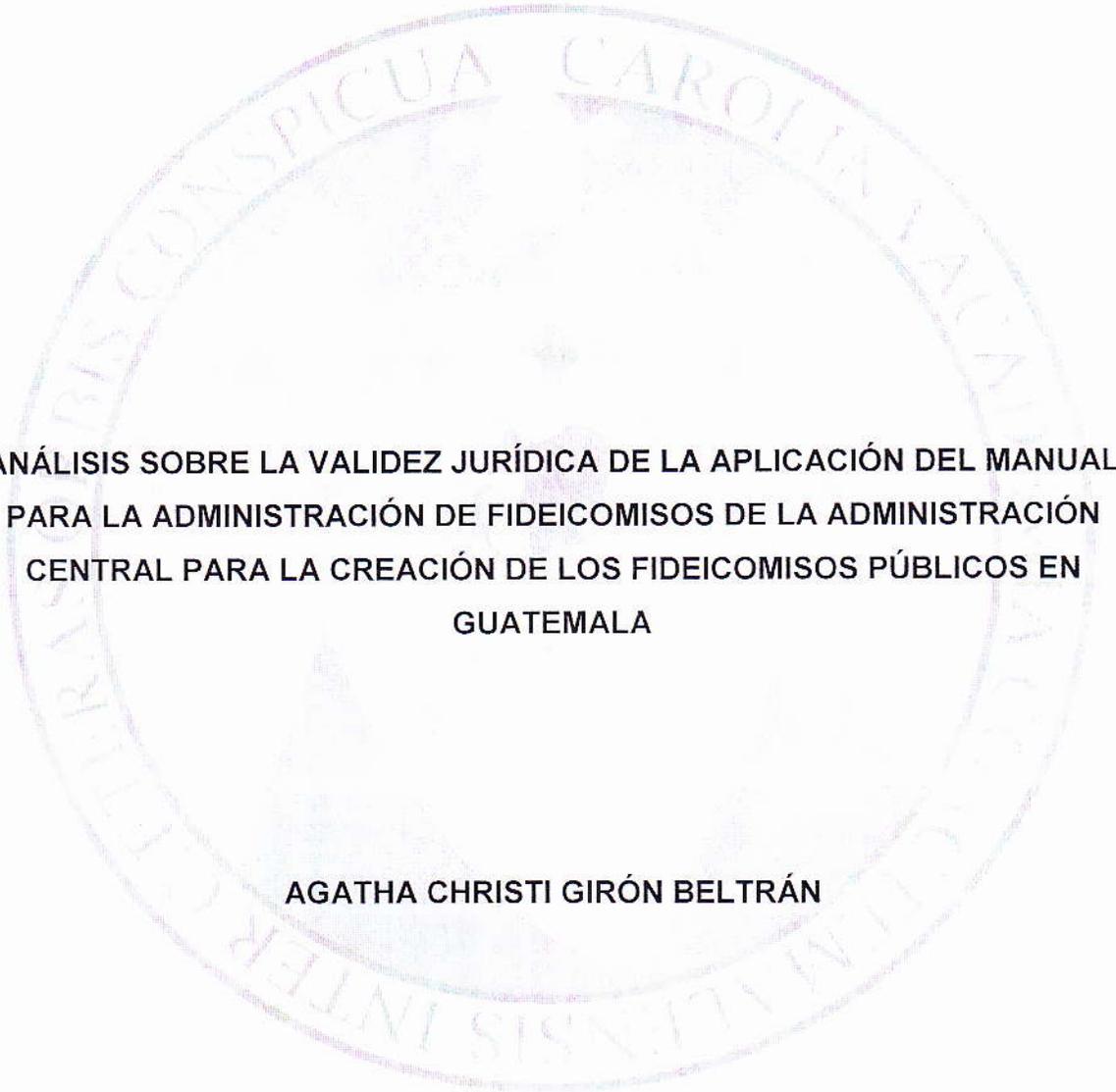


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS SOBRE LA VALIDEZ JURÍDICA DE LA APLICACIÓN DEL MANUAL
PARA LA ADMINISTRACIÓN DE FIDEICOMISOS DE LA ADMINISTRACIÓN
CENTRAL PARA LA CREACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS EN
GUATEMALA**

AGATHA CHRISTI GIRÓN BELTRÁN

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2012

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

ANÁLISIS SOBRE LA VALIDEZ JURÍDICA DE LA APLICACIÓN DEL MANUAL
PARA LA ADMINISTRACIÓN DE FIDEICOMISOS DE LA ADMINISTRACIÓN
CENTRAL PARA LA CREACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS EN
GUATEMALA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

AGATHA CHRISTI GIRÓN BELTRÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 2012

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

DECANO:	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
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Rodolfo Giovani Celis López
Vocal:	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario:	Lic. Marco Tulio Escobar Herrera

Segunda Fase:

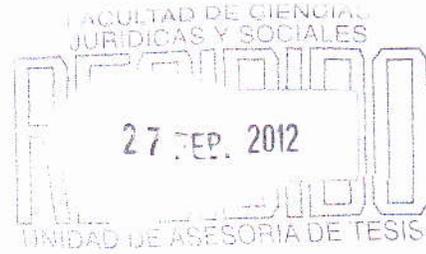
Presidente:	Lic. Héctor David España Pinetta
Vocal:	Lic. Gamaliel Sentés Luna
Secretario:	Lic. Luis Alfredo Enrique Reyes García

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).



Guatemala, 16 de enero de 2012

Lic. Carlos Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Tengo la honra de dirigirme al Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis, en relación al oficio de fecha veinte de junio de dos mil once, en el cual se me nombra como Asesor de Tesis de la Bachiller **AGATHA CHRISTI GIRÓN BELTRÁN** con número de carné 200610341, del trabajo de investigación intitulado **“ANÁLISIS SOBRE LA VALIDEZ JURÍDICA DE LA APLICACIÓN DEL MANUAL PARA LA ADMINISTRACIÓN DE FIDEICOMISOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL PARA LA CREACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS EN GUATEMALA”**.

Atendiendo a tan honrosa distinción, procedí a **ASESORAR** a la estudiante **GIRÓN BELTRÁN**, haciéndole observaciones con el objeto de mejorar aspectos que eran necesarios, habiéndose atendido las recomendaciones y realizado las enmiendas para lograr que dicho trabajo de investigación llene los requisitos que el reglamento de elaboración de tesis demanda, en tal sentido, tengo el agrado de comunicarle lo siguiente:

- a) El **contenido científico y técnico** de la tesis recae en determinar la validez jurídica de la aplicación del Manual para la Administración de Fideicomisos Públicos en la Administración Central, siendo este una norma de tipo reglamentaria aprobada mediante Acuerdo Ministerial del Ministerio de Finanzas Públicas y no una Ley ordinaria de aplicación general en la administración pública.
- b) La **metodología** utilizada en la temática permitió establecer dentro del contenido del trabajo, que es de suma importancia determinar la validez jurídica de las normas que se están aplicando y sobre las cuales se basan para la creación de la figura de los fideicomisos públicos, siendo la misma una figura puramente del derecho privado. En el análisis jurídico presentado por la ponente se utilizó el método analítico de investigación científica, método sintético y método deductivo. Las **técnicas** utilizadas fueron las de entrevista, fichas bibliográficas y de investigación documental, las que permitieron contar con la información suficiente y necesaria para contar con la información pertinente para un tema tan especializado.

Henry Manuel Arriaga Contreras
ABOGADO Y NOTARIO



- c) El estudio ha sido redactado con léxico sencillo y de fácil comprensión, pero no por ello se dejó de usar un lenguaje jurídico y científico elemental para enriquecer el conocimiento de todo aquel que lo consulte, especialmente al estudiante.
- d) La investigación realizada por la estudiante **GIRÓN BELTRÁN**, es muy valiosa ya que provee un aporte para que se deje de utilizar la figura reglamentaria actual para la creación de los fideicomisos públicos, pues esta contraría la transparencia de las gestiones de los recursos públicos y que oportunamente sean liquidados los que se encuentren vigentes a la fecha y que en su lugar se cree la norma ordinaria por el Congreso de la República de Guatemala que vele por el control y debida ejecución de los recursos del Estado.
- e) Las **conclusiones y recomendaciones** emitidas por la estudiante, tienen relevancia por el análisis jurídico y doctrinario desarrollado, ya que es necesario que se vele por el estricto cumplimiento de la legislación vigente en materia administrativa, respetando además las figuras de naturaleza privada, logrando así la correcta aplicación de los procesos administrativos en cuanto al manejo de los recursos públicos.
- f) La **bibliografía** consultada por la estudiante, es congruente con el trabajo realizado, porque expone la teoría general de los fideicomisos, tanto privados como públicos, abordando además en forma concreta el marco legal y de ejecución de los fideicomisos públicos en Guatemala.

Como Asesor doy mi **DICTAMEN FAVORABLE**, estimando que el trabajo realizado por la estudiante **AGATHA CRISTI GIRÓN BELTRÁN**, cumple con lo establecido en el **Artículo 32 del Normativo** para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, solicitando que se apruebe y se continúe con el trámite que corresponde.

Con las muestras de mi mas alta consideración y estima, me suscribo del Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.

Atentamente,

Henry Manuel Arriaga Contreras
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
Colegiado 7,183
Asesor de Tesis



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, veintinueve de febrero de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) **RONALD MANUEL COLINDRES ROCA**, bajo de tesis del (de la) estudiante: **AGATHA CHRISTI GIRÓN BELTRÁN**, CARNÉ NO. 200610341, intitulado "ANÁLISIS SOBRE LA VALIDEZ JURÍDICA DE LA APLICACIÓN DEL MANUAL PARA ADMINISTRACIÓN DE FIDEICOMISOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL PARA LA CREACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS EN GUATEMALA"

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 desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes"


M. A. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
LEGM/grvch





Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
Abogado y Notario

Guatemala, 29 de mayo de 2012

M. A. Luis Efraín Guzmán Morales, Jefe
Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Respetable magíster Guzmán Morales:

Atentamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento al nombramiento de 29 de febrero del año en curso, procedí a **REVISAR** el trabajo de tesis elaborado por la estudiante **AGATHA CHRISTI GIRÓN BELTRÁN**, bajo la asesoría del abogado **Henry Manuel Arriaga Contreras**, el cual intituló **"ANÁLISIS SOBRE LA VALIDEZ JURÍDICA DE LA APLICACIÓN DEL MANUAL PARA LA ADMINISTRACIÓN DE FIDEICOMISOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL PARA LA CREACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS EN GUATEMALA"** y para el efecto, me permito hacer de su conocimiento lo siguiente:

Conforme al artículo 32 del Normativo para **Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público**, realicé de manera conjunta con la estudiante, las revisiones correspondientes al trabajo relacionado, así:

- **Contenido científico y técnico:** la tesis aporta de forma precisa aspectos sumamente interesantes que deben ser tomados en cuenta al momento que, dentro de la Administración Central se disponga la creación de fideicomisos públicos, toda vez que el Manual para la Administración de aquéllos, puedo asegurar, es totalmente desconocido y como consecuencia, se ha convertido en carente de aplicación, y de suyo, se desconocen también las técnicas a aplicar, todo lo cual es desarrollado correctamente por la sustentante;
- **Metodología y técnicas de investigación fueron utilizadas:** estimo se cumplió con la metodología y las técnicas apropiadas para su realización,



Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
Abogado y Notario

mismas que fueron estimadas viables al momento de aprobarse por la Unidad a su cargo el respectivo plan de investigación;

- **Opinión del suscrito con relación a la redacción:** La redacción es la adecuada al tema, acorde al grado académico al que sustentante opta;
- **Comentario sobre los cuadros estadísticos si se presentan en el trabajo:** El tema tratado no requirió la elaboración de cuadros estadísticos;
- **Contribución científica del tema presentado:** en muchas ocasiones únicamente las personas que se involucran en este tipo de actividades conocen las interioridades de las instituciones, habida cuenta el tema hoy presentado por la sustentante aporta de forma precisa aspectos interesantes para que todo aquel que se interese, ya sea por necesidad o estudio, tome en cuenta los aspectos técnico científicos aconsejados por la sustentante;
- **Opinión del suscrito acerca de las conclusiones y recomendaciones a las que se han llegado en el trabajo;** quiero hacer énfasis que, las recomendaciones y conclusiones que realiza la autora, son acertadas con el tema investigado;
- **Opinión respecto a la bibliografía utilizada:** a mi juicio se consultó la bibliografía necesaria.

Por lo anteriormente expuesto, me permito informarle que emito **DICTAMEN FAVORABLE** del trabajo de tesis, sometiéndolo a consideración para los efectos correspondientes.

Atentamente,

Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
Colegiado 3615

6ª avenida 0 - 60 Zona 4, Torre Profesional II - Oficina 414
Teléfonos 23352458 y 23351931
Guatemala, C. A.



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante AGATHA CHRISTI GIRÓN BELTRÁN, titulado ANÁLISIS SOBRE LA VALIDEZ JURÍDICA DE LA APLICACIÓN DEL MANUAL PARA LA ADMINISTRACIÓN DE FIDEICOMISOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL PARA LA CREACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "BAMO/sllh.", written over a horizontal line.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "Avidán Ortiz Orellana", written over a horizontal line.



Rosario





DEDICATORIA

A Dios:

Por ser mi fortaleza e iluminarme en todo momento, por ser mi guía en este camino y permitirme cumplir el día de hoy esta importante meta en mi vida.

A mis padres:

Gabriel Girón Ortiz, por ser mi inspiración como profesional, mi principal maestro y ejemplo para el correcto ejercicio de esta digna profesión, por tus sabios consejos que me han forjado para ser una mejor persona y a mi mami, Ingrid Beltrán por ser mi principal inspiración para superarme, por apoyar siempre mis decisiones y en especial por tu amor incondicional que demuestras día a día con tus esfuerzos para sacarnos adelante para ser mejores personas con los valores que nos has inculcado, eres un gran ejemplo como mujer, madre y trabajadora.

A mis hermanos:

Gaby, por ser la mejor hermana mayor, Cory y Alex, por todo su apoyo y cariño especial, Emily, por su cariño, y Samuel, bebo, gracias por ser el mejor hermano que Dios me pudo haber dado, porque sin ti ésta familia no estaría completa; a los cinco por compartir todos los momentos buenos y malos y ser siempre los mejores amigos incondicionales, los amo.

A mi sobrina:

Gale, por todas las bendiciones que representas en mi vida, por ser el motivo de felicidad en la familia y por ser una razón para estar más unidos.



A mis tías y primos:

Zory, Julita, Karla, Chiqui, Plinio, Cyndy, Franz y Yni por todo su cariño y aliento que a lo largo de la vida me han dado.

A mis amigos:

En especial a las familias: Fuentes, Urizar y Vicente por ser incondicionales y acompañarme desde mi infancia; así mismo a Lester, Andrea, Diana, Keyla, Josué y Vicky por todos los buenos momentos compartidos en clase y en los pasillos, por estar en los buenos y malos momentos siempre juntos.

A:

La gloriosa tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y permitirme formarme en sus aulas para llegar a cumplir una de mis mas grandes metas en la vida que es graduarme; y a a Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en especial a la Jornada Matutina, por darme la oportunidad de formar parte de tan honorable grupo académico.

A los licenciados:

Henry Manuel Arriaga Contreras, Omar Ricardo Barrios Osorio, Ingrid Romaneli Rivera, Evelyn Cano Lemus y Ronald Manuel Colindres Roca y Rafael Godínez por todo su apoyo para hacer realidad el sueño de dejar de ser bachiller para convertirme el día de hoy en su colega.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El fideicomiso.....	1
1.1. Etimología.....	1
1.2. Definición de fideicomiso.....	1
1.3. Elementos subjetivos.....	5
1.3.1. El fideicomitente.....	5
1.3.1.1. Derechos del fideicomitente.....	7
1.3.1.2. Obligaciones del fideicomitente.....	8
1.3.2. El fiduciario.....	9
1.3.2.1. Derechos del fiduciario.....	10
1.3.2.2. Obligaciones del fiduciario.....	12
1.3.3. El fideicomisario.....	13
1.3.3.1. Derechos del fideicomisario.....	14
1.3.4. El Comité Técnico en el Fideicomiso.....	15
1.4. Elementos reales.....	15
1.4.1. Patrimonio fideicometido.....	16
1.5. Elemento objetivo del fideicomiso.....	16
1.6. Elementos formales.....	17
1.7. Naturaleza jurídica del fideicomiso.....	18
1.7.1. Como negocio jurídico.....	18
1.7.2. Como derecho de propiedad.....	19
1.7.3. Como actividad bancaria.....	19
1.8. Características del contrato de fideicomiso.....	21
1.9. Principales clases de fideicomiso.....	22
1.9.1. Fideicomiso de garantía.....	22
1.9.2. Fideicomiso de inversión.....	23
1.9.3. Fideicomiso de administración.....	24
1.9.4. Fideicomiso público.....	25

1.10. Extinción del fideicomiso.....	26
--------------------------------------	----

CAPÍTULO II

2. El fideicomiso público.....	29
2.1. Orígenes del fideicomiso público.....	29
2.2. Naturaleza jurídica del fideicomiso público.....	32
2.3. Características del fideicomiso público.....	33
2.4. Elementos del contrato de fideicomiso público.....	35
2.4.1. Elementos personales.....	35
2.4.2. Contenido.....	37
2.4.3. Causa.....	37
2.4.4. Fines y objetivos.....	37
2.4.5. Forma.....	38
2.5. Tipos de fideicomisos públicos.....	39

CAPÍTULO III

3. Marco legal de los fideicomisos públicos.....	41
3.1. Compilación de normas aplicables a los fideicomisos público.....	41
3.1.1. Normas que rigen la existencia y operación de los fideicomisos públicos.....	42
3.1.2. Normas que rigen la fiscalización de los fideicomisos públicos.....	51
3.1.3. Manuales de fideicomisos.....	52
3.2. Procedimiento para la creación de fideicomisos públicos.....	54
3.2.1. Base legal del procedimiento para la creación de los fideicomisos públicos.....	55
3.2.1.1. Procedimiento para la formulación del presupuesto, programación y reprogramación de la ejecución de fondos públicos en fideicomiso.....	55

3.2.1.2.	Procedimiento para el registro presupuestario de los fondos públicos en fideicomiso.....	58
3.2.1.3.	Procedimiento para el registro contable de la constitución de fondos públicos en fideicomiso financiados con disponibilidades de fideicomisos que ya tuvieron afectación presupuestaria sin constituir extinción.....	59
3.2.1.4.	Procedimiento para el registro de la ejecución de gastos de los fondos públicos en fideicomiso en forma contable, que fueron financiados con disponibilidades de fideicomisos que ya tuvieron afectación presupuestaria.....	61

CAPÍTULO IV

4.	Ejecución de los fideicomisos públicos.....	65
4.1.	Función del Ministerio de Finanzas Públicas con relación a la gestión de los fideicomisos públicos.....	65
4.2.	Responsable de la ejecución de los fideicomisos públicos.....	67
4.3.	Responsables de la fiscalización de los fideicomisos públicos.....	67
4.4.	Informe estatal de avances alcanzados desde el año 2008 a la fecha mediante la utilización de la figura de los fideicomisos públicos.....	69

CAPÍTULO V

5.	Análisis de la validez jurídica de la creación de fideicomisos públicos en la administración central en Guatemala.....	77
5.1.	Análisis jurídico de la eficacia del manual para la administración de fideicomisos en la administración central.....	78
5.2.	Análisis crítico de la validez jurídica de la creación de fideicomisos públicos mediante la utilización del "Manual para la Administración de Fideicomisos en la Administración Central" creado como un	



Pág.

