

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



**LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECÍFICA QUE REGULE LOS
FIDEICOMISOS PÚBLICOS**

EDSON IVÁN DURÁN MENÉNDEZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2014

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

**LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECÍFICA QUE REGULE LOS
FIDEICOMISOS PÚBLICOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDSON IVÁN DURÁN MENÉNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2014

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Luis Fernando López Díaz

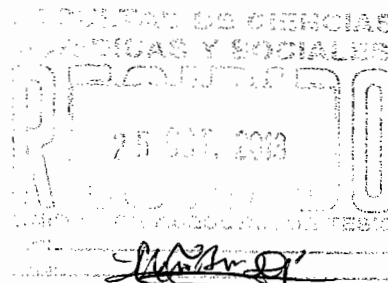
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. OSCAR AMILCAR VELAS LUNA
ABOGADO Y NOTARIO
Décima Avenida nueve guión cero nueve, zona uno.
Oficina seis, segundo nivel, Edificio Sultán.
Teléfono: 4211-7437



Guatemala, 25 de Octubre de 2013.

Doctor:
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Estimado Doctor Mejía Orellana:

Atenta y respetuosamente me dirijo a Usted, en atención a la providencia fechada 29 de agosto de 2013, dictada por la Unidad de Tesis de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que Usted atinadamente dirige y recaída dentro del expediente identificado con el número 20121524, en relación al Trabajo de Tesis del Bachiller EDSON IVÁN DURÁN MENÉNDEZ, con carné 200511189, intitulado **“LA NECESIDAD DE REGULAR LOS FIDEICOMISOS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA CUANDO SE INVIERTEN FONDOS PÚBLICOS POR ALGUNA INSTITUCIÓN ESTATAL”** razón por la cual y en atención al mandato contenido en la resolución aludida procedí a la asesoría del trabajo mencionado, por lo que rindo a Usted mi dictamen en los términos siguientes:

1. La investigación realizada por el bachiller DURÁN MENÉNDEZ, se desarrolló sobre un tema con alto grado de importancia dentro del ámbito jurídico, ya que el mismo trata a fondo el tema de los contratos de Fideicomiso, cuando se encuentran de por medio recursos del Estado y no se establece a ciencia cierta cuál es el manejo de los mismos y de allí la necesidad de regular, -legalmente- la fiscalización de esos contratos y por ende de los fondos estatales.
2. Se resalta el aporte del actual trabajo de tesis como una contribución científica a la doctrina jurídica guatemalteca, ya que contiene las etapas del conocimiento científico.
3. La redacción utilizada durante el desarrollo de la presente tesis es la adecuada. Los objetivos se alcanzaron al establecer que es fundamental crear una Ley de Fideicomisos Públicos, en el sentido que se regule expresamente el Fideicomiso Público en una sola norma y de esa forma promover su fiscalización.
4. Durante el desarrollo del trabajo señalado se utilizaron los siguientes métodos de investigación: Analítico, con el que se estableció que la forma de contratación del fideicomiso es de tipo mercantil; el sintético, se empleó estableciendo que el fideicomiso público no está regulado en la legislación guatemalteca; el inductivo, señaló los problemas que se afrontan en su

LIC. OSCAR AMILCAR VELAS LUNA
ABOGADO Y NOTARIO
Décima Avenida nueve guión cero nueve, zona uno.
Oficina seis, segundo nivel, Edificio Sultán.
Teléfono: 4211-7437



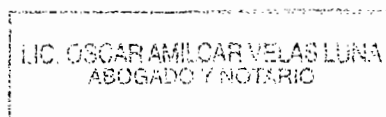
fiscalización y el deductivo fue empleado para dar a conocer la importancia de crear una Ley de Fideicomisos Públicos.

5. Las técnicas que se emplearon en la investigación fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información relacionada con el tema central. Así también el contenido de la presente investigación tiene relación con las conclusiones y recomendaciones, siendo la bibliografía empleada la correcta y relacionada con las citas bibliográficas de los capítulos.
6. Resulta importante resaltar que se aprobó el Plan de Investigación con cuatro capítulos, empero del estudio de los mismos, establecí la necesidad de modificar nombres de temas así como de subtemas, tal y como aparece en el trabajo que se presenta a su consideración, el estimar que de esta manera se trató desde una mejor perspectiva el trabajo de investigación. También cabe resaltar que sugerí al bachiller DURÁN MENÉNDEZ, modificar el nombre del trabajo de investigación, el cual era "LA NECESIDAD DE REGULAR LOS FIDEICOMISOS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA CUANDO SE INVIERTEN FONDOS PÚBLICOS POR ALGUNA INSTITUCIÓN ESTATAL, por el de "LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECÍFICA QUE REGULE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS", en virtud de que este mismo se ajusta más, tanto al trabajo de investigación como a la realidad jurídica de dichos contratos; ya que el título inicialmente dado, origina una serie de reformas a diversas leyes, lo que daría lugar a extender la investigación, empero con el nuevo título se trata de abarcar en un solo cuerpo legal la forma y fiscalización del contrato de fideicomiso.

En razón de lo anterior, estimo procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que el trabajo de tesis asesorado reúne los requisitos contenidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, y en su momento oportuno, debe ser discutido en el examen público de conformidad con las normas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Con muestras de mi más alta estima, me suscribo de Usted, como su deferente servidor.

LIC. OSCAR AMILCAR VELAS LUNA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 8637





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 31 de octubre de 2013.

Atentamente, pase a el LICENCIADO ERICK MISAEL ARROYO CASTILLO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante EDSON MÁN DURÁN MENÉNDEZ, intitulado: "LA NECESIDAD DE REGULAR LOS FIDEICOMISOS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA CUANDO SE INVIERTEN FONDOS PÚBLICOS POR ALGUNA INSTITUCIÓN ESTATAL".

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

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
BAMO/iy.

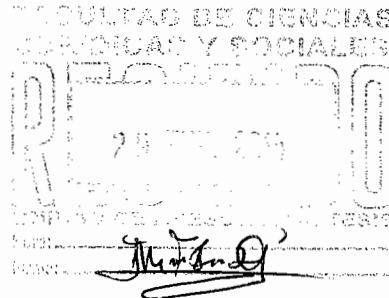


LIC. ERICK MISAEAL ARROYO CASTILLO
ABOGADO Y NOTARIO
10ª. Avenida 9-09 Zona 1
Oficina 6, segundo nivel, Edificio Sultán.
Teléfono: 5413-1212



Guatemala, 27 de Enero de 2014.

Doctor:
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Estimado Doctor Mejía Orellana:

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de revisor del trabajo de tesis del Bachiller EDSON IVÁN DURÁN MENÉNDEZ, con carné 200511189, intitulado "LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECÍFICA QUE REGULE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS", resulta procedente dictaminar respecto a la revisión del mismo, debido a las siguientes justificaciones.

- i. El estudiante EDSON IVÁN DURÁN MENÉNDEZ, en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad apoyándose en el derecho positivo y la doctrina, el análisis jurídico relacionado con la importancia que tienen los fideicomisos que manejan fondos del estado y la necesidad de crear una ley específica que los regule.
- ii. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina, conclusiones y recomendaciones, así como regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales, ordinarias y derecho comparado aplicable a nuestro derecho positivo, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien necesite esa clase de información.
- iii. Se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento de los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por ende el presente dictamen determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente, ya que se pudo verificar su contenido científico y técnico en la elaboración del tema, su técnica, así como los métodos de investigación utilizados fueron los indicados, siendo los mismos: el analítico, sintético, inductivo y deductivo.

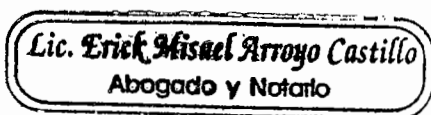
LIC. ERICK MISAEL ARROYO CASTILLO
ABOGADO Y NOTARIO
10ª. Avenida 9-09 Zona 1
Oficina 6, segundo nivel, Edificio Sultán.
Teléfono: 5413-1212



- iv. Al trabajo de tesis se hicieron las recomendaciones necesarias, las cuales fueron atendidas por el estudiante EDSON IVÁN DURÁN MENÉNDEZ. Así también, el autor aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen ya que se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre el mismo.
- v. La redacción utilizada en el desarrollo del tema es la adecuada: las conclusiones y recomendaciones respecto a la necesidad de crear una ley específica que regule los fideicomisos públicos, tienen relación con el contenido del trabajo de investigación. Asimismo la bibliografía utilizada es la correcta y relacionada con el tema.
- vi. En consecuencia, en mi calidad de **Revisor** de tesis me permito emitir **OPINIÓN FAVORABLE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Con muestras de mi respeto, me suscribo de Usted, como su atento y seguro servidor.

LIC. ERICK MISAEL ARROYO CASTILLO
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 6045





USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 12 de marzo de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante EDSON IVÁN DURÁN MENÉNDEZ, titulado LA NECESIDAD DE CREAR UNA LEY ESPECÍFICA QUE REGULE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la fortaleza e iluminación en los momentos de flaqueza guiándome hasta la culminación de mi carrera profesional.
- A MI PATRIA GUATEMALA:** Sea un aporte para su engrandecimiento y desarrollo.
- A MIS PADRES:** Yolanda Menéndez Hernández y Ismael Victorino Durán Galdámez por todo su apoyo.
- A MIS HERMANOS:** Byron, William, Iris y Amílkar, por ser un ejemplo de dedicación y honradez.
- A MIS SOBRINOS:** Christian, Byron Jr., William, Jonathan, Lilian, Sofía, Keneth, con dedicación especial.
- A LOS PROFESIONALES:** Lic. Byron Durán, Lic. Rolando Calvillo, Lic. Rafael Vásquez, Lic. Juan Antonio Carrillo, Lic. Erick Arroyo, Lic. Amílcar Velas con dedicación especial.



A MIS AMIGOS:

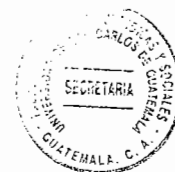
Mario Figueroa, Marco Antonio Alvarado, Ronald Morales, Juan José García, por darme la oportunidad y tenerme confianza, con dedicación especial.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A:

La Gloriosa y Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El fideicomiso.....	1
1.1 Antecedentes históricos.....	1
1.2 Definición de fideicomiso.....	4
1.3 Características.....	6
1.4 Objeto del fideicomiso.....	7
1.5 Elementos integradores de los fideicomiso.....	8
1.6 Clasificación de los fideicomisos.....	11
1.7 Categorías de los fideicomisos.....	13
1.8 Formalidad del fideicomiso.....	14
1.9 Fines del fideicomiso.....	15
1.10 Naturaleza jurídica del fideicomiso.....	16
1.11 Extinción del fideicomiso.....	19

CAPÍTULO II

2. La supervisión y fiscalización de la inversión de los fondos públicos cuando se constituyen en fideicomisos.....	21
2.1 Bienes públicos.....	21
2.2 Fondos públicos.....	23
2.3 Entidades supervisoras y fiscalizadoras de los fondos públicos invertidos en fideicomisos.....	24
2.4 Aspectos legales a observar en los contratos de fideicomiso constituidos con fondos públicos.....	28



Pág.

