.....	89
4.3. Sujetos de derecho público que intervienen en el contrato de fideicomiso público en Guatemala.....	92
4.4. Sujetos de derecho privado que intervienen en el contrato de fideicomiso público en Guatemala.....	94
4.5. Responsabilidades de los sujetos de derecho público que intervienen en la suscripción del contrato de fideicomiso público de conformidad con la legislación guatemalteca.....	94
4.5.1. Responsabilidad administrativa.....	98
4.5.2. Responsabilidades penales.....	102
4.5.3. Responsabilidades civiles.....	113
4.6. Análisis de encuestas sobre la responsabilidad de los sujetos de derecho público al suscribir contratos de fideicomiso público.....	119
CONCLUSIONES.....	129
RECOMENDACIONES.....	131
BIBLIOGRAFÍA.....	133



INTRODUCCIÓN

A lo largo de estos últimos años el contrato de fideicomiso público ha sido usado, como herramienta para transferir fondos públicos a las entidades bancarias para su administración y de esa manera prestar algún servicio u obra pública, con el objeto de satisfacer las necesidades de los ciudadanos; utilizando estos contratos como medio para eludir el proceso regulado en la Ley de Contrataciones del Estado. Actualmente, en Guatemala se encuentran vigentes más de noventa fideicomisos los cuales van en aumento; a pesar que no se cuenta con una normativa específica sobre el tema y los mismos no están sujetos a control y supervisión de ninguna autoridad.

Asimismo, los sujetos de derecho público que participan en la suscripción de un contrato de fideicomiso público, incurren en responsabilidades, las cuales se encuentran difusas en varias leyes ordinarias vigentes; es por ello que se parte de la hipótesis de la responsabilidad administrativa, penal y civil en que incurren los sujetos de derecho público al suscribir este tipo de contratos; siendo necesaria la unificación de normas de derecho privado y derecho público, que regulen la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Así pues, en razón de lo anterior se estableció como objetivo de la investigación realizar un análisis de la normativa vigente en el sistema jurídico guatemalteco en relación a la constitución, funcionamiento, y extinción del fideicomiso como un negocio jurídico; establecer claramente la responsabilidad de los sujetos de derecho público al suscribir un contrato de fideicomiso público, y determinar el procedimiento a seguir en su contra para la deducción de responsabilidades; así como plantear la necesidad de unificación de normas que regulen el contrato de fideicomiso público en Guatemala y su funcionamiento.

El presente trabajo de tesis se encuentra dividido en cuatro capítulos: el primero comprende los antecedentes históricos del fideicomiso y se basa específicamente en aspectos doctrinarios del contrato de fideicomiso en general; el capítulo segundo



desarrolla en específico el tema del contrato de fideicomiso público, y las normas vigentes que tienen relación directa con el contrato de fideicomiso público en Guatemala; el capítulo tercero se refiere al modo de constitución, funcionamiento, liquidación y extinción del contrato de fideicomiso público, de conformidad con la legislación guatemalteca, teniendo suma importancia ya que se establece con claridad los funcionarios públicos que intervienen en cada una de las fases; el capítulo cuarto determina con exactitud la responsabilidad administrativa, civil, y penal en que incurren los funcionarios públicos al suscribir un contrato de fideicomiso público y los procesos que deben seguirse para la deducción de responsabilidades de conformidad con la ley.

A través del enfoque metodológico analítico, deductivo, inductivo e histórico, se estableció en esencia los elementos materiales, personales y diferencias entre un contrato de fideicomiso privado y uno público; estableciendo la necesidad de una regulación específica de vigilancia y control de la administración de los fondos que son destinados para la constitución de un fideicomiso público, que permita conocer con claridad el funcionamiento de estos contratos y la responsabilidad en que incurren los funcionarios al constituir los fideicomisos públicos. La técnica que se utilizó para investigar y analizar fue la bibliográfica.



CAPÍTULO I

1. El fideicomiso

Para conocer el verdadero significado y funcionalidad de una institución de derecho, es necesario ubicarse en un momento histórico; el cual servirá como punto de partida para englobar cada una de las etapas que ha desarrollado hasta lograr su función en la actualidad.

1.1. Antecedentes históricos del fideicomiso

1.1.1. Derecho romano

El fideicomiso tiene su origen más remoto en el derecho romano primitivo, y funcionaba como un recurso que se utilizó a causa de las prohibiciones, que en concepto de herencias y legados existían en las leyes romanas. Funcionaba como medio para transmitir por testamento bienes herenciales a favor de personas incapaces legalmente para heredar. El testador nombraba heredero a alguien capaz y de su confianza a quien le encomendaba en conciencia que entregara ulteriormente los bienes a la persona deseada por el causante.

Esencialmente no existía como vínculo de derecho sino únicamente como medio para el cumplimiento de la voluntad del testador. Los fideicomisos permanecieron al margen de la ley hasta que el emperador Augusto, a quien fue confiado uno, les reconoció obligatoriedad. En el derecho justinianeo, el fideicomiso se aproxima al legado, en el



sentido que ambos gravan al heredero y éste ha de cuidar de ejecutarlos. En el derecho latino, los fideicomisos son aceptados en todas sus formas por las partidas.

La formalidad que revestía el fideicomiso en el derecho romano, "...se encontraba dentro de los llamados negocios de confianza, siendo uno de ellos el de la fiducia romana, como una forma solemne de transmitir la propiedad a través de la in jure cesio, acompañada de un pacto llamado "pactum fiduciae", mediante el cual quien recibía la propiedad, conocido como "occiens" se obligaba frente al "tradens", a transmitirlo después de cumplirse ciertos fines; se transmitía al propio "tradens" o a una tercera persona..."¹

En el derecho romano se pueden observar tres tipos de contratos de fiducia o de pactos fiduciarios:

Fiducia cum amico

La función principal que cumplió esta figura fue la de ser una garantía. Por medio de este pacto el deudor se obligaba a devolverle a su acreedor lo que había recibido de éste en mutuo, al término de la relación obligatoria. La fiducia cum amico también se encuentra en el derecho anglosajón bajo el nombre de trust. La función que cumple hasta hoy, es la de respaldar el cumplimiento de una obligación constituida a favor del settlor deudor.

¹ Solis Cabrera, Ana Haydeé. El replanteamiento del contrato de fideicomiso en la legislación extranjera y en la legislación guatemalteca. Pág. 1.



Fiducia cum creditore

Este tipo de pacto sustituyó a la conocida manus injectio, y consistió también en una forma de garantía. Por medio de este pacto, el deudor, que recibía de su acreedor algún bien bajo alguna modalidad, le transmitía en propiedad a este último uno o algunos bienes para mediatizar la aversión al riesgo que todo acreedor mantiene para su deudor.

El futuro de esta institución jurídica no fue muy prometedor ya que el deudor no tenía vías legales para hacer que el acreedor, ya satisfecho con el pago, le devolviese el bien o los bienes que había recibido de éste. Debido a la desproporción que existió entre la ventaja estratégica del deudor y la aversión al riesgo del acreedor hizo que el pacto de fiducia cum creditore cayera en desuso.

Ante la desaparición de la fiducia cum creditore, surgieron garantías como la prenda y la hipoteca que a lo largo del tiempo fueron desarrollándose.

Fideicommissum

“El fideicomiso testamentario llamado “fideicommissum”, se empleaba en el derecho romano, cuando el testador deseaba beneficiar “mortis causa” a una persona que carecía de capacidad hereditaria a su respecto, ante la incapacidad de los libertos, de los proscritos, las municipalidades, los colegios, los casados sin hijos, las mujeres en general y otros muchos casos de otra índole determinados por la ley en esa época, a quienes les estaba prohibido el derecho de heredar en sucesión testamentaria, las personas que deseaban beneficiar a tales incapacitados con una herencia o legado



instituían como heredero a un capacitado legalmente, con la recomendación de entregar la herencia a la persona a quien se deseaba favorecer, en forma de ruego mediante el cual, el testador encomendaba a la buena fe de la persona nombrada como heredera que devolviera los bienes transmitidos al beneficiario. El testador, en su testamento, para establecer esta institución usaba los términos "rogo fideicommitto", al heredero agraciado se le denominaba "fiduciario", y a aquél a quien debía transmitirle los bienes, "fideicomisario".

Estando el cumplimiento sujeto a la buena voluntad del fiduciario, se produjeron abusos hasta que, por disposición del emperador Augusto, los pactos quedaron sujetos a la intervención de los cónsules, y luego de un pretor especial, el "praetor fideicommissarium."²

"Con Justiniano el heredero fideicomisario pasó de tener un derecho personal a adquirir un derecho real. Cuando el fideicomiso puro u ordinario se convirtió más tarde en gradual, conservatorio, familiar, sucesivo y perpetuo, adquirió la forma de las llamadas sustituciones fideicomisarias tendientes a la vinculación de la propiedad.

Los testadores con la intención de perpetuar el patrimonio de una misma familia o en sociedades constituidas en personas morales determinadas, instituían al heredero no solamente con la designación de fiduciario, sino también como fideicomisario; le transmitían los bienes en propiedad durante su vida, con la estipulación de restituirlos a su muerte, a favor de otra persona, que a su vez los adquiría y explotaba durante su

² Iglesias Redondo, Juan. *Derecho romano*. Pág. 434



propia vida, con la misma obligación ordenada por el testador, de transmitirlos a su muerte a otra persona, y así sucesivamente, de tal manera que mediante estas sustituciones fideicomisarias, en realidad los bienes inmuebles gravados se convertían en bienes vinculados, inalienables durante años y generaciones enteras.

El sistema de la sustitución fideicomisaria o fideicomisario sucesivo tuvo su apogeo durante la época de las monarquías absolutas y la nobleza, institución que desvirtuó su naturaleza primitiva y lo condujo a un sistema antieconómico. Es a partir de la Revolución Francesa, cuando se destruye la vieja organización feudal y los privilegios de la nobleza, y cuando nacen los nuevos principios de la economía política, que el sistema de las sustituciones fideicomisarias quedó definitivamente abolido, siendo suprimidas definitivamente en Francia por el Código de Napoleón; en España por la ley del 27 de septiembre de 1820; en Italia por su primer Código Civil y en los demás países, por sus leyes civiles derivadas de las mismas fuentes."³

1.1.2. Derecho anglosajon y common law

La función principal del fideicomiso en la actualidad se debe a dos figuras históricas en el derecho inglés; el use y el trust, las cuales fueron instrumentos ideados por el pueblo inglés en defensa de las cargas que el sistema feudal imponía como obligatorias para los llamados vasallos; lo cual se diferencia del sistema romano formalista, en el que su función era más estricta; en el sistema inglés, éste fue un instrumento flexible y tenía varias finalidades.

³ Ibid.



El use

El origen principal del "use" fue la práctica empleada por las corporaciones eclesiásticas en Inglaterra para eludir las prohibiciones que las Leyes de Manos Muertas les imponían en materia de propiedad sobre bienes inmuebles.

Otro motivo histórico que dio origen a la figura del "use", fue la llamada Guerra de las Rosas; donde el bando que vencía confiscaba los bienes de los vencidos como castigo por el delito de traición que se le imputaba al partido político vencido.

En relación a lo anterior y con la finalidad de eludir la llamada confiscación y sumar una protección a la familia; los terratenientes que formaban parte de los bandos en guerra, cedían la propiedad de sus bienes a una persona de su confianza, con el convenio honrado, de que el cesionario o sea el fiduciario poseería esos bienes para uso únicamente del propio otorgante o de sus herederos.

"El modo en que operaba la figura era por medio de un propietario de tierras que transfería parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación, enfeofes, para el uso de otro, feoffor, el que recibía la propiedad se llamaba feoffee to uses este término en español es similar a lo que se conoce en el actual fideicomiso como fiduciario y al beneficiario se le llamaba cestui que use, fideicomisario. La figura del cestui que use, era el favorecido con el derecho de gozar los beneficios que representaba la propiedad cedida, se recibía el pleno dominio de la cosa a título de propietario, pero en base a la buena fe. Lo anterior dio inicio a los negocios de confianza en common law, en virtud que el cedente, propietario original del bien,



designa al tercero con derecho de gozar los beneficios del bien trasferido, invistiéndole de las facultades inherentes de propietario y dominio, por lo que surge el doble dominio, existiendo dos beneficiarios y dos dominios sobre una misma cosa.”⁴

En virtud que el único obligado ante el cedente era el llamado feoffee to uses, la institución del “use”, era un negocio de confianza entre ambas partes; sin embargo, al fallecer el titular del dominio de la propiedad, sus herederos eran quienes podían disponer sobre el bien, y el titular principal, el feoffor, perdía el derecho sobre lo que había trasladado en base a la buena fe y el derecho del fideicomisario se extinguía con la muerte del fiduciario. Existe el antecedente histórico que durante el año 1471, en vista de la pérdida y uso inmoral que se realizó de la institución del use en Inglaterra, se emitió una ley donde se regulaba que los herederos del fiduciario recibían la herencia de los bienes que en su oportunidad se trasladaron por medio del use, cargando los herederos con las obligaciones originales que le correspondían al causante, revistiéndole de protección legal.

El “use”, como antecedente próximo del trust, evolucionó como una obligación moral a un acto de naturaleza jurídica, el cual fue normado por el derecho de equidad y su aplicación a través de los jueces; esencialmente lo relativo a la transmisión de dominio entre vivos y las sucesiones, con el objeto de conocer la creación, modificación e extinción del derecho.

⁴ Villagrana Lozano, José Manuel. *Doctrina general del fideicomiso*. Pág. 98.



Durante el reinado de Enrique VIII, el parlamento inglés emite la Ley sobre Uses, en 1534, regulando que la persona que era titular del use, sería el propietario de pleno derecho sobre el bien, el fiduciario no tendría el derecho, ya que se disponía que el fideicomisario sería el titular, eliminándose la figura del fiduciario o intermediario. Sin embargo, la costumbre por el use, estaba demasiado arraigada en el pueblo inglés, por lo que no existió el interés de abolir la institución, ya que estaba sostenida por el canciller y jueces de equidad, quienes ejercían la potestad en los tribunales del common law; en virtud de esto la Ley sobre Uses, quedó anulada de la realidad, dándole el tribunal de equidad el nombre de trust; en la actualidad institución del fideicomiso.

El trust

Como se describe en el apartado anterior, el use corresponde al antecedente de esta institución jurídica del common law; en virtud de la cual una persona llamada settlor, comúnmente el propietario de tierras traspasaba a otra feoffes of uses el dominio y propiedad de dichos bienes, para que la tercera persona nombrada como cestui, fuera el titular del goce y disfrute de la cosa transmitida.

La debilidad de esta institución giraba en torno a que no existía una obligación jurídica de regresar el bien transmitido, por lo que al existir un doble dominio sobre una misma cosa, la legislación común, resolvía a través del denominado principio de equidad, impartido en principio por la monarquía a través de su máximo representante el rey, posteriormente por un canciller, y después por los auxiliares del common law los tribunales de equidad.



La función del trust, en el sistema del derecho inglés, Jorge Alfredo Domínguez Martínez la define como: "Un estado de relación fiduciaria respecto de bienes que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos a deberes en equidad y a manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, la cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo."⁵

Conforme a la definición anterior, se concluye que el trust es una relación meramente fiduciaria con respecto de algunos bienes, en donde convergen tres sujetos, uno llamado trustee, quien es el obligado a manejar el bien en beneficio de otro llamado cestui; bien que es trasladado de su propietario original conocido como settlor. Si ya existe una relación jurídica ésta puede concretarse a través de un contrato, la ley o una sentencia judicial. El trust, como institución que rige el traslado, administración y goce de los derechos de un bien, se distingue de la fiducia romana, en que coexisten dos derechos sobre el mismo bien; existiendo el sujeto trustee a quien le corresponde la propiedad legalmente y el cestui que trust corresponde al beneficiario, quien recibe la protección como un propietario de equidad.

Su funcionamiento está basado esencialmente en lo que se conoce como patrimonio equitativo; basado en el derecho de equidad del dominio legal, establecido en el common law, y también a través de la transmisión del título legal de propiedad ligado a una condición de fideicomiso a favor siempre de una tercera persona; en conclusión, existe un sistema dualista que se ocupa de esta figura.

⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*. Pág. 140



La persona en la cual subsiste la figura del fideicomisario se le denomina en este tipo de derecho como propietario equitativo, siendo el fiduciario quien tiene el derecho de disposición de los bienes transmitidos por medio del trust; sin embargo, el derecho de equidad que es ejercido por los tribunales a través de sus poderes de jurisdicción, subordina absolutamente el derecho de goce del patrimonio a favor del fideicomisario, quien recibe los frutos del bien, con base a las condicionantes con las cuales se originó el fideicomiso. Debe quedar claro que los derechos de que goza el fideicomisario son esencialmente de carácter equitativo y no legal; por lo que al momento que se viole algún derecho que le asiste, serán las cortes de equidad en donde se debe accionar.

Para concluir lo descrito en relación a la figura del trust, se puede decir que intervienen tres sujetos: el settlor denominado en español como el fideicomitente, titular del bien, quien en su manifestación de voluntad lo transmite para la realización de un fin específico; encomendando al sujeto llamado trustee, quien se reviste en titular legal del bien, y quien tiene la obligación de administrarlo como si fuera propio; sin embargo, el cestui es quien obtiene el beneficio del bien trasladado.

Actualmente existen dos grandes clases de trust, el denominado express trust y el implied trust; siendo el primero, cuando el fiduciario es libre de aceptar o rechazar la calidad con la cual se pretende investirlo, por virtud de manifestación de voluntad, sentencia judicial o por disposición de ley; y el segundo, es consecuencia del derecho jurisprudencial que es base del derecho anglosajón, y que tiene como objeto otorgar estabilidad a las relaciones jurídicas, por lo que no existe una manifestación de voluntad expresa como en el primero, sino más bien es una presunción o está implícito; lo común



entre ambos, es que su naturaleza es transitoria y por lo tanto, no subsiste perpetuamente en el mundo jurídico, y conforme al modo de constitución se establece la extinción de esta figura.

1.1.3. Derecho de Latinoamérica

La institución del fideicomiso en Latinoamérica tomó la forma del conocido trust del derecho anglosajón. En México su antecedente se remonta a esta figura jurídica inglesa; sin embargo, se estructuró conforme al sistema formalista positivista que impera en las normas latinoamericanas, por lo que el fideicomiso tomó una forma muy diversa al trust. El doctor Raúl Cervantes Ahumada, manifiesta que: "...en sus inicios se trató de una tangencia, de comercializar la operación, esencial y exclusivamente bancaria..."⁶ La funcionalidad de este tipo de operación se realiza en base a la vigilancia que el Estado ejerce sobre el sistema bancario mexicano, por lo que cuenta con perfiles muy propios y extensos para su aplicación.

Al igual que en el derecho mexicano, en Colombia la fiducia mercantil fue regulada en el Código de Comercio, y dentro de su exposición cuando se presentó el proyecto se menciona que se tomó el trust como base para la regulación y funcionamiento en el campo comercial puramente bancario del fideicomiso.

Como lo menciona en su trabajo de tesis la licenciada Ana Haydeé Solís Cabrera la elaboración de las leyes en materia mercantil sobre fideicomisos, tuvo una influencia en los estudios del financista Edwin Walter Kemer y lo regulado por el doctor Ricardo

⁶ Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y operaciones de crédito*. Pág.287.



Alfaro, quien redactó la Ley Panameña de Fideicomisos, explicando que: "Los fideicomisos en América Latina deben contar con dos características esenciales que los hacen diferentes al trust, estas características se resumen en que el fideicomiso debe ser expreso y formalizarse en un contrato, no existiendo la posibilidad de que el fideicomiso se establezca implícitamente, como ocurre en el sistema del common law, y se estudió que la naturaleza de esta figura jurídica es esencialmente institucional, pues la función fiduciaria está limitada a ser de crédito y contar con la debida autorización del Estado para operar como tal, ya que la enviste de certeza y seguridad jurídica, en beneficio de las personas que intervienen en este tipo de negocios."⁷

1.1.4. La legislación guatemalteca

El primer antecedente del fideicomiso regulado en la legislación guatemalteca, se remite a la Constitución Política emitida en 1945 en su Artículo 28; sin embargo, no se regulaba su forma de funcionamiento o control sobre su manejo.