Acuerdo Ministerial por el Ministerio de Finanzas Públicas.....	82
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
ANEXO I	93
ANEXO II.....	95
ANEXO III.....	97
ANEXO IV.....	98
BIBLIOGRAFÍA.....	101

INTRODUCCIÓN

En Guatemala, la creación de los fideicomisos públicos no ha sido del todo legítima, desde el punto de vista jurídico, ya que han sido creados careciendo de un fundamento legal específico, aplicando supletoriamente el Código de Comercio, como única fuente legal, debido a que es en este cuerpo normativo en el que se encuentra regulada dicha figura, debiendo hacer notar, que al hablar del Código de Comercio, nos estamos refiriendo a una rama del derecho privado, que regula relaciones entre particulares, siendo los fideicomisos en su esencia de naturaleza privada, por lo que al hablar de recursos públicos, la misma palabra alude a un interés general y no particular, como el que se busca al crear un fideicomiso en la esfera privada.

El problema que se presenta en el presente trabajo consiste en que la ausencia de una debida regulación de los fideicomisos públicos da lugar a que se constituyan conforme a lo que discrecionalmente se consigna en los acuerdos emitidos para su creación, atendiendo referencialmente a lo que dispone al respecto el Código de Comercio, se asume que la transmisión de recursos públicos al banco fiduciario es una tácita privatización de los mismos, perdiendo el control en la ejecución de los fondos públicos.

La hipótesis que se plantea es que la legislación que se ha creado por parte del Ministerio de Finanzas Públicas para la existencia de los fideicomisos públicos, carece de validez jurídica puesto que no ha sido creada por el órgano legalmente competente, ya que esa facultad es competencia única y exclusiva del Congreso de la República.



Dentro de los objetivos que guiaron la investigación se encuentran realizar un análisis de tipo jurídico, para determinar las normas que regulan la existencia de los fideicomisos públicos. Así mismo, establecer la validez jurídica de las normas en que se fundamenta la creación y gestión de dichos fideicomisos.

La presente tesis está constituida por cincocapítulos:en el primero, se desarrolla la teoría general del fideicomiso como institución legal; el segundo,estudiaespecíficamente la teoría del fideicomiso público; el tercero, analiza el marco legal de los fideicomisos públicos; el cuartosintetiza la ejecución de los fideicomisos públicos y el quinto, presente un análisis de la validez jurídica de su creación.

Se utilizó el método científico para realizar el trabajo de tesis, realizando un enfoque jurídico para analizar lo concerniente a la institución del fideicomiso. Asimismo se utilizó el método analítico para seleccionar los temas y contenidos del trabajo, así como estructurarlo de la manera adecuada.Entre las técnicas utilizadas se abordó la investigación documental, que sirvió para elaborar el marco teórico, tomando como referencia la doctrina y la legislación existente. Se aplicó la entrevista para obtener información de fuentes relacionadas con la aplicación de los fideicomisos públicos.

En Guatemala los fideicomisos, a pesar de ser una figura jurídica de orden privado, se utiliza en el sector público, permitiendo que millones de quetzales se manejen a través de este sistema paralelo de gasto público, que opera sin una ley ordinaria específica permitiendo el secreto y hermetismo, sin ninguna fiscalización, control ni rendición de cuentas, haciéndose necesario el que existan bajo la normativa específica y necesaria.



CAPÍTULO I

1. El fideicomiso

La aparición de la institución que contiene el contrato de fideicomiso, surge del desarrollo de la jurisprudencia romana, debido al gran avance que lograron en las relaciones contractuales civiles y mercantiles.

1.1. Etimología

Con relación a la etimología del fideicomiso se puede apuntar lo que al respecto dice la Enciclopedia Ilustrada Cumbre, en el sentido de que: “Esencialmente es un acto de buena fe, y este carácter está consignado en la etimología latina del vocablo: fideicomissum; fidei, que significa: fe, fidelidad, lealtad; y comissum, que significa: confiado, comisión o encargo”.¹

1.2. Definición de fideicomiso

La palabra fideicomiso, genéricamente emana de testamento por el cual el testador designa un intermediario encargado de recibir su donación y transmitirla luego a otra persona o personas, disponiendo inversiones determinadas o el cumplimiento de algunas cláusulas específicas.

¹ Editorial Cumbre, S.A., *Enciclopedia ilustrada cumbre*, pág. 49.

La figura del fideicomiso inició siendo un negocio basado únicamente en la confianza que el transmitente tenía en el adquirente. El primero le transmitía al segundo la propiedad de un bien y le encomendaba que hiciera uso de las facultades de dueño conforme a sus instrucciones.

Sin embargo, como reacción ante ciertos incumplimientos de los encargos fiduciarios, al adquirente se le fue restringiendo la posibilidad de abuso sobre los bienes adquiridos, para llegar a convertirse en su titular jurídico, pero con potestades sensiblemente limitadas, ya sea por las normas que se fueron dictando o por las decisiones de los tribunales que fueron priorizando la voluntad del constituyente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad del adquirente.

El fideicomiso es un “acto mercantil mediante el que una persona –física o moral– destina ciertos bienes a la realización de un fin lícito determinado, encomendado ésta a una institución fiduciaria”.²

Para Guillermo Cabanellas: “es la disposición de última voluntad en virtud de la cual el testador deja sus bienes, o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir esta a su vez, o al cumplirse determinadas condiciones o plazos, transmitía la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se señale. El fideicomiso, como su etimología expresa, no constituye sino el encargo de confianza que el testador, en este caso el fideicomitente, hace a un tercero para que disponga de cierto modo de sus bienes y los entregue a un tercero. Sin embargo, se equipara a

²De Pina, Rafael, **Diccionario de derecho**, pág. 465.

veces, y en otras se confunde por inadvertencia, ese encargo, propio de un ejecutor testamentario, con la sustitución fideicomisaria que configura una verdadera institución de heredero elegido por el testador al fideicomisario. Para acentuar esa diferencia básica se ha agregado que el fideicomiso se agota rápidamente, ya que la transmisión o restitución se verifica de modo inmediato a plazo fijo; mientras la sustitución fideicomisaria impone al fiduciario la inalienabilidad de los bienes, sus conservación forzosa, a fin de transmitirlo ulteriormente al fideicomisario”.³

Para Manuel Ossorio: “el fideicomiso es la disposición testamentaria por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendarla a la fe de uno (el fiduciario) para que, en caso y tiempo determinados, la transmita a otro sujeto (el fideicomisario) o la invierta del modo que se señala”.⁴

Para Quintana Ferreyra, citado por Héctor Benelbaz, al dar un concepto jurídico dice: “el fideicomiso importa la transmisión de la titularidad de un bien, efectuado por un sujeto llamado fideicomitente a otro denominado fiduciario, el que queda obligado a disponer de dicho bien, conforme lo ordene. Como consecuencia, el fideicomiso es siempre de un contrato mercantil por el cual el fideicomitente, usando de su capacidad jurídica de disposición destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este a una institución fiduciaria o fideicomisario, que aplicará el beneficio de su encomienda al beneficiario”.⁵

³Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 370.

⁴Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 319.

⁵Benelbaz, Héctor Ángel y Osvaldo Walter Coll, **Sistema bancario moderno**, págs. 477 y 478.

El doctor René Arturo Villegas Lara establece que: “Fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite un bien a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.⁶

Pedro Mario Giraldi lo define como “el negocio jurídico consistente en la afectación de un patrimonio a un propósito determinado en beneficio de alguien y en el encargo a un sujeto ajeno a la finalidad de realizar los actos tendientes a su cumplimiento”.⁷

En la legislación guatemalteca se encuentra regulada la figura del fideicomiso en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República, el cual no la define; sin embargo, dispone en sus Artículos 766 al 793 la forma y calidades para celebrar este tipo de contratos, así como la clasificación legal de los mismos.

El Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 766 regula las características propias del contrato de fideicomiso en cuanto a que el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.

De las concepciones anteriores se puede definir al fideicomiso como: el negocio jurídico mediante el cual una persona llamada fideicomitente transmite la propiedad de ciertos bienes a otra persona llamada fiduciario para que estos sean destinados a una finalidad

⁶ Villegas Lara, René Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 137.

⁷ Giraldi, Pedro Mario, **Fideicomiso**, pág. 21.

determinada, lo que podemos encontrar como elementos esenciales de transferencia de la propiedad y el encargo de confianza o sea el destino que el fiduciario debe darle a los bienes que le han transmitido.

La figura del fideicomiso ha tenido varias acepciones; sin embargo, por su naturaleza es un contrato puramente mercantil el cual se basa en una relación de confianza y voluntad, en la cual una de las partes denominada fideicomitente le otorga al fiduciario la potestad de disponer de determinados bienes aportados por él, siempre con un fin u objetivo que puede ser en beneficio de un tercero o del mismo fideicomitente, sin olvidar que se debe establecer un plazo en el que dicho contrato debe regir.

1.3. Elementos subjetivos

Técnicamente, el contrato de fideicomiso se da entre los siguientes elementos subjetivos:

1.3.1. El fideicomitente

Es la persona que constituye el fideicomiso asumiendo el compromiso de dotarlo de los bienes que han de formar su patrimonio. En Guatemala el fideicomiso se perfecciona mediante contrato o testamento, en el que son parte el fideicomitente y el fiduciario.

El Código de Comercio de Guatemala, en su Artículo 767 no establece una definición de este primer elemento subjetivo, sino simplemente indica la calidad que este debe

tener para poder celebrar un contrato de fideicomiso así como también las prohibiciones de la siguiente manera: “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 o indignidad, 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”.

De esta disposición legal se puede inferir que cualquier persona individual o jurídica con capacidad para enajenar puede ser fideicomitente, sin necesidad de revestir una calidad especial.

Además, puede haber más de un fideicomitente y así resultar del contrato, sea por ampliación posterior de este y como consecuencia el ingreso de nuevos bienes al propietario diferente.

El fiduciante puede ser simultáneamente beneficiario o fideicomitente, no podrá en cambio ser fiduciario ni aun en consecuencia con otro fiduciario pues, además que tal supuesto configuraría un contrato consigo mismo, se desnaturalizaría por completo esta institución, y si por esta razón se confundieren las calidades de fideicomisario y fiduciario el fideicomiso se extinguiría.

1.3.1.1. Derechos del fideicomitente

La legislación guatemalteca es imprecisa al normar los derechos del fideicomitente, circunstancia que obliga a recurrir casi exclusivamente al contenido del documento en el que se formaliza su constitución, el cual no necesariamente contemplará todas las contingencias de la ejecución del fideicomiso, ni será forzosamente claro y bien redactado.

Si se parte del principio que el fideicomitente desaparece por así decirlo del funcionamiento del fideicomiso salvo en lo que disponga la ley o autorice el contrato, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y la naturaleza de esta institución, se impone la interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales pertinentes.

Debe distinguirse entre los derechos que la ley atribuye al fiduciante de los que puede ejercer en virtud de cláusulas contractuales, siempre que no violen disposiciones imperativas de ley ni atenten contra la naturaleza jurídica de esta institución.

Los derechos convencionales del fiduciante no pueden invadir el campo de las decisiones privativas del fiduciario, más allá de lo que la ley autoriza, no es dependiente ni mandatario del fideicomitente ni del beneficiario ni estos tienen el señorío por lo menos efectivo y actual sobre los bienes del fideicomiso.

El ejercicio de la acción oblicua se funda en lo siguiente: el derecho del fideicomitente a exigir el cumplimiento de los fines del fideicomiso, derecho cuya causa es el contrato,

fuelle que engendra un correlativo orden de obligaciones en cabeza del fiduciario remiso de las que corresponden para constreñirlo al cumplimiento del contrato.

Por ser fideicomitente ajeno al gobierno del fideicomiso, son válidos los contratos que sobre los bienes afectados celebre el fiduciario.

1.3.1.2. Obligaciones del fideicomitente

La primera y fundamental obligación del fideicomitente es entregar los bienes enunciados en el contrato. El contrato también puede contener el compromiso de hacer nuevos aportes, sea en firme y en un tiempo determinado, sea como complemento de la garantía.

La obligación de entregar los bienes comprende la de colaborar en todos los actos necesarios para que ello tenga lugar en forma efectiva: tradición e inscripciones registrales.

En la legislación guatemalteca el saneamiento de los bienes es imperativo, ya que el Código de Notariado de Guatemala en su Artículo 30 establece que: "En todo acto o contrato el otorgante que se obligue hará constar, de manera expresa, si sobre los bienes que motivaron el acto o contrato, existen o no gravámenes o limitaciones, cuando éstos puedan afectar los derechos del otro otorgante; y el notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieron."

Los bienes aportados al contrato de fideicomiso deben estar dentro del comercio ya que la naturaleza del fideicomiso regencia de un patrimonio en beneficio de alguien, descarta la posibilidad de aportes consistentes en obligaciones de hacer o no hacer. Lo que no impide que sean posteriormente contraídas en contratos que puedan celebrar, una vez constituido el fideicomiso. El cumplimiento de la obligación de aportar bienes debe ser exigido por el fiduciario pero también lo puede hacer el beneficiario. No se trata del ejercicio de la acción oblicua, sino la satisfacción de la legítima expectativa que tienen el beneficiario y fideicomisario en que se constituya el fideicomiso.

1.3.2. El fiduciario

Es la figura central del fideicomiso, la persona que tiene a su cargo el patrimonio fideicometido, a cuyo efecto goza de las facultades necesarias para el cumplimiento de la finalidad prevista dentro de lo que dispongan la ley y las cláusulas del contrato, en la legislación mercantil guatemalteca se le hace titular de la propiedad fiduciaria de los bienes afectados, aun cuando el análisis de las facultades y obligaciones descarte de plano tal investidura, pero sea cualquiera que sea la índole de sus relaciones respecto del patrimonio que maneja, su presencia y actividad son sustanciales para el funcionamiento del fideicomiso, razón por la cual, como ya fue afirmado, se debe ver en el fiduciario un elemento importante de aquel, como lo son las asambleas y los directorios en las sociedades anónimas.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 768 del Código de Comercio de Guatemala con respecto al fiduciario que: "Sólo podrán ser fiduciarios los bancos

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

A diferencia de lo que ocurre con el fideicomitente, el fiduciario no puede ser a la vez, fiduciante, beneficiario o fideicomisario por oponerse a ello la esencia misma del fideicomiso, que requiere que el patrimonio afectado sea regido por un sujeto ajeno a los fines perseguidos.

Por lo ya afirmado cuando se examina la naturaleza del fideicomiso y sus caracteres típicos, debe considerarse que la prohibición que el fiduciario se beneficie del fideicomiso debe ser absoluta y excluyente de una eventual participación con otros beneficiarios.

1.3.2.1. Derechos del fiduciario

Si en el contrato no se reglamentan con precisión el alcance y límite de lo que puede hacer el fiduciario es de prever que surjan desavenencias entre las partes, teniendo en cuenta que la duración que se acuerda al fideicomiso autoriza la posible variación de las circunstancias existentes en la época que fue constituido.

El Código de Comercio de Guatemala establece en su Artículo 783 los derechos que la propia ley le reconoce a todo fiduciario, de la siguiente manera: “El fiduciario tiene los derechos siguientes:

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

El fiduciario tiene derecho a una retribución por sus funciones y a efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso. El emolumento al fiduciario es preferente, debe provenir de los bienes del fideicomiso, y sin perjuicio de la naturaleza real de las relaciones entre el fiduciario y el patrimonio afectado de cuyo manejo está encargado, este punto es de gran importancia en el caso de insuficiencia.

El fiduciario podrá realizar todos los actos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, pero para vender o gravar los bienes fideicometidos se requiere la facultad expresa que conste en el documento de su constitución. Los actos de disposición como los de administración que realice el fiduciario, así como los asuntos judiciales o administrativos que decida hacer, habrán de ajustarse a los términos del contrato y conformar los fines del fideicomiso.

1.3.2.2. Obligaciones del fiduciario

El fiduciario deberá cumplir con las obligaciones impuestas por la ley, el contrato o testamento, en base de la confianza depositada en él.

Asimismo, el fiduciario debe cumplir las disposiciones legales que al respecto de sus obligaciones regula el Artículo 785 del Código de Comercio de Guatemala el cual regula lo siguiente: “El fiduciario tiene las obligaciones siguientes:

1. Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines.
2. Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves que deberán ser calificadas por un juez de Primera Instancia.
3. Tomar posesión de los bienes fideicometidos en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad.
4. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada en sus demás operaciones y rendir cuentas e informes a quién corresponda, por lo menos anualmente o cuándo el fideicomitente o el fideicomisario se lo requiera.
5. Las demás inherentes a la naturaleza de su encargo”.

Y con relación a la gestión de este elemento subjetivo, regula en su siguiente Artículo las causas de remoción, establecidas en el Artículo 786, siendo las siguientes: “El fiduciario debe ser removido:

1. Si no cumple con las instrucciones contenidas en el documento constitutivo del fideicomiso.
2. Si no desempeña su cargo con la diligencia debida.
3. Si tiene intereses antagónicos con los del fideicomisario.

La remisión del fiduciario no termina el fideicomiso, a menos que su sustitución sea imposible”.

1.3.3. El fideicomisario

Es la persona a favor de quien se ejerce el fideicomiso, puede ser cualquier persona que, en el momento que de acuerdo con el fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos.

Según el Artículo 769 del cuerpo legal citado anteriormente: “Fideicomisario 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”.

Para ser fideicomisario solo se exige como requisito ser sujeto de adquirir derechos, no podrán serlo quienes tengan incapacidad para heredar.

1.3.3.1. Derechos del fideicomisario

El efecto de la estipulación a favor de un tercero, es el nacimiento de un vínculo directo entre el tercero favorecido que lo habilita para exigir en nombre propio el cumplimiento de lo pactado entre el fideicomitente y el fiduciario, por lo que lo revisten de los derechos que el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula respecto a que: "El fideicomisario tiene los derechos siguientes:

1. Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo.
2. Exigir al fiduciario el cumplimiento de fideicomiso.
3. Pedir la remoción del fiduciario por las causales señaladas en el Artículo 786 de este Código.
4. Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o infracción de las disposiciones que se rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituya al fiduciario de los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido.
5. 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".

El mismo cuerpo legal en el siguiente Artículo regula el caso de ausencia del fideicomisario, para lo cual se establece que correspondería al Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación) ejercer los derechos a que se refiere en el Artículo anteriormente citado.

1.3.4. El Comité Técnico en el Fideicomiso

La figura del comité técnico, no se encuentra regulada en el Código de Comercio de Guatemala y en la actualidad es muy utilizada por profesionales del derecho y por las autoridades fiduciarias.

El comité técnico es “un grupo formado por dos o más personas que poseen determinados conocimientos científicos y técnicos. Se constituye para asesorar al fiduciario y al fideicomitente, o para tomar decisiones de ejecución sobre los bienes fideicometidos. Basan su función en las disposiciones contractuales del fideicomiso. Doctrinariamente, el comité técnico ha sido un órgano de asesoramiento, pero conforme ha evolucionado la sociedad y la tecnología, ha adquirido la calidad de un órgano de decisión, o sea de un asesor vinculante, en el cual sus opiniones deben ser acatadas estrictamente”.⁸

1.4. Elementos reales

Para el estudio de los elementos reales del fideicomiso, se hace la siguiente división:

⁸ Pineda, Luis Renato, *La transmisión de los bienes en fideicomiso*, pág. 30.

1.4.1. Patrimonio fideicometido

Se consideran susceptibles de ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos. Con el fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo, integrado por bienes y derechos afectos al fin que se destinan.

El Código de Comercio de Guatemala, regula en su Artículo 777, lo referente al patrimonio fideicometido, de la siguiente manera:

“El patrimonio fideicometido, solamente responderá

1. Por las obligaciones que se refieren a fin de fideicomiso.
2. De los derechos que se haya reservado al fideicomitente.
3. De los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso.
4. De los derechos adquiridos legalmente por terceros, inclusive fiscales, laborales y de cualquier otra índole.
5. De los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso”.

1.5. Elemento objetivo del fideicomiso

El tratadista José Manuel Villagorda Lozano al ser citado por el licenciado Luis Renato Pineda expone que “la finalidad del fideicomiso es la actividad jurídica que realiza el



fiduciario por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente”.⁹

Los fines del fideicomiso pueden ser tan amplios como la imaginación de quienes los crea.