2.5 Administración de los fideicomisos de fondos públicos.....	29
2.6 Fiscalización de los fideicomisos de fondos públicos.....	30
2.7 Normativa contable de los fideicomisos de fondos públicos.....	33
2.8 Transparencia, integridad, y ética en la administración de los fondos públicos invertidos en fideicomisos.....	34

CAPÍTULO III

3. El contrato de fideicomiso constituido por instituciones estatales.....	39
3.1 Antecedentes.....	39
3.2 El fideicomiso público.....	43
3.2.1 Denominación.....	43
3.2.2 Definición.....	44
3.3 Clasificación del fideicomiso público.....	44
3.4 Naturaleza jurídica del fideicomiso público.....	45
3.5 El bien común y fines del fideicomiso público.....	50
3.6 Constitución legal del fideicomiso público.....	52
3.7 Contratación estatal.....	56

CAPÍTULO IV

4. Ausencia de regulación legal de los fideicomisos en la legislación guatemalteca cuando se invierten fondos públicos.....	59
4.1 Situación actual de los fideicomisos constituidos con fondos públicos.....	60
4.2 Análisis de las normas que regulan y fiscalizan de manera general los fondos públicos invertidos en fideicomisos.....	63
4.2.1 Constitución Política de la República de Guatemala.....	63



Pág.

4.2.2 Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.....	64
4.2.3 Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Decreto 31- 2002 del Congreso de la República de Guatemala.....	65
4.2.4 Ley de Supervisión Financiera, Decreto 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala.....	68
4.2.5 Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto 101-97 del Congreso de la República de Guatemala.....	71
4.3 La necesidad de crear una ley específica que regule los fideicomisos públicos.....	73
4.4 Propuesta de proyecto de ley de fideicomisos públicos.....	75
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se refiere al contrato mercantil del fideicomiso, lo cual es en la actualidad un contrato de gran importancia para la realización de múltiples operaciones financieras, cuya finalidad es de cierto interés social. El fideicomiso viene a ser coadyuvante al impulso del desarrollo económico en general, pues por medio de este contrato el Estado, sus entidades autónomas y descentralizadas y las municipalidades pueden fomentar en magnitud considerable, el comercio, la actividad agropecuaria, la agricultura, la industria, la vivienda, preservar el medio ambiente, las áreas verdes, la infraestructura vial, la educación, la salud, etc.

Ante la falta de una ley específica de fideicomisos públicos, los bienes del erario nacional, se han estado invirtiendo inadecuadamente, al extremo que en varias instituciones del Estado a través de la práctica del contrato de fideicomiso se han desviado fondos o en el peor de los casos se han perdido las inversiones realizadas a través de dicho contrato mercantil.

Es necesario hacer un análisis de la legislación de Guatemala en relación al fideicomiso, sus características y elementos, enfocados en la necesidad de crear una ley específica de fideicomisos públicos para crear los mecanismos que permitan un control más específico y la aplicación correcta de la normativa.

Los objetivos de este estudio entre otros, son: Conocer y analizar la legislación existente respecto al tema de fideicomisos en los que se manejan fondos del Estado, estableciendo con ello la necesidad de crear una ley específica de fideicomisos públicos y así otorgar a la Contraloría General de Cuentas de la Nación y la Superintendencia de Bancos, una herramienta para el cumplimiento de su función fiscalizadora y supervisora respectivamente, cuando se invierten fondos públicos a través del contrato de fideicomiso.



La hipótesis del trabajo fue la siguiente: Es necesaria la regulación de los contratos de fideicomiso, ante la inexistencia de normativa específica a efecto de regular, fiscalizar y controlar el contenido y operación de los fideicomisos, ayudaría a mejorar el control jurídico, contractual, normativo, contable y administrativo de los fideicomisos cuando se invierten fondos públicos por parte de las instituciones estatales. Sin duda es necesaria la creación de una ley específica de fideicomisos públicos, en donde se regule de forma clara y detallada la constitución y operación de los fideicomisos públicos y evitar con ello que se siga con el manejo discrecional de los fondos públicos con esta figura.

En el contenido se emplearon los métodos científicos de investigación, pero también con base en la síntesis y el análisis, y principalmente los métodos de inducción y deducción; el primero fue empleado para ir de lo particular en el estudio del contrato del fideicomiso, hacia lo general de los efectos de éste en la inversión de los fondos públicos. La herramienta fundamental en el desarrollo del presente trabajo, en cuanto a técnicas de investigación se refiere, es el de la observación científica. Pero merecen especial mención la técnica documental y la bibliográfica, con las cuales se pudo recopilar la información para la redacción del punto de contenido en cada uno de los capítulos.

Se ha dividido para su exposición el presente contenido en cuatro capítulos, siendo éstos: El primero, los aspectos fundamentales del fideicomiso; el segundo, la supervisión y fiscalización de la inversión de fondos públicos cuando se constituye en fideicomisos; el tercero, el contrato de fideicomiso constituido por instituciones estatales; y el cuarto capítulo lo constituye el análisis de la ausencia de regulación legal de los fideicomisos en la legislación guatemalteca cuando se invierten fondos públicos.

Es de vital importancia la creación de una ley de fideicomisos públicos para que el Estado de Guatemala pueda dar cumplimiento a los principios constitucionales como lo es la consecución del desarrollo económico de la nación y la realización del bien común para sus habitantes.



CAPÍTULO I

1. El fideicomiso

1.1 Antecedentes históricos

El contrato de fideicomiso tiene sus orígenes en la derecho romano, surge como una disposición de tipo testamentario, es decir, como la manifestación de última voluntad de una persona que se preocupa por la buena administración y manejo de la masa hereditaria que instituye a favor de determinada persona o personas. Atendiendo a consideraciones tales como, edad (que el beneficiario sea aún menor de edad), capacidad (que la persona sea capaz de valerse por sí misma), prevención (para evitar que se pueda dilapidar el haber patrimonial) o la búsqueda de un acrecentamiento del patrimonio (mediante un adecuado manejo e inversión que pueda reeditar beneficios), el dueño original de los bienes y derechos, podía optar por la constitución de un fideicomiso.

Por otra parte se debe tener presente que las instituciones sociales y jurídicas, con el tiempo evolucionan y la aplicación original que pudo haberse concebido se extiende a otros usos y modalidades. Así ha ocurrido en el caso del fideicomiso, debido a su exitoso desarrollo, la práctica mercantil y el reconocimiento legal han permitido que se utilice de manera más amplia y no sólo para disposiciones de índole testamentaria.



Posteriormente surgieron las empresas de fideicomisos en Estados Unidos a principios del siglo XIX cuando se formó en Nueva York la empresa de seguros Farmer's Fire Insurance and Loan Company. Otras agencias de fideicomisos empezaron a aparecer en Nueva York, Boston y Filadelfia, generalizándose a partir de entonces. Un siglo más tarde había en Estados Unidos casi 2,000 empresas de este tipo. Las modernas empresas o compañías de fideicomisos desempeñan muchas funciones habituales de los bancos, y los grandes bancos suelen tener sus propios departamentos de fideicomisos o empresas asociadas.

Entre las funciones específicas de este tipo de empresas hay que señalar las siguientes: recepción de depósitos de dinero fideicomisado, títulos valores y otras propiedades personales de cualquier persona o corporación, y préstamos garantizados con propiedades personales o reales; arrendar, poseer, comprar y transferir cualquier propiedad real necesaria en una transacción de negocios; actuar como fideicomisario ante una emisión de bonos de un Estado o una corporación.

Así como también actuar por orden judicial como depositario, receptor o fideicomisario de la hacienda de un menor; hacerse cargo y gestionar la hacienda real o la propiedad personal de un individuo o una corporación, según las directrices de un juzgado (incluyendo la percepción de rentas, intereses y dividendos derivados de dicha propiedad) comprar, invertir y vender acciones, letras de cambio, bonos, hipotecas y otros títulos valores; y aceptar, en función de los términos establecidos con carácter



testamentario, el nombramiento de albacea o fideicomisario de la hacienda de cualquier persona fallecida.

En Guatemala surge con la Constitución de 1945; posteriormente se legisló de forma ordinaria y se le situó en el Código Civil, Decreto Ley 106; tiempo después se le trasladó al terreno mercantil, emitiéndose el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, por considerarse que es un negocio bancario, por lo mismo del derecho mercantil.

Actualmente el fideicomiso se encuentra regulado en el Artículo 766 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en donde se regula todo lo referente a su constitución, derechos y obligaciones de los sujetos que participan, plazo para operar, nulidad y extinción.

Es factible que se pueda constituir un fideicomiso, inclusive para beneficio del mismo propietario de los bienes y derechos; es decir, que el fideicomitente sea a la vez el fideicomisario, con base en el segundo párrafo del Artículo 769 del Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece que:

“El fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario y el fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso”.



1.2 Definición de fideicomiso

El Doctor René Arturo Villegas Lara, al respecto etimológico de la palabra fideicomiso apunta lo siguiente: “Fideicomiso proviene del latín fideicommissum: Comisión o encargo de confianza, palabra derivada de las raíces fides (fe, fidelidad, lealtad) y commissum (comisión y encargo)”.¹

Según el Instituto de Derecho Mercantil, lo define de la siguiente forma: “El fideicomiso es un contrato por virtud del cual una persona individual o jurídica denominada fideicomitente, transfiere ciertos bienes muebles e inmuebles, derechos o recursos en efectivo, para un fin lícito y determinado, al encomendar la realización de ese fin a una institución fiduciaria, en beneficio de determinada persona individual o jurídica denominada fideicomisario”.²

Sigue mencionando el Doctor Villegas Lara, en su obra ya mencionada define el fideicomiso como: “El negocio jurídico en el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.³

Al formular el anterior concepto usamos los términos negocio jurídico por ser el más genérico ya que el fideicomiso se puede constituir por testamento o por contrato.

¹ Villegas Lara, René. **Derecho mercantil guatemalteco, volumen III.** Pág. 51.

² www.institutodederechomercantil.org

³ Villegas Lara, René. **Ob. Cit.** Pág. 51



Por su parte el Doctor Edmundo Vásquez Martínez, analizando la figura jurídica del fideicomiso lo define como: "El negocio jurídico por el cual una persona (fideicomitente) afecta ciertos bienes a fines determinados, trasmitiéndolos a otra (fiduciario) que, mediante una remuneración, se obliga a realizar únicamente los actos necesarios para cumplir dichos fines".⁴

Asimismo el autor Jorge Barrera Craf indica que: "El fideicomiso es aquel en virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revestirlos a favor del transmitente".⁵

Una definición más se extrae de la obra del Autor Jorge Roberto Hayzus, quien establece que: "Es el negocio jurídico en donde se deja un bien o propiedad con un propósito determinado en beneficio a alguien y en el encargo de un sujeto ajeno quien se encargará de administrar y realizar los actos tendientes al cumplimiento de quien será el poseedor posterior de los bienes".⁶

Es simplemente dejar en encargo unos bienes para que alguien (persona jurídica o persona individual) los disfrute en un tiempo posterior. En otras palabras puedo indicar que el fideicomiso, propiamente dicho, es un mandato irrevocable, en virtud del cual se

⁴ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 83.

⁵ Barrera Craf, Jorge. **Estudios de derecho mercantil**. Pág. 96

⁶ Hayzus, Jorge Roberto. **Fideicomiso**. Pág. 56.



entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega.

Cuando es el Estado, que se constituye como fideicomitente, a beneficios de un tercero, que es el mismo Estado, llamado fideicomisario o beneficiario, en este caso estaríamos hablando de fideicomiso público. Si decimos que es irrevocable, es para que el derecho del fideicomisario no sea ilusorio y para que no lo sean tampoco las facultades del fiduciario.