En la Constitución Política de 1956, en el Artículo 49, se estipuló que los fideicomisos debían ser instituidos hasta por un plazo de veinticinco años; los cuales eran prorrogables en el caso de que los beneficiarios fueran incapaces o incurables; a este tipo de fideicomiso, se le denominó como fideicomiso sucesorio. Durante el tiempo transcurrido entre la Constitución Política de 1945 y la promulgada en 1956, no existió un cambio en la regulación en los aspectos del fideicomiso. En 1962, durante el Congreso Jurídico Guatemalteco, se presentó un estudio sobre fideicomiso, y se

⁷ Solís Cabrera. Ob. Cit. Pág 2.



concluyó que esta institución tenía como antecedente el conocido fiducia cum amico por lo que se trató de encuadrar conforme a los principios que informan al derecho guatemalteco. Además se concluyó que el fideicomiso denominado sucesorio tiene su punto de partida en el derecho romano, especialmente en la fiducia cum amico. Sin embargo, en la época actual el fideicomiso tiene su fundamento en el llamado trust, el cual no cuenta con ningún antecedente en la legislación.

En 1963, al emitirse el Código Civil, se reguló en el Libro Segundo, en los Artículos 560 al 578, con el Título de la Propiedad en Fideicomisos, el origen, modificación y extinción del fideicomiso; también establecía quiénes eran los sujetos que podían constituir este tipo de contratos; sobre qué bienes se utilizaría esta figura y la reviste con carácter de institución; por lo que se reguló en diecinueve Artículos, lo más general de esta institución civil.

Al transcurrir la práctica en este tipo de negocios, se llegó a la conclusión de que no era un negocio civil, debido a que sus características lo hacían más afín a la práctica mercantil; por lo que fue incorporado en 1970 al Código de Comercio, dentro del Libro Cuarto, Título Segundo, Capítulo Quinto, regulado del Artículo 766 al 793.

En este apartado de la ley mercantil guatemalteca se regula lo referente al fideicomiso; estipulando, quienes son los sujetos que intervienen en este tipo de relación jurídica con base a la libertad de contratación, así como los derechos y obligaciones que a cada uno de ellos les asiste.



Una de las normas más importantes es la referente a la formalidad del contrato de fideicomiso; el cual debe constar en escritura pública, ya que es un acto donde la aceptación del fiduciario es expresa para su validez jurídica.

Uno de los elementos implícitos que se deducen de los Artículos analizados, es lo referente a la forma que puede tener el fideicomiso en Guatemala, regulando que pueden ser: a) fideicomiso privado: b) el testamentario; y c) el constituido por orden judicial con opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación.

El Código de Comercio se refiere a las consecuencias jurídicas que tiene el fideicomiso ante los terceros, y a partir de qué momento cobra vigencia en la realidad jurídica. Existe la norma que hace referencia a las formas de extinción de este tipo de contratos, regulando el Artículo 787 la temporalidad hasta por un plazo máximo de veinticinco años y la posibilidad de renovación siempre que exista la reserva del derecho por parte de fideicomitente; el caso de excepción de esta norma se regula en el Artículo 790, al establecer lo siguiente "...Cuando se designe 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 el plazo del fideicomiso podrá ser indefinido...".

En relación a la clases de fideicomiso, se regula en el Artículo 791 del Código de Comercio el fideicomiso en garantía, y en la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, específicamente en el Artículo 76, se regula la existencia del fideicomiso de inversión; el cual es un caso de excepción, pues al momento de constituirse debe hacerse por



documento privado y por medio de certificados fiduciarios, estando sujetos a los requisitos que estipula la referida ley para la realización de la oferta pública.

1.2. Definición doctrinaria y legal de fideicomiso

El fideicomiso, como lo señala la doctrina, es el concepto jurídico mercantil más difícil de explicar y entender; el concepto o definición debe ser esquematizado conforme a la práctica que se le otorgue en cada país donde opera. Es necesario tomar el punto de vista de la ley y asimismo el punto de vista de la doctrina, por lo que en el siguiente apartado se tratará de abarcar este tema.

Como parte introductoria al tema se debe conocer el significado de la palabra fideicomiso, el cual proviene del latín fideicommissum, de fides, fe y commissus, confiando.

La definición del fideicomiso, ha causado polémica entre los doctrinarios, dando como resultado distintos conceptos de éste, ya que son diversos autores quienes lo definen, en virtud de que la naturaleza jurídica no ha sido posible considerarla como única para todos los estudiosos del tema.

“El fideicomiso es un negocio de carácter fiduciario, por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercer los derechos de acuerdo únicamente con las



estipulaciones pactadas y en beneficio de un tercero que es el fideicomisario.”⁸ Se trata más bien de un negocio en el que participan tres partes, pero sólo una tiene deberes frente a las otras.

Para Ricardo J. Alfaro: “El fideicomiso es un contrato sui generis, cuya esencia es la de 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 los trasmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.”⁹

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.”¹⁰

El doctor Villegas Lara define al fideicomiso como: “Un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.”¹¹

Continuando con las definiciones, en el presente trabajo se incorporan algunas que son importantes en Latinoamérica, donde existen varias legislaciones que definen de manera diferente a la institución del fideicomiso, por lo que se hace necesario enunciar algunas.

⁸ Villagrana. **Ob. Cit.** Pág. 99.

⁹ Alfaro. **Ob. Cit.** Pág. 99.

¹⁰ Bonivento Fernández, Jose Alejandro. **Los principales contratos civiles y comerciales.** Pág. 92.

¹¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Pág. 137.



1.2.1. Argentina

En la legislación de Argentina, de acuerdo con el Artículo uno de la Ley N° 24.441, se define como: "Habrá fideicomiso cuando una persona, fiduciante, transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra llamado fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato beneficiario, y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario."

1.2.2. Ecuador

En la legislación ecuatoriana, el Código Civil llama propiedad fiduciaria a la que está sujeta a pasar a otra persona de cumplirse una condición. La constitución de esa propiedad fiduciaria se llama fideicomiso según el Artículo 748 de dicho cuerpo legal. Cuando se expidió la Ley de Mercado de Valores en 1998, en el Título XV en pocos Artículos se agregó el fideicomiso mercantil o encargo fiduciario, por el cual se transfieren bienes, muebles o inmuebles, a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica para que la administradora cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, que puede ser en favor del mismo constituyente o de un tercero, llamado beneficiario. La diferencia básica con el fideicomiso civil está dada por el patrimonio autónomo y la personificación jurídica que; sin embargo, no es una sociedad civil o mercantil sino un ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario o administrador.



1.2.3. México

En México el fideicomiso se basa en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, definiéndolo en su Artículo 352 de la siguiente forma: "El acto constitutivo de fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad." La ley establece que puede constituirse: "...por acto inter vivos o por testamento, con tal de que conste siempre por escrito y se ajuste a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso"; el Artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, regula que: "En virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."¹²

1.2.4. España

En España, el Código Civil en el Artículo 784 regula: "El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos."

1.2.5. Guatemala

Según lo indicado en el apartado en los antecedente históricos en la legislación guatemalteca; se hizo referencia a la institución del fideicomiso regulada en relación a su funcionamiento en las normas establecidas en el Código de Comercio de Guatemala, pero es de suma importancia enunciar lo contenido en el Artículo 766:

¹² Alfaro. Ob. Cit. Pág. 115.



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

De acuerdo a lo anterior, se deduce que no contiene una definición legal en relación al fideicomiso, ya que la función de la ley es la de regular su funcionamiento en la práctica jurídica; pero como en el apartado anterior se expusieron las definiciones legales; a continuación se analizarán las características y requisitos que deben cumplir los sujetos que intervienen en este tipo de negociación; las formalidades para su validez jurídica y las formas que puede tener el fideicomiso; así como las causas de extinción y nulidad y los efectos para los terceros al momento que se constituyen bienes en fideicomiso.

1.3. Características del fideicomiso

1.3.1. Típico

Debe entenderse que es un contrato que exige para su validez el cumplimiento de determinados requisitos regulados en ley. En la legislación, el fideicomiso se encuentra regulado del Artículo 766 al 793 del Código de Comercio de Guatemala.

1.3.2. Bilateral

Genera obligaciones para las partes que intervienen en el momento de su constitución o modificación, originando derechos y obligaciones recíprocas; en el caso del fideicomiso existe compromiso entre el fideicomitente de transmitir la propiedad de bienes

específicos en la mayoría de casos, y el fiduciario el derecho de recibirlos y la obligación de administrarlos o invertirlos bajo su responsabilidad. También constituye un acto unilateral, ya que se puede constituir por medio de un testamento.

1.3.3. Consensual

Conforme a sus efectos, el fideicomiso los produce desde el momento en que recíprocamente las partes intervienen en su constitución y prestan consentimiento; por lo que el efecto de este negocio se tiene como válido al momento de la entrega de los bienes especificados por parte del fideicomitente al fiduciario para el fin plasmado en el contrato.

1.3.4. Formal

Para la constitución del fideicomiso la ley requiere que sea en escritura pública, esto es por la importancia económica que tiene este tipo de contratos; es una requisito esencial que sea por escrito, para que exista el vínculo entre las partes que han prestado su consentimiento. En el caso que se constituya por medio de testamento, debe cumplirse con los requisitos esenciales para la validez de este negocio jurídico.

Aunque en los casos señalados anteriormente, existe una excepción, la cual se encuentra regulada en la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, en el Artículo 76; en relación al denominado fideicomiso de inversión, norma que regula que la formalización de este tipo de contratos podrá realizarse en documento privado.

1.3.5. Oneroso

Es una característica propia del contrato del fideicomiso, pues al momento que las partes manifiestan su consentimiento o se origina la validez por medio de testamento, el fiduciario tiene el derecho de recibir una compensación por los servicios que prestará; por lo que se procura un beneficio, para el fideicomitente al transferir el bien y para el fiduciario al momento que recibe la remuneración; su base legal se encuentra en el Artículo 793 del Código de Comercio.

1.3.6. Tracto sucesivo

En lo que se refiere al cumplimiento del fideicomiso, éste se ejecuta de manera continuada, por lo que los efectos propios del fideicomiso se prolongan en el tiempo y no se ejecuta de manera inmediata; el tiempo máximo para la constitución de este tipo de contratos en Guatemala se regula por un plazo de 25 años, de acuerdo al Artículo 787 del Código de Comercio, salvo los casos de excepción.

1.4. Sujetos del fideicomiso

Las personas son los sujetos concretos que ocupan un lugar diferente en cada una de las negociaciones jurídicas; algunos pueden llegar a combinar dos posiciones diferentes en una misma contratación; los sujetos son las personas que por virtud de la ley deben comparecer en el fideicomiso.



1.4.1. Fiduciante o fideicomitente

De conformidad con lo dispuesto en el contrato que da validez al fideicomiso, el fideicomitente es el sujeto de derecho público o derecho privado dotado de personalidad jurídica y quien posee la propiedad del bien objeto de fideicomiso, bien fideicometido, trasmitiéndolo al fiduciario, instruyéndole sobre las estipulaciones y condiciones que debe cumplir conforme lo convenido. Designa al beneficiario o destinatario de los bienes fideicometidos.

De acuerdo al Artículo 767 del Código de Comercio de Guatemala, se establece: "... El fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes, y el fideicomisario para adquirir el provecho del fideicomiso. El que no puede heredar por incapacidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario. Por los menores, incapaces y ausentes, pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial. Puede también constituirse por apoderado con facultad especial...".

En relación a lo anterior, lo principal se centra en la aptitud de adquirir derechos y obligaciones que debe tener el sujeto que transfiere o aporta los bienes; esta calidad la debe ostentar en igual forma el fideicomisario, para poder disfrutar de los beneficios que le corresponden de acuerdo al instrumento de constitución del fideicomiso. El referido Artículo contiene las prohibiciones en el caso que el destinatario de los bienes sea incapaz; de acuerdo a lo establecido en el Código Civil Artículos 924 y 926, los cuales

regulan las incapacidades para heredar, por indignidad y las incapacidades para suceder por testamento, respectivamente.

1.4.2. Fiduciario

Sujeto que tiene la titularidad de los bienes aportados al fideicomiso, quien tiene la obligación de destinarlos al fin estipulado en el contrato o testamento que le dió validez. Pueden actuar o ser fiduciarios las entidades financieras autorizadas plenamente para actuar como tales; por lo que el sujeto fiduciario debe establecerse previamente conforme los requisitos que regula la ley.

El fiduciario posee la titularidad sobre los bienes que forman parte del fideicomiso de una manera temporal; en Guatemala, el Artículo 768 del Código de Comercio regula que la función de este sujeto se resume esencialmente en ejercer la propiedad fiduciaria en beneficio de un tercero estipulado en el contrato.

Uno de los elementos que no se pueden dejar de cumplir al celebrar un contrato de fideicomiso en relación a la calidad de fiduciario lo ejercen los bancos del sistema nacional; regula el referido Artículo que las instituciones de crédito podrán actuar en esa calidad, cuando se obtenga previamente autorización de la Junta Monetaria.

De acuerdo con la Ley de Mercado de Valores y Mercancías Artículo 76, los bancos y sociedades financieras privadas pueden actuar como fiduciarios, omitiendo la



autorización de la Junta Monetaria para estas últimas. También regula la prohibición de que el fiduciario se constituya como fideicomitente en el contrato referido.

1.4.3. Beneficiario

Es la persona jurídica o física, con capacidad para percibir los beneficios del fideicomiso; es a favor de quien se administran los bienes cedidos en el contrato de fideicomiso, por lo que en esta figura se puede coincidir con el fideicomisario

1.4.4. Fideicomisario

Se conoce como el destinatario de los bienes fideicometidos, es decir el sujeto a quien se le entregan los bienes una vez que haya concluido la condición resolutoria contenida en el contrato de fideicomiso, o concluido el plazo de vigencia del mismo; en este caso puede ocupar una doble posición jurídica en este tipo de contratos, pudiendo ser el beneficiario o el fideicomitente.

De acuerdo al Artículo 769 del Código de Comercio de Guatemala, se le otorga la facultad a cualquier persona para ejercer la posición jurídica de fideicomisario, en el sentido que pueda entrar a beneficiarse de los resultados del fideicomiso; el requisito esencial consta en la capacidad de adquirir los derechos que le asisten. Esta norma estipula el fideicomisario no es necesario que se individualice, pero sí deben establecerse las normas para su determinación posterior.



1.5. Clases de fideicomiso

1.5.1. Fideicomiso privado

"El fideicomiso es un negocio de carácter fiduciario, por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario; quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercer los derechos de acuerdo únicamente con las estipulaciones pactadas y en beneficio de un tercero que es el fideicomisario."¹³

1.5.2. Fideicomiso público

El autor José Villagrana Lozano, manifiesta que: "...en el fideicomiso público se transmite la titularidad fiduciaria de ciertos bienes para que, según las bases y objetivos que se le fijan, el fiduciario pueda alcanzar los mismos. Observa, con acierto, que si bien el fideicomiso público se apoya en la estructura convencional que caracteriza el tipo contractual, esto es, la relación bilateral fiduciario-fiduciante, hay, sin embargo, una diferencia esencial de naturaleza genética en el proceso de formación que lo diferencia del fideicomiso privado. En el público, la celebración del contrato es una fase dentro de un proceso, toda vez que existe un procedimiento jurídico sui generis que se inicia en el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley o decreto), fija sus objetivos y características, determina las condiciones y términos a que se sujetará la contratación correspondiente y regula, en fin, la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos, a través del cual se constituyen y

¹³ Villagrana. Ob. Cit. Pág. 96.

manejan ciertas unidades empresariales, constituyendo un patrimonio autónomo afectado a un fin y que es administrado por un ente fiduciario.”¹⁴

1.5.3. Fideicomiso de administración

“Se puede definir como el fideicomiso en virtud del cual se traslada la propiedad de los bienes a una persona denominada fiduciario con el fin de administrar dichos bienes a favor de beneficiario establecido por medio de contrato.”¹⁵

La actividad principal en este tipo de fideicomisos es esencialmente la administración de los bienes que han sido aportados como bienes fideicometidos; por lo que el sujeto fiduciario, en Guatemala la institución bancaria, es quien se encarga del manejo y control para obtener un provecho a favor del fideicomisario y beneficiario, quien ocupa una doble posición jurídica en este tipo de relaciones jurídicas.

Se debe tener claro que la institución bancaria es una persona jurídica establecida y autorizada para operar en Guatemala y puede este tipo de operaciones; la cual puede ayudar al sujeto fideicomitente a manejar sus negocios por la magnitud que estos pueden representar; también por la falta de experiencia en alguno de los campos en que se desenvuelvan; y esencialmente, cuando se trata de bienes para beneficio de incapaces o con discapacidad mental.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Baucho Garcia, Diego Mario. *Operaciones mercantiles*. Pág. 207.



1.5.4. Fideicomiso de garantía

Esta clase de fideicomiso tiene como fin que el fiduciario al ser titular de los derechos de propiedad de los bienes fideicometidos, garantice el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato; en este caso sí existiera el incumplimiento por parte de alguna de las partes, la entidad fiduciaria recurre a los bienes fideicometidos para no tener una intervención judicial. Funciona en el sentido que la propiedad fiduciaria se destina a garantizar una obligación que mantiene a favor de un tercero, instruyendo en el contrato que en caso no se cumpla la obligación; el fiduciario procederá a disponer del bien para cumplir con lo pactado. Una de las consecuencias de este tipo de garantía, es que reemplaza a la tradicional hipoteca y a la prenda en su fin principal al garantizar una deuda.

En este sentido la entidad fiduciaria interviene con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas entre deudor y acreedor, es por ello que cuentan con la titularidad de los bienes hasta que efectivamente se cumpla con la obligación contraída.

En estos casos el fideicomitente tiene la posición de deudor, y por medio del contrato de fideicomiso entrega a la institución bancaria en su calidad de fiduciaria el derecho o titularidad sobre los bienes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; por lo que al momento que ejecute alguna acción será a favor del acreedor que es el fideicomisario; siendo la institución fiduciaria quien procederá a la ejecución de la garantía fideicomisaria según lo acordado por la escritura constitutiva, sacará a remate los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario, convocando previamente a



los postores, y fincará el remate a favor del mejor postor. Aplicará el precio de la venta a pagar impuestos, comisiones, honorarios y el adeudo.

El Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 791, regula que: "en caso de incumplimiento del deudor fideicomitente, 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."

1.5.5. Fideicomiso de inversión

Este tipo de fideicomisos se denomina como una modalidad del fideicomiso de administración, tiene como finalidad la inversión de recursos financieros, de acuerdo a lo estipulado por el fiduciante en el contrato que le otorgó validez, y de esa manera lograr optimizar el manejo profesional que procura el banco, por medio de la colocación en títulos valores o préstamos con destino estipulado.

1.5.6. Fideicomiso traslativo de propiedad

La función de este fideicomiso produce la transmisión de la propiedad del bien fideicometido a favor del fideicomisario, previo debe cumplirse con la condición resolutoria estipulada en el mismo.



1.5.7. Fideicomiso testamentario

Este tipo de contrato se constituye por medio de un acto unilateral como es el testamento, por lo que a la muerte del fideicomitente, el fiduciario recibe la titularidad del bien para destinarlo a la finalidad o beneficios de determinadas personas.

En resumidas cuentas se puede indicar que el fideicomiso es una figura que fue creada para el control y vigilancia de bienes de todo tipo con el fin de que los beneficiarios no los malgasten o hagan mal uso de ellos; por eso se estipula para cierto tiempo.

En el caso de Guatemala, se han utilizado mucho últimamente pero sólo para fines e intereses contrarios a derecho, pues de esta forma no hay fiscalización de los bienes, principalmente cuando se trata de dinero.





CAPÍTULO II

2. Contrato de fideicomiso público

Los autores Claudio M. Kiper y Silvio Lisoprawski definen al fideicomiso público como: "Un contrato por medio del cual la administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en su carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes de dominio público o privado del Estado o afecta fondos públicos a un fiduciario (por lo general, instituciones nacionales o provinciales de crédito), para realizar un fin lícito, de interés público.