Entre los más importantes pueden destacarse la administración de los bienes y la transmisión de los mismos conforme al acto constitutivo.

1.6. Elementos formales

Por regla general el acto constitutivo debe constar por escrito, además de los requisitos que se deben agotar se hará la transmisión de bienes de conformidad con la legislación.

Debe hacerse notar que el contrato de fideicomiso es un contrato mercantil solemne para lo cual es indispensable que conste en escritura pública su constitución, según lo establecen los Artículos 770 y 771 del cuerpo jurídico en mención.

Los efectos ante terceros que siguen de la constitución de un fideicomiso es importante señalar que nuestra legislación no establece la posibilidad de que el fideicomiso se constituya en fraude de acreedores, ya que debido a su naturaleza traslativa, el fideicomitente podría, actuando de mala fe, sustraer sus bienes de una responsabilidad

⁹ibid, pág. 54.

específica, aportándolos a la constitución del fideicomiso aprovechándose de lo que establece el Artículo 782 del Código de Comercio de Guatemala, respecto a la inembargabilidad de los bienes, regulando este extremo de la siguiente manera: “Los derechos que el fideicomisario pueda tener en fideicomiso no son embargables por sus acreedores; pero sí lo son los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso.

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

La única excepción a la obligación de constituir en escritura pública los fideicomisos, la encontramos en la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, en su Artículo 76 el cual regula los fideicomisos de inversión para lo cual faculta la constitución de los mismos en documento privado.

1.7. Naturaleza jurídica del fideicomiso

1.7.1. Como negocio jurídico

El fideicomiso es un negocio jurídico fiduciario, que está en presencia del traspaso efectivo de un derecho de una persona a otra estando de acuerdo, en el que tal traspaso debe servir para fines determinados.

1.7.2. Como derecho de propiedad

El fideicomiso constituye la creación de un régimen nuevo, porque al afectar ciertos bienes y derechos a fines determinados debe trasladarlos con ese objeto al fiduciario; se constituye en un patrimonio autónomo, el fiduciario es titular del patrimonio fideicometido pero no lo confunde con su masa patrimonial. En cambio, los titulares económicos son los fideicomitentes y fideicomisarios, porque a ellos van dirigidos los beneficios de la propiedad y la transmisión del dominio al concluir el mismo.

1.7.3. Como actividad bancaria

El fideicomiso no puede considerarse sino como una operación neutra o servicio bancario, porque la Ley establece que sólo pueden ser fiduciarios los bancos autorizados en el país y las instituciones de crédito autorizadas para el efecto. En la legislación guatemalteca, la figura del fideicomiso se encuentra regulada en el Código de Comercio de Guatemala, por lo tanto se encuadra dentro del ámbito privado mercantil.

El Código de Comercio de Guatemala, regula las actividades de los comerciantes y la figura del fideicomiso se ubica dentro del Libro IV que regula las obligaciones y contratos mercantiles, como consecuencia ineludible pertenece a una actividad netamente mercantil.

Según el esquema representativo expuesto por Héctor Ángel Benelbazy Osvaldo Walter Coll, en su obra del sistema bancario moderno, su funcionamiento puede resumirse así:

- a) Una persona dispone de parte o la totalidad de los bienes que forman su patrimonio, para que con ellos se llegue a un fin específico que será el que señale su voluntad.
- b) El objetivo inmediato al que el fideicomitente quiere que se llegue con esos bienes es el de constituir un fiduciario, quien no se convierte en propietario, sino solo en titular tanto del patrimonio afectado, de las obligaciones y derechos necesarios para la realización del fin y el fideicomitente no puede serlo por haberse desprendido de ellos, de los que coloca el fideicomitente formará un patrimonio más, pues ya no serán del fideicomitente ni formarán parte del patrimonio del fiduciario ya que este queda únicamente sometido a su titularidad.
- c) Constituido el fideicomiso, el fideicomitente suspende su dominio real sobre los bienes afectados y el fiduciario asume la titularidad y se avoca a él la ejecución del fin. Se crea un patrimonio autónomo, pues por tal se entiende que no tiene propietario sino titular, con facultades tan amplias para ejecutar el fin para el que fue constituido.
- d) Generalmente del cumplimiento del fideicomiso se generan beneficios que, como tales, deben tener destinatario llamado fideicomisario quien puede ser el mismo fideicomitente.
- e) Cumplido el fin del fideicomiso, si éste no era el de transmitir al fideicomisario la propiedad del patrimonio, las cosas vuelven a su estado original como se

encontraban antes de constituirse, es decir el patrimonio afectado vuelve al dominio del fideicomitente.¹⁰

1.8. Características del contrato de fideicomiso

Cuando el fideicomiso se forma por contrato su estructura típica, de conformidad con la clasificación de los contratos según el autor Federico Puig Peña es la siguiente:

- a) Es un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la cosa.
- b) Es principal porque subsiste por sí solo.
- c) Es oneroso porque se estipulan prestaciones recíprocas.
- d) Es aleatorio porque su conclusión depende de un hecho incierto.
- e) Es nominado legislativamente.
- f) Es un contrato formal porque debe constar en escritura pública a excepción de lo que regula la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, que permite que el contrato de fideicomiso de inversión se realice en documento privado.
- g) La existencia de un fideicomitente que destine ciertos bienes o derechos (patrimonio fideicometido) a un fin lícito determinado.
- h) Un patrimonio autónomo, que ya no es propio del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario. Es un patrimonio destinado a un fin lícito, respecto del cual el fiduciario se comporta como titular para el cumplimiento de los fines del contrato.

¹⁰Benelbaz, Héctor Ángel y Osvaldo Walter Coll, **Ob. Cit.**; pág. 493.

- i) La designación de beneficiarios o fideicomisarios.¹¹

1.9. Principales clases de fideicomiso

Los fideicomisos pueden ser creados con fines diversos, por lo tanto, cada fideicomiso deberá desarrollarse y ejecutarse en función de cumplir el objetivo por el cual se constituye específicamente.

1.9.1. Fideicomiso de garantía

Con relación a este tipo de fideicomiso se apunta que: “La figura típica que sustituye al mutuo con garantía hipotecaria. El fideicomiso en garantía transfiere la titularidad de ciertos bienes a la institución fiduciaria, para que si el fideicomitente deudor, o un tercero, no cumple con lo pactado, la institución procederá a la venta del inmueble y satisfaga las prestaciones acordadas a favor del fideicomisario. En efecto, el fideicomitente garantiza, preferentemente, el pago de crédito hipotecario, en efecto, ocasiones también es útil para garantizar otras obligaciones. Es preferente, en virtud de que no se cumpla con el pago del crédito en el plazo y condiciones estipuladas, el fiduciario ejecuta el fideicomiso previa comprobación del incumplimiento y sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional para demandar la ejecución, toda vez las partes pactaron en detalle la forma en que se ejecutaría el fideicomiso”.¹²

¹¹Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, págs. 428 a 435.

¹²Dávalos Mejía, Carlos Felipe, **Títulos y contratos de crédito**, págs. 867 y 868.



El Código de Comercio de Guatemala, en su Artículo 791 regula esta clase de fideicomiso de la siguiente manera: “Si se tratare de fideicomisos de garantía, en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario, siendo nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta.

Las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilarán a los créditos con garantía real.

El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor”.

1.9.2. Fideicomiso de inversión

Se puede definir como “aquél en que una persona (fideicomitente) destina cierta cantidad en efectivo o en títulos de crédito, a la constitución de un fideicomiso; y el fiduciario se compromete durante el plazo del contrato, a invertirlos en el mercado de valores o en mesas de dinero de otras bancas, con el objeto de obtener con ellos un máximo rendimiento. Al término o periódicamente dentro de él, el fiduciario entrega parcialidades o la totalidad tanto del capital como de los rendimientos al fideicomisario, que en este ejemplo es la misma persona del fideicomitente. Este tipo de fideicomiso es el régimen desde el cual funcionan las llamadas mesas de dinero en los bancos, los

que son fiduciarios de sus clientes respecto a un fideicomiso que es múltiple porque está diseñado para invertir en un solo pull los dineros de múltiples clientes”.¹³

El fideicomiso de inversión actualmente se encuentra regulado en dos cuerpos normativos vigentes y positivos, para lo cual el Código de Comercio en su Artículo 784 dispone lo relativo a inversiones, de la siguiente manera: “Salvo autorización expresa en contrario, dada por el fideicomitente en el documento constitutivo, el fiduciario únicamente podrá hacer inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez, emitidos o garantizados por el Estado, las entidades públicas las instituciones financieras los bancos que operen el país y las empresas privadas cuyas emisiones califique como de primer orden la Comisión de Valores”. Por su misma naturaleza, se encuentra actualmente incluido en el articulado de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Decreto 34-96 del Congreso de la República de Guatemala.

1.9.3. Fideicomiso de administración

Es aquel contrato en el cual, el fideicomitente transmite al fiduciario los bienes fideicometidos con el único fin de que los administre. En este tipo de fideicomiso, el fiduciario tiene las facultades para explorar económicamente los bienes entregados, traspasar al fideicomisario el producto de dicha explotación, y además con las que no cuente, podrá solicitarlas judicialmente.

¹³ *ibid.* pág 875.

1.9.4. Fideicomiso público

Dentro de las principales clases de fideicomiso se hace mención al fideicomiso público en el cual el Estado o sus entidades descentralizadas, constituye con el propósito de auxiliar en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo. En Guatemala, los fideicomisos comenzaron a ser utilizados en el sector público a partir de 1980 aproximadamente.

Los primeros fideicomisos públicos tuvieron como objetivo, por una parte, otorgar asistencia al sector financiero ante la amenaza de crisis económicas mediante su capitalización y por otra parte para asistir financieramente proyectos de desarrollo. Conceptualmente, los fideicomisos otorgaban cierta estabilidad a estos objetivos al aislar sus recursos del resto del presupuesto público, en un contexto económico y político cada vez más volátil e inestable.

Posteriormente se sumaría como objetivo la realización de obras de infraestructura. Fue esta última finalidad la que justificó la creación de fideicomisos en muchos países latinoamericanos durante los años noventa. Este instrumento permitía lograr dos objetivos: por un lado, otorgar cierta estabilidad financiera a los proyectos, teniendo en cuenta que las partidas destinadas a obras públicas habían constituido tradicionalmente una de las principales variables de ajuste ante la necesidad de reducir gastos públicos.

Por otro lado, el funcionamiento de los Fideicomisos se enmarcaba en una tendencia regional a buscar instrumentos financieros que permitieran una asociación entre el sector público y el privado para financiar obras de infraestructura.

1.10. Extinción del fideicomiso

En el Artículo 787 del Código de Comercio de Guatemala, se encuentran establecidas diferentes causas de extinción del fideicomiso y autoriza a que en el contrato de su creación se prevean otras. Los motivos por los que este puede cesar son varios, algunos provenientes de la voluntad de las partes, otros originados en hechos ajenos a ellas pero que necesariamente aniquilan la relación, los motivos enunciados en la norma jurídica citada son:

- La realización del fin para el que fue constituido:

Al lograrse la finalidad buscada, el fideicomiso se extingue por carecer de razón para ser, el encargo llega pues a su fin previsto.

- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto o por el transcurso del plazo máximo de 25 años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social:

La doble modalidad a la que está sujeta la existencia del fideicomiso no se excluyen entre sí, por lo que los efectos resolutorios tendrán lugar con el cumplimiento de cualquiera de ellas, la que sea primero.

- Por hacerse imposible su realización:

Cabe resaltar entre la imposibilidad material y la imposibilidad jurídica. La imposibilidad material se deberá, a la insuficiencia patrimonial y la imposibilidad jurídica ocurrirá cuando una ley posterior a la creación del fideicomiso prohíba su finalidad.

- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario:

Esta causa prescinde del consentimiento de una de las partes, lo que está contra de la forma de extinguir las obligaciones, ya que sólo las partes pueden extinguir las obligaciones establecidas por los contratos, como el fiduciario es parte, su consentimiento deberá ser imprescindible.

- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando se haya reservado ese derecho en el documento constitutivo:

Se justifica lo dispuesto en el texto legal atendiendo a la mutabilidad de las circunstancias que en su momento se tuvieron en cuenta para constituir el fideicomiso ya que éste con el tiempo puede haberse tornado impropio para los fines perseguidos por el fideicomitente.

- Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario si no fuere posible sustituirlo:

Ya que esta institución consiste en la afectación de un patrimonio para que sea regido en beneficio de alguien por sujeto ajeno a la finalidad perseguida, o sea que no puede haber fideicomiso sin la existencia de un fiduciario que lo maneje.

- Por sentencia judicial:

Pueden ser incontables los motivos por los cuales se dé por extinguido un fideicomiso de forma judicial, como ejemplo podemos mencionar el incumplimiento de las obligaciones por parte de cualquiera de los sujetos que intervienen en la realización del fideicomiso.

Extinguido el fideicomiso, cesa la especialidad del patrimonio fideicometido y los bienes ingresan en el general de quien los recibe. Los efectos frente a terceros se producirán cuando se cumplan las formalidades exigibles para la transmisión de acuerdo con la naturaleza de los bienes de que se trate.

El fideicomiso es una figura típica y solemne que regula el ordenamiento jurídico guatemalteco, en el cual se observan los elementos que lo componen así como su clasificación y características; sin embargo, esto se encuentra regulado en el Código de Comercio de Guatemala, el cual corresponde a una rama del derecho privado lo cual aplica a relaciones entre particulares, no obstante, en los últimos años se ha presentado un uso un tanto distorsionado de dicha figura que ha sido aplicada en el ámbito público, con bienes del erario nacional, los cuales se han denominado fideicomisos públicos por lo que en el siguiente capítulo se desarrollará la doctrina nacional e internacional aplicable a dicha figura.

CAPÍTULO II

2. El fideicomiso público

El concepto de fideicomiso público, citando al autor Acosta es: "un contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de los bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario, para realizar un fin lícito, de interés público".¹⁴

La anterior definición es aplicable a todo tipo de fideicomisos de la Administración central y a los de entidades autónomas y descentralizadas.

2.1. Orígenes del fideicomiso público

En términos generales la figura de fideicomiso surge en el antiguo derecho romano; sin embargo, en cuanto al fideicomiso público en particular se sitúa en el notable desarrollo de la figura del trust en el derecho anglosajón.

Laureano Gutiérrez Falla señala que: "En el derecho anglosajón se ha conocido el negocio denominado trust, considerado como el antecedente más directo del fideicomiso que se practica en Latinoamérica, incluyendo el de Guatemala. El trust no debe ser confundido con lo que significa desde la perspectiva de la ciencia económica;

¹⁴ Acosta Romero, Miguel, **Derecho bancario**, pág. 340.

no se trata de una concentración de empresas monopolística. Trust para los efectos del estudio del fideicomiso, significa un negocio que, basado en la buena fe, da como resultado la transferencia de un bien en beneficio de un tercero. El Instituto de derecho norteamericano ha definido al trust como una relación fiduciaria relativa a bienes, que obliga a la persona que los detenta a deberes de equidad para administrarlos en beneficio de otra y que nace como resultado de una manifestación de intención para crearlo”.¹⁵

Robert L. Mennell lo define de la siguiente manera: “El trust consiste en la creación intencional de una relación fiduciaria, en donde el titulo legal de la propiedad la tiene el trustee, pero en beneficio de un tercero. El trust le impone deberes fiduciarios al trustee, que serán ejercidos en provecho del beneficiario”.¹⁶

Como apunta el Profesor Batiza: “Si bien es cierto, los antecedentes más remotos del fideicomiso público o del Estado se encuentran en el derecho anglosajón, ni en Inglaterra ni en Estados Unidos de América la Administración recurre al trust en forma apreciable. En Estados Unidos de América, salvo casos aislados de trust funds que canalizan los ingresos y egresos del seguro social, los fondos de carretera al cuidado del secretario del tesoro, o el trust fund constituido en 1991 por el gobierno federal para la concesión de becas educacionales, no se registran otras experiencias de trust públicos”.¹⁷

¹⁵Gutiérrez Falla, Laureano, **Apuntes de derecho mercantil**, pág. 10.

¹⁶Mennell, Robert L., **Testamentos y fideicomisos**, pág. 34

¹⁷Batiza, Rodolfo, **El fideicomiso, teoría y práctica**, pág. 188.

Para conocer los primeros antecedentes del fideicomiso público es necesario remontarse a los charitable trust (trust de beneficencia) originados en Inglaterra durante la edad media, dedicados a la canalización de donaciones a favor de las corporaciones religiosas y sus monasterios. La utilización de la modalidad del trust anglosajón se incrementó a partir del reinado de Enrique VIII, lo que derivó en la reglamentación de los mismos por la Ley de Usos Caritativos de 1601.

A fines del siglo XIX lord Marc Naghten, utilizó un criterio finalista clasificando los caritativos en cuatro grandes divisiones: a) para el alivio de la pobreza, b) para el adelanto de la educación, c) para el adelanto de la religión y d) para fines benéficos de la colectividad que no correspondan a las categorías precedentes.

A los efectos de entender el origen de esa figura en el derecho anglosajón se debe tener en cuenta que en Inglaterra la acepción popular de caridad no coincide con la jurídica, pues existen charitable trust con fines que en el lenguaje común nada tienen que ver con lo que se entiende por caridad.

Finalmente, el gran desarrollo del fideicomiso público se produce en América hispana, en donde, desde 1923 se inicia un movimiento recepción del trust, a través de la variedad predominante de las comisiones de confianza. En la actualidad, por orden cronológico, Colombia, México, Chile, Bolivia, Perú, Costa Rica, Ecuador, Venezuela, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Argentina y Uruguay, cuentan con el mecanismo de fideicomiso.

2.2. Naturaleza jurídica del fideicomiso público

En cuanto a la naturaleza jurídica de los fideicomisos públicos es importante resaltar que algunos tratadistas como Kiper y Lisoprawski, consideran que se puede establecer la misma en tres posibles direcciones, en ese sentido surgen las siguientes interrogantes: “¿Es un contrato?, ¿se trata de una estructura administrativa? o ¿es una persona jurídica?”.¹⁸

Sin embargo, se supone que la naturaleza del fideicomiso público es evolutiva, por lo tanto ambigua, por la propia naturaleza del derecho administrativo bajo el cual se crean los mismos.

No obstante la posición anterior, VillagordaLosano considera que: “La naturaleza del fideicomiso público se debe formular desde las siguientes perspectivas:

- a) como negocio fiduciario, el cual implica las relaciones jurídicas que se dan en el fideicomiso, pero con los siguientes matices: el fideicomitente es siempre la administración pública y los fines que perseguirá, por consiguiente, de interés público;
- b) como estructura administrativa, sostiene que no tiene personalidad jurídica, debiéndose estar a la ley, decreto o acto administrativo que autoriza su constitución;

¹⁸Kiper, Claudio M. y Silvio Lisoprawski, *Tratado de fideicomiso*, pág. 542.

- c) como empresa, es una unidad económico jurídica constituida total o parcialmente con los bienes del Estado o fondos públicos orientada a la presentación de servicios de interés público, cuya organización y fundamento se encomienda a una institución fiduciaria, con sujeción al control y vigilancia de la administración pública;
- d) como contrato, es el celebrado entre la administración pública por conducto de alguno de sus órganos, con el propósito de transmitirle la propiedad a ciertos bienes, con la encomienda de realizar fines de interés público en beneficio del fideicomisario. Es el elemento por el que se concreta el fideicomiso y se hacen viables los derechos y obligaciones”.¹⁹

Se puede considerar que dicha figura coincide con la naturaleza jurídica contractual, puesto que el Estado es un sujeto del contrato, que negocia con una entidad privada denominada fiduciario (una entidad bancaria o institución de crédito) sujetándose a las disposiciones y acuerdos establecidos en el contrato.