1.3 Características

A continuación se presentan las características del fideicomiso, siendo las siguientes:

- Es un negocio que puede presentarse como acto unilateral (por testamento) o como acto bilateral (por contrato).

- Es un negocio oneroso. Esta característica deviene de la misma naturaleza mercantil del fideicomiso y se regula en el Artículo 793 del Código de Comercio, en donde se prescribe que el fiduciario tiene derecho a honorarios en compensación por sus servicios, los que serán por cuenta del fideicomitente, del fideicomisario o de ambos a la vez.

- Es un negocio nominado legislativamente.



- Es un negocio típico mercantil.
- Es de forma ad solemnitatem. Debe constar en escritura pública en las dos formas de constitución.
- Es de tracto sucesivo porque la consumación del negocio se prolonga en el tiempo. Como lo establece al Artículo 787 inciso 7 del Código de Comercio, el fideicomiso tiene un plazo máximo de veinticinco años, salvo que se pacte a favor de un incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, en donde no opera dicho plazo.
- Es consensual cuando se formaliza mediante contrato, por lo que esta característica no tiene razón de ser cuando proviene de un testamento.

1.4 Objeto del fideicomiso

Haciendo énfasis en que todo fideicomiso tiene que recaer forzosamente sobre un bien, como lo manifiesta el Doctor Ricardo Joaquín Alfaro en su obra: "La cosa fideicometida es el objeto del fideicomiso, si el bien se destruye, el fideicomiso queda carente de objeto".⁷

⁷ Alfaro, Ricardo Joaquín. **El Fideicomiso**. Pág. 46



De la enunciación efectuada anteriormente del contrato de fideicomiso se concluye que el objeto inmediato es la entrega de la propiedad de un bien para ser administrado; en tanto el objeto mediato puede ser toda clase de bienes o derechos.

Se ha considerado que este objeto, concretamente la cosa, es el objeto indirecto del acto, pues el directo está representado por los efectos o consecuencias de éste.

En conclusión se trata de objeto como cosa, sea bien o derecho, sobre la que recaen los efectos del fideicomiso y en ningún caso objeto como fin u objetivo.

1.5 Elementos integradores de los fideicomisos

Corresponde ahora estudiar los elementos integradores del fideicomiso basándose en lo citado por el autor Raúl Rodríguez Ruiz en su obra, el cual se refiere a los elementos personales, reales y formales para la celebración de este contrato, haciendo la siguiente sub división:

“a) Elementos personales

a.1) Fideicomitente

Es la persona individual o jurídica (cliente) que posee la capacidad legal para enajenar y transferir sus bienes a un fiduciario para que los administre. El fideicomitente podrá



designarse a sí mismo como fideicomisario. En el caso de los fideicomisos de fondos públicos, es el mismo Estado o algún Ministerio del Gobierno. En los casos que el fideicomitente, sea una empresa privada estatal, enfatizamos que no se trataría de un fideicomiso público por que la entidad que lo lleva a cabo tiene carácter privado, aun siendo de propiedad estatal.

a.2) Fiduciario

Es la institución financiera, sea un banco o sociedad financiera privada (administrador), que está facultada legalmente para administrar el fideicomiso.

Un fiduciario debe estar autorizado por el ente supervisor y estar establecido en el país donde el fideicomiso va a operar.

a.3) Fideicomisario o beneficiario

Es la persona individual o jurídica beneficiaria del fideicomiso. En los fideicomisos de fondos públicos es el mismo Estado o un Ministerio del Gobierno. Estos elementos personales desempeñan un papel importante en el desarrollo de las operaciones del fideicomiso de fondos públicos y tienen estrecha relación jurídica, de acuerdo a los lineamientos y estipulaciones del contrato.

b) Elementos reales

Una de las características del fideicomiso es la transmisión de bienes (tanto muebles como inmuebles) y derechos al fiduciario, que son sujetos a inventarios y avalúos, para



afectarlos a fines determinados. Los elementos reales constituyen la materia de los fideicomisos, toda clase de bienes muebles o inmuebles los cuales deben estar en el comercio, existir en la naturaleza, así como que su titular pueda disponer de ellos conforme a derecho.

Pueden ser también materia del fideicomiso los derechos, pero no aquellos que sean estrictamente personales de su titular. El titular del patrimonio fideicometido lo será siempre el fiduciario, con la limitante que los bienes entregados se consideran afectos al fin que se destinan, con las modalidades y limitaciones señaladas en el acto constitutivo del fideicomiso.

c) Elementos formales

c.1) Finalidad

Constituye el propósito, el fin o los fines, la meta o metas, el objetivo o los objetivos que el fideicomitente desea alcanzar con la intervención del fiduciario y conforme a las instrucciones que aquél da a éste en el contrato de fideicomiso, o acto constitutivo del fideicomiso.

El fin o los fines de un fideicomiso de fondos públicos son tan variados, como las necesidades del Estado mismo, al que le urge cubrir aspectos sociales, económicos o financieros, mediante la constitución de un fideicomiso.



c.2) Por contrato

Es necesario que la constitución de un fideicomiso se haga constar siempre por escrito, es decir, en un contrato. El fideicomiso de fondos públicos debe ser siempre expreso, contractual; porque los fondos destinados a la administración por parte de un fiduciario debe constarse en un convenio en virtud del cual se produce o se transfiere una obligación o un derecho, esto constituye el acto constitutivo del fideicomiso. Los elementos fundamentales en un contrato de fideicomiso serán, el fideicomitente y el fiduciario, o sean, respectivamente, el cliente y el banco, y el objeto o materia del negocio, es decir, el patrimonio.

c.3) Por testamento

La constitución de los fideicomisos testamentarios cuyo fin primordial es ayudar a mejorar la planificación patrimonial, hecho que se da en la sucesión del patrimonio hacia herederos u otros beneficiarios, por medio de un testamento”.⁸

1.6 Clasificación de los fideicomisos

Existen diversas clasificaciones en cuanto a los Fideicomisos se refiere, pero se cita la clasificación del autor René Arturo Villegas Lara, quien los clasifica en: Fideicomisos públicos, privados, onerosos y gratuitos.

⁸ Rodríguez Ruiz, Raúl. *El Fideicomiso*. Pág. 68



“a) Públicos

Los fideicomisos de fondos estatales son los que se instituyen tanto para fines de beneficio público como para finalidades de interés social, que es el tema central de esta investigación.

b) Privados

Los fideicomisos privados se crean para beneficio y utilidad de personas individuales o jurídicas determinadas.

c) Onerosos

En toda clase de operaciones mercantiles al transmitir bienes en la forma de fideicomiso se puede hacer a título oneroso, que supone que los honorarios del fiduciario así como créditos y gastos del mismo fideicomiso, que pueden ser pagados por el fideicomitente o el fideicomisario, o ambos.

d) Gratuitos

Los gratuitos se constituyen cuando el fiduciario se compromete expresamente a prestar sus servicios sin ningún costo”.⁹

⁹ Villegas Lara, René. **Ob. Cit.** Pág. 53



1.7 Categorías de los fideicomisos

Estas varían de acuerdo a su naturaleza y a lo que establece cada uno de los contratos contenidos en su escritura de constitución, también por su función o finalidad inmediata de los bienes fideicometidos y la función que en relación a ellos cumple el fiduciario, en este caso se cita la categorización que hacen referencia los autores M. Kiper Claudio y Silvio V. Lisoprawki, de la forma siguiente: Fideicomisos de administración, de inversión, de garantía y mixtos.

“a) De administración

La finalidad de este fideicomiso consiste en que el fiduciario es el encargado de la custodia y manejo del patrimonio fideicometido en provecho del beneficiario que haya designado el fideicomitente de los bienes.

b) De inversión

Este tipo de fideicomiso estriba en que el fiduciario juega un papel importante, tanto en la acción de invertir con provecho como en la de administrar un patrimonio. Sus características son representativas en operaciones financieras y bancarias, ya que el fiduciario capta sumas de dinero de los fideicomitentes y las destina, por instrucciones expresas de éstos, a hacer inversiones, por ejemplo en títulos valores, depósitos a plazo e inmuebles.



Dichas inversiones son económicamente productivas para el fideicomisario o beneficiario, que en la mayoría de los casos resulta ser el mismo fideicomitente.

c) De garantía

Se ha utilizado en la práctica como sustitutivo de la hipoteca y su finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye. En este tipo de fideicomiso el fiduciario recibe la titularidad de los bienes fideicometidos y los conserva hasta que se cumpla la obligación garantizada con su constitución. En este caso la garantía podría ser, por ejemplo, los lotes o las casas de un proyecto habitacional. Este tipo de fideicomiso no es habitual en el gobierno.

d) Mixtos

Este tipo de fideicomiso es frecuentemente en la práctica y son aquellos que participan, simultáneamente de una o varios fideicomisos clasificados con anterioridad; es decir, sus finalidades consisten en labores de inversión, de administración y de garantía, en forma simultánea".¹⁰

1.8 Formalidad del fideicomiso

La formalidad para constituirse los fideicomisos está estipulado en el Artículo 771 del Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de

¹⁰ M. Kiper, Claudio y Silvio V. Lisoprawki. **Tratado del fideicomiso**. Pág. 516.



Guatemala. “Contrato de fideicomiso: El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de los bienes”.

A pesar de estar regulada la necesidad de constituirse en escritura pública, el fideicomiso puede constituirse en documento privado, así como sus modificaciones, conforme lo establecido en el Artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto 34-96 del Congreso de la República de Guatemala. El valor es el que consta en el documento, el cual no podrá ser inferior al que conste en los registros públicos, matrículas, catastros o en los listados oficiales.

1.9 Fines del fideicomiso

Los fines que puede tener la constitución de un fideicomiso son tres:

- Garantizar el debido cumplimiento de un fideicomiso
- Asegurar la adecuada administración de bienes,
- Invertir los recursos.

Como menciona el autor Roberto Álvarez Paz respecto a los fines del fideicomiso: “A cada uno de estos fines, resulta lógico que también corresponda una clase de fideicomiso. Por tanto, para cada clase de fideicomiso constituido tendrá su respectiva finalidad específica”.¹¹

¹¹ Paz Álvarez, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. Págs. 108,109.



1.10 Naturaleza jurídica del fideicomiso

En relación con la naturaleza jurídica del fideicomiso se establece que la legislación es poco clara para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, los pocos artículos que se ocupan del fideicomiso y que desde su origen lo regulan, no proporcionan mucha luz acerca de cómo puede ser clasificado, lo que ha dado polémicas sobre el tema.