En otras acepciones al referirse al contrato de fideicomiso, se establece que es: un contrato por medio del cual, el gobierno federal, los gobiernos de los estados o los ayuntamientos, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, con el carácter de fideicomitente, trasmite la titularidad de bienes del dominio público o del dominio privado de la federación, entidad o municipios o afecta fondos públicos locales y municipales..."¹⁶

El origen del concepto de fideicomiso público radica esencialmente en la definición de fideicomiso en general; sin embargo, se concluye que la celebración de este tipo de contratos constituye una fase que integra el proceso regulado en ley; otorgándole requisitos, características y fines especiales, por lo que las condiciones de este tipo de contratos deben basarse en la ley.

¹⁶ <http://www.buenastareas.com/ensayos/fideicomisos/1065687.htm>.(Guatemala, 18 de febrero de 2010.)



2.1. Características del contrato de fideicomiso público

2.1.1. Típico

El contrato de fideicomiso público debe estar regulado en una ley como una norma específica, en la cual se regulan como obligatorios los requisitos, condiciones, formas y fines que debe cumplir este tipo de contratos. En la legislación argentina y en la mexicana, se encuentran especificadas la creación, modificación y extinción del contrato de fideicomiso.

2.1.2. Público

El Estado por medio de la persona de derecho público establecida, deberá constituirse como fideicomitente al aportar el bien público, y a la vez ostenta la calidad de fideicomisario o beneficiario.

2.1.3. Privado.

Por virtud de la ley, las entidades bancarias y financieras son quienes se pueden constituir como fiduciarios; realizando el manejo de este tipo de contratos en base a lo regulado en ley; siendo el banco el sujeto obligado a cumplir con los requisitos, condiciones y fines establecidos en ley y en el contrato.



2.1.4. Interés público

En relación a esta característica, es esencial establecer que los fines del fideicomiso público se reducen a realizar un fin lícito, de interés público; por lo que no se pueden destinar a incrementar el patrimonio privado de sus fideicomitentes en particular, sino más bien a la institución de derecho público que representan al ejercer la calidad con que actúan al momento de la celebración de este tipo de contratos.

2.2. Elementos del contrato de fideicomiso público

Siendo los contratos de fideicomiso un instrumento utilizado por la administración pública para lograr una determinada finalidad, que esencialmente se resume en el desarrollo económico y social de los recursos públicos que administra la institución bancaria fiduciaria; es de suma importancia señalar a los siguiente sujetos del fideicomiso público.

2.2.1. Elementos personales

Lo constituyen las personas de derecho público y derecho privado, las cuales pueden ser personas individuales y personas jurídicas; quienes suscriben la escritura pública de fideicomiso, siendo indispensables los siguientes elementos o sujetos:

Fideicomitente

Sujeto de derecho público con relevancia jurídica como una entidad de la administración central del Estado, quien constituye y transfiere el bien al fideicomiso, por medio de su



funcionario público, mandatario, o autoridad superior de la entidad centralizada o autónoma. La función principal de esta persona es transferir la titularidad de los bienes y derechos a la propiedad fiduciaria, señala concretamente al beneficiario y establece la finalidad del mismo.

De acuerdo al Código de Comercio de Guatemala, se puede definir al fideicomitente como el sujeto que transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados; de acuerdo al Artículo 766, otorga la facultad al fideicomitente para transmitir bienes y también derechos.

Según el Artículo 767 del referido Código, el sujeto fideicomitente debe tener la capacidad para enajenar sus bienes; además, regula que los menores, incapaces y ausentes pueden constituir fideicomiso por medio de sus representante legales, siempre que medie autorización judicial. Se regula también la posibilidad de constituir fideicomiso al otorgar mandato con facultades especiales.

Dentro de los derechos que otorga la ley al fideicomitente están: "...designarse a sí mismo como fideicomisario; en relación a esto la persona de derecho público de la administración pública central deberá contar con las facultades inherentes y expresas para poder transmitir los bienes del Estado y aportarlos al fideicomiso...", siendo en este caso cuando la operación bancaria se realiza en provecho de la colectividad que representa; por lo que la entidad bancaria que se encuentra investida con la calidad de



fiduciario deberá contar con la solvencia y confiabilidad para poder administrar estos bienes.

El fideicomitente al momento que transfiere la propiedad de los bienes, conserva en parte el derecho de propiedad de estos, ya que el fiduciario tiene el derecho de disposición de los bienes, pero no existe una traslación de la propiedad de pleno derecho; por lo que el fiduciario no puede tener el uso, goce y disfrute de la cosa, ya que esto se destina al fideicomisario y estos derechos se reservan al fideicomitente.

Del análisis de la legislación se pueden señalar los derechos y obligaciones del sujeto denominado fideicomitente, siendo su principal obligación la designación del fiduciario, el cual debe quedar plenamente expresado en el contrato de constitución de fideicomiso, ya que este sujeto será el representante y administrador de los bienes que formarán parte de la propiedad fiduciaria. Se encuentra ligado al derecho de inamovilidad, el cual se refiere a que el fiduciario no puede ser removido de su cargo; excepto el caso en que el fideicomisario haya señalado expresamente el derecho de remoción de acuerdo a las causas señaladas por causa justificada; el fideicomitente tiene el derecho de pedir la remoción del fiduciario, si éste al pedírselo no rinde cuentas de su gestión o cuando sea declarado, por sentencia ejecutoria culpable de pérdidas o menoscabo de los bienes entregados en fideicomiso o responsable de pérdidas por su negligencia comprobada.

En relación a los derechos adjetivos se pueden ejercitar la acción de responsabilidad contra el fiduciario en casos justificables, y los demás derechos que expresamente se



haya reservado, y que no sean incompatibles con el mínimo de derechos que corresponden a la institución fiduciaria y al fideicomisario.

En toda escritura de modificación y extinción de fideicomisos públicos de acuerdo a la ley vigente, deberá comparecer el Procurador General de la Nación en su calidad de representante legal del Estado y como representante del fideicomitente; salvo que el mismo otorgue mandato especial con representación al funcionario que estime pertinente.

El Procurador General de la Nación o el mandatario designado para tal efecto tiene la obligación de remitir copia simple legalizada de los contratos celebrados al Ministerio de Finanzas Públicas y a la Contraloría General de Cuentas, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su otorgamiento, una vez emitidos los testimonios. El contrato a suscribirse en ningún caso causará pago de honorarios por parte del Estado, ni se hará con cargo al patrimonio fideicometido.

Fiduciario

Se define como la persona jurídica de derecho privado constituida como una sociedad anónima especial, de acuerdo a la ley. Las sociedades bancarias o entidad financiera, quienes se constituyen como fiduciarios, encargados de administrar los bienes fideicometidos, cumpliendo con los fines específicos, son los sujetos que reciben la propiedad fiduciaria, y tienen la obligación de destinar los bienes según lo estipulado en el contrato de constitución del fideicomiso.



El Artículo 72 del Código de Comercio, establece en su epígrafe "Bancos, Aseguradoras y Análogas", en este sentido estipula lo que se conoce como sociedades especiales, regulando lo siguiente: "Los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y demás análogas, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone este Código en lo que no contravenga sus leyes y disposiciones especiales. La autorización para constituirse y operar se regirá por las leyes especiales aplicables a cada caso."

Lo anterior se encuentra relacionado al Artículo 768 del mismo cuerpo legal, al establecer que el fiduciario, sólo pueden ser los bancos establecidos en el país; asimismo, pueden tener la misma calidad las instituciones de crédito, siempre que exista autorización de la Junta Monetaria.

Según lo estipulado por las normas enunciadas, la calidad de fiduciario únicamente la tendrán las entidades bancarias o las instituciones de crédito. Del análisis de estas normas se concluye que de acuerdo a la supervisión a que están sujetas estas entidades; se trata de garantizar los intereses de los sujetos que forman parte del fideicomiso, siendo las más idóneas para realizar este tipo de actividades, por lo que al momento de suscribir un contrato de constitución de fideicomiso público, es necesario contar con este tipo de control, tratando de evitar y minimizar los fraudes económicos que podrían ocasionarse.



Lo argumentado en el capítulo primero del presente trabajo de investigación, respecto al caso de excepción aplicable al fiduciario; según la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Artículo 76, los bancos y las sociedades financieras privadas podrán convenir con los agentes la delegación de su función como fiduciarios, siempre que el fideicomiso sea de inversión, surgiendo así la figura del agente fiduciario.

El Código de Comercio establece una prohibición expresa al determinar en el Artículo 769 párrafo final; que el fiduciario no puede tener la calidad de fideicomisario cuando intervenga en esa calidad; por lo que con esta norma se trata proteger la administración del patrimonio fideicometido.

Ha quedado claro que el fiduciario puede ser una sociedad bancaria o una institución de crédito; pero excepcionalmente se puede designar a un agente de bolsa al tener esta calidad; por lo tanto no existe prohibición que la calidad de fiduciario sea ejercitada por dos personas a la vez; al contrario, existe la facultad de integrarlo según la ley.

El fiduciario no puede disponer de los bienes para donarlos, venderlos y gravarlos, sin la autorización expresa contenida en el contrato de fideicomiso. Es obligación del fiduciario identificarse expresamente cuando actúa en esa calidad, en todos los actos en que intervenga en los contratos que otorguen para la ejecución del fideicomiso.

Los derechos que asisten al fiduciario se encuentran regulados en el Artículo 783 del Código de Comercio, teniendo los siguientes: "...1º. 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; 2º. Ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido; 3º. Otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso; 4º. Percibir remuneración por sus servicios; cobrar preferentemente su remuneración de los ingresos del fideicomiso; 5º. Los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso...”

Así como tiene derechos el fiduciario, la ley estipula las obligaciones de este sujeto al momento que actúa en los actos y contratos del fideicomiso; éstas se encuentran reguladas en el Artículo 785 del Código de Comercio de Guatemala, al establecer lo siguiente: “...1º. Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines; 2º. Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves, que deberán ser calificadas por un Juez de Primera Instancia; 3º. Tomar posesión de los bienes fideicometidos, en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad; 4º. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada en sus demás operaciones y rendir cuentas e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requieran; 5º. Las demás inherentes a la naturaleza de su encargo...”

Fideicomisario

Es la persona a quien se destinan los beneficios de la administración de la propiedad fiduciaria, según lo acordado y pactado en el contrato de fideicomiso. En el caso de Guatemala, generalmente es el Estado, por medio de sus entidades descentralizadas o



autónomas o algún sector específico beneficiado con los programas y proyectos a ejecutar a través del fideicomiso.

La base legal del sujeto fideicomisario se encuentra en el Artículo 769, del Código de Comercio el cual regula que: "...puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior. El fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso..."

Al analizar el Artículo se puede deducir que se hace alusión a la capacidad, también se debe considerar que el fideicomisario es el beneficiario de este tipo de contratos; por lo cual la ley le provee de una serie de derechos mediante los cuales puede ejercer el control sobre el fiduciario, siendo el Artículo 788 del Código de Comercio el que regula los derechos de que goza el fideicomisario. "...1º. Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo; 2º. Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso; 3º. Pedir la remoción del fiduciario por las causas señaladas en el Artículo 786 de este Código; 4º. Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituyan al fiduciario los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido; 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...”

2.2.2. Elementos formales

Es necesario señalar que los contratos de fideicomisos públicos, pueden formalizarse conforme los requisitos que regula la ley.

En el caso de México se regulan los requisitos conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos que data de 1932, haciendo referencia a que la administración recurre a las operaciones establecidas en el derecho mercantil, y de esa manera logra satisfacer necesidades colectivas.

En Guatemala, el único requisito formal que reviste a todo tipo de fideicomiso, es que debe formalizarse en escritura pública, conforme a lo regulado en el Artículo 770 del Código de Comercio.

2.2.3. Finalidad

El contrato de fideicomiso público trata de desarrollar como finalidad primordial a través del manejo de los recursos públicos, la satisfacción de las necesidades colectivas, mejorando el desarrollo económico y social del pueblo; es decir, persigue el bien común tal como lo estipula el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



2.2.4. Objeto

Conjunto de bienes y derechos cuyas características esenciales de este tipo de bienes es que deben ser de dominio público o privado del Estado, dinero en efectivo, derechos derivados de la recaudación impositiva, fondos provenientes de organismos internacionales de crédito, acciones, títulos de deuda, muebles, inmuebles, transmitidos al fiduciario y afectados a fines u objetivos determinados; esto lo que se denomina como bienes fideicometidos, constituyen el objeto sobre el cual versa el contrato de fideicomiso público. Es por ello que el patrimonio fideicometido, aunque registral o contractualmente, se entrega al fiduciario en propiedad fiduciaria, es realmente propiedad del fideicomiso mismo, considerado éste como una entidad patrimonial distinta.

Los bienes objeto del contrato de fideicomiso pueden ser: de cualquier clase de bienes o derechos, determinados, susceptibles de individualización, o cuya descripción de requisitos o características pueda hacerse a la fecha de celebración del contrato de fideicomiso.

2.3. Regulación legal del contrato mercantil de fideicomiso público en Guatemala

2.3.1. Constitución Política de la República de Guatemala

En la Constitución Política de la República de Guatemala, no se regula concretamente lo referente a la figura jurídica del fideicomiso; pero conforme a la interpretación de las



normas de la Carta Magna se analizarán los Artículos que se vinculan con el fideicomiso público.

Se inicia en el Artículo 1 del referido cuerpo legal, ya que dentro del supuesto de éste se regula la obligación principal del Estado de Guatemala, al señalar que la organización de éste, se fija en lograr la protección de la persona y de la familia, y que el fin supremo es la realización del bien común; por lo que a las definiciones de las que se hizo referencia al principio de este trabajo se concluye que el fideicomiso público se destina para lograr el bien de la colectividad, y en cumplimiento de lo estipulado en la Constitución Política se tiende a disponer de los bienes del Estado para lograr esta finalidad.

El Artículo 18 de la Constitución Política de la República de Guatemala, referente al principio del Régimen Económico y Social; hace referencia a que el principio de justicia social, tiene la finalidad de que sea el Estado el facilitador de los recursos naturales y el potencial humano; esto permite analizar en base al principio de equidad el ingreso nacional, concluyendo que es el Estado el titular en lograr la equidad en la distribución del ingreso nacional y a la vez facilitar el mejoramiento de la economía nacional; por lo que al suscribir contratos de fideicomiso público, trata de lograr el régimen económico y como consecuencia lograr el beneficio de la colectividad.

Continuando con la integración de Artículos que tienen relación con el fideicomiso público, el Artículo 121 de la Ley Constitucional, en el epígrafe establece: "Los Bienes del Estado", por lo que el contrato de fideicomiso público una aportación de bienes y



derechos de las entidades de la administración central, se reconocen como bienes del Estado los que constituyen el patrimonio del mismo, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas; tomando la palabra patrimonio es necesario complementar que constituye el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que son valorables económicamente. Es por ello que los bienes aportados por el fideicomitente al patrimonio fideicometido, deben ser bienes que pertenezcan a la entidad que está constituyendo el fideicomiso.

Después de analizar los elementos de finalidad y bienes del Estado que forman parte del contrato de fideicomiso público, el elemento personal no debe quedar sin interpretación por lo que el Artículo 154 de la Ley Constitucional, establece que los funcionarios son depositarios de la autoridad, por lo que son responsables ante la ley por la conducta oficial que estos ejerzan. Regula que los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado, siendo el sujeto fideicomitente el que debe contar con la autorización y la capacidad legal para aportar el bien que forma parte del patrimonio de la entidad de la administración central.

Integrando el Artículo 232 referente a la Contraloría General de Cuentas, regula que es la institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos y egresos y en general de todo interés hacendario que forman parte de los organismo del Estado, esto implica también a los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como cualquier persona que reciba fondos del Estado; en este sentido y con relación al fideicomiso público, conforme a la interpretación de la norma constitucional se concluye que el fiduciario cuando forme parte de un fideicomiso público, está sujeto



al control de la Contraloría General de Cuentas; en el mismo Artículo párrafo segundo se establece que cuando el Estado delegue, invierta o administre fondos que sean de naturaleza pública, estarán sujetos a la fiscalización de esta institución técnica.

2.3.2. Código de Comercio de Guatemala

El contrato de fideicomiso público no se encuentra regulado expresamente en la legislación nacional; sin embargo, el fideicomiso es un contrato de naturaleza mercantil, el cual se rige en base a los principios filosóficos de la verdad sabida y la buena fe guardada, de acuerdo al Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala, el cual regula lo siguiente: "...Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales...". Al analizar el Artículo anterior se deduce que el contrato de fideicomiso es de naturaleza mercantil, por lo que este tipo de contratos se basa en el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada.

Al referirse al principio de la verdad sabida, remite a pensar que la contratación mercantil reviste de poco formalismo, y por lo mismo no es necesario consignarla en un contrato, ya que los contratantes conocen sus derechos y obligaciones; con relación al principio de buena fe guardada, se entiende como el convencimiento de que se realiza un acto o hecho jurídico.



En seguimiento al análisis de Artículos del Código de Comercio, es de suma importancia que se tome en cuenta lo regulado por el Artículo 13: "...Instituciones y Entidades Públicas. El Estado, sus entidades descentralizadas; autónomas o semiautónomas, las municipalidades y, en general, cualesquiera instituciones o entidades públicas, no son comerciantes, pero pueden ejercer actividades comerciales, sujetándose a las disposiciones de este Código, salvo lo ordenado en leyes especiales... "

Según el Artículo referido permite que el Estado pueda realizar actividades comerciales, siempre que cumpla con lo dispuesto por el Código de Comercio y las leyes especiales que rigen para el mejor funcionamiento de este tipo de actividades.

En complemento de lo anterior y lo redactado a lo largo de toda la investigación, es necesario hacer mención de que el Código de Comercio, establece los requisitos, elementos, características esenciales, y casos de extinción del fideicomiso mercantil; el cual es base para la celebración del contrato de fideicomiso público; estos Artículos ya fueron analizados en su oportunidad y los que hacen referencia a la extinción serán analizados más adelante.

Según el Artículo 770 del Código de Comercio, el fideicomiso se debe constituir por contrato o instituirse por testamento; en el caso del fideicomiso público, es necesario que se formalice en escritura pública, siendo requisito esencial que conste la aceptación del fiduciario y debe consignarse un valor estimativo de los bienes.



Asimismo, el contrato de fideicomiso, su constitución y su traslación, se encuentran libres de impuestos, de igual forma se exonera por virtud de la ley la devolución de los bienes fideicometidos, al momento de terminar el fideicomiso.

2.3.3. Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas

La regulación legal referente a la fiscalización de los fideicomisos públicos, se encuentra estipulada en la Constitución Política de la República en el Artículo 232; esto se complementa con lo estipulado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, que en su Artículo 2, hace referencia a la competencia de la Contraloría General de Cuentas; estableciendo que corresponde a esta institución técnica la fiscalización de forma externa de los activos y pasivos, derechos, ingresos y egresos en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, entidades autónomas, entidades semiautónomas y descentralizadas, municipalidades y sus empresas; y demás instituciones que conforman el sector público no financiero; de toda persona, entidad o institución que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas; de empresas financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación; así como las empresas en que éste tengan participación.

El Artículo referido expone claramente que al momento que se hace uso de los fondos del Estado o en general de todo interés hacendario, la persona que lo realiza se sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de Cuentas, complementándose con lo regulado en el Artículo 3, en sus incisos: "...h) la Contraloría General de Cuentas tiene como objetivo velar por la probidad, transparencia y honestidad de la administración



pública...” e, “...i) debe promover y vigilar la calidad del gasto público, el cual tiene una relación directa con el fideicomiso público, ya que en el mismo se transfieren bienes y derechos que forman parte del Estado...”

Se concluye entonces, que la Contraloría General de Cuentas es el órgano rector de control gubernamental, por lo que al momento que el Estado por medio de la administración central transfiere los bienes para aportarlos al fideicomiso; los mismos deben quedar bajo este control, siendo necesario que se practiquen las auditorías y exámenes de las operaciones propias de este tipo de contratos, ya que se están vinculando bienes que pertenecen al Estado; por lo que las personas individuales y jurídicas que reciban, inviertan o administren fondos públicos, estarán sujetas al examen de contabilidad propia de la actividad que desarrollen. La Subcontraloría de Calidad de Gasto Público es la encargada de realizar este tipo de fiscalización, de acuerdo a los Artículos 19 y 20 inciso b) i) y j), de la ley referida.