2.3. Características del fideicomiso público

El fideicomiso público tiene características sui generis en relación con los demás tipos de fideicomisos. Por ello, la aplicación de las normas legales que lo rigen escapa, en algunas ocasiones, del ámbito puramente privado.

¹⁹VillagordaLosano, José M., **Breve estudio sobre el fideicomiso**, pág. 281.

Estudiando a los tratadistas Kiper y Lisoprawsky, se puede apuntar que: “Las características más sobresalientes del fideicomiso público son:

- a) la constitución, modificación y extinción del fideicomiso tiene origen en el derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación de la ley que regula el fideicomiso en cada orden jurídico...;
- b) la Administración debe necesariamente intervenir en su constitución. A lo que se agrega que debe ser necesariamente la parte fideicomitente, sin perjuicio de que el fiduciario sea o no un órgano del Estado;
- c) el patrimonio separado se conforma con bienes o derechos del Estado y consecuentemente la finalidad del fideicomiso que lo genera es de interés público;
- d) el fideicomiso público responde a un fenómeno de publicidad de un instituto que tiene sus raíces en el derecho privado. teniendo como consecuencia la transformación de la figura que, aunque conserve su estructura básica (fiduciante – fiduciario – beneficiario), provocará modificaciones subjetivas y la atenuación de ciertos efectos propios de los contratos de derecho privado. Se destaca que ya sea por razones políticas o económico sociales de la Administración, se comprueba en el fideicomiso público el aprovechamiento de los elementos básicos de tipo contractual –en especial, la configuración del patrimonio separado- normados por la ley original, que se combinan con institutos de derecho administrativo. Es decir, un fideicomiso que puede, en ocasiones, coincidir con el de la referida ley o bien tomar algunos de sus contenidos, pero con características y adaptaciones que responden a las necesidades de la



Administración en el caso concreto. Detrás, como elemento generador, está el Estado, guiado –al menos así debería ser- por el interés general”.²⁰

2.4. Elementos del contrato de fideicomiso público

Luego de analizar las características de la figura del fideicomiso público, corresponde mencionar sus elementos, basándose en principio por la parte general de la contratación administrativa así como la especial de cada contrato, o sea, refiriéndose a los sujetos, al contenido, a la causa, al fin, a la forma y al procedimiento para la celebración de este contrato.

2.4.1. Elementos personales

Al analizar a los sujetos se debe distinguir primero entre los sujetos que serán parte del contrato, siendo esenciales para la existencia del mismo, de aquellos que pueden intervenir o no, sin que de ello dependa la existencia o validez del fideicomiso.

En cuanto a los sujetos que intervienen en un fideicomiso público están:

- a) El fideicomitente: el cual consiste en el caso de las entidades de la administración central, el propio Estado de Guatemala, a través de un funcionario público, como mandatario del mismo; o una entidad descentralizada o autónoma, a través de su autoridad superior.

²⁰Kiper y Lisoprawsky, **Ob. Cit**; págs. 537 y 538.

Otras veces, puede darse el caso en el que la Administración celebre un contrato de fideicomiso estatal, pero en aplicación de un contrato de préstamos con organismos internacionales, en donde generalmente los fondos a transmitirse pasan directamente a integrar el patrimonio fiduciario sin ser nunca propiedad de la Administración. En estos casos, cuando el fideicomiso se constituye antes de la efectivización del préstamo lo que la administración transfiere al fideicomiso es un derecho de crédito contra el organismo prestatario, mientras que si se realizara luego se estarían efectuando fondos públicos.

En caso que el fideicomitente sea una empresa privada estatal, se entiende que no se trataría de un fideicomiso público porque la entidad que lo lleva a cabo tiene carácter privado, aun siendo propiedad estatal.

- b) El fiduciario: puede ser tanto una persona privada como otra entidad pública circunscribiéndose estrictamente a bancos del sistema o bien a entidades financieras. De hecho, actualmente son bancos nacionales quienes asumen la calidad de fiduciarios.
- c) El fideicomisario o beneficiario: generalmente es el propio Estado de Guatemala, la entidad descentralizada o autónoma o algún sector en específico beneficiado con los programas y proyectos a ejecutar a través del fideicomiso. Son los destinatarios mediatos o inmediatos de la acción de fomento; es decir, los agentes económicos personalizados o sectores económicos, a los que el Estado entiende que es necesario apoyar por diversos motivos.

2.4.2. Contenido

Para que haya fideicomiso público es necesario que se trasladen bienes del dominio público o privado del Estado o afectar fondos públicos (muchas veces derivados de un crédito de organismos internacionales con el Estado) a un patrimonio autónomo que será administrado por el fiduciario, siguiendo las instrucciones dadas por el fideicomitente (entidad estatal). Este patrimonio autónomo constituye el denominado patrimonio fideicometido el cual consiste en el conjunto de bienes y derechos transmitidos al fiduciario, afectados a fines u objetivos determinados.

2.4.3. Causa

La causa del motivo del contrato puede ser diversa y dependerá del caso concreto y el encargo fiduciario de que se trate. Los motivos pueden ser la financiación de proyectos infraestructurales, la concreción de un préstamo concedido por organismos internacionales en donde se haya puesto como condición la creación de un fideicomiso de administración del fondo proporcionado, etc.

2.4.4. Fines y objetivos

Al tratarse de un fideicomiso de la administración debe darse la realización de un fin lícito y de interés público.

El fideicomiso debe adecuarse a los requerimientos de los contratos de la administración fomentando el desarrollo económico y social a través del manejo de los recursos públicos administrados por una institución fiduciaria y así dar seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común.

De acuerdo a los poderes jurídicos que se le confiere a la administración para celebrar contratos, deben ser ejercidos conforme al fin propio del servicio. La finalidad es un elemento esencial en la contratación administrativa.

De ahí derivan importantes consecuencias, como ser que si la administración celebra un contrato con fin ilícito, su voluntad está viciada y por lo tanto el contrato resulta afectado de invalidez; lo mismo si la administración persigue un fin indebido oculto.

También en este caso debe extenderse la aplicación de la noción de desviación de poder tanto a los actos administrativos, como a los contratos de la administración.

2.4.5. Forma

Los fideicomisos se constituyen mediante escritura pública, en la cual se plasman las condiciones que regirán al mismo.

Si bien es cierto en los casos de los contratos realizados por la administración, es habitual que se acuda a la forma escrita para documentar el acuerdo, en el caso del fideicomiso se establece que es un contrato meramente solemne.

El autor Caffera señala que: “La ley de fideicomisos establece dos grados de solemnidad, siendo el primero, el que dispone que todo contrato de fideicomiso, independientemente de la naturaleza de los bienes sobre los cuales recaiga, deba otorgarse por escrito. Por otra parte, hay casos en los cuales se requiere escritura pública, pero al no haber ley alguna para los fideicomisos públicos que exija que se lleven a cabo en dicho instrumento, se trata de una norma que debe complementarse mediante leyes complementarias”.²¹

2.5. Tipos de fideicomisos públicos

Según el Ministerio de Finanzas Públicas, “los tipos de fideicomisos públicos se clasifican de la siguiente manera:

- a) Atendiendo a los fines para los cuales fueron creados: Los fideicomisos del Estado son públicos por estar constituidos con recursos del Estado y pueden ser, de acuerdo a los fines para los cuales son constituidos, de administración, de inversión y de garantía.
- b) Por la categoría de financiamiento:
 - a. Asistencia crediticia o Financiamiento Reembolsable: son constituidos para brindar y facilitar el acceso al crédito a determinados grupos de la sociedad y sectores considerados como prioritarios para el desarrollo económico del país.

²¹Caffera, Gerardo, *El contrato de fideicomiso*, págs. 58 y 59.

- b. Financiamiento no Reembolsable: son constituidos para facilitar la ejecución de proyectos y obras principalmente de inversión.
- c. Mixto: son constituidos teniendo como fines las dos formas de financiamiento anteriores.”²²

Actualmente, la figura de fideicomisos públicos en Guatemala es una realidad que ha merecido varias críticas en cuanto a su operación por el manejo de los fondos públicos y especialmente por su fundamento legal, ya que doctrinariamente existen varios autores que han desarrollado sus características, elementos, definiciones y hasta clasificaciones; sin embargo, esto no es suficiente en un país positivista como el nuestro en el que para que operen las figuras jurídicas necesariamente deben estar reguladas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, por lo que en el siguiente capítulo se desarrollan los cuerpos normativos que por su parte desarrollan los fideicomisos públicos.

²²Ministerio de Finanzas Públicas, *“El ABC de los fideicomisos públicos: ideas básicas y definiciones”*, <http://www.minfin.gob.gt/frame.php?url=subsitios/fideicomiso> (14 de octubre de 2011).

CAPÍTULO III

3. Marco legal de los fideicomisos públicos

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco no existe un cuerpo normativo específico que regule la figura de los fideicomisos públicos por lo que se ha realizado una compilación de normas jurídicas vigentes que regulan la institución del fideicomiso *en general así como normas aplicables a los fideicomisos públicos a fin de hacerlos funcionar.*

3.1. Compilación de normas aplicables a los fideicomisos públicos

Como quedó asentado en el capítulo anterior, los fideicomisos son contratos típicos mercantiles que se encuentran regulados en el Código de Comercio guatemalteco.

No existe una Ley que norme de forma específica los fideicomisos públicos por lo que para regularlos se aplican las leyes vigentes en la materia.

A continuación se presenta una compilación de las normas jurídicas que rigen a los fideicomisos públicos en Guatemala, clasificadas en dos grupos: el primero se refiere a las normas que rigen la existencia y operación de los fideicomisos públicos; y el segundo, a las que rigen su fiscalización.

3.1.1. Normas que rigen la existencia y operación de los fideicomisos públicos.

Dentro de los cuerpos normativos que rigen la existencia y operación de los fideicomisos públicos, según el orden de la materia se puede mencionar en primer lugar, por la especialidad de dicha figura:

Al Código de Comercio de Guatemala, el que en sus Artículos del 766 al 793 regula esta figura en cuanto a su creación, características, elementos, objetivos y efectos tanto de creación como de extinción, lo cual se desarrolló en el capítulo anterior.

En segundo lugar, el Decreto 101-97 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Presupuesto, en la cual se establece la figura del fideicomiso en su Artículo 33, en cuanto a la facultad de disponer de recursos del Estado que se asignen con obligación de reembolso a las 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; asimismo, los Fondos Sociales podrán ejecutar sus proyectos bajo dicha figura. También en el Artículo 59 de la misma ley, se establece la obligación de los bancos que actúen como fiduciarios en los casos anteriormente expuestos, de rendir un informe mensual al Ministerio de Finanzas Públicas sobre el movimiento y disponibilidad de las cuentas a su cargo.

El Decreto 33-2011 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal dos mil doce, se encuentra regulado en el Artículo 29 la ejecución presupuestaria mediante convenios,

para lo cual a los fideicomisos se les prohíbe celebrar convenios con organizaciones no gubernamentales, asociaciones legalmente constituidas y organismos regionales o internacionales.

Posteriormente en su Artículo 31 se establece la facultad de otorgar anticipos de recursos en cuanto que en la ejecución de las asignaciones aprobadas en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal dos mil doce, que corresponden a programas y proyectos, el Ministerio de Finanzas Públicas únicamente podrá anticipar recursos para los fideicomisos de la administración central, los organismos regionales e internacionales que ejecuten fondos públicos, las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), así como comités educativos, juntas escolares y demás organizaciones de padres de familia, conforme a las disposiciones legales correspondientes, entre otros.

Esta ley es indispensable ya que en la misma se encuentra regulado en su Artículo 32 de manera específica los requisitos y pasos para la constitución de fideicomisos públicos, de la siguiente manera:

“Las Entidades de la Administración Central, Descentralizadas y Autónomas, que administren y ejecuten fideicomisos deberán:

- a) Obtener dictamen favorable del Ministerio de Finanzas Públicas, previo a modificar o extinguir el fideicomiso;

- b) Rendir mensualmente los informes financieros, así como las liquidaciones de ingresos y gastos a la Dirección de Fideicomisos y de Contabilidad del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, al Congreso de la República y ante la Contraloría General de Cuentas, por medios informáticos u otro que se establezca, dentro de los primeros quince (15) días del mes siguiente;
- c) Sujetarse a la revisión de las operaciones del fideicomiso cuando lo consideren necesario el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de los órganos competentes;
- d) Realizar auditorías externas de los fideicomisos con cargo a los productos o patrimonio de los mismos, debiendo remitir copia del informe respectivo a la Contraloría General de Cuentas y a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, durante el primer trimestre del siguiente año;
- e) Elaborar informes cuatrimestrales y anual, sobre la ejecución física y financiera de los fideicomisos, las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios y obras, e informes sobre calidad del gasto, conforme al formato y contenidos que establezca la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas y la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia. Los informes deberán ser enviados a la Contraloría General de Cuentas, al Congreso de la República y a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, dentro de los quince (15) días del mes siguiente al vencimiento del plazo de la obligación;
- f) Publicar los informes a los que se refiere la literal e) anterior y los estados financieros, en los portales electrónicos de cada Entidad responsable de la ejecución de los fideicomisos. La publicación deberá realizarse dentro de los

quince (15) días del mes siguiente al vencimiento del plazo de la obligación, enviando copia a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas para su publicación en el portal de internet respectivo;

- g)** Trasladar mensualmente a la Dirección Financiera del Ministerio de Finanzas Públicas, dentro de los quince (15) días del mes siguiente de las notas de crédito, depósitos o certificación contable de fiduciario relacionado con la generación de intereses y otros productos recibidos en el ejercicio vigente, así como recuperación de cartera crediticia, para los respectivos registros del Comprobante Único de Registro (CUR) de ingreso en el Sistema de Contabilidad Integrada (SICOIN). Si los intereses y otros productos recibidos en ejercicios anteriores, deberán remitir las notas de crédito, depósito o certificación contable del fiduciario a la Dirección de Contabilidad del Estado para el registro del Comprobante Único de Registro (CUR) contable correspondiente.
- h)** Registrar los proyectos en el Sistema Nacional de Inversión Pública conforme a la legislación y normativa vigente así como su avance físico y financiero...”.

En esta normativa se establece que en toda escritura de modificación y extinción de fideicomisos, deberá comparecer el Procurador General de la Nación, en calidad de Representante Legal del Estado y como representante del fideicomitente, salvo que el mismo otorgue mandato especial con representación al funcionario que estime pertinente, y se le impone al Procurador General de la Nación o el mandatario designado para tal efecto, 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.

Por otro lado, de conformidad con el Artículo 33 del mismo cuerpo legal se establecen los requisitos que deberán llenar las entidades descentralizadas, autónomas, de la administración central que quieran constituir fideicomisos con recursos del Estado, para lo cual deben cumplir con lo siguiente:

- a) Elaborar dictamen jurídico en el que se exponga la justificación de la constitución del contrato de fideicomiso;
- b) Establecer la creación de una unidad ejecutora integrada por funcionarios públicos, determinando sus funciones y su autoridad superior;
- c) Obtener dictamen favorable de la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, previo a constituir el fideicomiso;
- d) Seleccionar al fiduciario, cotizando por lo menos tres (3) bancos o financieras del sistema nacional.

Para la adjudicación de las ofertas se deberá designar una comisión integrada por tres (3) miembros que sean servidores públicos de la Entidad de la Administración Central, Descentralizada o Autónoma, nombrados por la autoridad administrativa superior, responsable de la ejecución del fideicomiso.

Para la determinación de los honorarios a pagar al fiduciario, se tomará en cuenta el tipo o naturaleza del fideicomiso:

- i. Los honorarios que el fiduciario percibirá por la administración de fideicomisos de carácter no reembolsable, se calcularán y se pagarán sobre cada monto que se aporte efectivamente al patrimonio fideicometido, por una sola vez y en la fecha en que el fiduciario reciba los fondos aportados;
 - ii. Para los fideicomisos de asistencia crediticia, se negociarán y pagarán comisiones, considerando únicamente el volumen y clase de créditos, su manejo y la cobranza por la vía administrativa y judicial para la recuperación de los créditos;
 - iii. Para los fideicomisos de naturaleza mixta de carácter no reembolsable y de asistencia crediticia, las comisiones fiduciarias se calcularán y pagarán aplicando una combinación de las bases de cálculo y pago para cada una de las modalidades anteriores;
 - iv. En todo caso, la determinación de las comisiones a pagar al fiduciario se sustentará en metodologías que no tengan un impacto significativo en detrimento del patrimonio fideicometido;
- e) Publicar en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público GUATECOMPRAS, las bases del evento relacionado con la selección del fiduciario;
- f) Establecer en el contrato respectivo, la obligatoriedad del fiduciario de proporcionar mensualmente, dentro de los primeros quince (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, así como cualquier

otra información que se les requiera sobre los fideicomisos del Estado bajo su administración;

- g)** Establecer en el contrato respectivo, la obligación de 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 (SICOIN), dentro de los primeros quince (15) días del mes siguiente;
- h)** Los fideicomisos que se constituyan con fines crediticios trasladarán mensualmente, dentro de los primeros quince (15) días del mes siguiente, a la Dirección de Contabilidad del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas, la información relacionada con la recuperación de cartera a través de un listado de beneficiarios que están amortizando préstamos, con su respectivo monto, boleta de depósito y el estado de cuenta bancario de las cuentas del fideicomiso.
- i)** Establecer en el contrato respectivo, 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.

En este cuerpo normativo se establece la responsabilidad de las autoridades superiores de las entidades de la administración central, entidades descentralizadas y autónomas que administren y ejecuten fideicomisos constituidos con recursos del Estado, quienes junto con el fiduciario responderán por el buen funcionamiento y cumplimiento de los fines de los fideicomisos públicos constituidos.

Así mismo, se establece la publicidad de la ejecución tanto física como financiera de los recursos públicos utilizados en los fideicomisos que cada entidad crea, a fin de que los mismos sean de conocimiento general de la ciudadanía, dicha información será manejada a través de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia de la República.

En este sentido, el Decreto número 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Acceso a la Información Pública, regula como sujetos obligados a los fideicomitentes y fideicomisarios que constituyan fideicomisos con fondos públicos, provenientes de préstamos, convenios o Tratados internacionales suscritos por la República de Guatemala.

En cuanto al Decreto número 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Código Municipal, en su Artículo 116 se encuentra regulada la figura del fideicomiso, facultando de esta manera a las municipalidades a optar por obtener fondos corrientes en fideicomiso directamente del Organismo Ejecutivo y por intermedio del Ministerio de Finanzas Públicas.

En relación al Decreto número 114-97 del Congreso de la República de Guatemala Ley del Organismo Ejecutivo, en su Artículo 35, le otorga al Ministerio de Finanzas Públicas la facultad de gestionar la constitución de los fideicomisos, así mismo, reglamentar, registrar y controlar la operación de los mismos, y de esta manera se observa que le es delegado a dicho Ministerio las funciones anteriormente mencionadas.

Por lo tanto, en el Acuerdo Gubernativo 394-2008 de fecha 31 de diciembre de 2008, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, se establece la creación de la Dirección de Fideicomisos, la cual es dependencia del Ministerio de Finanzas Públicas, designada como órgano rector en materia de fideicomisos, a la cual le corresponde gestionar la constitución, operación, extinción y liquidación de los fideicomisos establecidos con recursos del Estado, entre otras atribuciones que le son conferidas en el mismo reglamento.

Se encuentra, además en el Decreto número 27-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Impuesto al Valor Agregado, la expresa exención de dicho impuesto, al no generarlo la constitución de fideicomisos, así como la devolución de los bienes al fideicomitente al momento de la finalización del mismo, no obstante, dicha exención no se extiende a todos los actos que realice el fiduciario en cumplimiento de su cometido, ya que estará afecto según lo regula la misma ley en mención, en cuanto a actos específicos.