A continuación se presentan las teorías, que explican la naturaleza jurídica del fideicomiso: Teoría del mandato, teoría del patrimonio de afectación; y teoría del desdoblamiento de la propiedad.

a) Teoría del mandato

Respecto de la teoría del mandato corresponde al Doctor Ricardo Joaquín Alfaro, jurista panameño, hacer un análisis del fideicomiso, al que consideró una especie de mandato. Señala este autor citado por José Manuel Villagorda Lozano que: "Como lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra".¹²

De lo citado anteriormente, la teoría del mandato indica que el fideicomiso es un mandato, ya que el fiduciario y el fideicomitente de un fideicomiso se constituyen en

¹² Villagorda Lozano, José Manuel. *Doctrina general del fideicomiso*. Pág. 87



mandatario y mandante respectivamente; además de lo referido en el fideicomiso se realiza una transmisión de bienes, mientras que en el mandato, el mandante no transmite derechos al mandatario para que produzca efectos la representación que implica este acto jurídico.

b) Teoría del patrimonio de afectación

Algunos autores entre ellos Pierre Lepaulle citado por José Manuel Villagorda Lozano, considera a la teoría del patrimonio de afectación, de la siguiente forma: "Como el patrimonio afecto a un fin, como la esencia del fideicomiso, siendo que es efecto del contrato constituido y no el contrato mismo, el trust es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación".¹³

La teoría del patrimonio de afectación se fundamenta en los derechos patrimoniales de las personas, y como una afectación patrimonial debido a que en el fideicomiso la base del mismo es la transmisión de bienes a un fin específico.

c) Teoría del desdoblamiento de la propiedad

Los lineamientos que prevalecen en el ámbito legal, le permiten contemplar a Manuel Lizardi Albarán citado por José Manuel Villagorda Lozano, como un desdoblamiento de

¹³ Villagorda Lozano, José Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 92



la propiedad; al indicar que: “La posible división del derecho de propiedad en dos derechos reales, el fiduciario titular de uno y el fideicomisario del otro; se caracteriza al derecho real de que es titular el fideicomisario, como aquel que tiene un contenido económico con validez erga omnes, que se encuentra íntimamente ligado al fin propuesto mediante el fideicomiso al grado de poder confundirles y porque si bien no obstante es el fiduciario el que en forma directa ejerce el dominio sobre los bienes objeto de relación, el fideicomisario puede, en los casos legalmente establecidos, perseguirlos y aún reivindicarlos para ser restituidos al fondo del fideicomiso”.¹⁴

La teoría explica que es un desdoblamiento del derecho de la propiedad, que consiste en que, para un determinado bien, se tienen dos titulares: El fiduciario que tiene la titularidad jurídica y el fideicomisario la titularidad de carácter económico, en síntesis, cada teoría hace énfasis en alguno de los elementos del fideicomiso.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso en Guatemala, actualmente se encuentra regulado en el Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, y que sigue la teoría del patrimonio de afectación, de acuerdo a lo que preceptúa en su Artículo 766 el cual, establece:

“El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados”.

¹⁴ Villagorda Lozano, José Manuel. *Ob. Cit.* Pág. 98



1.11 Extinción del fideicomiso

Es conveniente precisar los casos en que puede extinguirse el fideicomiso, para ello se cita el Artículo 787 del Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece: "Extinción del fideicomiso. El fideicomiso termina:

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



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

Por otra parte, el Artículo 792, establece que: “el documento constitutivo del fideicomiso y la traslación de bienes en fideicomiso, al fiduciario, estarán libres de todo impuesto. Igualmente, la devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente, a la terminación del fideicomiso”.



CAPÍTULO II

2. La supervisión y fiscalización de la inversión de los fondos públicos cuando se constituye en fideicomisos

2.1 Bienes públicos

Se cita la siguiente definición de bienes públicos: “Un bien público es aquel que pertenece o es provisto por el Estado a cualquier nivel: gobierno central, municipal o local, por ejemplo, a través de empresas estatales, municipales, etc. En general, todos aquellos organismos que forman parte del sector público”.¹⁵

El Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula lo referente a los bienes del Estado y establece que: “Son bienes del Estado:

a) Los de dominio público;

b) Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley;

¹⁵ <http://es.wikipedia.org> (24-09-2013)



- c) Los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas;

- d) La zona marítimo terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala;

- e) El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo;

- f) Los monumentos y las reliquias arqueológicas;

- g) Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter privado que las leyes asignen a las entidades descentralizadas y autónomas; y

- h) Las frecuencias radioeléctricas”.

Como se establece en el inciso g) de este Artículo, los ingresos tanto fiscales como de carácter privado que sean asignados a cualquier institución, son parte del Estado, estos bienes aunque con ocasión de la constitución de un fideicomiso pasen a manos de entidades privadas constituidas como fiduciarios, estos continúan perteneciendo al Estado, lo que son objeto de fiscalización y control por parte de los entes encargados.



2.2 Fondos públicos

Serán fondos públicos aquéllos que pertenezcan a los entes públicos, por cuanto queda claro que aquellos valores que sean dados a esos entes, como por ejemplo una garantía de participación, por ese sólo hecho no adquiere el carácter fondo público, como sí sucede cuando se ejecuta y entra a pertenecer a la administración. Lo anterior no agota un examen de lo que se debe entender por fondos públicos, donde podrá ser considerado también el criterio de origen y fuente de los ingresos.

Doctrinariamente señala el autor Guiliani Founrouge que es: “Conjunto de dineros y valores existentes en el erario público; y además, las obligaciones activas a favor del Estado y las corporaciones públicas, como impuestos y derechos pendientes de pago”.¹⁶

Haciendo referencia al tema de los fondos públicos, en un sentido amplio son Las entradas que obtiene el Estado, preferentemente en dinero, para la atención de las erogaciones determinadas por exigencias administrativas o de índole económico social.

Por su parte José María Martín, respecto a los fondos públicos señala que es: “Toda riqueza devengada a favor del Estado y acreditada como tal por su tesorería todo caudal que afluya a una entidad pública, en virtud del ejercicio financiero de ésta destinada a la realización de los fines de ella. Los ingresos públicos provenientes de

¹⁶ Founrouge, Giuliani. **Derecho financiero, volumen I.** Pág. 194.



diversas fuentes (por ejemplo, uso de bienes patrimoniales, impuestos, tasas, contribuciones especiales, crédito interno y externo”.¹⁷

Como se deriva de lo hasta aquí consignado, el carácter público de los fondos o recursos se encuentra legal y doctrinariamente relacionado al concepto de propiedad que tiene el Estado respecto del fondo o recurso, esa propiedad de los fondos que tiene el Estado hace que se vuelvan a integrar al patrimonio público, o sea en obras de beneficio social y así cumplir con sus fines.

2.3 Entidades supervisoras y fiscalizadoras de los fondos públicos invertidos en fideicomisos

De acuerdo a las leyes específicas de cada una de estas instituciones, se ha establecido el papel que juegan para la supervisión y fiscalización de los fideicomisos constituidos con fondos del Estado de Guatemala, las siguientes:

a) La Superintendencia de Administración Tributaria

La Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria, Decreto número 1-98 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 3 referente a objetos y funciones, en el inciso a), establece que entre otras atribuciones, le corresponde:

¹⁷ Martin, José María. **Introducción a las finanzas públicas**. Págs. 105,106.



“Ejercer la administración del régimen tributario, aplicar la legislación tributaria, la recaudación, control y fiscalización de todos los tributos internos y todos los tributos que gravan el comercio exterior, que debe percibir el Estado, con excepción de los que por ley administran y recaudan las municipalidades”.

Está claro entonces que Superintendencia de Administración Tributaria fiscaliza en materia tributaria, las operaciones del fiduciario, así como del fideicomiso propiamente dicho.

b) La Superintendencia de Bancos

Constitucionalmente la Superintendencia de Bancos organizada conforme a la ley, es un órgano de banca central, eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y las demás entidades que otras leyes dispongan, esto lo establece el Artículo 1 de la Ley de Supervisión Financiera, Decreto número 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Adicionalmente el Manual de Instrucciones Contables para Bancos y Financieras, vigente, que prevé controlar el efectivo y el total de activos entregados por el fideicomitente al fiduciario, en las cuentas numeradas. Las obligaciones por



fideicomisos y bienes en fideicomisos, dan la pauta que la Superintendencia de Bancos sí está obligada a fiscalizar las operaciones relacionadas con los fideicomisos que administran los bancos del sistema por su propio carácter vigilante y fiscalizador, porque cuando se está realizando la labor de auditoría se examinan los saldos y movimientos de dichas cuentas, automáticamente se está realizando la labor de fiscalización que le compete.

Como los bancos y sociedades financieras privadas actúan como fiduciarios de un fideicomiso, por ley están obligados a dar cuenta a la Superintendencia de Bancos de sus actos y negocios, por lo que supervisará en materia financiera las operaciones del fiduciario, al abarcar respecto de los contratos y las cuentas de orden del fideicomiso. Según la Ley de Supervisión Financiera, la Superintendencia de Bancos velará porque las personas sujetas a su vigilancia e inspección cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a liquidez, solvencia y solidez patrimonial.

c) La Contraloría General de Cuentas

Esta 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, la cual rendirá el informe correspondiente al Ministerio de Finanzas Públicas y a la unidad ejecutora responsable.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Decreto número 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 2 establece: "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 General de Cuentas a ejercer su función fiscalizadora de la Hacienda Pública.



2.4 Aspectos legales a observar en los contratos de fideicomiso constituidos con fondos públicos

Ante la carencia de uniformidad en los aspectos y bases legales del contrato de fideicomiso de fondos públicos, y para la comprensión de este tema, se subdivide en: inversión realizada con base legal y sin base legal.

a) Inversión realizada con base legal

Cualquier inversión en materia de fideicomiso a la cual si bien es cierto le precede un acuerdo gubernativo de formación, con toda la fuerza de carácter de urgencia que implique, el problema radica en que ciertas autoridades convierten a los fideicomisos en que participan en barreras que impiden la gestión de la Contraloría General de Cuentas y es entonces cuando sí es válido exigir la completa transparencia de los fondos que manejan o su eliminación completa como opciones para el manejo de fondos públicos.

Los fondos públicos, es dinero de todos, deben de sufrir una constante y completa revisión por parte de la Contraloría General de Cuentas. Si no es posible para la Contraloría General de Cuentas el ingresar a revisar esos fondos públicos, entonces y sin duda los fideicomisos deben de desaparecer como vehículos para la administración de fondos del Estado.



b) Inversión realizada sin base legal

Lo que se quiere establecer en este sub apartado, es el hecho de que algunos fideicomisos, si bien cuentan con el amparo de algún acuerdo de la instancia estatal correspondiente y no contradicen la ley, tampoco son consecuentes de un decreto de urgencia nacional, no han sido creados por el Congreso de la República de Guatemala y muchas de las veces son consecuencia de la discrecionalidad de los órganos administrativos.

Aquí se pueden citar a todos los entes autónomos o descentralizados que constituyen fideicomiso y los mismos nacen a la vida jurídica sin un decreto legislativo. Por supuesto que también son fiscalizables, puesto que siendo fondos estatales tienen la característica de su auditoría; no obstante, es preciso hacer énfasis en que es aquí donde empiezan a surgir las lagunas e insuficiencias legales que permiten abusos y malversaciones.

2.5 Administración de los fideicomisos de fondos públicos

La administración de recursos del Estado por medio de fideicomisos, requiere que las instituciones financieras reguladas lo hagan con la ética fiduciaria y que las instituciones de la administración central, es decir, los Ministerios de Estado cumplan con los requisitos que indica el Manual para la Administración de Fideicomisos de la Administración Central contenido en el Acuerdo Ministerial número 39-2005 del 30 de



diciembre de 2005, y que cobró vigencia a partir del 1 de enero de 2006, que en su presentación establece que:

“Tiene por objetivo proveer a los órganos rectores del Sistema Integrado de Administración Financiera, así como a los responsables de la administración de los fideicomisos de la administración central, los elementos básicos que permitan el registro y una gestión transparente de los fideicomisos, información para la toma de decisiones y para terceros interesados en la ejecución presupuestaria”.