2.3.4. Ley Orgánica del Presupuesto

La Ley Orgánica del Presupuesto dispone en el Artículo 33 lo siguiente: “Los recursos financieros que el Estado asigne con obligación de reembolso a sus entidades descentralizadas y autónomas para que los inviertan en la realización de proyectos específicos de beneficio social y que produzcan renta que retorne el capital invertido, podrán darse en fideicomiso. Asimismo, los fondos sociales podrán ejecutar sus proyectos bajo dicha figura. Los fideicomisos se constituirán en cualquier banco del sistema nacional.”



Entonces esta ley, permite a las entidades descentralizadas y autónomas el establecimiento de fideicomisos, siempre que esto se realice con los recursos financieros que se destinen con obligación de reembolso y siempre que cumplan con un objetivo fundamental; el cual es que se destinen los fondos para proyectos específicos de beneficio social y que permitan tener una inversión y retorno del capital aportado.

Lo más importante de este Artículo se refiere al último apartado, cuando estipula que la constitución se realice en cualquier banco del sistema nacional; por lo que los fondos del herario nacional se aportarán a través de la suscripción de un contrato de naturaleza mercantil, para que sea administrado e invertido por un entidad o sociedad especial de tipo privado, actuando como agente financiero; que deberá rendir un informe mensual al Ministerio de Finanzas Públicas sobre el movimiento y disponibilidad de las cuentas propias de los fideicomisos; esto se encuentra regulado en el Artículo 59 inciso v), de la ley objeto de análisis.

2.3.5. Código Municipal

El Artículo 116 del Código Municipal establece: "...La municipalidad podrá optar por obtener fondos corrientes en fideicomiso directamente del Organismo Ejecutivo y por intermedio del Ministerio de Finanzas Públicas. Para el efecto, deberá presentar los estudios técnicos, económicos y financieros de la operación proyectada..."; de acuerdo a este Artículo la municipalidad puede obtener fondos por medio de la constitución de contratos de fideicomisos; siempre que cumpla con los requisitos de presentar los



estudios técnicos, económicos y financieros de la operación que se pretende a través del fideicomiso.

2.3.6. Ley del Organismo Ejecutivo

Esta ley regula en su Artículo 35 inciso r) la función principal del Ministerio de Finanzas Públicas; disponiendo que a este Ministerio le corresponde cumplir y hacer cumplir lo relativo al régimen jurídico hacendario del Estado; teniendo como función principal: "...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. Para el efecto se deberá coordinar conjuntamente con las instituciones responsables del sector."

En conclusión, del análisis anterior se establece que el Ministerio de Finanzas Públicas es el encargado de controlar y registrar las operaciones que corresponden a la constitución de los fideicomisos; por lo que debe existir una relación de coordinación entre las instituciones que sean responsables de ejecutar este tipo de contratos. Más adelante se estará realizando el análisis del Acuerdo Gubernativo relativo al funcionamiento de los fideicomisos.

2.3.7. Ley del Impuesto al Valor Agregado

Según el Artículo 7 de esta ley, regula una serie de numerales relativos a los actos que están exentos del pago del Impuesto al Valor Agregado; el numeral ocho, regula que el



acto propio de constitución de fideicomiso y devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente, se encuentran exentos. Sin embargo, hace relación a que los actos que realice el fiduciario quedan afectos al pago del impuesto.

2.3.8. Ley del Impuesto Sobre la Renta

El fideicomiso en su constitución y devolución de bienes fideicometidos se encuentra exento al pago del Impuesto al Valor Agregado; sin embargo, el Artículo 3 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, establece como hecho generador los entes, patrimonios o bienes de los fideicomisos. Por lo que independiente de no estar sujeto al pago del IVA, se encuentran obligados a cubrir el Impuesto Sobre la Renta.

2.3.9. Ley de Bancos y Grupos Financieros

Esta ley regula que las sociedades bancarias siendo sociedades de carácter especial, al constituirse, regularse, modificarse y liquidarse conforme a su ley especial, pueden actuar como fiduciarios, según lo regulado por el Artículo 41, al estipular que los bancos debidamente autorizados pueden prestar el servicio de fiduciarios.

Así también, de acuerdo al Código de Comercio y la Ley de Bancos, las entidades bancarias nacionales pueden actuar como sujetos del fideicomiso público en su calidad de fiduciarios.



2.3.10. Ley de Mercado de Valores y Mercancías

Entre los contratos contenidos en la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, se establece lo relativo al contrato de fideicomiso de inversión; según el Artículo 76, que regula que los bancos y las sociedades privadas pueden delegar la función como fiduciarios; surgiendo así la figura jurídica del fiduciario delegado, quien es solidariamente responsable con la entidad delegante.

2.3.11. Ley de Acceso a la Información Pública

La relación jurídica que existe entre los fideicomisos de naturaleza pública y la Ley de Acceso a la Información Pública; consiste en que ésta, es una ley de orden público, de interés nacional y de utilidad social; que por su naturaleza permite el acceso a la información y a los actos propios de la administración pública, que se encuentren en cualquier tipo de almacenamiento en los organismos del Estado, municipalidades, instituciones autónomas y descentralizadas y las entidades privadas que: "...perciban, inviertan o administren fondos públicos, incluyendo fideicomisos constituidos con fondos públicos, obras o servicios públicos sujetos a concesión o administración." A partir de la vigencia de la presente ley cada una de las entidades que constituyan y sean sujeto de fideicomiso de naturaleza pública, deben prestar la asistencia necesaria para tener acceso a los movimientos que se ejecuten en este tipo de contratos.

Lo anotado en el párrafo anterior se complementa con el contenido del Artículo 6, al establecer un listado de los sujetos obligados a prestar la asistencia y la información



que se requiera; que en el numeral 33, regula: "...Los fideicomisarios y fideicomitentes de los fideicomisos que se constituyan o administren con fondos públicos o provenientes de préstamos, convenios o tratados internacionales suscritos por la República Guatemala", se encuentran obligados a cumplir con lo regulado en esta ley, siendo necesario que mantengan y actualicen la información para que ésta sea consultada de manera directa o a través de los portales electrónicos." A esto es a lo que se le denomina como información pública de oficio, esto lo regula el Artículo diez, al establecer lo siguiente: "...21. Destino total del ejercicio de los recursos de los fideicomisos constituidos con fondos públicos, incluyendo la información relacionada a las cotizaciones o licitaciones realizadas para la ejecución de dichos recursos y gastos administrativos y operativos del fideicomiso."

2.3.12. Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Once

Dentro de las normas analizadas aquí se establece que para el dos mil once, la ejecución presupuestaria podía hacerse mediante convenios; esto se refiere a la facultad que tienen las entidades de la administración central o entidades autónomas para ejecutar programas y proyectos con organizaciones no gubernamentales, asociaciones legalmente constituidas y organismos regionales o internacionales, teniendo que cumplir con los requerimientos contenidos en los manuales respectivos.

Sin embargo, si se trataba de fideicomisos el Artículo 24 de la referida ley regulaba la prohibición expresa de celebrar convenios con organizaciones gubernamentales,



asociaciones legalmente constituidas y organismos regionales o internacionales, el Artículo en mención, establece a la vez la obligación para las entidades del sector privado y externo que reciban fondos públicos de crear una cuenta específica y así facilitar la función de la Contraloría General de Cuentas.

En el caso de los fideicomisos públicos, las entidades bancarias al momento que se constituyen como fiduciarios están obligados a presentar y crear la cuenta a que se refiere el Artículo analizado, ya que los mismos se constituyen con fondos públicos.

Además el Ministerio de Finanzas Públicas podía anticipar recursos para la ejecución de la asignación presupuestaria para el dos mil once; permitiendo que el anticipo fuera otorgado cuando se tratara de fideicomisos de la administración central; según lo indicado en el Artículo 25 de la ley citada, regulando a la vez, que las unidades ejecutoras de los fondos en fideicomiso, tenían la obligación de registrar en el Ministerio de Finanzas Públicas en el denominado módulo de gestión, los contratos y modificaciones que se suscribieran a cargo de los recursos. Para el nuevo anticipo de los recursos que fueran destinados para fideicomisos, debían registrarse en el Sistema de Avance de acuerdo a la ejecución de fideicomisos, esto se encuadra según los manuales respectivos.

El Artículo 26, regula que las entidades de la administración central, descentralizadas y autónomas que administren y ejecuten fideicomisos constituidos con fondos del Estado, debían llenar una serie de requisitos al momento de modificar o extinguir el fideicomiso, para lo cual el Ministerio de Finanzas Públicas debía emitir dictamen favorable, rendir



informe mensual de los estados financieros, liquidaciones de ingresos y gastos, presentándola a la Dirección de Fideicomisos y de Contabilidad del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, y dentro de los 15 días siguientes el informe debía presentarse ante el Congreso de la República y la Contraloría General de Cuentas, para someter ante esta institución técnica la revisión de las operaciones del fideicomisos, por medio de la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas.

También, existe la obligación de realizar auditorías externas de los fideicomisos, remitiendo una copia del referido informe a la Contraloría General de Cuentas y a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas; esto debe hacerse en el primer trimestre del siguiente año.

Es obligación de las unidades ejecutoras presentar informe a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas; cuando los fideicomisos no reflejen la ejecución de acuerdo a su objetivo; por lo que la Dirección deberá de acuerdo a la ley, proceder a la extinción y liquidación, sin más trámite.

La referida ley prohibía la constitución de nuevos fideicomisos con fondos de fideicomisos constituidos con recursos financieros del Estado; lo cual se plantea con el objeto de control y disponibilidad del contrato de fideicomiso. El mismo Artículo hace referencia a que en el caso de modificación y extinción de fideicomisos, el Procurador General de la Nación debía comparecer en su calidad de representante legal del Estado o como representante legal de fideicomitente; permitiendo que se otorgue mandato especial con representación al funcionario que estime pertinente.



La actividad de fiscalización de los fideicomisos estatales la ejerce la Contraloría General de Cuentas; siendo de carácter independiente a la que realiza la Superintendencia de Bancos a las sociedades bancarias cuando actúan como fiduciarios, según la ley vigente. Siendo obligatorio que la Contraloría remita el informe de lo actuado al Ministerio de Finanzas Públicas y la unidad ejecutora responsable.

El Artículo 27, regulaba los requisitos que se debían cumplir al momento de constituir un fideicomiso estatal, los cuales serán analizados en el capítulo siguiente.

En todo caso, los responsables de la administración y ejecución de fideicomisos constituidos con fondos del Estado; son las autoridades responsables de las entidades de la administración central, entidades descentralizadas y autónomas, teniendo la obligación de rendir las cuentas respectivas y velando porque los fiduciarios cumplan con sus funciones. Se regula también la solidaridad de la responsabilidad entre los responsables de los fideicomisos conjuntamente con los fiduciarios; en relación al cumplimiento de las funciones asignadas en el contrato y de llevar un estricto inventario de los bienes que se adquieran con los fondos fideicometidos, debiendo tomar medidas de control y resguardo de dichos bienes.

2.3.13. Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas

El Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, por medio del Artículo 52 creó la Dirección de Fideicomisos; estableciendo que es una dependencia directa del Ministerio de Finanzas Públicas y su función principal es tener el control,



registro y regulación de lo referente a la constitución, operación, extinción y liquidación de los fideicomisos; siempre que cumplan con un requisito esencial, que estos sean establecidos con fondos o recursos del Estado, así como fondos y otros instrumentos financieros para la ejecución de los programas del Gobierno central.

Lo anterior se complementa con las atribuciones que tiene la Dirección de Fideicomisos, siendo las siguientes: "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 y/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 y/o expansión 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 Públicas, en la emisión de opiniones y/o dictámenes de los fideicomisos; y, 10. Desarrollar otras funciones que le asignen la Ley y el Despacho Ministerial en materia de fideicomisos." Esto de acuerdo al Artículo 53 del referido reglamento.

2.3.14. Ley de Supervisión Financiera

Esta ley regula lo referente a la Superintendencia de Bancos; enunciando que es un órgano de la banca central, con características eminentemente técnicas, órgano que se encuentra bajo la dirección general de la Junta Monetaria. Este órgano es el encargado de ejercer la vigilancia y la inspección del Banco de Guatemala, de los bancos del sistema nacional, así como de las sociedades financieras, instituciones de créditos y entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros.

Tiene relación directa con la figura de los fideicomisos públicos, en razón que las sociedades bancarias por disposición de la ley; ejercen el papel de fiduciarios en los contratos de fideicomiso; independientemente de que estos sean constituidos con fondos privados o públicos; en razón de esto los fondos del Estado que sean destinados para el funcionamiento de los fideicomisos públicos, estarán bajo la vigilancia y supervisión de la Superintendencia de Bancos, quien vela porque se cumpla con las obligaciones legales y se observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a liquidez, solvencia y solidez patrimonial.



En conclusión, el contrato de fideicomiso público en la actualidad es el instrumento que sirve para la administración de bienes del Estado en su calidad de fideicomitente, siendo el fiduciario por virtud de la ley una entidad bancaria.

Como se anotó, la regulación legal de dicho contrato se encuentra dispersa en varias leyes, las cuales son interpretadas e integradas para su funcionamiento, lo cual constituye un problema al momento de su fiscalización y control, ya que no existe un ente especializado que realice dichas actividades. Es por ello que el contrato de fideicomiso público es un instrumento jurídico que sirve para eludir lo regulado en la ley de Contrataciones del Estado, siendo necesario la unificación de normas que regulen dicho contrato.





CAPÍTULO III

3. Análisis de la constitución, funcionamiento, liquidación y extinción del contrato mercantil de fideicomiso público en la legislación guatemalteca

"El contrato de fideicomiso público y su importancia en la actualidad como un instrumento para la realización de muchas operaciones financieras de la administración central, sirve de coadyuvante para lograr el impulso del desarrollo económico en general, ya que el Estado hace uso de este tipo de contratos fomentando las actividades como la vivienda, infraestructura vial, salud, educación, agricultura e industria, tratando de satisfacer las necesidades de la colectividad".¹⁷

En el país el fideicomiso permite la canalización de capitales y representa para el Estado de Guatemala la constitución de un instrumento financiero que permite tener éxito, y lograr que los fondos del Estado sean manejados por otras personas, las que están autorizadas por la legislación nacional para hacerlo. El fideicomiso público es un instrumento que ha sido utilizado para evadir lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, en virtud de la falta de regulación.

En el presente capítulo se desarrolla lo referente a los aspectos legales sobre la constitución, funcionamiento, liquidación, extinción de los fideicomisos y establecer claramente quiénes son los sujetos que intervienen en cada una de las etapas del proceso, y si se observa una validez legal y transparencia en el manejo de los recursos públicos.

¹⁷ García Álvarez, Francisco Jaime. *Incidencia fiscal en el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los fideicomisos constituidos con fondos del Estado de Guatemala*. Pág. 18



3.1. Constitución del fideicomiso público en Guatemala

Abordando el tema de la constitución de un fideicomiso, se debe partir que nace o se fundamenta en la legislación ordinaria; específicamente en el Código de Comercio, que regula que el fideicomiso se puede constituir por contrato o instituirse por testamento; especificando que debe quedar contenido en escritura pública en el acto de suscribirse, siendo indispensable y expresa la aceptación del fiduciario, y debe consignarse un valor estimado de los bienes, según lo regulado en los Artículos 770 y 771 respectivamente.

Cuando se trata de trasladar a un fideicomiso los bienes del Estado, se crea una regulación especial o específica por medio de Decretos emitidos por el Organismo Legislativo o de Acuerdos Gubernamentales emitidos en su caso por el Ministerio de Finanzas Públicas.

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



Por otro lado, el Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, regula en el Artículo 52, la creación de la Dirección de Fideicomisos; que en síntesis es la dependencia de aquel Ministerio encargada de gestionar la constitución, operación, extinción y liquidación de los fideicomisos que se crean con los recursos del Estado.

Por virtud de la ley, el Procurador General de la Nación es el sujeto facultado para la constitución, modificación o extinción de un fideicomiso público, según la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Once; quien deberá comparecer en su calidad de representante legal del Estado y como representante del fideicomitente. En el Artículo 26, de la referida ley, se faculta al Procurador General de la Nación para otorgar mandato especial con representación al funcionario que estime pertinente. Sin embargo, para la constitución de un fideicomiso con recursos del Estado; se debe seguir un proceso cuando se refiere a las entidades de la administración central, entidades descentralizadas o autónomas; que deben cumplir con lo regulado en el Artículo 27 de la citada ley; siendo las siguientes instituciones las participantes en el proceso de constitución del fideicomiso público.

3.1.1. Entidad de la administración central, entidad descentralizada o autónoma

Para iniciar el proceso de constitución de un fideicomiso, la entidad de la administración central, entidad descentralizada y/o autónoma; debe iniciar el expediente administrativo, posteriormente emitir dictamen legal, el cual debe establecerse con claridad la viabilidad del negocio jurídico; en el referido dictamen se adjunta el proyecto del Acuerdo Gubernativo, la exposición de motivos y la minuta del contrato respectivamente. El



dictamen jurídico junto a los documentos escritos se deben remitir a la Procuraduría General de la Nación con el objeto que se otorgue el visto bueno.

Es requisito esencial la creación de una unidad ejecutora, la cual debe ser integrada por funcionarios públicos, y determinar las funciones y la autoridad superior.

Cumplidos todos estos requisitos, el expediente, con el dictamen y el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación, se traslada a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas; solicitando dictamen favorable para la creación del fideicomiso.

3.1.2. Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas

Previo a constituir el fideicomiso y trasladado el expediente a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, se debe adjuntar una solicitud para obtener dictamen favorable para la creación del fideicomiso con fondos del Estado.

La opinión que emita la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas es de naturaleza técnica; ya que el expediente es trasladado y analizado por la Dirección Técnica del Presupuesto.

A la vez, la asesoría jurídica conoce el dictamen y lo traslada a la Procuraduría General de la Nación con el objeto que emita el visto bueno. El expediente regresa a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, con el visto bueno del dictamen emitido por la asesoría jurídica del Ministerio de Finanzas Públicas.



El Ministro de Finanzas Públicas debe emitir el Acuerdo Gubernativo donde se acuerda la creación del fideicomiso con recursos del Estado; es indispensable por requisito de ley que se traslade el Acuerdo para la firma del Presidente de la República, por medio de la Secretaría General de la Presidencia; siendo el cuerpo consultivo quien emite dictamen jurídico favorable y obtiene la firma del Acuerdo Gubernativo.

Por disposición de la ley, el referido Acuerdo Gubernativo es publicado en el Diario Oficial, para que tenga validez y certeza jurídica la creación del fideicomiso.

Los Artículos 2 y 3 de la Ley del Organismo Ejecutivo, regulan que cuando se delega la función de la gestión administrativa y de ejecución de las políticas de Gobierno; podrá delegarse a terceras personas o entidades y que se establecerá por medio de Acuerdo Gubernativo publicado en el Diario Oficial.

3.1.3. Banco fiduciario

La selección del banco fiduciario se basa en la cotización de al menos tres bancos o financieras del sistema nacional; el proceso inicia con la publicación en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público (GUATECOMPRAS), de las bases del evento en que será seleccionado el fiduciario.

Seleccionado el banco del sistema que fungirá como fiduciario, se acuerdan los términos de contrato con el fideicomitente; en el transcurso de este proceso se puede otorgar el mandato especial en que se delega la representación del Estado y así poder negociar con el fiduciario los acuerdos en que se basará el fideicomiso público.



Acordados los términos del contrato de fideicomiso, no se puede obviar la obligatoriedad del fiduciario de proporcionar mensualmente dentro de los primeros 15 días del mes siguiente, copia de los estados financieros y cuentas bancarias al Ministerio de Finanzas Públicas y a la Contraloría General de Cuentas, y cualquier información que se requiera sobre este tipo de fideicomisos, así como trasladar mensualmente a la Dirección de Contabilidad del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, la información y documentación relacionada con la generación de intereses y otros productos, así como recuperación de cartera crediticia; para los respectivos registros contables en el sistema de contabilidad integrada dentro de los primeros quince días del mes siguiente.