Así mismo, en cuanto a impuestos, el Decreto número 26-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Impuesto Sobre la Renta, en su Artículo 3 regula quienes son considerados contribuyentes del mismo, incluyendo en su contenido a los fideicomisos, independientemente de su naturaleza, por lo tanto su funcionamiento constituye un hecho generador de impuesto sobre la renta.

3.1.2. Normas que rigen la fiscalización de los fideicomisos públicos

En primer lugar se hace referencia a lo que la Constitución Política de la República de Guatemala establece con relación a este tema, que a manera general regula en su Artículo 232, la función de la Contraloría General de Cuentas como ala institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas, y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado, los invierta o administre, siendo en este caso el tema de los fideicomisos, que funcionan con este tipo de recursos.

Con este fundamento, en la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Decreto 31-2002 del Congreso de la República, en su Artículo 2 amplía las disposiciones constitucionales, haciendo siempre referencia al ámbito de competencia de la misma ley.

En esta ley no se hace referencia expresa a los fideicomisos; sin embargo, se aplica al momento de incluir a cualquier persona individual o jurídica que, por delegación del Estado, reciba, invierta o administre fondos públicos, así como en aquellas en que el Estado delegue la administración, ejecución o supervisión de obras o servicios públicos, en lo relacionado con los fondos del Estado. Es aquí pues, donde se encuentra incluida la figura de los fideicomisos por su función principal, independientemente de su naturaleza, ya que las incluye.

3.1.3. Manuales de fideicomisos

Hasta la fecha han sido creados tres manuales dirigidos a la regularización de la asignación de presupuesto del Estado para la creación de fideicomisos públicos así como la ejecución, administración y control de los mismos.

El primer manual se denominó “Manual de Administración de Fondos a Través de Fideicomiso” y fue creado con el fin de ofrecer a las dependencias involucradas del órgano rector de la administración financiera así como a los responsables de la administración de los fideicomisos del Gobierno Central, los elementos básicos que permitieran una gestión más transparente de los fideicomisos, una mejor información para la toma de decisiones y para terceros interesados en la información de la ejecución presupuestaria, sin sacrificar la flexibilidad en la administración y ejecución del presupuesto bajo esta modalidad para el ejercicio fiscal del año 2,000.

Dicho Manual fue sustituido por el “Manual para la Administración de Fideicomisos de la Administración Central” mediante Acuerdo Ministerial 39-2005 del Ministerio de Finanzas Públicas; sin embargo, este Manual no modificó de fondo el anterior, ya que únicamente cambiaron los sistemas mediante el cual se llevaban a cabo los procedimientos de creación de los fideicomisos.

No obstante, en el año 2010, el segundo Manual en mención desaparece por derogatoria expresa por el Artículo 13 del Acuerdo Ministerial 25-2010 “A” del 27 de abril de 2010, del Ministerio de Finanzas Públicas, el cual entre otras cosas aprueba el

“Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomiso”, el cual comenzó a regir a partir del 3 de mayo del 2010.

Entre uno y otro manual no ha habido cambios drásticos en relación al procedimiento, que es el objeto principal de los manuales en este caso; sin embargo, se dan cambios en relación a formalismos, los cuales suponen con cada cambio una mejora a los procesos de creación de fideicomisos con fondos públicos, lo cual se evidencia en el Manual vigente.

Las entidades que deseen crear fideicomisos con fondos públicos asignados para el cumplimiento de sus fines, deben realizar la formulación del presupuesto, programación y reprogramación de la ejecución de fondos públicos en fideicomisos, para lo cual el manual describe de manera específica los pasos y las funciones de cada uno de los entes que incorpora la dependencia responsable de dicha acción, así mismo acompaña con cada descripción un flujograma que permite ver de manera esquematizada el procedimiento; de la misma manera lo hace con cada uno de los cuatro procedimientos que contiene de los cuales únicamente difiere en relación al anterior Manual el segundo procedimiento, que anteriormente se refería al Procedimiento para el Registro Presupuestario de la Ejecución del Fideicomiso, el cual, en el actual Manual en vigencia se refiere al Procedimiento Para el Registro Presupuestario de los Fondos Públicos en Fideicomiso; sin embargo, los otros dos se refieren a el Procedimiento para el registro contable de la constitución de fondos públicos en fideicomiso financiados con disponibilidades de fideicomisos que ya tuvieron afectación presupuestaria sin constituir extinción y el Procedimiento para el registro de la ejecución de gastos de los fondos

públicos en fideicomiso en forma contable, que fueron financiados con disponibilidades de fideicomisos que ya tuvieron afectación presupuestaria, desarrollando cada procedimiento las acciones a seguir en cada procedimiento.

El actual Manual es más extenso en relación a los dos anteriores, ya que incluye en la parte de sus anexos los formularios que se requieren para el funcionamiento de los fideicomisos, tales como el Resumen de Gastos del Fideicomiso, Informe Mensual de Préstamos del Fideicomiso, Informe Mensual de Inventarios de Bienes Muebles por Fideicomiso, Integración del Saldo de Inventarios de Bienes Muebles por Fideicomiso, cada formulario cuenta con su respectivo instructivo.

Como es evidente, en ninguno de los Manuales que han regido esta materia se encuentra regulada la creación misma de los fideicomisos, ya que únicamente regula la ejecución misma de estos.

3.2. Procedimiento para la creación de fideicomisos públicos

Por no existir un cuerpo normativo que comprenda la regulación de los fideicomisos públicos, no existe en Ley un procedimiento para la creación de los mismos; sin embargo, se han creado a la fecha tres Manuales que contienen de manera sistemática los pasos y requisitos para la constitución de dicha figura.

3.2.1. Base legal del procedimiento para la creación de los fideicomisos públicos

En cuanto a quienes se encargan de la realización de los contratos en entidades descentralizadas y autónomas, de conformidad con el Artículo 33 Ley Orgánica del Presupuesto, es a través de su autoridad superior, y en el mismo Artículo se encuentran regulados los fondos sociales, los cuales son el instrumento financiero de ejecución.

El proceso de creación como tal de los fideicomisos públicos no se encuentra regulado en ningún cuerpo jurídico ya que el mismo Manual aplicable al caso, lo remite a las normas que incluye el Código de Comercio de Guatemala, dentro de las cuales se establece la solemnidad de dicho contrato y su requisito sine qua non de ser constituido en escritura pública ante Notario; sin embargo, en el ámbito público, se lleva a cabo de dicha manera, pero ante el Escribano de Gobierno, por ser de su competencia los contratos en que intervenga el Estado.

3.2.1.1. Procedimiento para la formulación del presupuesto, programación y reprogramación de la ejecución de fondos públicos en fideicomiso

El Manual describe los pasos que se deben llevar a cabo en el presente procedimiento, en primer lugar el fideicomitente o unidad ejecutora formula su presupuesto determinando la estructura programática, objetivos, metas y de la misma manera programa su presupuesto analítico con base en los ingresos y gastos estimados para el ejercicio fiscal; posteriormente elabora la programación de ejecución cuatrimestral de

compromisos, devengados y anticipos por lo que con base a los sueldos en la cuenta del fideicomiso y ejecución programada de gasto devengado elabora su programación de caja remitiendo la misma a la Unidad de Administración Financiera–UDAF-, solicitándole tramitar la transferencia de fondos al fideicomiso, por lo que dicha unidad analiza la programación y consolida cuotas de compromisos devengados y anticipos a nivel institucional para remitirlo al Ministerio de Finanzas Públicas incorporando la programación de compromisos de devengado y anticipos al sistema a través del sistema de contabilidad integrada web-SICOIN WEB-, para lo cual utiliza los comprobantes C03 y C05, así mismo remite la programación de compromisos devengados y anticipos, emitida por el SICOIN WEB, a la Dirección Técnica de Presupuesto del Ministerio de Finanzas Públicas. Estando finalmente en el Ministerio de Finanzas Públicas específicamente en la Coordinadora de Programación y Ejecución Presupuestaria–COPEP-, ésta debe dar la autorización de anticipos, además autoriza por entidad y fuente de financiamiento los anticipos que solicitan las entidades de la Administración Central de acuerdo a las disponibilidades financieras de caja; aprobadas las cuotas de anticipos así como las cuotas de la COPEP, la Tesorería Nacional aprueba las cuotas máximas de anticipos en el SICOIN WEB identificando el número y fecha de resolución de COPEP.

Recibidos los anticipos por la Tesorería Nacional, el Director de la UDAF, con el visto bueno de la autoridad competente de la institución, elabora su resolución interna por fuente de financiamiento para autorizar el anticipo a caja del fideicomiso y posteriormente registra en el SICOIN la solicitud de anticipo y se genera automáticamente los comprobantes únicos de registro contables; valida la cuota



aprobada por COPEP aprueba los Comprobantes únicos de registro contables y se genera la solicitud de pago a Tesorería Nacional.

Posteriormente la Tesorería Nacional da el pago de anticipos de conformidad con la disponibilidad de recursos, procede a efectuar el pago, acreditando los recursos directamente en la cuenta de depósitos monetarios del fideicomiso en el banco fiduciario registrado en el SICOIN. Si por algún motivo se necesitará la autorización de anticipos adicionales, la UDAF o unidad ejecutora deben cumplir con las regularizaciones del 100% del penúltimo anticipo y como mínimo el 75% del último, lo cual sería autorizado y verificado por la UDAF.

Para solicitar nuevos anticipos se deberá 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.

Finalmente el banco fiduciario recibe el depósito y remite la nota de crédito a la unidad ejecutora.

El procedimiento expuesto se encuentra representado en el Anexo I del presente trabajo de investigación.

3.2.1.2. Procedimiento para el registro presupuestario de los fondos públicos en fideicomiso

Así mismo, el Manual contiene el presente procedimiento para lo cual el banco fiduciario ya habiendo recibido el depósito y habiendo entregado la nota de crédito a la unidad ejecutora (fideicomitente), éste instruye al banco fiduciario la ejecución de pagos el cual debe registrar los ingresos por préstamos concedidos, intereses y otros productos, además el fiduciario opera registros contables internos, elabora cuenta corriente mensual de préstamos y estados financieros, envía documentación de ejecución de pagos, cuenta corriente mensual de préstamos, nota de crédito o boleta de depósitos por intereses y otros productos, estados de cuenta bancarios a la Unidad Ejecutora y estados financieros a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas; además revisa documentación de ingresos cuenta corriente mensual de préstamos y los estados de cuenta bancarios mensual, recibe y revisa documentación de gastos y codifica el gasto, posteriormente elabora resumen de gastos (FF-01) así como informe mensual de préstamos (FF-02) y de bienes muebles (FF-03) e integración del inventario (FF-04).

Crea en el módulo de inventarios del SICOIN una Unidad Administrativa que identifique al fiduciario; si tiene Sistema de Gestión–SIGES- y SICOIN registra y aprueba Comprobantes Únicos de Registro –CUR- de regularización de gastos. Posteriormente el fideicomitente remite oficio a la Dirección Financiera del Ministerio de Finanzas Públicas solicitando la elaboración de CUR's de ingresos por el valor de las amortizaciones de los préstamos recuperados y por intereses y otros productos,



adjuntando documentación certificada a la Dirección de Contabilidad del Estado y formularios FF-02, FF-03 y FF-04; de no tener SIGES y SICOIN WEB, remite a la UDAF institucional los formularios FF-01 y FF-04 y archiva. Al recibir los formularios referidos la UDAF registra y aprueba en SIGES y SICOIN WEB la regularización y envía copia del CUR a la unidad ejecutora y documentación a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas. Al pasar la Dirección Financiera, ésta recibe el oficio con las boletas bancarias de los ingresos y formulario FF-02, verifica la documentación, elabora y aprueba los CUR's presupuestarios de ingresos y entrega copia de CUR a la unidad ejecutora del fideicomiso y archiva. Así mismo la Dirección de Fideicomisos recibe los estados financieros y traslada fotocopia certificada del Estado revisando los estados financieros y procesando la información elabora informes para autoridades superiores y posteriormente archiva. De igual forma la Dirección de Contabilidad del Estado analiza la documentación recibida y cuando procede, elabora y aprueba CUR's contables por operaciones y finalmente archiva.

El presente procedimiento se encuentra esquematizado en el Anexo II del presente trabajo.

3.2.1.3. Procedimiento para el registro contable de la constitución de fondos públicos en fideicomiso financiados con disponibilidades de fideicomisos que ya tuvieron afectación presupuestaria sin constituir extinción

Para desarrollar el presente procedimiento, el fideicomitente o unidad ejecutora del nuevo fideicomiso celebra contrato con el fiduciario para la constitución del nuevo



fideicomiso por lo que se da la apertura de la cuenta bancaria para recibir aportes al patrimonio del fideicomiso. El fideicomiso afectado solicita al banco fiduciario de los fideicomisos anteriores el traslado de fondos a la cuenta del nuevo fideicomiso; el fideicomiso afectado debita la cuenta bancaria y traslada fondos a la cuenta del nuevo fideicomiso y remite documentación soporte a la unidad ejecutora, además, remite a la Dirección de Fideicomisos la fotocopia de la nota de débito enviada por el banco fiduciario; así mismo, remite a la Dirección de Fideicomisos una fotocopia de la nota de crédito enviada por el banco fiduciario del nuevo fideicomiso y fotocopia de la escritura del fideicomiso; por lo que la Dirección de Contabilidad del Estado recibe la fotocopia de la nota de crédito y de la nota de débito así como la escritura del fideicomiso y por último archiva y la Dirección de Contabilidad del Estado elabora CUR's contables para registrar el nuevo fideicomiso, actualizando el valor del fideicomiso debitado, por lo que finalmente archiva.

En la práctica la misma Contraloría General de Cuentas asegura que ésta práctica complica aun mas la fiscalización de los nuevos fideicomisos públicos relacionados, ya que uno de los problemas para la auditoría es que el contrato entre el Ministerio y el banco es de carácter privado y la Contraloría solo puede pedir cuentas a través del primer fideicomiso público, porque lo constituye y no de manera directa la entidad financiera.

El procedimiento anteriormente desarrollado se encuentra representado en el Anexo III del presente trabajo.



3.2.1.4. Procedimiento para el registro de la ejecución de gastos de los fondos públicos en fideicomiso en forma contable, que fueron financiados con disponibilidades de fideicomisos que ya tuvieron afectación presupuestaria

El Manual cuenta con el presente procedimiento, para lo cual la unidad ejecutora inicia instruyéndole al banco fiduciario la ejecución de los gastos ejecutando el banco los gastos con fondos del fideicomiso y con intereses de otros productos, registrando los ingresos por préstamos concedidos, intereses y otros productos generados, operando registros contables internos, elaborando cuenta corriente mensual de préstamos y estados financieros enviando la ejecución de pagos e ingresos, notas de crédito o boletas de depósito certificadas de intereses y otros productos generados, cuenta corriente mensual de préstamos, estados de cuenta bancarios a la unidad ejecutora y los estados financieros a la Dirección de fideicomisos, por lo que la unidad ejecutora revisa documentación del gasto, de los ingresos, cuenta corriente mensual de préstamo, estados de cuenta bancarios y documentos certificados de ingresos.

El fideicomitente clasifica, codifica y elabora el resumen de gastos (FF-01) financiados con intereses y otros productos, clasifica codifica y elabora integración de gastos financiados con recursos diferentes e intereses y otros productos; elabora informe mensual de préstamos, formulario (FF-02), elabora informe mensual de inventario de bienes muebles e integración del mismo (FF-03 y FF-04); crea en módulo de inventarios del SICOIN WEB, una unidad administrativa que identifique al fiduciario y si tiene SIGES y SICOIN WEB, registra los gastos financiados con intereses y otros productos a través de la regularización correspondiente.

Si no tiene SIGES y SICOIN WEB, remite a la UDAF formularios FF-01, -FF-02, FF-03 y FF-04, recibida la documentación la UDAF realiza registros en SIGES y SICOIN WEB, por gastos financiados con intereses y otros productos, remitiendo copia de CUR de regularización a la unidad ejecutora. De la misma manera, remite oficio a la Dirección de Contabilidad del Estado, solicitando la elaboración y aprobación de CUR contables por los préstamos recuperados y por los gastos realizados con recursos diferentes a intereses y otros productos, adjuntando documentación de soporte; además envía formularios FF-02, FF-03 y FF-04, así como fotocopia certificada de los estados de cuenta bancarios mensuales, notas de crédito o de boletas de depósito. La Dirección de Contabilidad del Estado revisa, analiza y elabora CUR contable por recuperación de préstamos, por los intereses generados en años anteriores al vigente y por los gastos financiados con recursos diferentes a intereses y otros productos y traslada una copia de los CUR a la unidad ejecutora; la Dirección de Fideicomisos recibe los estados financieros y traslada fotocopia a la Dirección de Contabilidad del Estado, revisa los estados financieros, procesa información, elabora informes para autoridades y archiva.

Cuando procede, la Dirección de Contabilidad del Estado realiza ajustes con fotocopia de estados financieros y fotocopia certificada de estados de cuenta bancarios, y notas bancarias y formularios FF-03 y FF-04, elabora los CUR contables y finalmente archiva.

El presente procedimiento se encuentra representado en el Anexo IV del presente trabajo de investigación.



El Manual actualmente vigente contiene una serie de procedimientos esquematizados, pero en relación a la ejecución de los fideicomisos públicos en sí, no en cuanto a la creación misma de esta figura mercantil; por lo que amerita señalarlos de ineficaces e inválidos por no cumplir con los requisitos indispensables para que una figura como lo es el fideicomiso funcione correctamente, puesto que dentro de las características del mismo resalta ser un contrato solemne el cual necesariamente debe constar en una escritura pública y la misma ser posteriormente registrada; por lo que se puede observar desde su origen, que esta nueva figura que adopta la administración estatal no es viable. Además por ser el Manual que los rige una norma material más no formal, éste no es de cumplimiento obligatorio para las partes que intervienen en esta figura.



CAPÍTULO IV

4. Ejecución de los fideicomisos públicos

De conformidad con la naturaleza propia de los fideicomisos, siendo una institución mercantil, son los bancos constituidos como fiduciarios los encargados de llevar a cabo la ejecución de los fideicomisos, no obstante, en esta figura aplicada al ámbito público cuenta con algunas variantes, ya que intervienen otras instituciones, en este caso la Dirección de Fideicomisos, adscrita al Ministerio de Finanzas Públicas.

4.1. Función del Ministerio de Finanzas Públicas con relación a la gestión de los fideicomisos públicos

El Ministerio de Finanzas Públicas cuenta dentro de la estructura organizacional del Viceministerio de Transparencia Fiscal y Evaluación con la Dirección de Fideicomisos, la cual fue creada con base al Artículo 35 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece lo relativo al Ministerio de Finanzas Públicas, en dicho Artículo se regula en el literal “r) Gestionar la constitución, en cualquiera de las instituciones del sistema bancario nacional, de los fideicomisos... así como reglamentar, registrar y controlar su operación”.

En cuanto a la Dirección anteriormente mencionada, basado en el Artículo previamente citado, de conformidad con el Artículo 52 del Acuerdo Gubernativo 394-2008, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, establece: “La

Dirección de Fideicomisos es la dependencia del Ministerio de Finanzas Públicas, designada como órgano rector en materia de fideicomisos por lo que le corresponde gestionar la constitución, operación, extinción y liquidación de los fideicomisos establecidos con recursos del Estado; así como fondos y otros Instrumentos financieros para la ejecución de los programas del Gobierno Central, regulando, registrando y controlando su operación”.

Esta Dirección tiene a su cargo:

- a) Formular propuestas de política, normas y procedimientos de constitución, operación, extinción y liquidación de fideicomisos para ejecución de programas y proyectos.
- b) Asimismo solicitar, con la periodicidad que establece la ley, información cuantitativa (física), cualitativa y financiera de fideicomisos por fideicomitentes, unidades ejecutoras y fiduciarios.
- c) Elaborar y gestionar proyectos de contratos, mandatos especiales, acuerdos gubernativos y ministeriales para constituir, administrar, extinguir y liquidar fideicomisos.
- d) Solicitar auditorías específicas de fideicomisos a la contraloría general de cuentas y firmas independientes, y los informes respectivos.
- e) Elaborar informes semestrales y anuales sobre fideicomisos, y proponer las recomendaciones y acciones pertinentes.
- f) Diseñar e instalar un sistema informático integrado (fideicomitente, unidad ejecutora, fiduciario y Ministerio de Finanzas Públicas), de análisis y seguimiento

sobre la administración de los recursos financieros y ejecución de programas y proyectos.