En un fideicomiso de fondos públicos es vital que exista transparencia e integridad en la constitución, ejecución y devolución de los recursos fideicometidos, sea cual fuera su naturaleza.

2.6 Fiscalización de los fideicomisos de fondos públicos

La fiscalización del gasto público corresponde a la Contraloría General de Cuentas, sin embargo cabe resaltar que todo funcionario público que maneja fondos o valores del Estado debe dar cuentas claras de cómo invierte los fondos públicos, ya que de conformidad con la Ley de Probidad y Responsabilidad de Empleados y Funcionarios Públicos, Decreto número 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala, la cual en el Artículo 1 establece: “Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el



ejercicio de las funciones públicas estatales, evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado; establecer los mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos, y prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado y de otras personas individuales o jurídicas que manejen, administren, custodien, recauden e inviertan fondos a valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran”.

Asimismo el Artículo 7 de esta ley, establece que: “Funcionarios públicos. Los funcionarios públicos conforme los denomina el Artículo 4 de esta ley, están obligados a desempeñar sus deberes, atribuciones, facultades y funciones con estricto apego a la Constitución Política de la República y, las leyes”.

En consecuencia, están sujetos a responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por las infracciones, omisiones, acciones, decisiones y resoluciones en que incurrieren en el ejercicio de su cargo.

Por lo tanto es obligatorio rendir cuentas por medio de la entidad correspondiente, de cómo, en qué forma y en qué cantidades erogó o administró el fondo en cuestión. Esta fiscalización alcanza a entidades autónomas, descentralizadas, semiautónomas y dependientes y procede no sólo en el caso de contrataciones sino además, al manejo de cualquier dinero, capital o fondo público, los fideicomisos no son la excepción.



Haciendo referencia al hecho de que cuando una entidad estatal autónoma decida invertir determinado monto de sus fondos en un fideicomiso, lo debe emitir por medio de su órgano supremo el correspondiente acuerdo, y este mismo órgano velar por el cumplimiento estricto del fideicomiso para lo que fue creado y así evitar la situación en la que quedan los fondos del fideicomiso una vez éstos se transmiten a la entidad fiduciaria.

En síntesis cualquier titular de alguna cartera del Estado es un cuentadante y por esa misma cuentadancia, está obligado a reportar la forma en que maneja los fondos públicos. Es sujeto de control, sin embargo, no está contemplado en la ley, hasta dónde llega el control de estos fondos. Puesto que cualquier funcionario responsable de un fideicomiso, puede demostrar eficientemente el destino de ciertos fondos: el fideicomiso X, el cual maneja el Banco A, bajo el número de cuenta Z.

Existen dos aspectos que se deben destacar: En primer lugar, los fondos provenientes del fideicomiso, intereses o utilidades, ya no son sujeto de concurso por el sistema de Guatecompras, la entidad por tanto, puede desarrollar su propia forma de invertirlo, a criterio y discrecionalidad del órgano administrativo.

En segundo lugar, que el sistema de fiscalización de dichos fondos ya no son objeto de control por parte de la Contraloría General de Cuentas, por lo que la obligación del funcionario público es justificar únicamente qué hizo con el dinero de tal cuenta y no cómo lo gastó.

2.7 Normativa contable de los fideicomisos de fondos públicos

La administración de recursos del Estado por medio de fideicomisos, requiere que exista una normativa contable establecida para los mismos y en general, para armonizar las operaciones de las diferentes clases de fideicomisos. El fondo económico que se destina a un fideicomiso público pasa a formar parte del pasivo de dicha empresa estatal, durante todo el tiempo que dure el plazo de tal fideicomiso.

Si éste cumple con todos los requisitos legales establecidos para su constitución y no causa malversación alguna, los fondos estatales no pueden ser sujeto de reproche para el o los funcionarios responsables. Ahora bien, los fondos que proceden del fideicomiso, ya sea intereses o utilidades, deben ser trasladados a determinada contabilidad, pero ésta no a la de la entidad estatal que constituyó el fideicomiso, sino a la del fiduciario.

La cuestión entonces es responder preguntas como la siguiente: ¿Cómo fiscalizar el manejo de los fondos surgidos por la normal ejecución del fideicomiso público correspondiente?. El hecho más enfatizable es que el Ministerio de Finanzas Públicas entonces ya no tendría la injerencia para demandar un número de orden gubernamental o emitir órdenes de pago por medio de un comprobante único de registro. Lo anterior porque ya los fondos los maneja el particular fiduciario o bien ya de forma privativa, es por ello que surge la necesidad de que todos estos aspectos deben quedar contenidos en una regulación legal, de conformidad con la concepción de un fideicomiso público, puro y distinto del fideicomiso privado.



En conclusión, puedo decir que en la actualidad no existe control hacia los fideicomisos que el Estado constituye en los bancos del sistema, debido a que no hay regulación adecuada al respecto, aunque en la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas en el Artículo 3 referente a su ámbito de competencia incluye a toda persona, entidad o institución que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas existe la necesidad de regular específicamente sobre la fiscalización de los fideicomisos provenientes de fondos públicos.

2.8 Transparencia, integridad y ética en la administración de los fondos públicos invertidos en fideicomisos

Uno de los temas que actualmente se difunde con bastante énfasis tanto en los medios escritos, radiales y televisivos por parte del gobierno y sus colaboradores, es el relacionado con la transparencia e integridad en la conducción de las finanzas públicas y en su gestión administrativa.

Antes de tratar este punto, se procede a definir cada uno de los términos para comprender mejor lo que en materia de manejo y constitución de fideicomisos de fondos públicos debe practicarse.

a) Transparencia

Este término según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, indica que: “Se aplica al elemento a través del cual se puede ver algo claramente. Traslúcido.



Ser transparente, aplicado a la gestión gubernamental o administración de fondos públicos, significa que no hay engaño, doblez u ocultamiento en las operaciones, de tal forma que lo que algún funcionario del gobierno piensa o dice, concuerda con lo que hace o ejecuta y por ende cumple con un beneficio social”.¹⁸

b) Integridad

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, indica que: “Se aplica a la cosa que no le falta nada, que no se aparta de ser recto, sincero y justo. Totalidad. Plenitud. Rectitud. Esto es sinónimo de completo. Cuando se habla de una gestión gubernamental íntegra, se entiende que los valores morales, intelectuales, económicos, culturales, etc., se conjugan en forma armónica al llevar a cabo operaciones con fondos públicos, de fácil fiscalización. transparencia e integridad se complementan”.¹⁹

c) Ética

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define que: “Es conforme a la moral o a las costumbres establecidas. Parte de la filosofía, que trata de la moral de los actos humanos, que permite calificarlos como buenos o malos”.²⁰

¹⁸ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 486.

¹⁹ **Ibid.** Pág. 394.

²⁰ **Ibid.** Pág. 286.



En la administración de fondos públicos, los entes encargados deben honrar su palabra y sus compromisos con la sociedad, para invertir los recursos en beneficio de una nación y no en perseguir el enriquecimiento en beneficio de una minoría, sentimiento partidista o propio.

De lo desarrollado anteriormente resulta claro e importante la creación de fideicomisos de fondos públicos en la administración de los bienes y recursos públicos por medio de los bancos y sociedades financieras privadas, que son los fiduciarios designados por ley. La figura del fideicomiso está llamada a continuar ofreciendo los más diversos e innovadores servicios al sector público en el campo social, cultural, de investigación y, por supuesto económico y financiero.

Asimismo requiere que los fondos sean constituidos de forma transparente por parte de los organismos del Estado, ya que los recursos que se desembolsan están contemplados en el Presupuesto Anual de Ingresos y Egresos de la Nación y que su mal uso, repercute negativamente en la economía de la nación, que contrario a una buena gestión transparente de los mismos, coadyuva a tener una mejor información y permite tomar las decisiones oportunas y adecuadas en lo referente a la información en la ejecución presupuestaria.

El concepto de transparencia se refiere al deber de los poderes públicos de exponer y someter al análisis de la ciudadanía la información relativa a su gestión, del manejo de



los recursos que la sociedad confía, a los criterios que sustentan sus decisiones, y a la conducta de sus servidores.

En el caso de las entidades bancarias y sociedades financieras, que en materia de fideicomiso se están especializando en la administración de bienes del Estado bajo esta figura, han ampliado sus servicios en los últimos años y han abierto una gama de posibilidades en cuanto a fideicomisos de fondos públicos se refiere y en esa misma medida han surgido nuevas exigencias.

A estas entidades fiduciarias se les requiere obrar con toda la ética fiduciaria y es que los encargados de negocios fiduciarios deben demostrar rectitud en el desempeño de una función que ha ido creciendo con el desarrollo de la sociedad, impulsado por la necesidad de lograr integridad en la administración de los recursos y de los bienes.

Como reflexión, es bueno considerar, que el deber de velar por los valores éticos y morales, que son la base de la convivencia en una sociedad democrática, es una labor destinada a revalorizar las funciones y las responsabilidades de manera que el buen ejemplo impacte positivamente al ciudadano y no que el mal ejemplo los desvíe.

Tomando en consideración los planteamientos expresados acerca de la transparencia e integridad, hay que destacar que cada uno de los mismos tienen su razón de ser y su fundamentación en un hecho de necesaria regulación ética, el obrar ético no puede desligarse de ninguna de las actividades que se desempeñan en la vida y si éstas



involucran intereses de terceros, con mayor razón se debe ser responsable por la rectitud con que se desenvuelve, de esta manera la responsabilidad fiduciaria se encuentra muy ligada a la ética ya que es un negocio cuyo fundamento básico es la confianza.



CAPÍTULO III

3. El contrato de fideicomiso de fondos públicos constituido por instituciones estatales

3.1 Antecedentes históricos

Si bien la mayoría de los autores ubican los orígenes del fideicomiso en el antiguo derecho romano, al buscar los orígenes del fideicomiso público se debe ir al derecho anglosajón, en donde la figura del trust tuvo un notable desarrollo. En Estados Unidos se desarrollaron los *trust funds* que canalizaron los ingresos y egresos del seguro social, los fondos de carretera (*highway trust fund*) 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.

Para conocer los primeros antecedentes del fideicomiso público hay que 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 esta 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. Fue a fines de XIX que el Lord Mac Naghten, utilizando un criterio finalista, clasificó los fideicomisos 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.
- d) para fines benéficos de la colectividad.

Esta clasificación corresponde a lo que se podría llamar como una categoría residual.

El origen de este instituto en el derecho anglosajón se toma 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 entendemos por caridad. Es el caso de la reparación de carreteras, puertos, fondeados, calzadas, etc. Todos ellos relacionados con proyectos de infraestructuras nacionales, en el derecho anglosajón las normas aplicables a los *trust* caritativos o públicos difieren en importantes aspectos de las relativas a los *trust* privados.

Así, cuando el *charitable trust* no logra su cometido o no se agotan los bienes dispuestos para el mismo, aparece la doctrina *cypres* (tan cerca como fuera posible), según la cual los bienes que forman parte del *trust* se aplicarán a otros fines benéficos. Esta doctrina permite que, por medio de los tribunales, se hagan ciertas modificaciones al fideicomiso que no fueron previstos al constituirse el mismo, salvo que el *settlor* (fiduciante) haya propuesto un fin excluyente en forma terminante.