Es necesario que se estipule en el contrato de constitución 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.

Acordados los requisitos de constitución con el banco fiduciario, se deberá enviar la minuta al banco, solicitando que se emita resolución en virtud de la cual se autoriza al representante legal de la entidad a suscribir el contrato de fideicomiso público.

3.1.4. Escribanía de Cámara y de Gobierno

El banco del sistema, quien será el fiduciario, emite la resolución autorizando al representante legal para suscribir el contrato de constitución de fideicomiso público con el fideicomitente; la minuta del negocio jurídico que debe formalizarse deberá ser



trasladaba a la Escribanía de Cámara y de Gobierno, con el objeto que se emita el dictamen que contenga el visto bueno, y luego se procede a la impresión del contrato.

La Escribanía de Cámara y de Gobierno deberá remitir oficio a la Contraloría General de Cuentas, a la Superintendencia de Bancos y a la Procuraduría General de la Nación.

Se procede a la firma de la escritura pública y se traslada para la firma del representante legal del banco fiduciario, para su formalización.

Firmada la escritura por parte del fideicomitente se emiten los testimonios del contrato y copia legalizada del mismo. La Escribanía de Gobierno debe remitir la fotocopia legalizada del contrato a la Procuraduría General de la Nación. Al banco fiduciario se remite el testimonio del contrato para comenzar con la ejecución del fideicomiso.

3.2. Funcionamiento y ejecución del fideicomiso público en Guatemala

El Manual de Administración de Fondos Públicos en Fideicomiso emitido por el Ministerio de Finanzas Públicas en abril de 2010; instituye varias dependencias y las acciones que deben realizar para el debido funcionamiento del fideicomiso.

Se hace necesario mencionar a la dependencia responsable y las acciones de la misma en la ejecución y desarrollo de los fideicomisos públicos; por lo que se menciona lo que estipula el Manual de Administración de Fondos Públicos en Fideicomiso.



3.2.1. Fideicomitente o Unidad Ejecutora

La Unidad Ejecutora es la responsable de formular el presupuesto del fideicomiso, lo cual realiza a través de la Unidad de Administración Financiera o la que haga sus veces; establece el Manual que la programación debe ser a nivel de renglón de gastos; identificando claramente las remuneraciones, la adquisición de bienes o servicios o cualquier erogación realizada con el fin de alcanzar los objetivos y metas.

La Unidad Ejecutora deberá tener control de los saldos en la cuenta del fideicomiso y la ejecución programada de gastos devengados, teniendo la obligación de trasladar estos datos a la Unidad de Administración Financiera, a quien se debe solicitar la transferencia de fondos al fideicomiso.

3.2.2. Unidad de Administración Financiera

Dependencia encargada de realizar los anticipos en la programación institucional para su remisión al Ministerio de Finanzas Públicas. Entre sus funciones se encuentra la de incorporar la programación de compromisos devengados y anticipos al sistema por el medio indicado.

También, debe remitir a la Dirección Técnica del Presupuesto del Ministerio de Finanzas Públicas, físicamente la programación de compromisos devengados y programación de anticipos emitidos por el medio indicado.



Se encarga de solicitar los anticipos a la Tesorería Nacional, por lo que el director de la Unidad de Administración Financiera con el visto bueno de la autoridad competente de la institución, debe elaborar una resolución interna por fuente de financiamiento para autorizar el anticipo a cada fideicomiso. Facultan a esta dependencia para solicitar nuevos anticipos debiendo considerar los recursos provenientes de préstamos, donaciones y otros conceptos que afecten el patrimonio fideicometido, los cuales deben incluirse en las regularizaciones. Los recursos de la cuenta de depósitos monetarios del fideicomiso, deben permanecer en dicha cuenta bancaria para su ejecución, no podrán ser trasladados a otras cuentas u otros fideicomisos.

3.2.3. Ministerio de Finanzas Públicas, Comité de Programación de Ejecución Presupuestaria

Para poder ejecutar los fideicomisos, las entidades de la administración central pueden solicitar anticipos por medio de lo que denomina el Manual como comprobante C cero cinco. El Comité de Programación de Ejecución Presupuestaria, es quien autoriza a la entidad de la administración central, los anticipos de acuerdo a la disponibilidad financiera de caja. La autorización de los anticipos se realiza por medio de cuotas de anticipos; posteriormente, la Tesorería Nacional aprobará las cuotas máximas de anticipos en el sistema sicoin wed, siendo necesario identificar el número y fecha de resolución emitida por el Comité de Programación de Ejecución Presupuestaria.



3.2.4. Ministerio de Finanzas Públicas, Tesorería Nacional

Corresponde a la Tesorería Nacional el pago de anticipos de conformidad con la disponibilidad de recursos. Se deben realizar los pagos acreditando los recursos directamente en la cuenta de depósitos monetarios del fideicomiso en el banco fiduciario. Asimismo, le corresponde autorizar anticipos adicionales, siendo esto analizado por la Unidad de Administración Financiera.

3.2.5. Banco fiduciario

Sujeto del sistema financiero nacional, que le corresponde recibir en una cuenta de depósitos monetarios los anticipos autorizados por la Unidad Ejecutora y la Unidad de Administración Financiera. El depósito lo realiza la Tesorería Nacional y el banco fiduciario debe remitir la nota de crédito a la Unidad Ejecutora.

3.3. Extinción de los fideicomisos públicos

La extinción de los fideicomisos puede darse por varias causas, las cuales se encuentran reguladas en la legislación nacional, en el caso específico de este contrato las establece el Artículo 787 del Código de Comercio de Guatemala, siendo 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.



4. 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.
6. Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo.
7. Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social.
8. Por sentencia judicial."

Los efectos de la extinción de los fideicomisos son esencialmente que los bienes que hubieran sido aportados al fideicomiso deberán ser entregados a quien corresponda, según lo pactado en el documento de constitución o la sentencia judicial; entregados al fideicomitente, corresponde el cese de la afectación del patrimonio del fideicomiso.

Las causas de extinción de los fideicomisos públicos pueden ser:

- a) Por vencimiento del plazo.
- b) Por la realización del fin.
- c) Por hacerse imposible su realización.
- d) Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.
- e) Cuando los fideicomisos no reflejen ejecución de acuerdo a su objetivo."¹⁸

La planteado anteriormente tiene semejanza con algunos numerales del Artículo 787 del Código de Comercio de Guatemala, ya que los fideicomisos como contratos de negociación mercantil y los contratos de fideicomisos constituidos con fondos públicos;

¹⁸ <http://www.buenastareas.com/ensayos/fideicomisos/159444.html>. (Guatemala, 28 de febrero 2011).

deben cumplir con la finalidad del documento que les dio origen. La realización imposible de su finalidad también constituye causa de extinción, ya que en el caso de los fideicomisos públicos al momento que no se cumpla la ejecución de acuerdo al objetivo, da lugar a su extinción.

Según la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Once, Artículo 26; las unidades ejecutoras son las responsables de presentar informe a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, en el momento que se detecte que los fideicomisos no reflejen la ejecución de su objetivo, para proceder a la extinción y liquidación sin más trámite.

Conforme a lo anterior, en la escritura de modificación y extinción de los fideicomisos debe comparecer el Procurador General de la Nación, como representante legal del Estado y en calidad de representante legal del fideicomitente; o como se anotó anteriormente, por medio de su mandatario especial con representación

El proceso que se sigue para la extinción de un fideicomiso público es el siguiente:

3.3.1. Entidad de la administración central, entidad descentralizada o autónoma

El proceso de extinción de los fideicomisos constituidos con fondos públicos, se inicia por la entidad de la administración central, entidad descentralizada o autónoma; quienes por medio de la asesoría jurídica deberán elaborar dictamen en virtud del cual se haga constar las causas que motivan y justifiquen de manera jurídica y técnica la extinción del fideicomiso.



Adjunto al dictamen jurídico deberán presentar el proyecto del Acuerdo Gubernativo, el cual deberá contener la exposición de motivos de la extinción y liquidación del fideicomiso, junto con los documentos que acrediten la representación legal del compareciente en su calidad de representante legal del Estado o del mandato respectivo, y la minuta del documento de extinción del fideicomiso.

Según la ley, el dictamen jurídico debe ser enviado a la Procuraduría General de la Nación, para que se otorgue el visto bueno.

3.3.2. Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas

Cumplido lo anterior, la entidad ejecutora deberá remitir a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, el dictamen jurídico técnico, la minuta del contrato respectivo, y el proyecto del Acuerdo Gubernativo, para que se emita dictamen por parte del Ministerio.

La asesoría jurídica de la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas emite dictamen favorable, el cual debe ser remitido para su visto bueno a la Procuraduría General de la Nación.

Con el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación, la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, debe al igual que en la constitución de un fideicomiso, emitir el Acuerdo Gubernativo, en virtud del cual se detallan los motivos y justificaciones de la extinción del fideicomiso, trasladándose a la Secretaría General de la Presidencia, donde el Presidente firma el Acuerdo.



Asimismo, por disposición de la ley, el referido Acuerdo Gubernativo debe ser publicado en el Diario Oficial, para que tenga validez y certeza jurídica la extinción del fideicomiso.

En base a los Artículos 2 y 3 de la Ley del Organismo Ejecutivo, cuando se delega la función de gestión administrativa y de ejecución de las políticas de Gobierno, podrá delegarse a terceras personas o entidades, lo cual se establecerá por medio de Acuerdo Gubernativo que deberá publicarse en el Diario Oficial.

3.3.2. Banco fiduciario

La minuta autorizada para la extinción del fideicomiso se remite para su aprobación al banco fiduciario; donde el representante legal debe emitir resolución que autorice la disolución del fideicomiso con el fideicomitente.

3.3.3. Escribanía de Cámara y de Gobierno

Con la resolución del banco fiduciario donde se autoriza la extinción del fideicomiso, al igual que el Acuerdo Gubernativo emitido por el Ministerio de Finanzas Públicas, la minuta que contenga los requisitos y contenido de la extinción, debe ser remitida para su formalización a la Escribanía de Cámara de Gobierno, donde se hace la revisión de la minuta y se emite el dictamen favorable para la impresión del documento respectivo.

Se procede a la firma del contrato que contenga la extinción del fideicomiso, y se gestiona la firma del representante legal del fiduciario; posteriormente, la Escribanía de Cámara y de Gobierno debe autorizar el contrato y emitir el testimonio y fotocopias



legalizadas del contrato. Una copia legalizada del contrato se envía a la Procuraduría General de la Nación.

El testimonio del contrato se remite al banco fiduciario, quien será el encargado de depositar los fondos al fondo común, a cargo del Ministerio de Finanzas Públicas en la cuenta de recursos financieros denominada Gobierno de la República-Fondo Común.

3.4. Liquidación de fideicomisos públicos

3.4.1. Comisión liquidadora

El proceso de extinción y liquidación de un fideicomiso público. Una vez depositados los fondos en la cuenta del Gobierno de la República – Fondo Común, se debe nombrar una comisión liquidadora, la cual preferentemente debe integrarse con unidades de auditoría interna; esta comisión comparece ante el banco fiduciario quien también debe nombrar un representante.

3.4.2. Contraloría General de Cuentas

La comisión liquidadora debe remitir un informe final a la Contraloría General de Cuentas, entidad técnica que debe pronunciarse sobre el informe que le presenten, otorgando el visto bueno y autorización para la emisión de finiquitos recíprocos entre fideicomitente y el banco fiduciario.



3.4.3. Escribanía de Cámara y de Gobierno.

La Contraloría General de Cuentas emite dictamen favorable para el otorgamiento de los finiquitos recíprocos; por lo que debe enviar a la Escribanía de Cámara y de Gobierno, minuta de mandato, que deberá otorgarse para facultar a una persona a emitir los finiquitos respectivos. Otorgado el visto bueno de la minuta por la Escribanía se imprime el documento.

El fideicomitente en su oportunidad deberá recibir el testimonio del mandato, siendo el encargado de inscribirlo en el Archivo General de Protocolos, acompañando el expediente respectivo.

El fideicomitente es el encargado de enviar el expediente con la minuta del contrato, siendo éste el finiquito recíproco que se otorgará el fideicomitente y el banco fiduciario, para el visto bueno de la Escribanía de la Cámara y de Gobierno, y proceder a la impresión del protocolo respectivamente. Una vez impreso el finiquito, el fideicomitente deberá gestionar la firma del banco fiduciario por medio de su representante legal.

La Escribanía de Cámara y de Gobierno, deberá autorizar la escritura que contenga el finiquito, y extender los testimonios y copias legalizadas. Siendo requisito esencial, enviar al banco fiduciario testimonio original del finiquito, y a la Procuraduría General de la Nación copia simple legalizada, con lo que se concluye el trámite.



3.5. Fideicomisos públicos vigentes, en extinción y liquidación en Guatemala

Se hace necesario mencionar el listado de fideicomisos públicos que se encuentran vigentes, o en proceso de liquidación y extinción; ya que cada uno de ellos ha cumplido con los requisitos y procesos que se enunciaron anteriormente.

3.5.1. Listado de fideicomisos públicos vigentes en Guatemala

A. Fideicomisos públicos constituidos con el Banco de Guatemala.

- a) Fideicomisos de administración del fondo nacional de ciencias y tecnología.
- b) Fondo extraordinario específico de reconstrucción.
- c) Fondo fiduciario de capitalización bancaria
- d) Fideicomiso del fondo nacional para la paz
- e) Programa global de crédito para la microempresa y la pequeña empresa
- f) Mejoramiento del pequeño caficultor

B. Fideicomiso públicos constituidos con el Banco de Desarrollo Rural - BANRURAL-

- a) Administración de carteras
- b) Fideicomiso apoyo financiero para los productores del sector cafetalero guatemalteco
- c) Crédito de desarrollo agropecuario
- d) Crédito para el desarrollo productivo



- e) Proyecto de desarrollo rural sostenible en zonas de fragilidad ecológica en la región del triffinio, área de Guatemala
- f) Fondo social mi familia progresa
- g) Programa de desarrollo integral en áreas con potencial de riego y drenaje
- h) Crédito rural
- i) Fondo nacional para la reactivación y modernización de la actividad agropecuaria
- j) Proyecto de desarrollo rural de la Sierra de los Cuchumatanes
- k) Proyecto de desarrollo rural para pequeños productores de los departamentos de Zacapa y Chiquimula
- l) Fideicomiso proyectos productivos de la población desarraigada
- m) Crédito programa de desarrollo rural en el departamento de Totonicapán
- n) Fondo social de solidaridad
- o) Fondo de tierras Acuerdo de Paz
- p) Fideicomiso municipalidad de Fraijanes
- q) Fideicomiso municipalidad de Chinautla

C. Fideicomisos públicos constituidos con el Crédito Hipotecario Nacional –CHN–

- a) Fideicomiso de transporte de la ciudad de Guatemala
- b) Fondo de desarrollo de la microempresa y pequeña empresa
- c) Fondo nacional de desarrollo
- d) Fideicomiso de administración e inversión del fondo nacional para la conservación de la naturaleza
- e) Sistema nacional de financiamiento de la preinversión



- f) Bosques y agua para la concordia
- g) Fideicomiso de administración del subsidio
- h) Fideicomiso de apoyo al sistema de servicio público de transporte colectivo urbano y extraurbano de pasajeros
- i) Fideicomiso de administración e inversión fondo pensionados de Guatel

D. Fideicomiso públicos constituidos con el Banco de los Trabajadores – BANTRAB-

- a) Fondo de desarrollo de la microempresa, pequeña y mediana empresa
- b) Fondo de desarrollo indígena guatemalteco
- c) Fideicomiso de administración e inversión Guatel

E. Fideicomisos públicos constituidos con Banco Industrial

- a) Fideicomiso nacional de becas y crédito educativo
- b) Fideicomiso del fondo vial
- c) Fideicomiso de apoyo a la planificación urbana y rural del municipio de Santa Catarina Pinula
- d) Fideicomiso de administración y cumplimiento Inde-Pasabien
- e) Fideicomiso de administración y pago empresa eléctrica municipal de Puerto Barrios, Izabal / Inde
- f) Fideicomiso de administración y cumplimiento Inde-Tecnoguat
- g) Fideicomiso de administración y pago empresa hidroeléctrica municipal de Retalhuleu / Inde



h) Fideicomiso de administración Inde-Ortitlan

F. Fideicomisos públicos constituidos en Corporación Financiera Nacional – CORFINA-

- a) Fideicomiso para el desarrollo integral del tercer sector de la economía
- b) Fondo para el fomento de la forestación y reforestación del oriente y nororiente de Guatemala
- c) Fideicomiso de inversión con garantía (programa global de crédito para el establecimiento o expansión de pequeñas y medianas empresas industriales y de turismo).

G. Fideicomisos públicos constituidos con Banco Agromercantil –BAM-

- a) Formación de recursos humanos
- b) Fideicomiso de administración Inde-Orzunil
- c) Fideicomiso de administración Inde-obras rurales de occidente y oriente
- d) Fideicomiso de administración y cumplimiento Inde-Secacao

H. Fideicomisos públicos constituidos con Banco G&T Continental

- a) Fideicomiso Foguavi G&T Continental
- b) Fideicomiso para el fortalecimiento urbano y rural del municipio de Santa Catarina Pinula - fifortadesantacatarina-



I. Fideicomiso público constituido con Banco Centroamericano de Integración Económica –BCIE-

- a) Fideicomiso de inversión fondo hipotecario para la vivienda

J. Fideicomiso público constituido con Financiera Rural

- a) Fideicomiso Fidemixco

K. Fideicomiso público constituido con Financiera de Occidente

- a) Fideicomiso para la planificación y desarrollo del municipio de Villa Nueva

L. Fideicomiso público constituido con Financiera MVA

- a) Fideicomiso de obras de infraestructura para el municipio de Mixco

M. Fideicomisos públicos constituidos con Financiera G&T Continental

- a) Fideicomiso para el desarrollo rural guate invierte
- b) Fideicomiso de administración de flujos Santa Catarina Pinula
- c) Fideicomiso municipalidad de Iztapa

3.5.2. Listado de fideicomisos vencidos en Guatemala

A. Fideicomiso público vencido con Banco de Guatemala

- a) Programa de desarrollo comunitario para la paz.



B. Fideicomisos públicos vencidos con Banco de desarrollo Rural

- a) Desarrollo integral de comunidades rurales
- b) Fondo de desarrollo de la microempresa y pequeña empresa

C. Fideicomisos públicos vencidos con Crédito Hipotecario Nacional

- a) Apoyo crediticio al comité pro-mejoramiento de agricultores del norte
- b) Fideicomiso para la atención de actividades de interés financiero, económico y social
- c) Fideicomiso de arrendamiento de tierras del programa especial para la producción y comercialización agropecuaria en apoyo a la población rural vulnerable

D. Fideicomiso público vencido con Banco de los Trabajadores

- a) Fideicomiso movimiento agrícola regional

E. Fideicomisos públicos vencidos con Banco Industrial

- a) Fideicomiso nacional del fondo de educación rural coparticipativa
- b) Fideicomiso para el medio ambiente

F. Fideicomiso público vencido con Corporación Financiera Nacional

- a) Utilidades



3.5.3. Fideicomisos públicos en proceso de extinción y liquidación en Guatemala

A. Fideicomisos públicos en proceso de extinción y liquidación con Crédito Hipotecario Nacional –CHN-

- a) Evento asamblea BID 2007
- b) Fideicomiso de rehabilitación y reconstrucción tormenta tropical STAN

B. Fideicomiso público en proceso de extinción y liquidación con Banco Industrial

- a) Fideicomiso de transporte y tránsito de la ciudad de Guatemala

C. Fideicomisos públicos en proceso de extinción y liquidación con Banco de los Trabajadores

- a) Fideicomiso de administración de terminal para pasajeros de cruceros en Puerto Quetzal

D. Fideicomiso público en proceso de extinción y liquidación con Banco del Café

- a) Fondo de apoyo institucional a la SEPAZ -FOSEPAZ-
- b) Fideicomiso de administración del subsidio.¹⁹

¹⁹ Ministerio de Finanzas Públicas. Dirección de Fideicomisos Públicos. El abc de los fideicomisos públicos. Pág.4.