- g) Mantener registro actualizado documentación legal, administrativa, financiera y de avance de programas y proyectos en ejecución.
- h) Emitir opiniones constitución, modificación y otros aspectos de fideicomisos.

4.2. Responsables de la ejecución de los fideicomisos públicos

En coordinación con el Banco fiduciario, las unidades ejecutoras, tienen a su cargo la ejecución de los fideicomisos públicos.

La existencia de una unidad ejecutora no exime al Fiduciario de las responsabilidades que por ley le atañen.

4.3. Responsables de la fiscalización de los fideicomisos públicos

Corresponde a la Contraloría General de Cuentas, entidad fiscalizadora del Estado, según la Constitución Política de la República de Guatemala, es una institución técnica, descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas.

Los fideicomisos constituidos en los bancos del sistema con fondos del Estado de Guatemala, para ejecutar programas o proyectos contenidos en el presupuesto general

del Estado, corresponde a la Contraloría General de Cuentas ejercer la fiscalización sobre todas las operaciones de los fideicomisos estatales, el cual rendirá el informe correspondiente al Ministerio de Finanzas Públicas y a la unidad ejecutora responsable

El Decreto No. 31-2002 del Congreso de la República, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, regula en su Artículo 2. Ámbito y Competencia. “Corresponde a la Contraloría General de Cuentas la función fiscalizadora en forma externa de los activos y pasivos, derechos, ingresos y egresos y, en general, todo interés hacendario de los organismos del Estado, entidades autónomas y descentralizadas, las 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 que haga colectas públicas, de empresas no financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación, así como las empresas en que éstas tengan participación”.

En este caso, los bancos y sociedades financieras no son de su jurisdicción; sin embargo, al momento de la constitución de un fideicomiso de fondos públicos con las entidades financieras, da facultad a la Contraloría a ejercer su función fiscalizadora de la Hacienda Pública.

En los contratos de fideicomisos se regula la contratación de auditorías externas y la facultad del fideicomitente de fiscalizar los fideicomisos a través de su auditoría interna.



4.4. Informe estatal de avances alcanzados desde el año 2008 a la fecha mediante la utilización de la figura de los fideicomisos públicos.

Según datos aportados por el Viceministerio de Transparencia Fiscal y Evaluación del Ministerio de Finanzas Públicas, en relación al informe sobre la Situación de los Fideicomisos Públicos al cierre del Ejercicio Fiscal 2011, presentado en el mes de febrero del 2012 actualmente existen 75 fideicomisos registrados denominados de primer grado, de los cuales el 1% de los mismos se encuentra en proceso de extinción, el 6% se encuentran extintos, el 16% ha vencido su plazo, 15% se encuentran vigentes y corresponden a entidades descentralizadas y un 37% corresponde a la administración central y de la misma manera están vigentes.

El Ministerio de Finanzas Públicas no cuenta con registros de los fideicomisos de segundo grado, es decir, fideicomisos constituidos con recursos de otro fideicomiso, cuya constitución es responsabilidad de los fiduciarios y comités técnicos de los fideicomisos de primer grado.

Según los registros del Ministerio de Finanzas Públicas, la mayor parte de fideicomisos públicos se constituyó en el período 1996-1999. Un total de 17, en el período 2000-2003 y 14, en el período 2004-2007. Según dichos registros, no se han constituido nuevos fideicomisos públicos desde el año 2009.

Se enfrentó dificultad para armar una serie histórica del gasto; sin embargo, no era posible determinar qué fracción del monto trasladado era ejecutado como gasto, menos aún, intentar evaluar el destino de los recursos o la calidad de la ejecución.

En ese tiempo no se contaba ni con información mínima de algunos fideicomisos constituidos en la administración y entidades descentralizadas. Sin embargo, pese a las dificultades encontradas, se logró obtener de los fideicomisos información sobre el gasto ejecutado hasta 2007.

Sin embargo, al 31 de enero del año 2012 se determina que las entidades con mayor número de fideicomisos públicos vigentes son: en el caso de la administración central es el Ministerio de Finanzas Públicas con 30 (25 por sí mismo y 5 en conjunto con otras entidades) seguido del Ministerio de Agricultura, con 13 (11 fideicomisos individualmente y 2 en conjunto con el Ministerio de Finanzas Públicas); en cuanto a las entidades descentralizadas y autónomas, el primer lugar lo ostenta el Instituto Nacional de Estadística, con 6, seguido de la Municipalidad de Santa Catarina Pínula, con un total de 3 fideicomisos constituidos.

En el SICOIN se incluye un reporte específico de gasto público ejecutado por los fideicomisos.

Se sistematiza el esfuerzo arqueológico del Primer Informe, y se logró un inventario completo con información de ejecución de gasto de todos los fideicomisos constituidos

por la administración central, así como fideicomisos constituidos en descentralizadas y autónomas (ej. Municipalidades), de los que se tenía conocimiento.

Se fortaleció el cumplimiento de las normas de ejecución presupuestaria avanzando en transparentar el gasto de los fideicomisos aplicando rigurosamente el sistema de anticipos.

La responsabilidad de la ejecución presupuestaria la tienen las autoridades superiores de cada entidad.

Se estableció la obligación de registrar en el SICOIN el gasto que ejecutan los fideicomisos, así como rendir informes financieros al Ministerio de Finanzas Públicas y a la Contraloría General de cuentas y registrar información en el Sistema Nacional de Inversiones Públicas –SNIP-.

Para 2009, se logra la Consolidación de los Avances e Institucionalización, lo cual se reflejó en el fortalecimiento de las normas de ejecución presupuestaria. Además de las vigentes en 2008, se incluyó la obligación de registrar en los contratos que suscriban los fideicomisos en el módulo informático específico.

Asimismo, cuando el Ministerio de Finanzas Públicas y la Contraloría lo estimen conveniente, deben sujetarse a revisión de las operaciones de los fideicomisos y realizar auditorías externas a los fideicomisos, con cargo a sus productos o patrimonio.

Se dio el uso obligado de GUAATECOMPRAS, así como la obligación de rendir los siguientes informes:

- a) Financieros mensuales al MINFIN y a la Contraloría General de Cuentas.
- b) De ejecución física y financiera de los fideicomisos cuatrimestrales, incluyendo las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios y obras.
- c) De calidad gasto, cuatrimestrales.

En cuanto a la Institucionalización, se creó el Viceministerio de Transparencia Fiscal Evaluación del Ministerio de Finanzas Públicas, con representación en la Comisión para la Transparencia y el Combate a la Corrupción (presidida por el Vicepresidente de la República).

Bajo este Viceministerio, se crearon:

- a) La Dirección de Fideicomisos
- b) La Dirección de Transparencia Fiscal
- c) Subdirección de Contrato Abierto, complementando la Subdirección de Normas Técnicas y Control, en fortalecimiento de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El porcentaje de presupuesto ejecutado a través de los fideicomisos públicos ha sido variable históricamente, pero entre 2006 y 2011 se ha ejecutado en promedio un 8.5% del presupuesto nacional a través de esta figura.

En el presupuesto vigente para el ejercicio fiscal 2012 se contemplan Q.2,317.7 millones asignados para ejecutarse en fideicomiso, distribuidos de la manera siguiente:

- | | |
|-----------------------|---------------------|
| - MI FAMILIA PROGRESA | Q 989.0 mill. 42.7% |
| - FONADES | Q 555.0 mill. 23.9% |
| - FOGUAVI | Q 425.9 mill. 18.4% |
| - FONAPAZ | Q 279.2 mill. 12.0% |
| - Otros | Q 68.6 mill. 3.0% |

Según el Ministerio de Finanzas Públicas, la ejecución de los contratos de fideicomiso no es una ejecución sin control; sin embargo, es necesario hacer énfasis en la naturaleza de los recursos utilizados para la existencia de esta figura, la cual denota la necesidad de un riguroso control externo del manejo de los mismos a fin de determinar su correcta ejecución.

No obstante, los fideicomisos públicos actualmente son una realidad nacional, existe un evidente desorden por la misma falta de una ley que regule el uso de los fideicomisos por el Estado, lo cual ha llevado a un descontrol en cuanto al número de fideicomisos públicos existentes ni cuánto dinero ha pasado por ellos, ya que de conformidad con el informe general sobre la situación de los fideicomisos públicos al cierre del ejercicio fiscal 2011, "la Superintendencia de Bancos, que recibe el reporte del sector financiero del país, da razón de noventa y cuatro fideicomisos públicos; la Contraloría General de Cuentas, encargada de fiscalizar, establece que son ciento dos y el Ministerio de Finanzas Públicas, obligado a llevar la cuenta, asegura que solo son cincuenta y dos

los activos y setenta y cinco si se incluye a los que están en liquidación y vencidos, lamentablemente en ningún caso las cifras coinciden.»²³

En cuanto a los bancos del sistema, que toman el papel de fiduciarios, reportan que al treinta y uno de diciembre del año dos mil once, los fideicomisos del Gobierno Central y de las municipalidades tenían un saldo de tres mil ochocientos sesenta y un millones; sin embargo, a la misma fecha, el Ministerio de Finanzas Públicas asegura que solo es de un mil setecientos cuatro punto cinco millones, y si se suman todos los archivos, asciende a cinco millones ochocientos dieciocho millones.

Según la Contraloría General de Cuentas, a noviembre del dos mil once, el saldo era de cinco mil ciento sesenta punto seis millones, pero en este caso, tampoco coincidieron las cifras.

Además el mismo Ministerio establece que como mecanismo de ejecución, los fideicomisos públicos no son buenos ni malos per se; tienen ventajas e inconvenientes, pueden ser bien o mal utilizados, evidenciando de esta manera la posibilidad de darle un uso incorrecto a esta figura.

Los fideicomisos existentes son una herencia de 36 años, que conforman una realidad compleja por lo que el Ministerio no considera viable su eliminación de tajo; sin embargo, establece que es necesario un análisis caso por caso.

²³Ministerio de Finanzas Públicas, “Situación de los fideicomisos públicos al cierre del ejercicio fiscal 2011”, <http://www.minfin.gob.gt/2011-07-05-18-29-11.html> (12 de enero de 2012).



La postura técnica del Ministerio de Finanzas Públicas es regularlos y homologarlos, para luego en base al análisis minucioso de cada uno de los fideicomisos vigentes se proceda a la extinción de los que la ameriten.



CAPÍTULO V

5. Análisis de la validez jurídica de la creación de fideicomisos públicos en la administración central en Guatemala

Actualmente las instituciones públicas o entes del Estado han venido adoptando una política de modernización que se evidencia dentro de otros aspectos por el compromiso de desarrollar la administración financiera pública como un conjunto de procesos y actividades que se cumplen para programar las finanzas del Estado.

Tal el caso cuando se presentan excedentes de liquidez, se opta por constituir fideicomisos con fondos públicos que apoyan la gestión gubernamental, los cuales son estructurados de acuerdo al Presupuesto General de Ingresos y Gastos de la Nación y cumplir así, con la satisfacción de las necesidades básicas del país.

Todo este proceso de modernización, descentralización y desconcentración del sector público tiene sus bases en los Acuerdos de Paz para optimizar la gestión del gasto público y la administración financiera del Estado. Dicha consideración se encuentra establecida en el Capítulo IV Régimen Financiero de la Constitución Política de la República de Guatemala. Por lo tanto se establece como una necesidad que oriente a ejercer un adecuado control de las finanzas públicas, sobre todo, en los aportes para invertir en proyectos específicos de beneficio colectivo y dentro de éstos, los fideicomisos estatales, los cuales se ofrecen como una figura jurídico-financiera que coadyuva al desarrollo nacional.

Cabe mencionar, que con la modificación de la Ley Orgánica del Presupuesto, se han dado nuevas perspectivas a los fideicomisos constituidos con fondos del Estado de Guatemala, pues se ha superado el sentido que los fideicomisos públicos sólo eran permitidos a través de bancos o instituciones financieras estatales, por lo que con dicha reforma la norma denominada como Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto No. 101-97 del Congreso de la República, faculta a que los fideicomisos se constituyan en cualquier banco del sistema nacional. Se destaca que el enfoque de esta normativa se encamina a su mejor administración y gestión, no obstante se identifica que en esa legislación no se toman en cuenta los aspectos fiscales lo que deja un vacío legal, que también es muy importante resolver; sin embargo, este tema no ha sido abarcado legalmente.

5.1. Análisis jurídico de la eficacia del manual para la administración de fideicomisos en la administración central

La eficacia de las normas jurídicas consiste en la conformidad de la conducta de los destinatarios en el modelo prescrito. La observación de las normas jurídicas cuenta sobre todo con la adhesión espontánea de los destinatarios, aunque aquellos deben contar, en última instancia, con un aparato coercitivo que precisamente refuerce su eficacia, combinando y aplicando sanciones contra los agresores. Así, si una norma jurídica no es espontáneamente observada por los destinatarios y si sus transgresores no son normalmente alcanzados por la sanción prevista, esa norma es ineficaz.

La idea central de la eficacia de las normas jurídicas reside en que las normas son eficaces sólo si existe una determinada relación de correspondencia R entre las normas

y las acciones humanas. Una vez se identifica adecuadamente una norma N y una acción A, la eficacia de N puede determinarse mediante la verificación de la relación de correspondencia R entre N y A. La explicación de la naturaleza de la relación R tal vez sea el tema más ampliamente analizado en la literatura acerca de la eficacia del derecho.

En particular, la noción de aplicabilidad hace surgir una restricción importante puesto que, por una parte, parecería más bien extraño que las normas inaplicables sean susceptibles de eficacia y, por otra, la aplicabilidad parece suministrar un criterio para identificar las acciones susceptibles de confirmar los enunciados acerca de la eficacia de las normas jurídicas.

Sin embargo, debido a la falta de regulación legal, el fideicomiso público cumple, salvo pequeñas variantes, con los procedimientos de un fideicomiso establecido por particulares.

El procedimiento normal para la constitución de un fideicomiso público puede provenir de dos clases de entidades estatales; por un lado las entidades autónomas y las centralizadas o dependientes.

En el caso de las entidades autónomas, su Consejo o Junta Directiva acuerda la constitución del fideicomiso, profiriendo para tal efecto, el Acuerdo correspondiente.

Posteriormente a ello y establecido en el Acuerdo respectivo, el plazo y fin del fideicomiso público, se procede a contratar con un Acuerdo respectivo, el plazo y fin del fideicomiso público, se procede a contratar con un banco del sistema, para que constituyéndose este último como fiduciario, reciba los fondos y derechos por medio de un contrato formalizado ante el Escribano de Gobierno y proceda a ejecutar lo pactado en tal instrumento. Este es el caso, como ejemplo, del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, quien toma la decisión de constituir un fideicomiso a través de su Junta Directiva.

En el caso de una entidad centralizada, como el caso de un Ministerio, el fideicomiso debe plantearlo al Presidente de la República y éste es quien autoriza o no.

En cualquier caso, el responsable de emitir el Acuerdo correspondiente es también cuentadante para los efectos de justificar la utilización de los fondos de inversión en el fideicomiso, así como los fondos provenientes o consecuentes del mismo.

Es necesario resaltar que los fondos que produzca el fideicomiso, ya no tienen formalidad alguna y es la entidad estatal que constituyó la misma que se constituye en fideicomitente, por lo que el destino posterior ya no se encuentra concebido o regulado en ley alguna.

Es esto lo que genera precisamente, la discrecionalidad; entonces, efectivamente e invocando la teoría del derecho administrativo, es un acto no reglado por ley y por tanto es un acto que permite la discrecionalidad de los funcionarios.



Se ha considerado al contrato de fideicomiso, propiciador de la característica números apertus, es decir en cuanto a su libre contratación,

Es posible que la principal problemática a superar por el fideicomiso público en cuanto a su regularización sea esa precisamente, puesto que la corrupción y la falta de una fiscalización pormenorizada, es la que facilita las cosas a las personas individuales que administran la cosa propia, sobre todo en fideicomisos de capital.

Es importante resaltar lo estipulado en el Artículo 156 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece la no obligatoriedad de ordenes ilegales, en cuanto a que “Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito”.

En la emisión de Acuerdos Gubernativos, fraccionamiento de escrituras de constitución de fideicomisos y Reglamentos operativos de los mismos; los funcionarios se arrogan facultades y potestades que no les corresponden y que de acuerdo a la ley, están obligados únicamente al Congreso de la República de Guatemala.

Toda sociedad por medio de su órgano competente, ha creado un marco jurídico compuesto por leyes, lo que constituye un estado de derecho ante el cual los ciudadanos deben comprometerse en respetar y observar, es por ello que se han definido principios jerárquicos o de primacía de la ley, en donde se establece el orden de aplicación de las leyes.

Tanto en la constitución como en la ejecución de los fideicomisos públicos se procede de forma ilegal en la emisión de acuerdos gubernativos que reglamentan la compra, venta, contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieren el fideicomiso, no importando el monto de los mismos y la aplicación de las leyes correspondientes, atribuyéndose estos la facultad de legislar que es competencia del Organismo Legislativo.

5.2. Análisis crítico de la validez jurídica de la creación de fideicomisos públicos mediante la utilización del “Manual para la Administración de Fideicomisos en la Administración Central” creado como un acuerdo ministerial por el Ministerio de Finanzas Públicas.

La creación, ejecución y control de los fideicomisos públicos no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico interno, ya que no existe un cuerpo normativo formal que cumpla con la función reguladora de este delicado tema como lo son los fideicomisos públicos; sin embargo, en cuanto a la nominación de la figura del fideicomiso público, en el derecho guatemalteco, se ha incorporado al ordenamiento jurídico guatemalteco un nuevo instrumento de naturaleza contractual, brindándole a la administración pública un nuevo medio con el cual valerse para la consecución de sus fines.

Es por ello que en los últimos años la administración pública ha optado por ejecutar recursos del erario nacional a través de la utilización de los denominados fideicomisos públicos, no existiendo límites en la ejecución de fondos públicos mediante los fideicomisos públicos y el hecho aislado de que la administración constituya un

fideicomiso no comprende la realización de un nuevo fin u objeto, sino tan solo la utilización de un nuevo medio para la realización de determinados fines, los cuales delimitan a la administración pública en cuanto al principio de especialidad y en este caso, para determinar si un órgano de administración pública puede realizar tal o cual acto o celebrar determinado contrato (dentro de la materia que le compete), se busque el texto legal que autorice expresamente a hacerlo, para lo cual únicamente tiene su fundamento en una norma puramente material, mas no formal, como lo es un Manual creado mediante Acuerdo Ministerial, por el Ministerio de Finanzas Públicas al que una norma ordinaria le da facultad de reglamentar el tema de la gestión de fideicomisos.

Por la naturaleza especial de esta análoga figura, considero insuficiente la norma que faculta a dicho Ministerio a regular un tema tan delicado como lo son los recursos del Estado, de los cuales se debe tener especial atención y cuidado en su manejo, ya que los mismos constitucionalmente son dirigidos al cumplimiento del fin del Estado que es la realización del bien común.

La dificultad mayor radica en la determinación de si los poderes de administración que tienen los órganos jerarcas comprenden la enajenación de bienes pertenecientes a entidades públicas, siendo este un requisito necesario por la característica del contrato de fideicomiso, o si por el contrario sería un acto que excede las facultades de sus administradores. Esto no debe ser visto desde una perspectiva equivocada porque puede llevar a confusiones.