Finalmente, el gran desarrollo del fideicomiso público se produce en América latina, en donde, desde 1923 se inicia un movimiento de adaptación del trust al ordenamiento jurídico de cada país, a través de la variedad predominante de las comisiones de confianza, países como Colombia, México, Chile, Bolivia, Perú, Costa Rica, Ecuador, Venezuela, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Argentina y Uruguay, cuentan con el mecanismo del fideicomiso, que a decir del autor Rodolfo Batiza, el cual señala que: “Tanto auxilio puede prestar cuando la rigidez de los moldes contractuales impide o dificulta la solución eficaz a múltiples problemas jurídicos”.²¹

En Guatemala 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.

Es por ello que 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 Egresos 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, para optimizar la gestión del gasto público y la administración financiera del

²¹ Batiza, Rodolfo. *El fideicomiso, teoría y práctica*. Pág. 188.



Estado, tiene su base en el Capítulo IV, Régimen Financiero de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Sobre este particular se ha considerado que lo preceptuado en la carta magna, resulta 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.

La Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto número 101-97 del Congreso de la República de Guatemala, faculta 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 en cuanto a la forma en que se debe fiscalizar los fondos públicos, lo que deja un vacío legal que es muy importante resolver.



3.2 El fideicomiso público

3.2.1 Su denominación

Es preciso aclarar cuál puede ser la forma correcta de nombrar al fideicomiso, cuando éste es constituido por el Estado a través de sus entidades; toda vez que algunos autores lo nombran como fideicomiso público y otros como fideicomiso estatal. Ciertamente ambas denominaciones suenan aparentemente adecuadas, no obstante al respecto de la primera, fideicomiso público, se puede establecer que, cuando el fideicomiso tenga sustentación legal por ejemplo en una de las normas de carácter administrativo, tal es el caso de la Ley de Contrataciones del Estado, entonces si se podría hablar de fideicomiso público.

Como se encuentra en este momento, el fideicomiso tiene el carácter de público únicamente por el hecho de que el sujeto que lo constituye es el Estado, pero éste

al hacerlo se somete a las normas jurídicas de derecho privado, no se puede decir que sea efectivamente público. Por ello como se señaló, si se llama ordinario público a lo que en realidad es privado, no se hace más que oscurecer los términos.

Por lo tanto, si se cuenta con una normativa jurídica en uno de los cuerpos de leyes del derecho público, el fideicomiso puede considerarse atinadamente como público, pero si por el contrario, no existe esa reglamentación legal que lo sustente, tal el caso de la



legislación guatemalteca, carente de normas de procedimiento al respecto, entonces es simplemente el Estado de Guatemala a través de sus entidades, el que participa como sujeto fideicomitente en un contrato de fideicomiso en el derecho privado, razón por la cual se considera más técnica la denominación de Fideicomiso del Estado.

3.2.2 Definición

Se entiende aquí, aplicada la definición de fideicomiso pero en materia estatal citada por el autor Miguel Acosta Romero, el cual lo define como: "Un contrato por medio del cual la administración pública, a través de alguna de sus dependencias facultadas, y en su carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos a un fiduciario (por lo general institución nacional de crédito), para realizar un fin lícito, de interés público".²²

Esta definición deja en claro que entre los sujetos del fideicomiso, figura el Estado y consecuentemente éste únicamente puede ser quien lo constituye; es decir que, el fideicomitente es una entidad del Estado y el fiduciario un banco.

3.3 Clasificación del fideicomiso público

Ciertamente la clasificación del fideicomiso entre particulares se puede aplicar también a la del fideicomiso público, haciendo la acotación por supuesto, que es el segundo de

²² Acosta Romero, Miguel. **Derecho Bancario**. Pág. 340.

los dos en donde se aprecia de mejor manera el hecho de que ninguna clasificación del fideicomiso es pura. En este contexto, el del Estado, los fideicomisos comúnmente son mixtos y es por ello el énfasis a la especie de fideicomiso público.

3.4 Naturaleza jurídica del fideicomiso público

Al analizar la naturaleza del fideicomiso público tanto la doctrina mexicana como la argentina se plantean la interrogante de su categorización como un contrato, una estructura administrativa o, dentro de esta última categoría, una nueva persona jurídica pública. A criterio de M. Kiper Claudio y Silvio V. Lisoprawsky en su obra antes mencionada, hacen la siguiente reflexión: “Entender al fideicomiso como una nueva estructura administrativa trasciende la categorización de contrato que supondría el fideicomiso público; es decir si estamos ante una entidad diversa de las partes que lo conforman (fiduciante y fiduciario)”.²³

Se debe tener en cuenta que algunos autores mexicanos han analizado esta posibilidad, en virtud del gran desarrollo y la importancia que los distintos fideicomisos constituidos por el Estado han adquirido dentro de la organización administrativa.

Entre estos autores está José Manuel Villagorda Lozano, quien entiende que no cabe sostener que el contrato de fideicomiso público sea, en rigor, una entidad diferenciada,

²³ M. Kiper, Claudio y Silvio V. Lisoprawki. **Ob. Cit.** Pág. 544.

lo cual cita: “A lo sumo cabría suponer en esos fideicomisos una naturaleza evolutiva; y por lo tanto, ambigua. Los contratos de derecho privado vinculan personas, sin dar origen a una independiente y tercera, o haciéndolo si media un propósito específico para ello”.²⁴

Afirma que no es esto último lo que, en principio, se ha propuesto hacer el fideicomiso; sin embargo, ahora acontece, bajo nuevas normas de derecho administrativo, que se han modificado nuevas especies de derecho administrativo, también sostiene que estos fideicomisos son centros de imputación de derechos y deberes, que se perfilan como algo diverso del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

Se acepte o no la caracterización de la figura como una nueva estructura administrativa, considero importante citar la definición del autor Arturo Castañeda Niebla, acerca del fideicomiso público, el cual lo define como:

“Una entidad, unidad económica u organismo especial, el cual sin gozar de personalidad jurídica propia, constituye una nueva estructura administrativa, en virtud de la cual el Estado, representado por sus órganos administrativos en su carácter de fideicomitente, transmite a un fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito determinado a favor del fideicomisario, que pueden ser uno o varios organismos públicos o privados, incluso sectores sociales,

²⁴ Villagorda Lozano, José Manuel. **Breve estudio sobre el fideicomiso**. Pág. 290.



sujetándose a modalidades contenidas en el acto constitutivo y en las disposiciones legales aplicables a esta materia”²⁵.

De acuerdo a lo anterior, los fideicomisos son nuevas estructuras administrativas y que con el propósito de satisfacer necesidades colectivas de trascendencia económica y social, operan por medio de organismos técnicamente independientes de la institución fiduciaria que los maneja como un medio idóneo para alcanzar la finalidad que persiguen.

No obstante la posición anterior, José Manuel Villagorda Lozano sostiene que no es mediante una nueva estructura administrativa que el Estado transmite a una institución fiduciaria la titularidad de los bienes para realizar un fin lícito de interés público, sino que a la inversa, lo cual cita: “Se transmite dicha titularidad a la fiduciaria para que según las bases y objetivos que señala la administración pública, integre una estructura administrativa por cuyo conducto aquella pueda realizar los fines fijados en el contrato de fideicomiso respectivo.

El análisis del fideicomiso se debería formular desde más de una perspectiva, tal como se apunta a continuación:

- a) como negocio fiduciario, implica las relaciones jurídicas que se dan en el fideicomiso, pero con los siguientes matices: el fideicomitente es siempre la

²⁵ Castañeda Niebla, Arturo, **Los fideicomisos públicos**. Págs. 227, 228.



administración pública y los fines que perseguirá serán, 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.

c) como empresa, es una unidad económica jurídica constituida total o parcialmente con los bienes del Estado o fondos públicos orientada a la prestación de servicios de interés público, debemos destacar que en esta caracterización, los autores que comparten esta posición, tiene como modelo principal al fideicomiso público mexicano.

Se puede ver esto en la mención de organismos técnicamente independientes de la institución fiduciaria, como una clara referencia a los comités técnicos constituidos en los fideicomisos mexicanos, órganos de una gran relevancia dentro de la organización del mismo y que llega incluso a ser factor decisivo para la adopción de la figura como medio para la satisfacción de las necesidades colectivas del Estado anteriormente mencionadas.

La inclusión de estas comisiones o comités no solo permite a la administración un control, a veces casi absoluto en la realización de las tareas encomendadas al fideicomiso, sino que también en función de lo anterior afecta en una gran medida la distribución de las responsabilidades cuya organización y funcionamiento 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 de 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”.²⁶

El análisis de estas distintas perspectivas nos da una visión más acabada del instituto, descartando que estamos ante una nueva estructura con personalidad jurídica propia y sin perjuicio de verlo como una nueva estructura administrativa, coincidir con su naturaleza jurídica contractual.

En cuanto la naturaleza jurídica del fideicomiso público, se puede advertir que ninguna forma de concebirla puede tomarse como definitiva, aún más cuando se sabe su falta de regulación legal en la legislación nacional. No obstante para poder lograr una adecuada regulación legal es importante considerar la discusión acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso público en tres posibles direcciones, en ese sentido se puede preguntar, ¿Es un contrato, se trata de una estructura administrativa o bien de una persona jurídica?

A criterio personal, se trata de un contrato, toda vez que aún no estando regulado en ley actualmente, se constituye el Estado como un particular más, en el momento de constituirlo, como en el caso de un arrendamiento, cuando alguna entidad estatal

²⁶ Villagorda Lozano, José Manuel. Ob. Cit. Pág. 290, 291.



alquila determinado inmueble para el uso de sus empleados en el curso normal de las actividades de dicha entidad.

Entonces, en el caso del fideicomiso, se puede decir igualmente que se trata de una contratación, en la cual el Estado es el sujeto que para constituirlo, negocia con una entidad privada (un banco) y se sujeta a sus disposiciones y acuerdos.

No obstante, no con esto se quiere establecer al fideicomiso público como actualmente se encuentra, como una situación normal ni mucho menos. El fideicomiso público debe regularse de tal manera que no deje lugar a malos manejos y sobre todo que garantice la inversión de los fondos del pueblo de Guatemala.

3.5 El bien común y los fines del fideicomiso público

De conformidad con el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”. El fin del fideicomiso público no puede menos que pretender dicho cometido.

Esta es otra gran diferencia entre fideicomiso público y el constituido por un particular; este último no necesariamente busca el bien común, normalmente quien lo constituye busca el bien de una sola persona o de un grupo de personas.



Por supuesto, también existen en raras ocasiones personas que constituyen fideicomisos en bien de fines altruistas, 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 del fideicomiso público 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 al fideicomiso público, 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. El fideicomiso actualmente es la forma legal de hacer las cosas mal, porque a pesar de que el fideicomiso público no contradiga la ley, puesto que no está prohibido expresamente, constituye una de las formas de crear malos manejos en la 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 forma, 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. México parece haber sido el país



donde los fideicomisos públicos se originaron y alcanzaron el mayor desarrollo ya que México produjo legislación específica para la categoría de los fideicomisos estatales.

El segundo, 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.

3.6 Constitución legal del Fideicomiso público

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 no autónomas o dependientes.

En el caso de las entidades autónomas, su consejo o junta directiva acuerda la constitución del fideicomiso, estableciendo los lineamientos de operación y funcionamiento, el plazo y fines para lo cual fue creado, con ello 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 notario, contrato en el cual se transcribirá la resolución acordada por el consejo o junta directiva de la entidad, según sea el caso que acordó la constitución del fideicomiso y posteriormente se procede a ejecutar lo pactado en tal instrumento.