Es pues necesario concluir que la constitución, funcionamiento y liquidación de un fideicomiso público en Guatemala, se encuentra regulado en varias leyes, no existiendo unificación para tener un mejor control y supervisión.

Es por ello que el contrato de fideicomiso público en sus fases de constitución es simplemente un proceso, no así un contrato, siendo esto uno de los elementos más importantes que se deben considerar al momento de emitir la nueva ley que pretenda llevar acabo su fiscalización y control, ya que existen varias personas que intervienen en cada una de las fases; el cual varía por cada fideicomiso que se constituye.

Es así, que la Contraloría General de Cuentas no tiene control ni puede realizar la fiscalización de las actuaciones que tienen los funcionarios públicos al suscribir, modificar o extinguir un contrato de fideicomiso público; ya que la administración de este tipo de contratos se ve afectada al trasladar el dinero a varias empresas o entidades, quienes ejecutan las obras o prestan los servicios públicos.



CAPÍTULO IV

4. Concepto de persona de derecho público

Previo a establecer la responsabilidad en que puede verse involucrado un funcionario público en la suscripción de un contrato de fideicomiso público, se debe iniciar con definiciones doctrinarias de funcionario público; cuáles son las clases de funcionario público que existen y la regulación en la legislación guatemalteca.

El presente capítulo se estructura en el sentido de conocer y concluir cuál es la responsabilidad de un funcionario público según la ley al suscribir un fideicomiso público, y de esa manera lograr el objetivo principal del presente trabajo de tesis.

4.1. Funcionario público

Persona de derecho público que forma parte de la estructura jurídica estatal de un país; funge como agente, siendo denominado como funcionario público o servidor público.

Los funcionarios públicos son: "... agentes más importantes de la estructura jurídica estatal de un país. Un funcionario público es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o elección popular) y que el poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tiende a fines de interés social o estatal..."²⁰

²⁰ <http://es.scribd.com/doc/11942327/los-principios-de-los-funcionarios-publicos>.(Guatemala, 22 de marzo 2011.)



Los funcionarios públicos desempeñan una función que es retribuida por la administración central; ya que estos prestan un servicio a los intereses de la colectividad, por lo que su función debe enmarcarse conforme a lo regulado en la ley y a los principios constitucionales, los cuales se analizan más adelante.

4.1.1. Clases de funcionarios públicos en la doctrina

Es imperativo conocer las clases de funcionarios públicos para comprender la investidura que les otorga la ley para suscribir contratos de fideicomisos públicos, la doctrina señala los siguientes:

Funcionarios de carrera

"Personas de derecho público que por nombramiento legal, están vinculados a una administración pública por una relación estatutaria regulada por el derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente."²¹

Funcionarios interinos

Persona individual que: "...por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para la ejecución de programas de carácter temporal y los que son nombrados cuando existan exceso o acumulación de tareas..."²²

²¹ Ibid.

²² Ibid.



Personal laboral

Persona individual que por virtud de: "...contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las administraciones públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal..."²³

Personal eventual

Persona individual: "...en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin..."²⁴

4.1. Análisis jurídico de funcionario publico en la legislación guatemalteca

"El funcionario público también es conocido como servidor público, es la persona que trabaja en el Gobierno y desempeña un cargo público."²⁵

²³ **Ibid.**

²⁴ **Ibid.**

²⁵ http://www.congreso.gob.gt/gt/congreso_ninos2/formaci%C3%B3n_pol%C3%ADtica/servidor_p%C3%BAblico.asp. (Guatemala, 11 de febrero de 2011.)



4.2.1. Constitución Política de la República de Guatemala

Según la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 154 regula lo siguiente: "Función pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución".

El Artículo anterior hace referencia a la autoridad que radica en el sujeto individual denominado funcionario público; se complementa con el Artículo 152 del mismo cuerpo legal, el cual instituye que el poder proviene del pueblo, y que el ejercicio de éste se encuentra sujeto a las limitaciones señaladas por la misma Constitución Política y la ley,

De los Artículos anteriores se concluye que los funcionarios públicos son los sujetos encargados de ejercer el poder, y que estos deben hacerlo en base a los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia en la rendición de cuentas y en el buen funcionamiento del ejercicio de su función pública.

Por otra parte, se puede decir que las personas pueden optar por el empleo o cargo público, por derecho otorgado constitucionalmente de acuerdo al Artículo 113 que regula: "Los guatemaltecos tienen derecho de optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas en méritos, capacidad, idoneidad y honradez". En el Artículo 112 señala una prohibición, regulando que no se



puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, haciendo la excepción cuando se presten los servicios en centros docentes o instituciones asistenciales y siempre que haya una compatibilidad de horarios.

4.2.2. La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos

Ahora bien, para puntualizar lo referente a un funcionario o empleado público, la ley objeto de análisis es de suma importancia; ya que establece en el considerando segundo la necesidad de crear: "... un Estado capaz de dar un uso racional a los recursos públicos dictando la normas legales que le sirvan de herramienta para alcanzar sus objetivos de acuerdo a las necesidades del país, y que garanticen la efectividad de cualquier acción que de ella se origine cuando los actores del ejercicio de la función pública menoscaben la regularidad del funcionamiento de la administración pública y afecten los esfuerzos del Estado por proporcionar el bien común a todos los habitantes de la República..."

Esta ley tiene como objeto crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública, contiene derechos y obligaciones que son de orden público y de observancia general.

El Artículo 3 de la referida ley, regula que los funcionarios públicos son todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas.

Estas personas que cuentan con la investidura de la ley son responsables de conformidad con las normas que establece la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, y si los mismos realizan alguna acción que sea objeto de incumplimiento serán sancionados conforme a la misma ley y al ordenamiento jurídico vigente en Guatemala.

La citada ley en su Artículo 4 establece los siguientes funcionarios públicos:

- a) Los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios en el Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas, y entidades descentralizadas y autónomas.
- b) Los miembros de juntas directivas, directores, gerentes, administradores y demás personas relacionadas con la recaudación, custodia, administración, manejo e inversión de fondos y valores de las asociaciones, fundaciones y demás entidades o personas jurídicas que reciban aportes o subvenciones del Estado, de sus instituciones o del municipio o que efectúen colectas públicas.
- c) Los directivos y demás personas de comités, asociaciones y patronatos autorizados conforme la ley para recaudación y manejo de fondos para fines públicos y beneficio social y/o que perciban aportes o donaciones del Estado, de sus instituciones, del municipio o entidades nacionales o extranjeras, de cualquier naturaleza para los mismos fines; así como las demás personas que intervengan en la custodia y manejo de dichos valores.

- d) Los contratistas de obras públicas que inviertan o administren fondos del Estado, sus organismos, municipalidades y sus empresas, y de entidades autónomas y descentralizadas.

- e) Los miembros de las juntas directivas, el o los propietarios de las empresas que construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren, y administren una obra, bien o servicio público. Asimismo, en esta disposición quedan comprendidos quienes presten sus servicios al Estado de Guatemala en el exterior del país en cualquier ramo.”

Los funcionarios públicos conforme al Artículo anterior y lo regulado en el Artículo 7 del mismo cuerpo legal: “... están obligados a desempeñar sus deberes, atribuciones, facultades y funciones con estricto apego a la Constitución Política de la República y las leyes. En consecuencia, están sujetos a responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones en que incurren en el ejercicio de su cargo...”.

El Organismo Ejecutivo por medio del Acuerdo Gubernativo número 613-2005 de fecha veintitrés de noviembre de dos mil cinco, emitió el Reglamento de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, que establece una definición de función pública de la manera siguiente: “la función pública es toda actividad temporal o permanente, remunerada o gratuita que ejecuta una persona al servicio del Estado”.



4.3. Sujetos de derecho público que intervienen en el contrato de fideicomiso público en Guatemala

En el capítulo anterior de la presente tesis, se concluye que la representación del Estado la ejerce el Procurador General de la Nación, quien en su calidad de representante del fideicomitente comparece a suscribir contratos de fideicomiso, siendo el sujeto que transmite los bienes y derechos al fiduciario.

En el trámite de constitución de fideicomisos participan los siguientes sujetos:

- a) Entidad de la administración central, entidad descentralizada o autónoma.
- b) Procuraduría General de la Nación.
- c) Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas
- d) Secretaría General de la Presidencia.
- e) Escribanía de Cámara y de Gobierno

La participación en el trámite de la constitución de fideicomisos públicos, ya fue explicado en el capítulo anterior; sin embargo es necesario anotar que la función de la administración central, de la entidad descentralizada o autónoma, es el iniciar el expediente administrativo para la constitución de un fideicomiso, mediando un dictamen legal el cual establece la claridad del negocio jurídico, debiendo por virtud de la ley adjuntar el proyecto del Acuerdo Gubernativo y la minuta del contrato respectivamente.

La Procuraduría General de la Nación debe emitir el visto bueno al dictamen jurídico, previo a la constitución del fideicomiso; cumplido este requisito la Dirección de



Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas es la encargada por medio de la asesoría jurídica de emitir el dictamen y Acuerdo Gubernativo por medio del cual se acuerda la creación del fideicomiso; por último, la Secretaría General de la Presidencia obtiene la firma del Acuerdo; ya que en base a los Artículos 2 y 3 de la Ley del Organismo Ejecutivo, cuando se delega la función de gestión administrativa y de ejecución de las políticas de Gobierno, podrá delegarse a terceras personas o entidades y que se establecerá por medio de Acuerdo Gubernativo que deberá publicarse en el Diario Oficial.

En el Acuerdo Gubernativo por medio del cual se autoriza la constitución y suscripción de un fideicomiso público; debe también facultarse al Ministro de Finanzas Públicas para que en ejercicio del mandato especial con representación otorgado por el Procurador General de la Nación en representación del Estado de Guatemala ante el Escribano de Gobierno, suscriba con el representante del banco la escritura de constitución de un fideicomiso público.

Durante la investigación se tuvo a la vista el expediente de un fideicomiso público que se encuentra vigente, en el cual se pronunciaba el Ministerio de Finanzas Públicas por medio de la asesoría jurídica; siendo esta dependencia legal la responsable de ejercer acciones de consulta y asesoría en materia legal al ministro, viceministros, dirección y dependencias administrativas; con el objeto que las actuaciones institucionales estén apegadas a la ley.



4.4. Sujetos de derecho privado que intervienen en el contrato de fideicomiso público en Guatemala

Los sujetos de derecho privado que intervienen en el contrato de fideicomiso público son los bancos del sistema y las entidades financieras; ya que fungen en su calidad de fiduciarios, ejerciendo la titularidad sobre los bienes que forman parte del fideicomiso pero de una manera temporal.

El Código de Comercio en su Artículo 12 establece en su epígrafe: "Bancos, Aseguradoras y Análogas", en este sentido regula lo que se conoce como sociedades especiales, estipulando lo siguiente: "Los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y demás análogas, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento por lo que dispone este Código en lo que no contravenga sus leyes y disposiciones especiales. La autorización para constituirse y operar se regirá por las leyes especiales aplicables a cada caso". Este tema fue ampliamente explicado en el capítulo segundo de la presente investigación.

4.5. Responsabilidades de los sujetos de derecho público que intervienen en la suscripción del contrato de fideicomiso público de conformidad con la legislación guatemalteca

Como introducción al tema de la responsabilidad en que incurre un funcionario público al suscribir un contrato de fideicomiso público; es de suma importancia conocer lo



referente a la obligación mercantil que estos adquieren al suscribir un contrato de este tipo.

Como indica Guillermo Cabanellas, la obligación: "Es la necesidad en que se encuentran las personas de hacer o no hacer una cosa, tanto en el deber o necesidad moral de ejecutar o no una cosa, o de abstenerse de ella. Entonces el deber jurídico en sentido lato comprende la necesidad moral de hacer u omitir lo que el orden de relaciones naturales de la sociedad exige que se realice o se evite."²⁶

Al analizar el concepto de obligación, se establece que deben existir dos sujetos uno denominado deudor y otro acreedor; la prestación es el objeto principal de este tipo de relación jurídica, la cual consiste en dar, hacer o no hacer, siendo indispensable que sea lícita, posible y dentro del comercio.

Al existir una suscripción de contrato de fideicomiso público se crea un vínculo jurídico entre los sujetos fideicomitente ejercido por el representante del Estado el Procurador General de la Nación, o la persona que éste nombre por mandato especial con representación, siendo la mayoría de casos el Ministro de Finanzas Públicas; y el sujeto fiduciario es el representante legal o gerente general del banco del sistema; siendo de suma importancia que estos sujetos gocen de la capacidad de contratar o capacidad civil.

El contrato es por excelencia fuente de obligaciones, además existe una manifestación de voluntad al momento de su suscripción, teniendo como objeto un contenido

²⁶ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico universitario**. Tomo III. Pág 340.



meramente patrimonial; generando, modificando o extinguiendo una obligación contractual; según lo regula el Artículo 1517 del Código Civil: " Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación".

En cambio el contrato de fideicomiso público, es de naturaleza meramente multilateral, ya que existen varios sujetos que participan en su creación; siendo de importancia indicar que las personas de derecho público incurren en alguna responsabilidad en materia civil, cuando existe incumplimiento o infracción al deber incluido dentro del contrato de fideicomiso público; que constituye una violación al deber general de no dañar. Por otro lado, el fideicomitente representado por medio del Procurador General de la Nación, o por el mandatario especial con representación que ejerce en la mayoría de ocasiones el Ministro de Finanzas Públicas, utiliza los fondos del Estado provenientes del erario nacional, de donaciones o préstamos que realicen organismos o instituciones de programas específicos de carácter nacional e internacional; debe cumplir con las obligaciones contenidas en cada una de las leyes del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente, ya que ellos como representantes del Estado, tienen que cumplir con el proceso regulado en la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Once; que estipula los pasos necesarios, autorizaciones, dictámenes jurídicos, promulgación, vigencia del Acuerdo Gubernativo, y firma del contrato realizado en la Escribanía de Gobierno; de esta forma la responsabilidad de los fideicomitentes se enmarca en dejar claro que las disposiciones de los bienes del Estado, y que son aportados al fideicomiso, deben llenar los requisitos que la ley regula para ser objeto de disposición y cumplir con el fin señalado en el Acuerdo Gubernativo.



Asimismo, la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, tiene como objeto: "Crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales; evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado; establecer los mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos y prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado y de otras personas individuales o jurídicas que manejen, administren, custodien, recauden e inviertan fondos o valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran." En razón de esto, en el siguiente apartado se abarca el tema de la responsabilidad administrativa, penal o civil, en que puede incurrir un funcionario público al suscribir un contrato de fideicomiso público de acuerdo a la normativa legal vigente.

Según el Reglamento de la Ley de Probidad y Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos, el Artículo 22 regula sobre las responsabilidades en que incurren los sujetos de derecho público de acuerdo a la ley analizada; estableciendo las responsabilidades administrativas, civiles y penales, las cuales se analizan a continuación:



4.5.1. Responsabilidad administrativa

La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, establece en el Capítulo II la responsabilidad de las personas al servicio del Estado, específicamente el Artículo 8, contiene en su epígrafe la responsabilidad administrativa: "La responsabilidad es administrativa cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta del funcionario público, asimismo cuando se incurriere en negligencia, imprudencia o impericia o bien incumpliendo leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones o demás disposiciones legales de la institución estatal ante la cual están obligados o prestan su servicios; además, cuando no se cumplan, con la debida diligencia las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisiones se cause perjuicio a los intereses públicos que tuvieren encomendados y ocasionen daños o perjuicios patrimoniales, o bien se incurra en falta o delito." Aquí se establece claramente cada caso que podría ocasionar responsabilidad administrativa el sujeto que se encuentre investido de función pública.

En complemento de lo anterior, el Artículo 22 del Reglamento de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos establece que: "Al servidor público que administre o no fondos públicos en el ejercicio de sus funciones, que se le pruebe debidamente que incurrió en responsabilidad administrativa, será sancionado de acuerdo a la ley de la materia."



Los funcionarios públicos que intervienen en la suscripción de un contrato de fideicomiso público, serán sancionados de acuerdo a la ley de la materia, pero esto no excluye otras responsabilidades en que pueden incurrir de acuerdo a otras leyes específicas.

Las causas que pueden generar responsabilidades administrativas y en que pueden incurrir los funcionarios públicos; de acuerdo al Artículo 17 del citado Reglamento, son las siguientes:

- a) La inobservancia e incumplimiento de funciones, atribuciones y deberes que las disposiciones legales o reglamentarias impongan.
- b) El abuso de autoridad en el ejercicio del cargo o empleo, siempre que la resolución, decisión, hecho y omisión que lo genere no constituya responsabilidad civil o penal.
- c) Extender certificados o constancias que contengan datos inexactos o que sean erróneos como consecuencia de un error involuntario sin que constituya responsabilidad civil o penal.
- d) Ocultar, permitir acaparamiento o negar, o no disponer para el servicio de los usuarios los formularios o formatos, así como, especies fiscales y otros cuyo suministro corresponda a la administración pública cuando tenga la obligación de recaudar fondos, verificar los registros públicos o facilitar a los particulares el pago de sus obligaciones.
- e) La negligencia o descuido en la custodia, uso o destino de bienes integrantes del patrimonio público



- f) Cualquier otra responsabilidad que establezca la Constitución Política de la República y otras leyes.”

En específico, cuando suscriben un contrato de fideicomiso público, los funcionarios públicos en su función como fideicomitentes pueden incurrir en responsabilidades administrativas; cuando omitan realizar cualquiera de las siguientes actividades propias del ejercicio de sus funciones y que se detallan a continuación:

1. No ejercer las acciones correspondientes para exigir el cumplimiento de los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso público, cuando tengan conocimiento que el fiduciario no se encuentre cumpliendo con lo establecido en el contrato.
2. No supervisar y auditar el fideicomiso, ya que corresponde al fideicomitente el derecho de ejercer estas acciones con la ayuda de las instituciones respectivas como son la Contraloría General de Cuentas, Superintendencia de Bancos, o por medio de contratación de Contadores Públicos y Auditores independientes con cargo a los bienes aportados al fideicomiso.
3. No proceder a la revocatoria del contrato de fideicomiso cuando tenga conocimiento de la existencia de alguna causa de terminación.
4. No requerir al fiduciario informes financieros que ayuden a complementar los estados financieros del fideicomiso.
5. No aportar en la oportunidad señalada en el contrato los bienes al fideicomiso, bienes que provienen de los préstamos, donaciones y los recursos propios, de conformidad con lo establecido y aprobado en el Acuerdo Gubernativo que autoriza la constitución del fideicomiso.



6. No gestionar la obtención de recursos cuando se pretenda realizar una ampliación de los bienes objeto de fideicomiso.

Procedimiento para la deducción de responsabilidades administrativas

Ahora bien, es de suma importancia hacer referencia al procedimiento que debe seguirse al funcionario público con el objeto de deducirle responsabilidades administrativas y qué sanciones puede imponerse si fuera aplicable.

Lo estipulado en la Ley de Probidad y Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados Públicos, y su Reglamento; es que el funcionario público que incurre en responsabilidad administrativa, al suscribir un contrato de fideicomiso público, podrá ser sancionado de acuerdo a ley específica.

Si fuera el caso de incumplimiento en acciones en que tiene relación la Contraloría General de Cuentas, como las indicadas en el apartado anterior de este trabajo, se deduce que el funcionario deberá ser objeto de sanción siempre que se cumpla el procedimiento contenido en el Artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, que establece que al presunto infractor se le otorgará audiencia por un plazo de cinco días improrrogables; una vez evacuada la audiencia y si se solicita apertura a prueba se otorga un plazo perentorio de diez días hábiles improrrogables; vencido el plazo de audiencia y de la prueba, la Contraloría General de Cuentas resolverá sin más trámite dentro de los cinco días siguientes y procederá a notificar la



resolución a más tardar dentro de los cinco días posteriores al de la emisión de la resolución.

La Contraloría General de Cuentas tiene la facultad de promover los procesos de cobro por medio de la vía económica coactiva de las multas establecidas en la ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, según lo establecido en el Código Tributario.