La posibilidad de que un ente administrativo se exceda en el ámbito de su competencia al constituir un fideicomiso, no será por elegir un contrato que está siendo aplicado por los órganos de la administración pública, sino porque este conlleva la enajenación de bienes estatales, lo cual podría ser un exceso en las facultades de administración de los entes públicos.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es el bien común". Por lo tanto, el fin del fideicomiso público no puede menos que pretender dar cumplimiento con lo que la Ley Suprema del Estado manda.

Ésta es una de las principales diferencias entre el fideicomiso público y el constituido por un particular, ya que éste último siempre busca un beneficio personal o de grupo específico; sin embargo, también existen en raras ocasiones personas que constituyen fideicomisos en bien de fines altruistas, como el caso del testamento de Alfredo Nobel, en el cual se constituye un fideicomiso, que año con año entrega premios e incentivos a las letras, la paz y las ciencias.

Salvo estos casos, en que incluso no se busca en forma estricta el bien común, se presenta el fideicomiso constituido por particulares como un contrato de beneficio individual y no social.

Ahora bien, en el caso de los fideicomisos públicos, su fin no puede ser otro que el de procurar el bien común, cualquiera que sea la especie o clasificación del fideicomiso empleado para dar forma al acto jurídico, pero siempre procurando el bien común.

Este es uno de los temas que provoca problemas teóricos a los fideicomisos públicos puesto que no se comprende cómo el Estado puede procurar el bien común en un contrato de derecho privado y sobre todo, con la forma tan alarmante y corrupta en la que se han manejado grandes fideicomisos estatales.

En una entrevista realizada a un personero de la Contraloría General de Cuentas se hizo a una frase de Kiper y Lisoprawski que establece que “El fideicomiso es la forma legal de hacer las cosas mal.”²⁴ Esto, al hacer referencia que a pesar que el fideicomiso público no contradiga la Ley, puesto que no está prohibido expresamente, constituye una de las formas de crear malos manejos de inversión de los fondos públicos.

No obstante lo anterior, el fideicomiso público sí puede procurar el bien común y se hace esta afirmación sobre la base de dos supuestos.

El primero, que este mismo contrato, el de fideicomiso público, logra por un lado, evitarle burocracias inútiles al manejo de fondos y de esta manera, sin concesionar, logra la realización de obras de utilidad pública y por otro lado, se convierte en una de las formas más prácticas para llevar a cabo las obras de infraestructura, este hecho está demostrado en las legislaciones comparadas de México y Argentina.

²⁴Kiper y Lisoprawski, **Ob. Cit**; pág 43.

Sobre los fideicomisos públicos en México, el autor Dávalos expone: “México parece haber sido el país donde los fideicomisos públicos se originaron y alcanzaron el mayor desarrollo. México produjo legislación específica para la categoría de los fideicomisos estatales.”²⁵

En segundo lugar porque si se logra regular de manera adecuada en la ley, con normas jurídicas transparentes que permitan fiscalizar de forma lógica y pormenorizada tanto la inversión que se haga en el fideicomiso, como el destino de los fondos provenientes de tal negocio, a pesar de lo desvirtuado que esté el contrato en cuestión, puede constituir un arma para el desarrollo de obras de infraestructura de tanta demanda en todo tiempo y región del país, además por supuesto, de los logros sociales que pueden efectuarse con la creación de estos fondos.

En fin, la ausencia de regulación específica de los fideicomisos públicos permite que dicha figura surja de forma inescrupulosa y discrecional, basados en simples acuerdos o resoluciones emitidos por los organismos, instituciones y entidades estatales que al momento de trasladar los fondos al banco que funja como fiduciario, privatizan los mismos, al privar del control directo del Estado sobre esa parte del erario nacional que pasa a formar parte de un patrimonio fideicometido, desnaturalizando de esta manera la figura real del fiduciario, porque la administración se delega en comités técnicos de los cuales sus miembros están exentos de presentar declaraciones juradas patrimoniales, pese a administrar fondos públicos multimillonarios, ni están sujetos a la Ley

²⁵ Dávalos Mejía, Carlos Federico, **Ob. Cit**; pág. 454.

deProbidad; ni la transferencia de bienes a una figura como ésta, cumple con lo exigido por la Ley para la Enajenación de Bienes del Estado.

Por otro lado, el patrimonio de los fideicomisos públicos pueden ser ampliados sin necesidad de autorización alguna, además no se ajustan a lo estipulado en la Ley de Contrataciones del Estado, ni mucho menos están sujetos al régimen de seguridad social; ni los comités técnicos ni los bancos fiduciarios están obligados a rendir cuentas sobre su gestión, lo cual implica una evidente necesidad de normalizar la situación, en principio poniendo en orden los fideicomisos públicos existentes a la fecha, para posteriormente proceder a la liquidación de los mismos a fin que el erario nacional sea adecuadamente manejado a través de los procesos legales preestablecidos, logrando de manera definitiva la correcta ejecución de los fondos públicos a fin de lograr cumplir con los fines del estado.



CONCLUSIONES

1. En la legislación guatemalteca, no existe una norma ordinaria específica que regule la institución del fideicomiso con fondos provenientes de recursos del Estado, por lo que su creación se realiza tomando como base lo establecido en el Código de Comercio, utilizando de esta manera un contrato de tipo privado para el manejo de fondos públicos.
2. Los fideicomisos creados con fondos públicos y administrados por bancos privados, no cumplen con los principios de legalidad y transparencia, bajo los que debe actuar la Administración Pública y no se apegan a la realización del bien común, puesto que al no ser controlados por el ente fiscalizador, los recursos económicos pueden ser desviados para intereses particulares.
3. Instituciones de la Administración Pública han optado por ejecutar recursos del erario nacional a través de la utilización de los fideicomisos públicos, no existiendo límites en la ejecución de fondos mediante estos instrumentos, para lo cual se fundamentan en una norma reglamentaria puramente material, mas no formal, que consiste en un Manual creado mediante Acuerdo Ministerial.
4. El Manual para la Administración de Fideicomisos de la Administración Central, es una norma reglamentaria y no ordinaria, que faculta a una persona particular que representa a una entidad pública, para disponer de los recursos estatales,

pasando estos bienes al poder de una entidad bancaria privada y que sean ejecutados sin los medios de control indispensables.

5. Los fideicomisos públicos, cuando se encuentran debidamente normados, pueden evitar burocracias inútiles en el manejo de fondos estatales y de esta manera se puede lograr la realización de obras de utilidad pública, convirtiéndose en una forma práctica para llevar a cabo obras de infraestructura y de desarrollo de un país con recursos escasos como el nuestro.



RECOMENDACIONES

1. Se debe crear una Ley ordinaria específica por parte del Congreso de la República de Guatemala, que establezca los procedimientos de creación y ejecución de fondos del Estado a través de los fideicomisos públicos, Ley a la cual se deben de sujetar todas aquellas instituciones centralizadas, descentralizadas y autónomas que manejen recursos del Estado.
2. En una nueva Ley ordinaria específica para regular el funcionamiento de los fideicomisos públicos, se debe establecer que en su constitución no contengan cláusulas contractuales lesivas a los intereses del Estado y por lo tanto, contrarias a la consecución del fin supremo de alcanzar el bien común de los habitantes y no la satisfacción de intereses personales.
3. El Manual para la Administración de Fideicomisos de la Administración Central para la Creación de los Fideicomisos Públicos en Guatemala, debe ser abrogado como la norma principal para la creación de fideicomisos públicos y al ser creada la Ley ordinaria específica que los regule, debe crearse también un reglamento que desarrolle las nuevas estipulaciones.
4. La Ley ordinaria específica que regule los fideicomisos públicos, debe establecer para los bancos que acepten el manejo de fondos provenientes del erario nacional, aún siendo bancos privados, la obligatoriedad de permitir la

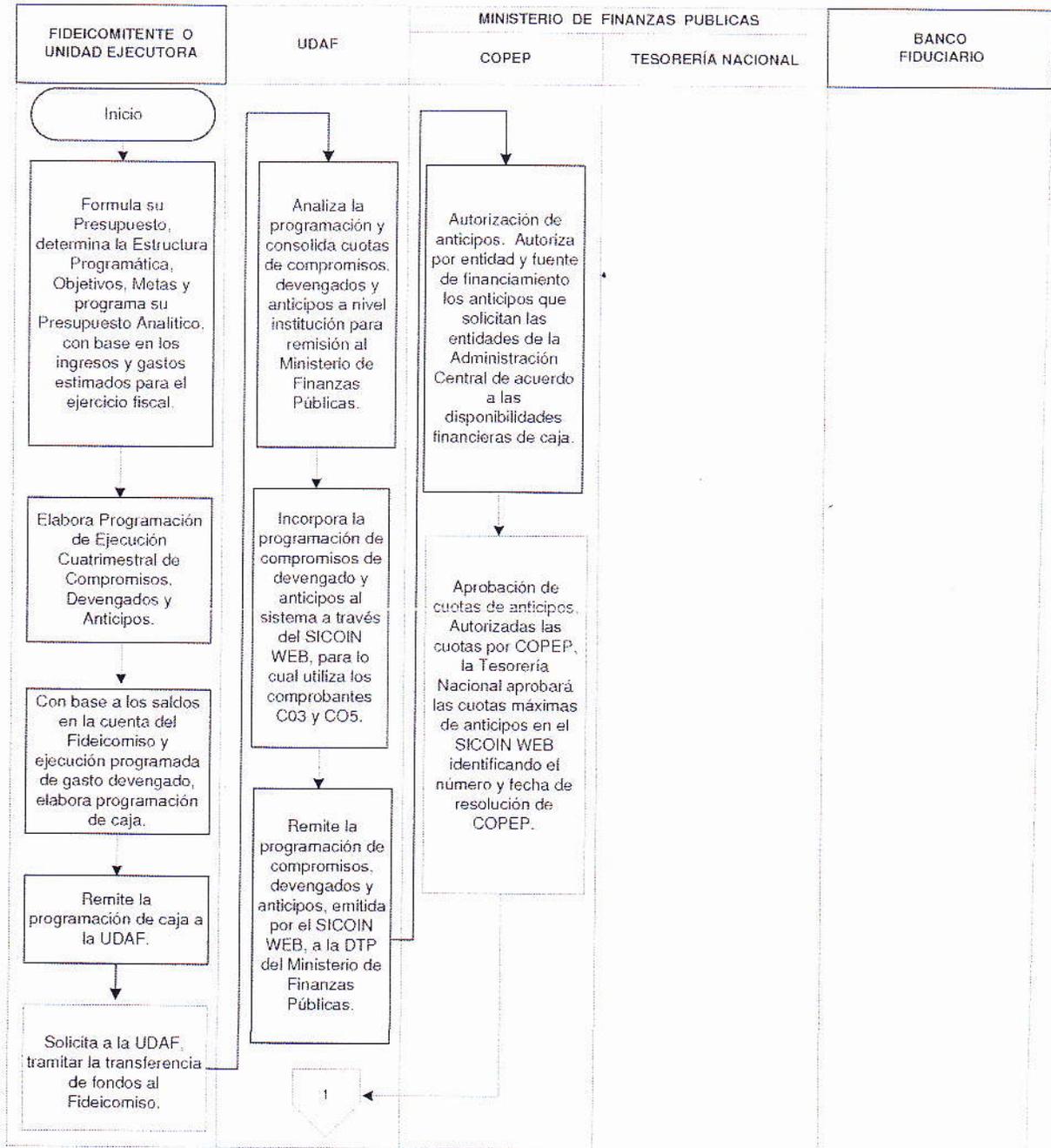


fiscalización y control de la ejecución de los recursos, tanto cualitativa como cuantitativa, por parte de la Contraloría General de Cuentas.

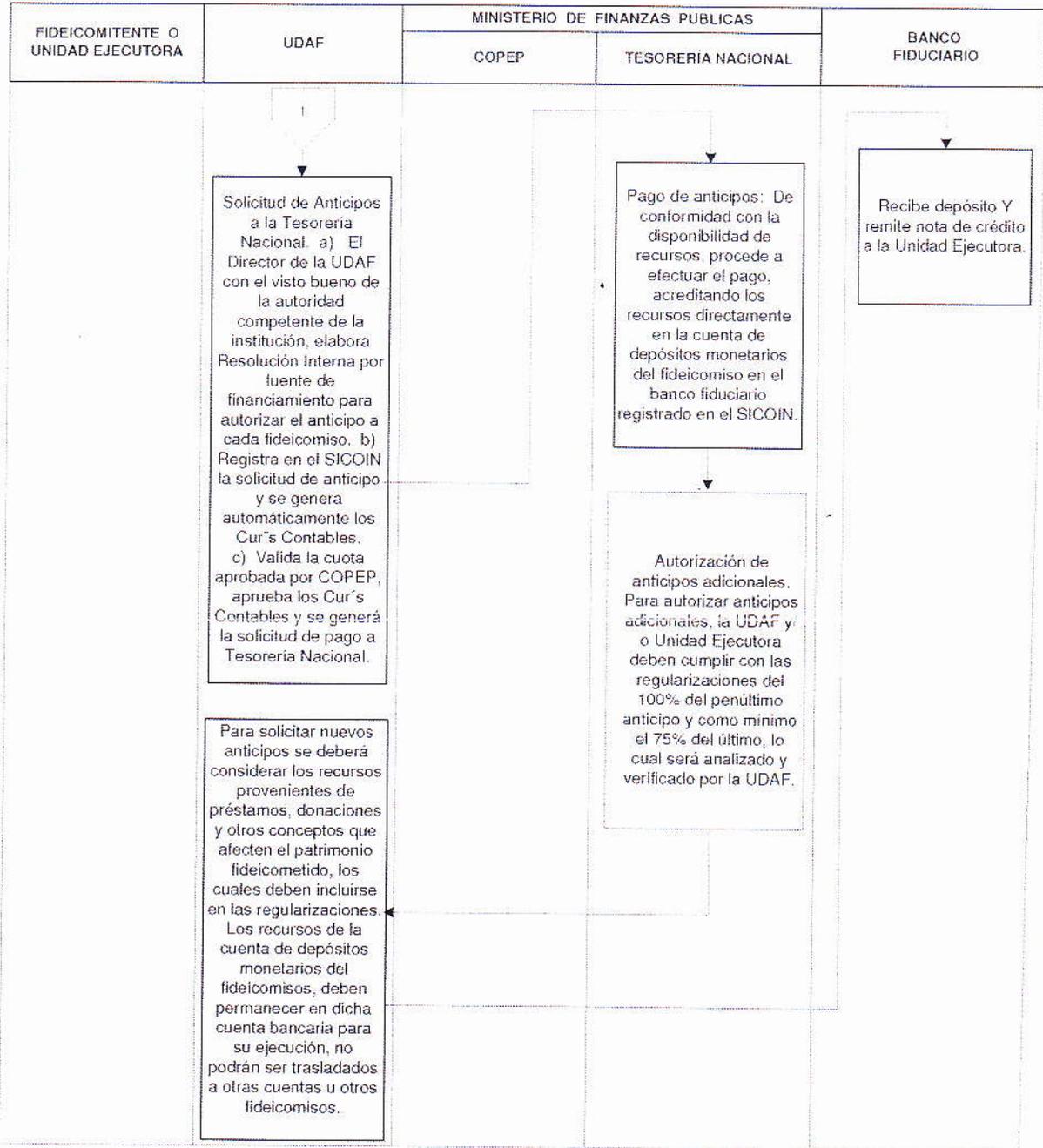
5. La Ley ordinaria para la Creación y Ejecución de los Fideicomisos públicos, debe permitir una fiscalización de forma lógica y pormenorizada tanto de la inversión que se haga en el fideicomiso, como el destino de los fondos provenientes de tal negocio, lo que permitirá en que esta figura se constituya en una herramienta eficiente para el desarrollo de obras de infraestructura nacional.

ANEXO I

A. PROCEDIMIENTO PARA LA FORMULACIÓN DEL PRESUPUESTO, PROGRAMACIÓN Y REPROGRAMACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE FONDOS PÚBLICOS EN FIDEICOMISO