En el caso de una entidad no autónoma, como el caso de un Ministerio, se realiza en tres fases, que son las siguientes: La primera fase es que el Presidente de la República tiene su propia facultad para constituir fideicomisos, emitiendo para el efecto, un Acuerdo Gubernativo para la creación del fideicomiso, facultad que de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 183 inciso e), el cual establece: “Funciones del Presidente de la República. Son funciones del Presidente de la República:

e) Sancionar, promulgar, ejecutar y hacer que se ejecuten las leyes, dictar los decretos para los que estuviere facultado por la Constitución, así como los acuerdos, reglamentos y ordenes para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu”.

En cuanto a los ministros, se encuentran reguladas en el Artículo 27 inciso j) de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece: “Atribuciones generales de los ministros. Además de las que asigna la Constitución Política de la República de Guatemala y otras leyes, los ministros tienen las siguientes atribuciones:



j) Suscribir los acuerdos gubernativos y decretos emitidos por el Presidente de la República en consejo de ministros de conformidad con la ley y refrendar las iniciativas de ley presentadas al Congreso de la República y los decretos, acuerdos o reglamentos dictados por el Presidente de la República, relacionados con su despacho”.

La segunda fase consiste en que ya emitido el Acuerdo Gubernativo, pasa a la fase de suscripción de la escritura pública de constitución del fideicomiso público, la cual debe ajustarse a lo establecido en el Acuerdo Gubernativo que crea el fideicomiso, el ministro de cualquier ramo o el encargado del despacho comparece ante los oficios de cualquier notario hábil designado para el efecto o ante los oficios del Escribano de Cámara y de Gobierno, para que suscriban junto con el representante legal del banco fiduciario, previamente autorizado (por su Junta Directiva si es banco nacional o por el Consejo de Administración si es banco privado) el fideicomiso estipulado.

Y por último, formalizada la escritura constitutiva del fideicomiso, se asignan los recursos del Ministerio que constituyo el fideicomiso a la institución fiduciaria, los cuales forman parte del patrimonio fideicometido que provienen de fondos del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, ya sea previamente asignados o que posteriormente fueren incorporados por mandato legal, sean estas de fuentes ordinarias o extraordinarias, incluyendo donaciones y préstamos de instituciones cooperantes y organismos nacionales e internacionales, así como otros aportes, derechos, obligaciones y transferencias de cualquier naturaleza que se obtengan a título legal de entes públicos y privados para el objeto del fideicomiso. Una vez asignados los



recursos, el fideicomiso ya entra en funciones para el desarrollo de la actividad para la cual fue creado.

Entonces invocando la teoría del derecho administrativo, que indica que el fideicomiso público 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 regulación sea ésta 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 pública, sobre todo en fideicomisos de capital público, en los cuales el dinero que regresa por los intereses de un fideicomiso a las arcas de esa entidad, queda completamente libre de fiscalización.

La principal función de la securitización en un fideicomiso público es asegurar los fondos, la palabra securitización proviene del mundo de los trust, puesto que es la palabra en inglés security, misma que se traduce al español como seguridad. Este es un tema importante de concebir previo a la regulación legal del fideicomiso público, puesto que en muchos fideicomisos estatales, es la entidad bancaria el fiduciario, el encargado de realizar las inversiones correspondientes, al no existir seguridad en el procedimiento, no existe asimismo, seguridad alguna que pueda ofrecer el banco.



3.7 Contratación estatal

La contratación estatal o contrato público se puede definir como: “El contrato público es un tipo de contrato en el que al menos una de las partes es una Administración Pública cuando actúa como tal, y en el que está sometida a un régimen jurídico que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración.

El concepto de contrato público, a primera vista, no difiere del concepto de contrato en el Derecho privado, pero al ser el Estado (o una de sus Administraciones) una de las partes del mismo, tiene características propias.

Puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce determinadas prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo”.²⁷

El manual de procedimientos para la ejecución presupuestaria contenido en el Acuerdo Ministerial número 25-85, del Ministerio de Finanzas Públicas, en su apartado número ocho indica que el contrato administrativo es: “Todo acto por el cual el Estado o sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, por una parte, y un ente público o privado por la otra, manifiestan su voluntad de adquirir derechos y contraer obligaciones”.

²⁷ <http://es.wikipedia.org> (10/10/2013)



Teniendo claro lo que es la contratación estatal, la misma obedece a una normativa específica, siendo ésta, la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, la cual en el Artículo 1 establece: “Objeto. La compra, venta y la contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, se sujetan a la presente ley y su reglamento”. Por lo tanto esta ley establece el procedimiento que debe seguir el Estado para contratar.

Cabe resaltar que no hay ninguna norma que tienda a regular, permitir, limitar o prohibir los fideicomisos estatales, por lo que la explicación de la contratación del Estado obedece más bien a la concepción que se debe tener la forma en que debiera respetarse en el fideicomiso público y su ulterior supervisión y control por parte de las entidades estatales correspondientes.

En el caso del fideicomiso público, la contratación consecuente de los fondos creados, no respeta el sistema de Guatecompras, puesto que el presupuesto para tal obra no proviene de una erogación directa y por si eso fuera poco, la contratación de la entidad bancaria encargada del fideicomiso no participa en ninguna licitación en Guatecompras, puesto que el acto jurídico que da origen al fideicomiso no es un contrato para obra pública, lo cual evita con ello tener que solicitar los fondos directamente al Ministerio de Finanzas Públicas, porque con la creación de fideicomisos las entidades estatales pueden obtener ganancias de los intereses o los negocios en los que se inviertan éstos,



liberándose de publicar en el portal de Guatecompras y de una fiscalización pormenorizada.

Ha quedado demostrado que el fideicomiso público, es una especie bastante distinta a la del fideicomiso privado. No existe un asidero jurídico o la alternativa de un fideicomiso público legislado específicamente con ese fin, difieren fundamentalmente una figura de la otra, en el sentido de que el fideicomiso público no puede tener otro fin que el bien común, mientras que el privado será de beneficio particular.

Si se profundiza en el análisis, cualquier consecuencia de ese fin, puede establecer la naturaleza del contrato mercantil en el ámbito privado, mientras que en el estatal no puede verse de esa forma, sin quebrantar la visión del bien común al que debe servir.

Siendo diferentes por tanto uno del otro, es preciso que el Estado de Guatemala aplique una regulación específica para el caso del fideicomiso público, toda vez que no puede seguir recurriendo a la misma normativa y crear confusión, con intención o sin ella, de la comprensión de la figura del fideicomiso.



CAPÍTULO IV

4. Ausencia de regulación legal de los fideicomisos en la legislación guatemalteca cuando se invierten fondos públicos

El Estado de Guatemala a través de sus distintas dependencias y las municipalidades han utilizado la figura del fideicomiso para poder ejecutar recursos públicos. A la fecha en el país no se sabe exactamente el número de fideicomisos que están constituidos con recursos estatales y municipales, ya que existe incongruencia entre los datos que aporta la Contraloría General de Cuentas y los datos que aporta el Banco de Guatemala en materia de fideicomisos, ante esta falta de exactitud en las cifras, hace necesaria la regulación legal de los fideicomisos públicos en nuestra legislación para crear un registro específico de fideicomisos y así llevar un mejor control de este tipo de contratos.

Esta falta de legislación sobre fideicomisos públicos ha generado problemas al momento de querer darle seguimiento a la ejecución de estos recursos, estas dificultades se deben en gran medida a la forma en que están constituidos estos contratos, en los cuales el fiduciario, por ley, resulta ser un banco del sistema que puede ser un banco de capital mixto o un banco de capital privado, pero en ambos casos por no tratarse de una institución estatal, la Contraloría General de Cuentas, junto con la Superintendencia de Bancos no han podido fiscalizar el dinero que se les delega a estas instituciones bancarias para su administración y ejecución.



4.1 Situación actual de los fideicomisos constituidos con fondos públicos

Actualmente el fideicomiso es un contrato, y como tal, la mayoría de la reglamentación jurídica que se le aplican son normas de derecho mercantil, y dado que en derecho privado todo lo que no esté expresamente prohibido por la norma se encuentra permitido, resulta urgente establecer lineamientos más precisos respecto de la figura del fideicomiso, cuando éste maneje recursos provenientes del erario público.

En Guatemala los fideicomisos se han constituido con fondos públicos con diversos fines, tales como administrar bienes, prestar servicios públicos, atender emergencias provocadas por desastres naturales, otorgar subsidios para vivienda, compra de tierras, contratar obra pública y más recientemente para llevar a cabo las transferencias condicionadas de los programas de cohesión social.

Una característica común de estos fideicomisos ha sido que han eludido no solo la fiscalización amparados en muchos casos por el secreto bancario, sino también el cumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado. Es común encontrar en los fideicomisos, adjudicaciones que se han basado más en la discrecionalidad que en procesos transparentes que permiten una mejor calidad del gasto público.

Lo más preocupante es que cada vez el número de fideicomisos va en aumento, sin ningún marco legal que los regule, las razones para constituir fideicomisos ya no están relacionadas con la necesidad de reservar recursos que se orienten completamente



para ejecutar proyectos de beneficio social, sino que se están orientando fundamentalmente para eludir la ley de contrataciones del Estado.

Otras de las situaciones negativas que presenta en la actualidad el uso del fideicomiso dentro del ámbito público son las siguientes:

- 1.- No están bajo las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, lo cual hace que la ejecución de sus recursos a veces se apegue a esta y a veces no.
- 2.- Carecen de regulación jurídica específica, y se basan en una figura regulada por el Código de Comercio que pertenece al derecho privado.
- 3.- Se crean a espaldas del Congreso de la República de Guatemala, debido a que no es necesaria la intervención de este en su constitución.
- 4.- No están alcanzados por las normas de control presupuestario, existe un vacío legal que hace difícil la tarea de coordinación en la fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas y la Superintendencia de Bancos.
- 5.- Su contabilidad no es transparente, por carecer de controles específicos.
- 6.- Es un atajo para nombrar personal fuera del sistema público.



7.- No se rinde cuentas del movimiento de sus fondos, por el vacío legal que existe es difícil saber a quién solicitarle cuentas sobre sus estados financieros y contables, ya que al cuestionar sobre estos al fiduciario, este atribuye esta función al fideicomitente y este hace lo mismo cuando se le cuestiona, atribuyéndole esa función al fiduciario.

8.- Eluden el control propio de los organismos públicos, como por ejemplo que no todos los fideicomisos existentes se encuentran dentro del sistema de contabilidad del Estado, lo cual dificulta su fiscalización.

A todo esto se le suma que la Superintendencia de Bancos, que es la entidad que por mandato legal se encargada de la vigilancia del sistema bancario no ha coordinado esfuerzos con la Contraloría General de Cuentas por encontrarse ambas frente a un vacío legal, que es la ausencia de regulación de una figura como el fideicomiso público y tenerse que basar como consecuencia en el Código de Comercio únicamente.

Aunque se reconoce que la figura del fideicomiso no es mala, pues asegura un flujo suficiente, adecuado y estable de fondos públicos para un fin específico, también se advierte de sus aspectos negativos. En un ambiente de corrupción estructural, la gestión de fideicomisos bajo controles internos y externos ineficaces, promueve los conflictos de intereses y el desvío de fondos públicos.