4.5.2. Responsabilidades penales

Todo sujeto que realice un acto u omisión constitutivo de delito, puede ser objeto de responsabilidad de conformidad al Código Penal, que regula lo relativo a los elementos del delito y las clases de delitos aplicables, de conformidad con el proceso penal, el cual se encuentra regulado en el Código Procesal Penal.

Los funcionarios públicos son sujetos de persecución penal, cuando existen medios de convicción para determinar que han cometido delitos por acciones u omisiones en razón de su cargo.

Pueden también incurrir en responsabilidad penal los funcionarios o empleados públicos que incurran en las acciones reguladas en el Artículo 17 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, las cuales fueron anotadas en el apartado respectivo.



El Código Penal vigente en Guatemala, establece en las disposiciones generales Artículo 1 inciso 2), que un funcionario público es: "Quien por disposición de la ley, por elección popular o legítimo nombramiento, ejerce cargo o mando, jurisdicción o representación de carácter oficial". Es el funcionario público que tiene una presentación de carácter oficial en puestos de dirección en el Estado.

En el caso de los funcionarios públicos que han suscrito contratos de fideicomiso público; pueden incurrir en responsabilidad penal de acuerdo a lo contenido en los Artículos del Código Penal; Abuso de autoridad, Artículo 418; incumplimiento de deberes, Artículo 419; desobediencia, Artículo 420; revelación de secretos, Artículo 422; peculado, Artículo 445; malversación, Artículo 447 y algunos otros.

En el mismo cuerpo legal se regulan una serie de delitos o faltas en los que los funcionarios pueden incurrir por ejercer el cargo para el cual han sido asignados, esto lo regula el Título XIII, Capítulo II delitos cometidos por funcionarios o por empleados públicos, Artículos 418 al 438. Capítulo III delitos de cohecho, Artículos 439 al 444. Capítulo de los delitos de peculado y malversación, Artículos 445 al 448. Capítulo V de las negociaciones ilícitas, Artículos 449 al 452.

En el caso específico de los funcionarios que suscriben contratos de fideicomiso público, cuando ocurra la inobservancia e incumplimiento de funciones, atribuciones y deberes o de las disposiciones legales, pueden incurrir en delito de incumplimiento de deberes, según lo regulado en el Artículo 419 del Código Penal: "El funcionario o empleado público que omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su



función o cargo, será sancionado con prisión de uno a tres años". En el caso de los funcionarios que retarden el proceso de suscripción de un contrato de fideicomiso público pueden claramente incurrir en este tipo de delitos.

El funcionario público también puede incurrir en el delito de abuso de autoridad; cuando concurrieren los siguientes elementos según el Artículo 418 del Código Penal que establece: "El funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código, será sancionado con prisión de uno a tres años." En conclusión el funcionario que al momento de suscribir un contrato de fideicomiso realice alguna función contraria a la ley y abusando de su cargo, puede incurrir en este tipo de delitos.

En el caso de la desobediencia, establece el Artículo 420 del Código Penal lo siguiente: "Desobediencia. El funcionario o empleado público que se negare a dar el debido cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de doscientos a dos mil quetzales." El funcionario público puede incurrir en responsabilidad en el caso específico de los contratos de fideicomiso público, cuando por razón de su cargo no hiciere o se niegue a dar cumplimiento al Acuerdo Gubernativo que autoriza la suscripción y funcionamiento del fideicomiso, por ejemplo.



En el caso del funcionario público o empleado público que revelare información contable del fiduciario, banco del sistema nacional, si tuviere a la vista los estados financieros, contables o reportes de auditoría ejecutada por la Contraloría General de Cuentas o auditores externos de acuerdo a lo acordado por el contrato de fideicomiso, puede incurrir en el delito de revelación de secretos siempre que concurrieren los elementos estipulados en el Artículo 422 del Código Penal: "El funcionario o empleado público que revelare o facilitare la revelación de hechos, actuaciones o documentos de los que tenga conocimiento por razón del cargo y que por disposición de la ley deben permanecer en secreto, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales."

Según lo establecido en el capítulo III de los delitos de cohecho; el funcionario o empleado público que realice la solicitud o recibiere algún tipo de dávida o presente por parte de cualquier persona; como por ejemplo para ocultar, agilizar o reportar situaciones no reales de los compromisos y obligaciones contenidas en un contrato de fideicomiso público; puede incurrir en el denominado delito de cohecho pasivo, según lo estipulado en el Artículo 419 del Código Penal. "El funcionario o empleado público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por realizar un acto relativo al ejercicio de su cargo o empleo, o por abstenerse de un acto que debiera practicar, será sancionado con prisión de uno a cinco años y multa de cien a tres mil quetzales. Cuando el funcionario o empleado público obligare o indujere a la dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, la pena se aumentará en una tercera parte."



Los delitos en que también pueden incurrir los funcionarios o empleados públicos son los regulados en el capítulo IV de los delitos de peculado y malversación; ya que estos sujetos de derecho público al ser los fideicomitentes y tener la facultad para trasladar fondos de la administración pública para la administración por medio de un contrato de fideicomiso por parte de un banco fiduciario; pueden en el proceso omitir los pasos regulados en la ley, y proceder a sustraer o simplemente consentir que otra persona sustraiga el dinero que forma parte de los bienes fideicometidos; por lo que si procedieren los elementos del delito contenidos en el Artículo 445, cometerá peculado: "El funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo, por razón de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a diez años y multa de quinientos a cinco mil quetzales. Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que utilizare, en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos." Peculado culposo, Artículo 446: "El funcionario o empleado público que, por negligencia o falta de celo, diere ocasión a que se realizare, por otra persona, la sustracción de dinero o efectos públicos de que trata el Artículo precedente, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales."

El funcionario o empleado público que tuviere a su cargo la asignación del bien que será objeto del contrato de fideicomiso y no lo destinare para este efecto; puede ser objeto de persecución penal por el delito de malversación, por lo que procede señalar lo estipulado en el Artículo 447 del Código Penal; en este sentido el funcionario público debe efectivamente destinar el dinero a un fondo totalmente diferente al fideicomiso; esto se establece de la siguiente manera: "El funcionario o empleado público que diere



a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquélla a que estuvieren destinados, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales. La sanción señalada se aumentará al doble, si a consecuencia de la malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados."

Asimismo, el funcionario público que suscribe un contrato de fideicomiso público puede incurrir en el delito de incumplimiento de pago; según el Artículo 448 del Código Penal: "El funcionario o empleado público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario u ordenado por autoridad competente, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que, legalmente requerido rehusare hacer entrega de dinero o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración."

El capítulo V de las negociaciones ilícitas, establece que concurriendo los elementos indicados en el Artículo 450 sobre la concusión, el funcionario público que realice actos propios de su cargo al suscribir un contrato de fideicomiso con el objeto de defraudar al Estado será objeto de persecución penal. "El funcionario o empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, será sancionado con prisión de uno a cuatro años."



Procedimiento para la deducción de responsabilidades penales

Para determinar la responsabilidad penal de un funcionario o empleado público, es necesario que se realicen los procedimientos previos; de acuerdo a las prerrogativas y garantías que la Constitución Política de la República de Guatemala les otorga; si el funcionario público es sujeto de antejuicio deberá seguirse el procedimiento establecido en la ley de la materia; si el sujeto ha cometido hechos que se suponen son constitutivos de delito.

La Ley en Materia de Antejuicio establece: "Artículo 3. Definición. Derecho de antejuicio es la garantía que la Constitución Política de la República o leyes específicas otorgan a los dignatarios y funcionarios públicos de no ser detenidos ni sometidos a procedimiento penal ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin que previamente exista declaratoria de autoridad competente que ha lugar a formación de causa, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente ley. El antejuicio es un derecho inherente al cargo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. El derecho de antejuicio termina cuando el dignatario o funcionario público cesa en el ejercicio del cargo, y no podrá invocarlo en su favor aun cuando se promueva por acciones sucedidas durante el desempeño de sus funciones."

Si existen datos que releven la comisión de delitos por parte de los funcionarios públicos que tienen derecho a antejuicio; éste se originará por denuncia ante juez de paz o querrela presentada ante juez de primera instancia penal; de acuerdo al Artículo 4



de la Ley en Materia de Antejucio, cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de delitos podrá hacer la denuncia.

Según el Artículo 12 de Ley en Materia de Antejucio, tienen competencia para conocer los antejucios el Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia y las Salas de la Corte de Apelaciones.

"Artículo 13. Competencia del Congreso de la República. Al Congreso de la República le corresponde conocer y resolver el antejucio promovido en contra de los dignatarios y funcionarios siguientes:

- a) Presidente y Vicepresidente de la República;
- b) Presidente del Organismo Judicial y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia;
- c) Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y del Presidente y Magistrados de la Corte de Constitucionalidad.
- d) Ministros de Estado y Secretarios de la Presidencia de la República; Viceministros de Estado y Subsecretarios de la Presidencia de la República, únicamente cuando estén encargados del Despacho;
- e) Procurador de los Derechos Humanos;
- f) Procurador General de la Nación;
- g) Fiscal General de la República."

Conforme a lo anterior, en el caso que el Presidente, el Ministro de Finanzas Públicas en ejercicio del mandato especial que otorgue el Procurador General de la Nación para suscripción de un contrato de fideicomiso público; el propio Procurador General de la



Nación; realicen actos propios como representantes del Estado y en su calidad de fideicomitentes, cometan actos constitutivos de delito serán objeto de antejuicio cuya competencia corresponde al Congreso de la República.

"Artículo 14. Competencia de la Corte Suprema de Justicia. A la Corte Suprema de Justicia le corresponde conocer y resolver el antejuicio en contra de los dignatarios y funcionarios siguientes:

- a) Diputados al Congreso de la República;
- b) Diputados al Parlamento Centroamericano;
- c) Secretario General, Inspector General del Tribunal Supremo Electoral y Director General del Registro de Ciudadanos;
- d) Viceministros de Estado cuando no estén encargados del Despacho;
- e) Superintendente de Bancos y el Intendente de Verificación Especial de la Superintendencia de Bancos;
- f) Magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones;
- g) Jueces;
- h) Fiscales de Distrito y Fiscales de Sección del Ministerio Público;
- i) Candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República;
- j) Tesorero General de la Nación;
- k) El Contralor General de Cuentas."

El Artículo anterior tiene relevancia puesto que el Superintendente de Bancos y el Contralor General de la Nación, tienen derecho a antejuicio, en el caso que estos



omitieren o realicen actos constitutivos de delito en la suscripción de un contrato de fideicomiso público; ya que estos funcionarios son los que ejercen un control directo por medio de auditorías, tratando de establecer una transparencia en el manejo y cumplimiento de un fideicomiso público.

“Artículo 15. Competencia de las Salas de la Corte de Apelaciones. A las Salas de la Corte de Apelaciones les corresponde conocer y resolver el antejuicio en contra de los funcionarios siguientes:

- a) Candidatos a Alcaldes Municipales;
- b) Alcaldes Municipales electos;
- c) Alcaldes Municipales;
- d) Candidatos a Diputados;
- e) Diputados electos;
- f) Gobernadores Departamentales titulares y suplentes cuando estén encargados del Despacho;
- g) Director General y Director General Adjunto y Subdirectores Generales de la Policía Nacional Civil;
- h) Agentes Fiscales del Ministerio Público.

Las Salas de la Corte de Apelaciones conocerán el antejuicio cuyo conocimiento no esté atribuido por esta ley o por la Constitución Política de la República a otro órgano.”



En el caso de este Artículo es el de mayor relevancia, ya que son los Alcaldes Municipales en la actualidad quienes constituyen la mayor cantidad de fideicomisos públicos; como es el caso específico de la Municipalidad de Guatemala; ya que con este tipo de contratos se trata de evitar los procedimientos de licitación y cotización previstos en la Ley de Contrataciones del Estado. Durante el Gobierno del ex Presidente Alvaro Arzú se comenzó a hacer uso del fideicomiso, al igual que durante la gestión del ex Alcalde de la Municipalidad de Guatemala Oscar Berger; es por ello que el presente trabajo trata de esclarecer el nivel jurídico de las responsabilidades de los funcionarios que suscriben este tipo de contratos de conformidad con la integración de las normas, ya que estos contratos no están sujetos a una ley específica que regule los mecanismos de control y probidad de los funcionarios públicos que participan activamente en la suscripción de los fideicomisos.

Es por ello que se ha establecido la necesidad de ejecutar auditorías a las Municipalidades por parte de la Contraloría General de Cuentas, especialmente a los fideicomisos constituidos por la Municipalidad de Guatemala; por lo que el Alcalde como funcionario público y como fideicomitente puede ser objeto de antejuicio, si se estableciere con pruebas que ha cometido algún delito en el ejercicio de su cargo.

La ejecución de un fideicomiso público se lleva a cabo con mucho hermetismo, siendo una herramienta esencial para la Ley de Acceso a la Información Pública; sin embargo, los bancos del sistema resguardan la integridad de este tipo de contratos bajo el denominado secreto bancario; resistiéndose a que se tenga acceso a la ejecución de los fondos públicos destinados a estos contratos.



El procedimiento de antejuicio se encuentra regulado del Artículo 16 al Artículo 20 de la Ley en Materia de Antejuicio, que estipula cada uno de los procedimientos que debe seguirse en el Congreso de la República, Corte Suprema de Justicia y Salas de la Corte de Apelaciones competentes.

Completado el proceso de antejuicio, si se comprueba la comisión de un delito, se seguirá el proceso penal aplicable a cada delito, de conformidad con el vigente Código Procesal Penal.

4.5.3. Responsabilidades civiles

Para concluir el tema de la responsabilidad en que puede incurrir un funcionario público al suscribir un contrato de fideicomiso público; es menester determinar que la responsabilidad civil del servidor público se manifiesta en la reparación pecuniaria.

Uno de los elementos que no se puede dejar de mencionar en el presente trabajo, es la impericia e irresponsabilidad en que puede llegar a incurrir un funcionario público en el accionar de su cargo público; ya que de estos sujetos son los que se tienen noticia día a día en los titulares de los periódicos de Guatemala.

Es por ello que el incumplimiento en que puede llegar a incurrir un funcionario público por falta de idoneidad da lugar a la responsabilidad civil; ya que muchos de ellos son instalados en el cargo por el pago de algún favor político; lo que genera corrupción en el sistema de Gobierno.



Abordando el tema de la responsabilidad civil, el funcionario público puede responder personalmente por los daños y perjuicios que cause en las personas; por motivo del ejercicio del cargo que ejerza.

El funcionario que incumple con las obligaciones que le han asignado para el cumplimiento de un contrato de fideicomiso público; de acuerdo a lo que imponga ley y el mismo contrato, deberá responder por los daños y perjuicios que se causen, respondiendo de manera personal y con su patrimonio.

La reparación del daño o perjuicio que se cause por la falta del cumplimiento de lo dispuesto en el contrato de fideicomiso público y que haya sido culpa directa del funcionario público, debe ser reparado personalmente; siendo solidariamente responsables de los daños y perjuicios el Estado, el Municipio o la entidad que tuviera relación directa con este tipo de acciones.

La responsabilidad civil corresponde en sí a la más apegada a derecho para la persona o personas que salgan damnificadas por el daño causado, ya que el funcionario debe responder personalmente.

Lo anterior se complementa con lo indicado en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 155: "Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo



término será de veinte años. La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena. Ni los guatemaltecos ni los extranjeros, podrán reclamar al Estado, indemnización por daños o perjuicios causados por movimientos armados o disturbios civiles."

Además, es menester mencionar que la responsabilidad civil de los funcionarios públicos procede en los casos en que la ley lo establece expresamente y debe deducirse ante el Juez de Primera Instancia por la parte perjudicada.

El segundo párrafo del Artículo 144 de la Constitución Política de la República, establece: "Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella".

Los sujetos a quienes se les cause un perjuicio o daño por incumplimiento de lo regulado en ley o por el contrato de fideicomiso público; deben actuar unilateralmente para dar a conocer la irresponsabilidad en que ha incurrido el funcionario.

En la responsabilidad civil, la administración pública debe asumir las consecuencias que causen la irresponsabilidad de los funcionarios públicos hacia los ciudadanos; recordando que un fideicomiso público es creado con la finalidad de lograr un bien común para la colectividad; por lo que las decisiones o hechos imputables que deben ser directos, efectivos y económicamente valorables al sujeto de la administración pública; deben ser asumidos personalmente por el funcionario y solidariamente por la entidad o ministerio que tenga relación directa con el acto que de lugar a esto.



La responsabilidad civil se origina de la acción o conducta humana, en el caso de la suscripción de un fideicomiso público el funcionario puede incurrir en este tipo de responsabilidad emitiendo una resolución con impericia, negligencia o imprudencia, que resulte en perjuicio o daño para la colectividad, beneficiarios o del fiduciario. La resolución que emita el funcionario puede conllevar responsabilidad administrativa también; ya que puede estar actuando con abuso de poder o extralimitándose en sus funciones en su beneficio y no responde al fin del fideicomiso.

En conclusión, la responsabilidad civil de los funcionarios públicos se genera de la acción negligente, imprudente con impericia, causando daños y perjuicios a los beneficiarios, fiduciario, fideicomitente del fideicomiso, y esencialmente a la colectividad, sujetos que tienen derecho a reclamar ante el juez competente el resarcimiento.

De acuerdo a lo regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 155 establece que el Estado es solidariamente responsable por el perjuicio causado por los servidores públicos a los particulares; asimismo la norma civil contenida en el Código Civil Artículo 1665; establece que el Estado y las Municipalidades son subsidiariamente responsables, cuando el funcionario o empleado no cuente con los bienes suficientes.

De acuerdo a la norma constitucional, en el caso que el funcionario público no cuente con los bienes suficientes para responder por los daños causados; el Estado



solidariamente tendría que responder conjuntamente con el servidor o funcionario público.

Las causas que pueden dar lugar a la responsabilidad civil de un funcionario público al suscribir un contrato de fideicomiso público, de conformidad con la ley y al contenido del contrato de fideicomiso público, son las siguientes:

- a) Omitir ejercer las acciones correspondientes para exigir el cumplimiento de los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso público, cuando tenga conocimiento que el fiduciario no se encuentre cumpliendo con lo establecido en el contrato.
- b) No supervisar o auditar el fideicomiso, ya que corresponde al fideicomitente el derecho de ejercer estas acciones con la ayuda de las instituciones respectivas como son la Contraloría General de Cuentas, Superintendencia de Bancos, o por medio de contratación de Contadores Públicos y Auditores independientes con cargo a los bienes aportados al fideicomiso.
- c) No proceder a la revocatoria del contrato de fideicomiso cuando tenga conocimiento de la existencia de alguna causa de terminación.
- d) No aportar en la oportunidad señalada en el contrato los bienes al fideicomiso, bienes que provienen de los préstamos, donaciones y los recursos propios, de conformidad con lo establecido y aprobado en el Acuerdo Gubernativo que autoriza la constitución del fideicomiso.
- e) No gestionar la obtención de recursos cuando se pretenda realizar una ampliación de los bienes objeto de fideicomiso.



- f) Incumplir con las disposiciones, procedimientos técnicos y financieros que se establezcan en el contrato de fideicomiso público.
- g) Cuando no se cumpla con los objetivos y metas enmarcados dentro de las condiciones establecidas en el contrato de constitución de fideicomiso público, reglamentos o disposiciones legales emitidas para el efecto.
- h) No proceder a informar al fideicomitente sobre el desarrollo de las actividades de ejecución y cumplimiento de los fines del patrimonio fideicometido.
- i) No prestar la atención al patrimonio fideicometido de conformidad con la estructura administrativa para el funcionamiento del fideicomiso.
- j) Utilizar los recursos del patrimonio fideicometido para fines no indicados en el contrato de fideicomiso público, y que no sean exclusivos para la consecución de los fines del mismo.
- k) No garantizar la presentación de la información en forma ágil, veraz y oportuna.
- l) Obstaculizar la supervisión y control de las actividades por parte del fideicomitente.
- m) Incumplir en el término indicado en el contrato de fideicomiso público de suministrar los estados financieros del patrimonio fideicometido y de las actividades del mismo.
- n) No proceder a ejercer las acciones de cobro administrativo, prejudicial y judicial que sean necesarias para la recuperación de los préstamos concedidos y no establecer mecanismos efectivos de recuperación oportuna.
- o) Unido al numeral anterior, no determinar las cuentas incobrables conforme a las leyes tributarias vigentes, de conformidad con el análisis técnico de la cartera, en base a los saldos en mora y procesos de cobro administrativo, prejudicial y judicial.