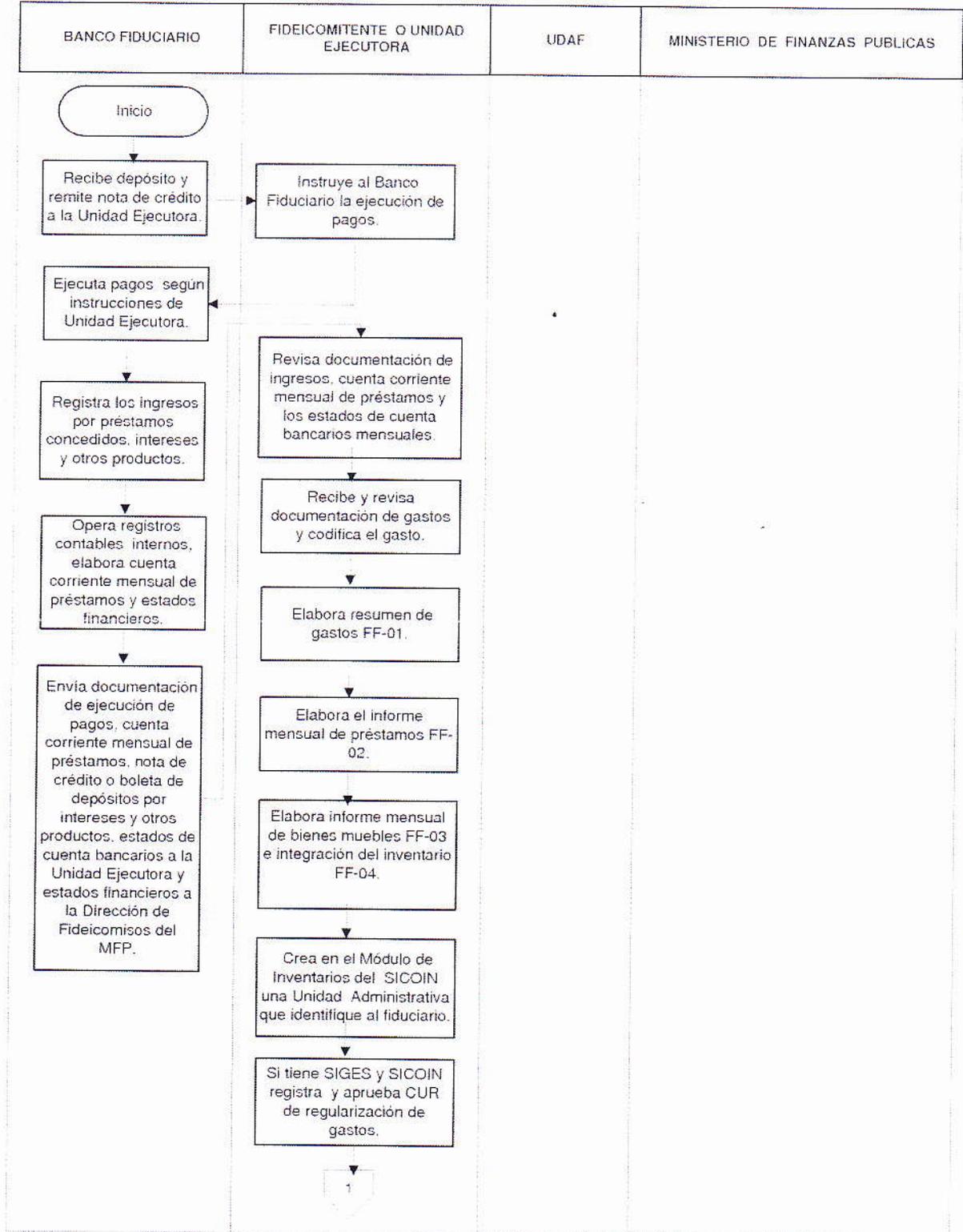


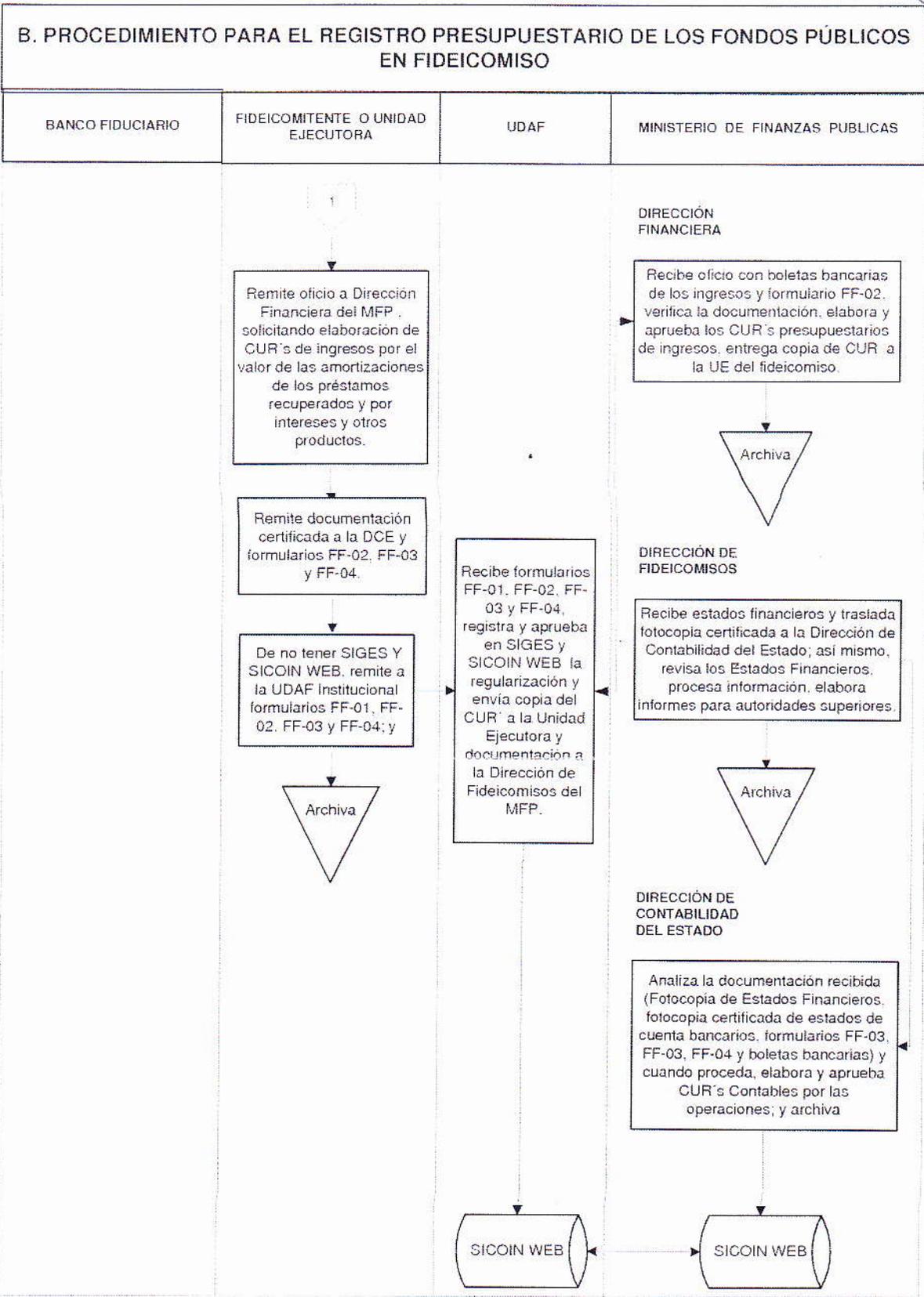
A. PROCEDIMIENTO PARA LA FORMULACIÓN DEL PRESUPUESTO, PROGRAMACIÓN Y REPROGRAMACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE FONDOS PÚBLICOS EN FIDEICOMISO



ANEXO II

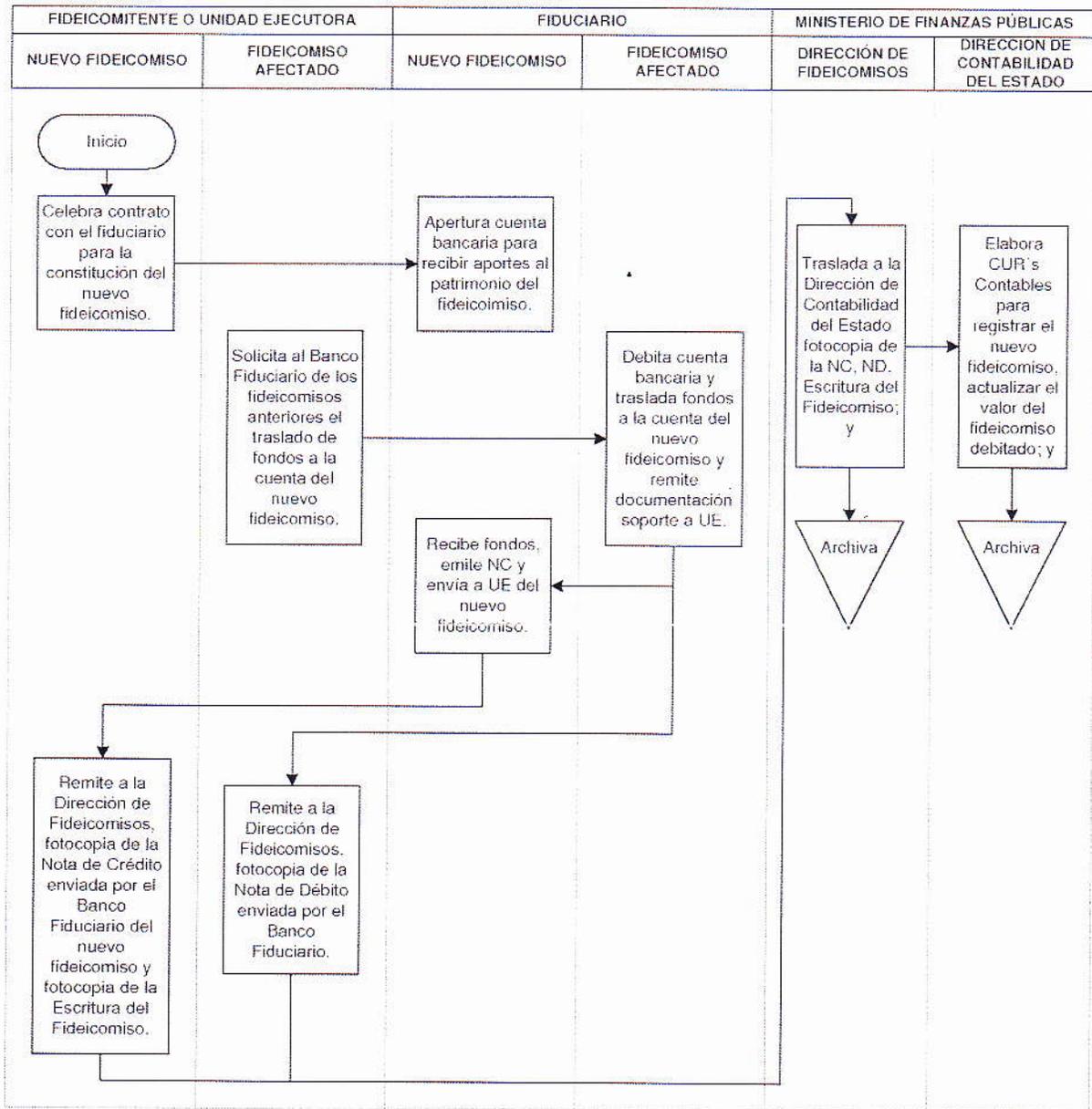
B. PROCEDIMIENTO PARA EL REGISTRO PRESUPUESTARIO DE LOS FONDOS PÚBLICOS EN FIDEICOMISO





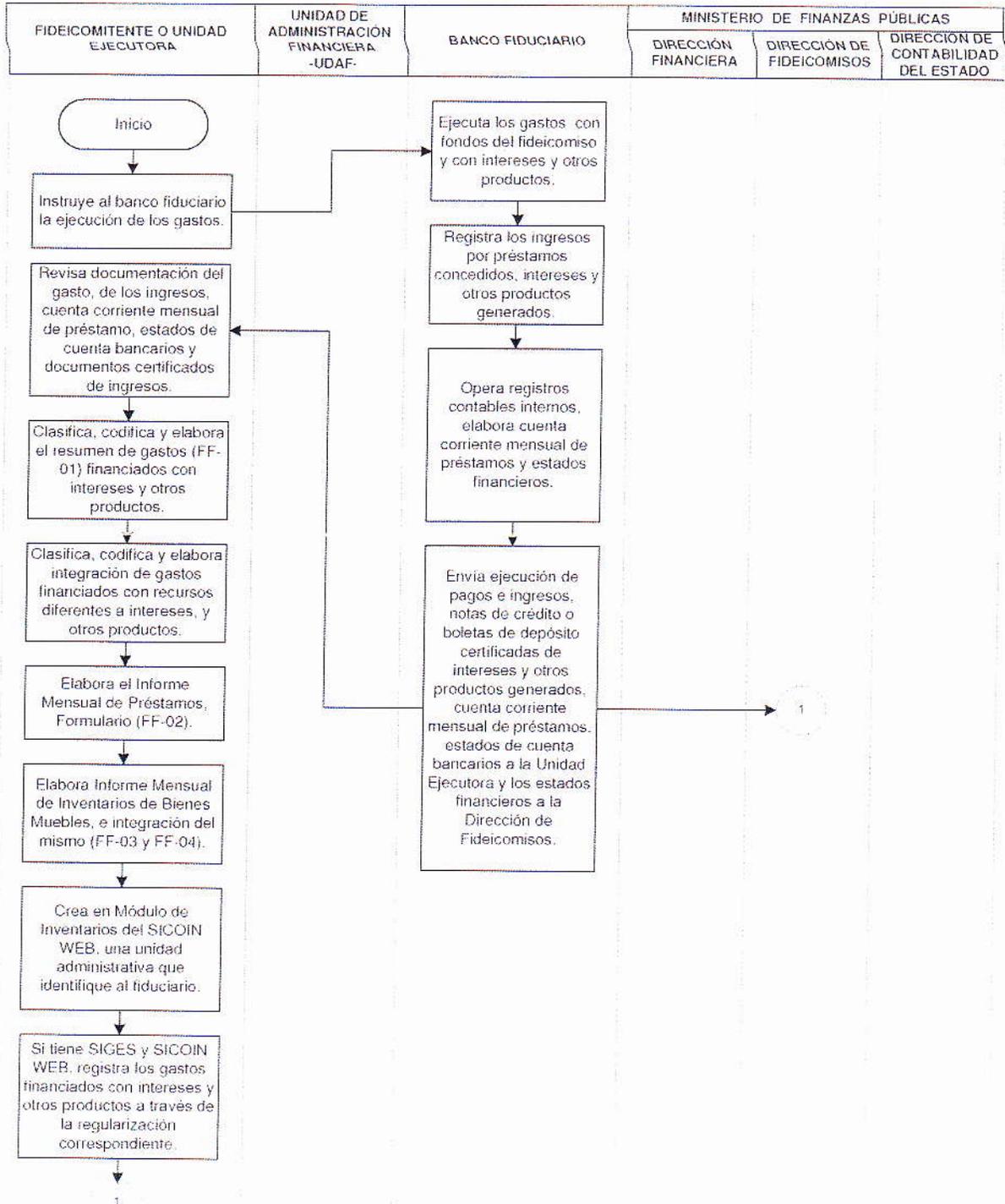
ANEXO III

C. PROCEDIMIENTO PARA EL REGISTRO CONTABLE DE LA CONSTITUCIÓN DE FONDOS PÚBLICOS EN FIDEICOMISO FINANCIADOS CON DISPONIBILIDADES DE FIDEICOMISOS QUE YA TUVIERON AFECTACIÓN PRESUPUESTARIA SIN CONSTITUIR EXTINCIÓN

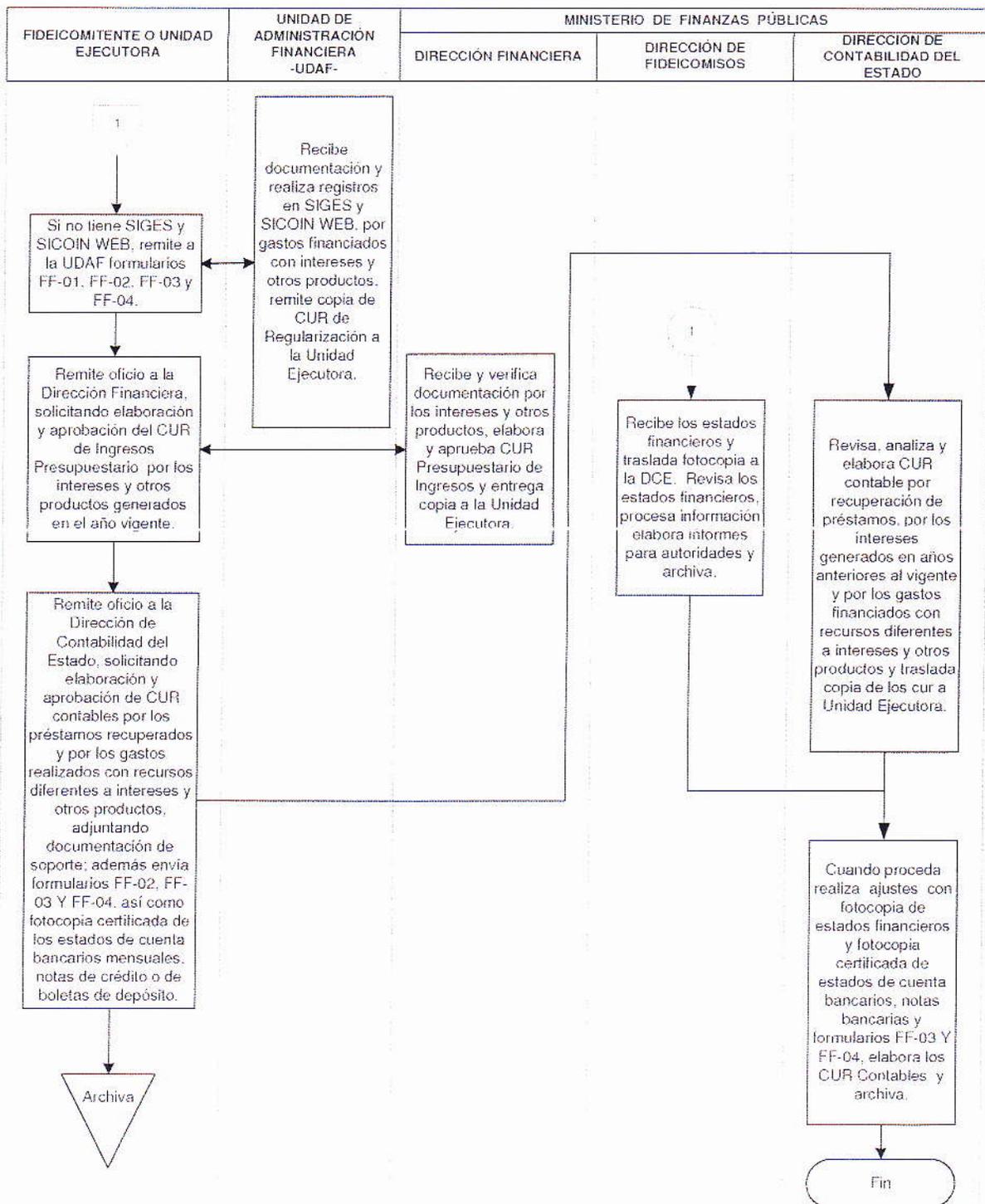


ANEXO IV

D. PROCEDIMIENTO PARA EL REGISTRO DE LA EJECUCIÓN DE GASTOS DE LOS FONDOS PÚBLICOS EN FIDEICOMISO EN FORMA CONTABLE, QUE FUERON FINANCIADOS CON DISPONIBILIDADES DE FIDEICOMISOS QUE YA TUVIERON AFECTACIÓN PRESUPUESTARIA



D. PROCEDIMIENTO PARA EL REGISTRO DE LA EJECUCIÓN DE GASTOS DE LOS FONDOS PÚBLICOS EN FIDEICOMISO EN FORMA CONTABLE, QUE FUERON FINANCIADOS CON DISPONIBILIDADES DE FIDEICOMISOS QUE YA TUVIERON AFECTACIÓN PRESUPUESTARIA







BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario**. 3ra. ed.; México D.F.: Ed. Porrúa, 1983. 511 págs.

BATIZA, Rodolfo. **El fideicomiso, teoría y práctica**. 4ta. ed.; México D.F.: Ed. Porrúa, 1976. 453 págs.

BENELBAZ, Héctor Ángel y Osvaldo Walter Coll. **Sistema bancario moderno**. 2t.; 1ª. ed.; Buenos Aires: Ed. Depalma, 1994. 743 págs.

BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. 3ª. ed.; Bogotá: Ed. Temis, 2007. 288 págs.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 3t, 25ª. ed.; México D.F.: Ed. de Porrúa, 1982. 783 págs.

CAFFERA, Gerardo. **El contrato de fideicomiso**. 1ra. ed.; Uruguay: (s.e.), 2003. 134 págs.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. **Títulos y contratos de crédito**. 4ª. ed.; México D.F.: Ed. Oxford, 2011. 534 págs.

DE PINA, Rafael. **Diccionario de derecho**. 15ª. ed.; México D.F.: Ed. de Porrúa, 1965. 621 págs.

Enciclopedia ilustrada cumbre. 5t.; México D.F.: Ed. Cumbre, S.A, 1976.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 38ª. Ed.; México D.F.: Ed. Porrúa, 1982. 785 págs.



GIRALDI, Pedro Mario. **Fideicomiso**. 1ª. ed.; Buenos Aires: Ed. Depalma, 1998. 195 págs.

GUERSI, Carlos A. **Fideicomiso**. 2ª. ed.; Buenos Aires: Ed. Universidad, 2006. 231págs.

GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil**. 1ra. ed.; Honduras: UNAH, 1975. 375 págs.

KIPER, Claudio Marcelo y Silvio Lisoprawski. **Tratado de fideicomiso**. 1ª. ed.; Buenos Aires: Ed. LexisNexisDepalma, 2004. 831 págs.

MENNEL, Robert L., **Testamentos y fideicomisos**. 1ra. ed., Estados Unidos de América: Ed. West Publishing Co., 1994.198 págs.

Ministerio de Finanzas Públicas. **El ABC de los fideicomisos públicos: ideas básicas y definiciones**. <http://www.minfin.gob.gt/frame.php?url=subsitios/fideicomisos/> (14 de octubre de 2011).

Ministerio de Finanzas Públicas. **Situación de los Fideicomisos Públicos al cierre del ejercicio fiscal 2011**.<http://www.minfin.gob.gt/2011-07-05-18-29-11.html> (12 de enero de 2012).

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires:Ed.Heliasta S. R. L., 1987.797 págs.

PINEDA, Luis Renato. **La transmisión de los bienes en fideicomiso**. 1ª. ed.; Guatemala: (s.e.), 1998. 81 págs.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3t, 3ra. ed.; Madrid: Ed. Pirámide, S.A., 1976. 531 págs.



VILLAGORDA LOSANO, José Manuel. **Breve estudio sobre el fideicomiso**. 3ra. ed.; México, D.F.: Ed. Porrúa, 1997. 340 págs.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 3t.;10ª. ed.; Guatemala: Ed. Magna Terra, 2002. 226 págs.

Legislación:

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

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

Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto 102-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2012. Decreto 33-2011 del Congreso de la República de Guatemala, 2011.

Manual para la Administración de Fideicomisos en la Administración Central. Acuerdo Ministerial 39-2005 del Ministerio de Finanzas Públicas de la República de Guatemala, 2005.