- p) Omitir las normas contenidas en el Manual de Fideicomisos que para el efecto emite el Ministerio de Finanzas Públicas en lo que fuere aplicable al caso concreto del contrato de fideicomiso.
- q) Una de las obligaciones más importantes es omitir o no informar al fideicomitente sobre las inversiones realizadas del patrimonio fideicometido.
- r) No agilizar ni facilitar las operaciones propias del fideicomiso público.

Procedimiento para la deducción de responsabilidades civiles

Conforme a lo anterior el sujeto que sufre daños y perjuicios por las actuaciones de los funcionarios públicos al momento de suscribir un contrato de fideicomiso público; tiene el derecho de accionar y reclamar el pago de la indemnización según lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, por medio de un juicio sumario de deducción de responsabilidad civil de funcionarios o empleados públicos, Artículos 246 al 248. También, es importante mencionar que es muy escasa la legislación que regule lo referente al procedimiento que debe seguirse para la deducción de las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos; siendo desproporcional a las actuaciones que dan origen a este tipo de juicios.

4.6. Análisis de encuestas sobre la responsabilidad de los sujetos de derecho público al suscribir contratos de fideicomiso público

Para concluir el presente trabajo de tesis, se realizó una encuesta en la gerencia jurídica de un banco del sistema nacional; específicamente en el área de formalización

de contratos, que tiene a su cargo la formalización, modificación y cumplimiento de contratos de fideicomiso público.

La encuesta se basó esencialmente en 24 cuestionamientos, los cuales se dirigieron a establecer si las personas que trabajan directamente como fiduciarios por virtud de la ley de un fideicomiso público conocen lo relativo a la formalización de este tipo de contratos.

En total se encuestó a diez profesionales del derecho de la mencionada institución, de los cuales se obtuvo los siguientes resultados:

El primer cuestionamiento se planteó con el objeto de establecer si los profesionales conocían la fase inicial de constitución de un contrato de fideicomiso público, y si complementarían el conocimiento del Código de Comercio con este tipo de contrato; la pregunta fue redactada de la siguiente forma: ¿Un fideicomiso con fondos públicos inicialmente se constituye en escritura pública?

En efecto, un total de nueve personas respondieron que inicialmente un fideicomiso público se constituye por medio de escritura pública; en contradicción con una profesional que sí conocía la fase inicial de constitución de este tipo de contratos; o sea el noventa por ciento de las personas encuestadas no tenían conocimiento que existe la Ley Orgánica del Presupuesto, el Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas y específicamente la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Once; que establecen que un



fideicomiso público debe establecerse por medio de un Acuerdo Gubernativo, para luego ser formalizado en escritura pública por el Escribano de Cámara y Gobierno.

El segundo cuestionamiento fue: ¿El Ministerio de Finanzas Públicas autoriza la constitución de fideicomisos con fondos públicos? Un total de cuatro profesionales respondieron que no, y los otros seis respondieron afirmativamente; sin embargo, ninguno anotó la forma en que el Ministerio autoriza la constitución del fideicomiso, ya que desconocían el procedimiento de autorización de este tipo de contratos; tal como se desarrolló en el capítulo tercero del presente trabajo.

En referencia a la tercera pregunta, se planteó ¿Existe Acuerdo Gubernativo al constituir un fideicomiso con fondos públicos? En este sentido y en contradicción con la pregunta número uno de la misma encuesta; el ochenta por ciento de los entrevistados respondió que sí, el otro diez por ciento que no, y un diez por ciento no respondió; por lo que se concluye que desconocían que el Acuerdo Gubernativo es el instrumento que regula los requisitos esenciales con los cuales debe formalizarse un fideicomiso con fondos públicos; siendo un tema muy polémico y poco estudiado por los profesionales del derecho, ya que se hace automáticamente una asociación con el Código de Comercio, sin tomar en cuenta que existen leyes específicas que regulan en su contenido lo referente a estos fideicomisos.

La pregunta número cuatro fue la siguiente ¿el Acuerdo Gubernativo se publica en el Diario Oficial? Según el conocimiento de la promulgación y vigencia de normas internas, un ochenta por ciento de los profesionales respondió que sí y sólo un veinte por ciento

que no; por lo que en este sentido si se tiene conocimiento de la vigencia de un Acuerdo emitido en Consejo de Ministros conjuntamente con el Presidente de la República.

Uno de los cuestionamientos más importantes fue el siguiente: ¿Se cumple con la licitación pública para la calificación del banco fiduciario? Un ochenta por ciento de los profesionales respondió que sí, mientras que un veinte por ciento que no; o sea que la mayoría sabe que la selección del banco fiduciario se basa en la cotización de al menos tres bancos o financieras del sistema nacional; y que el proceso inicia con la publicación en el sistema de información de contrataciones y adquisiciones del sector público (GUATECOMPRAS), de las bases del evento en que será seleccionado el fiduciario.

Para establecer si conocían la intervención de algún funcionario público en la constitución de un fideicomiso se hizo la siguiente pregunta: ¿Interviene la Procuraduría General de la Nación en la constitución de fideicomisos con fondos del Estado? En este sentido un cuarenta por ciento respondió que no, mientras que un cincuenta por ciento respondió que sí, y un diez por ciento no contestó. Concluyéndose que los profesionales en general únicamente asocian el fideicomiso público con la normativa del Código de Comercio. Pero, se debe tener en cuenta que es esencial la intervención del Procurador General de la Nación por virtud de la ley, pues es el representante del Estado y está facultado para suscribir los contratos de fideicomiso público.

De acuerdo a la ley vigente, era indispensable plantear lo siguiente: ¿Se contempla en la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado de determinado



ejercicio fiscal, lo referente al fideicomiso público? El sesenta por ciento respondió que sí, y un cuarenta por ciento que no, teniendo en sí los profesionales un conocimiento de la Ley del Presupuesto vigente sobre la constitución de un fideicomiso, sus modificaciones y la extinción.

Se les preguntó también si tenían conocimiento sobre la formalización de un fideicomiso público, y un sesenta por ciento respondió que la escritura se formalizaba ante notario público y únicamente un cuarenta por ciento respondió que es ante el Escribano de Gobierno; quien tiene a su cargo la formalización del contrato de fideicomiso público.

Para complementar la pregunta número tres, se planteó: ¿Existen fideicomisos de fondos públicos que no tienen Acuerdo Gubernativo? El sesenta por ciento respondió que no y un treinta por ciento respondió que sí; en este sentido se estableció que los fideicomisos que se constituyen deben estar autorizados por medio de un Acuerdo Gubernativo.

En relación a la responsabilidad de los funcionarios públicos se cuestionó lo siguiente: ¿Cada órgano de la administración central, de la entidad centralizada o autónoma es responsable de la administración del fideicomiso público con transparencia e integridad? El cuarenta por ciento de los profesionales dio una respuesta positiva, cincuenta por ciento de manera negativa y un diez por ciento no respondió. Debe tomarse en cuenta que es responsabilidad de los funcionarios públicos cumplir con sus atribuciones de conformidad con lo que establece la ley y el mismo contrato de



fideicomiso público; ya que en caso no lo hicieron de esta manera pueden deducirse las responsabilidades administrativas, penales y civiles respectivamente.

Para establecer cómo se puede deducir la responsabilidad de los funcionarios se planteó el siguiente cuestionamiento: ¿Están los fideicomisos de fondos públicos afectos a la Ley de Contrataciones del Estado, respecto del monto de los gastos de su manejo? El ochenta por ciento de los profesionales claramente respondió que no, y un veinte por ciento por ciento que sí. En este sentido se debe tener claro que los fondos son transferidos a un fideicomiso por autorización de un Acuerdo Gubernativo, no existiendo una adjudicación por licitación pública; siendo aplicables a este tipo de contratos únicamente las normas de la Ley de Contrataciones del Estado en la elección del banco fiduciario.

Siendo la Dirección de Fideicomisos la dependencia que tiene a su cargo la solicitud de constitución de un fideicomiso con fondos del Estado, el proyecto del Acuerdo Gubernativo y la minuta de contrato de constitución del fideicomiso; según lo establecido en el Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, los profesionales fueron cuestionados de la siguiente manera: ¿Conoce a qué dependencia pertenece la Dirección de Fideicomisos? El treinta por ciento respondió que sí, señalando al Ministerio de Finanzas Públicas, y el setenta por ciento respondió que no sabían.

De aquí en adelante solamente se expondrán las respuestas obtenidas a las preguntas, puesto que éstas son de fácil deducción.

que el funcionario puede incurrir en responsabilidad penal, el otro diez por ciento no respondió.

El cuestionamiento número veinte, se planteó así: ¿La responsabilidad de un funcionario público puede deducirse por medio de juicio sumario? El veinte por ciento no respondió, el cincuenta por ciento respondió de manera negativa y sólo un treinta por ciento estableció que sí, siempre que fuera para la deducción de responsabilidades civiles en que puede incurrir por daños y perjuicios causados por el contrato de fideicomiso.

En relación al proceso de antejuicio, el cuarenta por ciento respondió negativamente al plantear lo siguiente: ¿La responsabilidad del funcionario público se deduce a través del proceso de antejuicio? Sólo un treinta por ciento respondió que dependía del cargo que desempeñaba y las prerrogativas que regula la ley para este tipo de funcionarios, y esencialmente era para la deducción de responsabilidades penales.

¿El funcionario público puede ser sujeto de proceso penal por incumplimiento de deberes al no cumplir con el fin del fideicomiso público? El noventa por ciento respondió que sí, además, al desarrollo de este trabajo, el funcionario puede incurrir en varios delitos.

El cincuenta por ciento de los encuestados respondió que no y el otro cincuenta por ciento que sí existe legislación nacional que regule específicamente la forma de constitución, funcionamiento, extinción y liquidación del fideicomiso público. Pero se



debe aclarar que no existe una legislación especial, mas ya se tiene un proyecto de ley que trata de regular el fideicomiso público; sin embargo, carece de varios lineamientos que hagan más efectivo el cumplimiento de este tipo de contratos.

Respecto a que si la constitución de un fideicomiso es contrario a la ley, el ochenta por ciento de los encuestados respondió que no; sin embargo, hay que tener en cuenta que este tipo de contratos son constituidos con la finalidad de prestar a la colectividad un servicio público, lamentablemente es mal utilizado por los funcionarios, ya que es un contrato que carece de control; siendo los afectados por el incumplimiento quienes tienen el deber de denunciar ante las autoridades el mal manejo de los fondos del Estado destinados a estos contratos; puesto que los funcionarios pueden incurrir en responsabilidad administrativa, penal o civil, como se anotó en el presente trabajo.

Luego de todo lo expuesto y para concluir este análisis, es indispensable indicar que se debe crear un mecanismo de control para limitar el manejo de los fondos estatales en fideicomisos públicos; los cuales en muchas oportunidades, son constituidos para administrar los bienes del Estado, prestar algún servicio público, o contratar obras públicas; pero amparándose en el llamado secreto bancario evitan la fiscalización y por lo mismo no existe deducción de responsabilidades de los sujetos que intervienen a la hora de que no se cumplan con los fines del fideicomiso o se desvíen los fondos.

Para garantizar un manejo transparente, eficaz y eficiente del contrato de fideicomiso público; es indispensable que se unifiquen las normas que regulen estos contratos. Actualmente existe una iniciativa de ley presentada por la diputada Rosa María Ángel



Madrid de Frade, la cual fue conocida por el pleno del Congreso de la República con fecha veinte de agosto de dos mil nueve, y actualmente se encuentra siendo analizada en la mesa de transparencia, rendición de cuentas y calidad del gasto público de reforma legal. Este proyecto de ley establece los mecanismos de contratación y fiscalización de los fideicomisos públicos.

El problema con los fideicomisos públicos en Guatemala es que no han sido debidamente fiscalizados por ninguna autoridad y por lo mismo es que se ha desvirtuado su objeto. En todo caso lo que se tiene que hacer, es proponer que sea la Contraloría General de Cuentas el ente fiscalizador y además, que a los sujetos que intervienen en la constitución y manejo de los mismos, cuando no se cumplan los fines del fideicomiso o hayan malos manejos de los fondos, se les deduzcan las responsabilidades del caso y se les obligue a entregar cuentas cabales, puesto que hasta la fecha no se sabe de nadie que haya sido acusado criminal y civilmente por los malos manejos de los fideicomisos y por lo mismo es que estos contratos se siguen operando sin ningún control ni fiscalización.



CONCLUSIONES

1. El contrato de fideicomiso público se ha constituido en los últimos años para evitar la rendición de cuentas y transparencia de su manejo, lo que no ha permitido destinar los fondos para proyectos específicos de beneficio social, inversión y retorno del capital aportado.
2. Al suscribir contratos de fideicomiso público los funcionarios, lo hacen para esquivar el proceso de licitación establecido en la Ley de Contrataciones del Estado.
3. El funcionario público que por virtud de la ley tiene la facultad de suscribir un contrato de fideicomiso público, lo realiza conforme a una serie de normas dispersas, sin contar con un proceso transparente que permita conocer la calidad del gasto; lo que da lugar a que incurran en responsabilidad administrativa, penal o civil.
4. Este tipo de contratos ha sido utilizado en nombre de la colectividad para beneficio de algún funcionario público, sin que exista fiscalización y control de la Contraloría General de Cuentas.
5. Cuando no se cumple con los fines del fideicomiso público, el funcionario público a cargo del mismo incurre en responsabilidad penal, pero en Guatemala no se ha condenado a nadie por incumplimiento de deberes en el caso de los fideicomisos.





RECOMENDACIONES

1. Previo autorizarse un contrato de fideicomiso público se tiene que realizar por parte de la Contraloría General de Cuentas un estudio socioeconómico del servicio u obra pública a la cual se destinarán los fondos del Estado, con el que se determine que si es factible la constitución del mismo, garantizando así la transparencia del manejo de fondos.
2. Las entidades bancarias, en su calidad de fiduciarias deben denunciar cualquier anomalía en el manejo del fideicomiso público por parte del fideicomitente o fideicomisario, para que la Superintendencia de Bancos lo haga ante el Ministerio Público y se inicie la investigación y deducción de responsabilidades.
3. Todo funcionario que suscriba un contrato de fideicomiso tiene que saber plenamente sus facultades y obligaciones que tiene, para así lograr un transparente manejo de los fondos del fideicomitente.
4. Se debe crear una intendencia de verificación de cumplimiento de este tipo de contratos, que tenga a su cargo funciones de fiscalización y control del manejo de los fondos de un fideicomiso público.
5. Los funcionarios públicos que incurran en responsabilidades penales deben cesar del cargo inmediatamente, para garantizar la investigación transparente y que se logre así la condena de los mismos, en caso de comprobarse algún ilícito penal.





BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, Ricardo J. **Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil.** 1 vol. La Habana, Cuba: Ed. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, 1948.
- ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. **El nuevo servicio público.** Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 1997.
- AVENDAÑO ARANA, Francisco. **El fideicomiso.** 5 vol. Perú: Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.
- BAUCHE GARCÍA, Diego Mario. **Operaciones mercantiles.** Buenos Aires, Argentina: ed. Universidad de Buenos Aires, 1982.
- BARRIENTOS, Francisco José. **Estudio sobre la conveniencia de desarrollar en El Salvador el Fideicomiso y sobre la creación de un departamento fiduciario en el Banco Cuscatlán.** 5 vol. San Salvador, El Salvador: (s.e.), 1973.
- BOCH COC, Edwin Danilo. **El comité técnico como un órgano asesor facultativo atípico del fiduciario en el contrato de fideicomiso.** Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: ed. Universitaria, 2005.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, Jose Alejandro. **Los principales contratos civiles y comerciales.** 2t. 8ª.ed. Bogotá, Colombia: Ed. El profesional, 2009.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico universitario.** 3t. 11ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. S.R.L. Viamonte, 1976.
- CARRANZA ALARCÓN, Edith. **El fideicomiso y el dominio fiduciario como nuevo derecho real.** Lima, Perú: (s.e.), 2001.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito.** México: Ed. Porrúa, 2003.



DE MATA CHÁVEZ, Manuel Antonio. **Administración de un fideicomiso estatal en un banco con capital mixto.** Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Económicas, 1996.

DÍAZ RIVERA, Claudia Nineth. **La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos dentro de la administración pública guatemalteca.** Guatemala: Universidad Mariano Galvez, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2004.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. **El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico.** (s.l.i): (s.e.), (s.f.).

GARCÍA ÁLVAREZ, Francisco Jaime. **Incidencia fiscal en el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los fideicomisos constituidos con fondos del Estado de Guatemala.** Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Económicas, Escuela de Estudios de Postgrado Maestría en Consultoría Tributaria, 2006.

GONZÁLEZ, MENESES, Ingrid Airi. **El fideicomiso de inversión: vía idónea para la implementación de procesos de titularización de activos en Guatemala.** Guatemala: Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, 2001.

GORDILLO PONCIANO, Maria Mercedes. **Asimilación de las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso a los créditos con garantía real, conforme al código de comercio guatemalteco.** Guatemala: Universidad Francisco Marroquin, 1999.

<http://www.buenastareas.com/ensayos/fideicomisos/1065687.htm>.(Guatemala, 18 de febrero de 2010.)

http://www.congreso.gob.gt/gt/congreso_ninos2/formaci%C3%B3n_pol%C3%ADtica/servidor_p%C3%BAblico.asp. (Guatemala, 11 de febrero de 2011)

<http://es.scribd.com/doc/11942327/los-principios-de-los-funcionarios-p%C3%BAblicos>. (Guatemala, 22 de marzo 2011.)

IGLESIAS REDONDO, Juan. **Derecho romano.** España: Ed. Ariel, S. A., 1999.



LÓPEZ DE ORELLANA, Nancy Dominga. **Aspectos legales y contables del contrato de fideicomiso.** Guatemala: Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1995.

MARTÍNEZ RUÍZ, Franc Armando. **El fideicomiso en documento privado.** Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1997.

Ministerio de Finanzas Públicas. Dirección de Fideicomisos Públicos. **El abc de los fideicomisos públicos.** Guatemala: (s.e.), 2010.

Ministerio de Finanzas Públicas. **Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomiso.** Guatemala: (s.e.), 2010.

PAIZ LEMUS, Oscar Estuardo. **La institución del fideicomiso a la luz de la legislación guatemalteca.** Guatemala: (s.e.), 1980.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **El fideicomiso mercantil, características jurídicas principales, clases de fideicomiso y experiencias jurídicas de importancia en América Latina.** Seminario internacional sobre fiducia. Quito, Ecuador: (e.d.), 1999.

RUPPERT YAÑEZ, Emili. **El fideicomiso estudio de la institución y la conveniencia de la elaboración de una ley general de fideicomisos.** Lima, Perú: (s.e.), 1998.

SOLÍS CABRERA, Ana Haydeé. **El replanteamiento del contrato de fideicomiso en la legislación extranjera y en la legislación guatemalteca.** Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006.

SOSA MAURICIO, César Tadeo. **El fideicomiso como herramienta del sistema financiero.** Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1996.

VILLAGRANA LOZANO, José Manuel. **Doctrina general del fideicomiso.** 2ª ed. México: Ed. Porrúa, 1982.



VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 3t. Guatemala: (s.e.), 2003.

XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Guatemala: (s.e.), 2006.

ZAPATA SAGASTUME, Juan Carlos. **El fideicomiso testamentario como facilitador de planificación patrimonial**. Guatemala: Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, 2001.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.

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

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

Ley en Materia de Antejuicio. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 85-2002, 2002.



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

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

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

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

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

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

Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Once. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 54-2010, 2009.

Ley del Organismo Ejecutivo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 114-97, 1997.

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

Ley del Impuesto al Valor Agregado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 27-92, 1992.

Ley de lo Contencioso Administrativo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 119-96, 1997.

La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 89-2002, 2002.



Reglamento de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos. Organismo Ejecutivo, Acuerdo Gubernativo número 613-2005. 2005.

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