La asignación de recursos públicos fuera del presupuesto aumenta la discrecionalidad y arbitrariedad en la asignación del gasto por parte del Organismo Ejecutivo, frente a la



presión de grupos económicos. Por todo lo anterior, es importante contar con una ley que regule los fideicomisos públicos.

4.2 Análisis de las normas que regulan y fiscalizan de manera general los fondos públicos invertidos en fideicomisos

Entre las diferentes normas que regulan la fiscalización de los fideicomisos públicos se encuentra en primer lugar la Constitución Política de la República, el Código de Comercio de Guatemala, la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, la Ley Orgánica del Presupuesto y la Ley de Supervisión Financiera.

4.2.1 Constitución Política de la República de Guatemala

En cuanto al régimen de control y fiscalización de los fondos públicos, el Artículo 232 de la Carta Magna establece la función de la Contraloría General de Cuentas.

“La Contraloría General de Cuentas 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, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas”.



También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. Su organización, funcionamiento o atribuciones serán determinados por la ley.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece los mecanismos, las instituciones y la forma de llevar el control en la ejecución de los fondos públicos, con el propósito de que el manejo del presupuesto pueda ser auditado y revisado. Está claro que por mandato constitucional, quienes manejan fondos del Estado, deben apegarse a las normas que garanticen la buena administración y ejecución de los recursos, pero si la normativa no es clara y específica, como es el caso de los fideicomisos públicos, difícilmente se pueda garantizar transparencia, ni mucho menos lograr con eficiencia y eficacia los objetivos para la realización del bien común, que es lo que procura la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que es evidente la necesidad de regular todo lo referente en materia de fideicomisos públicos.

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

El contrato de fideicomiso está regulado en el Código de Comercio a partir del Artículo 766, el cual regula todo lo referente a constitución, derechos y obligaciones de los sujetos que intervienen, plazo y extinción de los fideicomisos, pero lo regula dentro del área del derecho mercantil privado, por lo que se constituye entre particulares, lo cual



no incluye al Estado constituirse como fideicomitente de un fideicomiso en esta normativa.

Es decir esta norma no establece los casos en que sea constituido con fondos públicos, es por ello que surge la necesidad de regular los fideicomisos cuando se inviertan fondos públicos específicamente.

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

La Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas de la Nación establece los parámetros de fiscalización de los fondos públicos, en el cual se incluyen los fideicomisos otorgados por el Estado de Guatemala en los siguientes artículos:

El Artículo 2 establece: "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 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.



También están sujetos a su fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier persona nacional o extranjera que, por delegación del Estado, reciba, invierta o administre fondos públicos, en la que se refiere al manejo de éstos. Se exceptúan las entidades del sector público sujetas por ley a otras instancias fiscalizadoras. La Contraloría General de Cuentas deberá velar también por la probidad, transparencia y honestidad en la administración pública, así como también por la calidad del gasto público”.

El Artículo 3 del mismo cuerpo legal dispone lo siguiente: La Contraloría General de Cuentas, a través del control gubernamental, y dentro de su campo de competencia, tiene entre otros objetivos los siguientes:

“h) velar por la probidad, transparencia y honestidad de la administración pública;

i) Promover y vigilar la calidad del gasto público”.

En cuanto a las atribuciones de la Contraloría General de Cuentas de la Nación el Artículo 4 de este mismo cuerpo legal dispone lo siguiente: “La Contraloría General de Cuentas, tiene las atribuciones siguientes:

a) Ser el órgano rector de control gubernamental. Las disposiciones, políticas y procedimientos que dicte en el ámbito de su competencia, son de observancia y cumplimiento obligatorio para los organismos, instituciones, entidades y demás personas a que se refiere el Artículo 2 de la presente ley;



b) Efectuar el examen de operaciones y transacciones financieras-administrativas a través de la práctica de auditorías con enfoque integral a los organismos, instituciones, entidades y demás personas a que se refiere el Artículo 2 de esta ley, emitiendo el informe sobre lo examinado de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y de auditoría gubernamental vigentes;

d) Evaluar los resultados de la gestión de los organismos, instituciones, entidades y personas a que se refiere el Artículo 2 de la presente ley, bajo los criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad;

j) Examinar la contabilidad de los contratistas de obras públicas y de 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”.

Asimismo las funciones de la Sub-Contraloría de Calidad de Gasto Público, en el Artículo 19 establece: “La Sub-Contraloría de Calidad de Gasto Público tiene como función específica analizar y evaluar la calidad y el impacto del manejo de los recursos y bienes del Estado y de sus entidades, organismo e instituciones de la ejecución física y financiera del presupuesto asignado con relación a los planes operativos anuales”.

El Artículo 20 del mismo cuerpo normativo dispone: “Son atribuciones específicas de la Sub-contraloría de Calidad de Gasto Público las siguientes:



b) Realizar análisis del impacto y de cumplimiento de objetivos de los planes, programas y proyectos ejecutados por las entidades, instituciones y organismos del Estado;

i) Realizar evaluaciones de campo y la determinación de impacto con las personas, familias, grupos y comunidades beneficiadas por los programas y proyectos ejecutados por entidades, instituciones y organismos del Estado;

j) Emitir las recomendaciones correspondientes para garantizar la calidad del gasto público, las cuales serán de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades, instituciones y organismos del Estado”.

En conclusión, la Contraloría General de Cuentas es la institución que por mandato constitucional debe fiscalizar todas aquellas instituciones que manejan fondos del estado, lo cual la figura de los fideicomisos no escapa a esta fiscalización, por lo que debe dársele a la Contraloría General de Cuentas las herramientas necesarias para cumplir con el objetivo de llevar control y fiscalización de los fondos públicos invertidos en fideicomisos, creando para el efecto una norma específica en esta materia.



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

Esta ley le provee facultades a la Superintendencia de Bancos para ejercer vigilancia e inspección en sobre las diferentes instituciones financieras que manejan fondos del Estado de la siguiente forma:

“Artículo 1. Naturaleza y objeto. La Superintendencia de Bancos es un órgano de Banca Central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y las demás entidades que otras leyes dispongan.

La Superintendencia de Bancos tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines, y para velar porque las personas sujetas a su vigilancia e inspección cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a liquidez, solvencia y solidez patrimonial”.

El Artículo 3 de esta misma ley establece: “Para cumplir con su objeto la Superintendencia de Bancos ejercerá, respecto de las personas sujetas a su vigilancia e inspección, las funciones siguientes:



e) Ejercer vigilancia e inspección con las más amplias facultades de investigación y libre acceso a todas las fuentes y sistemas de información de las entidades supervisadas, incluyendo libros, registros, informes, contratos, documentos y cualquier otra información, así como a los comprobantes que respaldan las operaciones de las entidades supervisadas.

k) Velar por el cumplimiento de manera general y uniforme de las operaciones de contabilidad, de conformidad con la normativa emitida por la Junta Monetaria;

s) Intercambiar información con otras entidades de supervisión, nacionales o extranjeras, para propósitos de supervisión”.

La Superintendencia de Bancos ha emitido el Manual de Instrucciones Contables para los Bancos del Sistema, dicho manual lo utilizan los bancos para el registro de sus operaciones como entidades de servicios financieros, los cuales, también, actúan como fiduciarios de los fideicomisos.

Por el hecho que los bienes de los fideicomisos no constituyen propiedad de las instituciones fiduciarias, los valores de tales bienes fideicometidos, así como las obligaciones que puedan tener los fideicomisos, no se incluyen dentro de las cuentas financieras de la contabilidad del banco, sino en cuentas de orden, a excepción de las disponibilidades que figuran tanto en el activo como en el pasivo.



En función de la utilidad que representa la sistematización de las operaciones, se considera ideal si en algún momento la Superintendencia de Bancos ofreciera un manual contable para fideicomisos, con el objeto de uniformar la operatoria de los mismos, y así obligar a las entidades financieras a entregar cuentas claras de la administración de los fideicomisos que tienen a su cargo, ya que actualmente cada una de ellas utiliza las cuentas a su manera y conveniencia en virtud de la expansión del uso de la figura jurídica del fideicomiso en nuestro medio es que se hace necesario crear una ley de fideicomisos públicos.

4.2.5 Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto 101-97 del Congreso de la República de Guatemala

Esta ley se refiere a los fideicomisos en sus siguientes artículos, que literalmente establecen:

“Artículo 33. Fideicomisos. Los recursos financieros que el Estado asigne con obligación de reembolso a sus entidades descentralizadas y autónomas para que los inviertan en la realización de proyectos específicos de beneficio social y que produzcan renta que retorne el capital invertido, podrán darse en fideicomiso. Asimismo, los fondos sociales podrán ejecutar sus proyectos bajo dicha figura.

Los fideicomisos se constituirán en cualquier banco del sistema nacional”.

“Artículo 59. Rendición de informes entidades financieras. Las instituciones que actúen como fiduciarias en los fideicomisos que constituyan las entidades del Estado, rendirán informes mensualmente a dicho Ministerio. Se refiere al Ministerio de Finanzas Públicas”.

De acuerdo al reglamento de dicha ley, en el Artículo 46 se establece que: “Los informes deben ser enviados directamente a Tesorería Nacional, por ser éste el órgano rector del sistema de tesorería”.

Para el caso de las municipalidades, el fundamento legal aparece en el Código Municipal, en el Artículo 116, que establece: “Fideicomisos. La municipalidad podrá optar por obtener fondos corrientes en fideicomiso directamente del Organismo Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Finanzas Públicas. Para el efecto, deberá presentar los estudios técnicos, económicos y financieros de la operación proyectada”.

Después del análisis de la normativa anterior, la discusión acerca de la base legal para la constitución de fideicomisos por parte del Estado, sus entidades descentralizadas, autónomas y las municipalidades, no está en la existencia de la norma misma, sino en la falta de regulación respecto a garantías, resguardos, facultades de los funcionarios que concurren a su constitución, solidez de los bancos seleccionados, indeterminación de los montos en porcentaje del presupuesto de la entidad que podría constituirse en fideicomiso, ni otros aspectos necesarios y que sí aparecen regulados para los fideicomisos que se hacen entre entidades mercantiles o



comerciantes, al amparo de la normativa del Código de Comercio, es por ello que se hace necesario crear una norma específica para la constitución de fideicomisos públicos.

4.3 La necesidad de crear una ley específica que regule los fideicomisos públicos

En Guatemala como ya quedó apuntado, el fideicomiso se considera una institución jurídica de derecho privado, que esta creada y regulada en el Código de Comercio, no obstante lo cual las instituciones del Estado la han utilizado para ejecución de fondos públicos que prácticamente se salen del control de los entes de fiscalización del presupuesto y se ubican en otras esferas; es decir sacándolo de la órbita de control de la Contraloría General de Cuentas y de la Superintendencia de Bancos.

Si la figura permaneciera dentro de su ámbito originario no provocaría problemas, pero resulta que los entes estatales han dispuesto desde hace unos 25 años trasladarla al sector público, al grado que en el Ministerio de Finanzas Públicas fue creada una Dirección de Financiamiento Externo y Fideicomiso, y en algunas leyes emitidas por el Congreso de la República de Guatemala se le ha dado carta de naturaleza, sobre todo en los decretos de presupuesto aprobados cada año.

Se han hecho innumerables pronunciamientos respecto a la falta de transparencia de esta figura que se presta para manejos presupuestarios fuera de los establecidos en la



Ley Orgánica del Presupuesto, toda vez que en esta normativa no se establecen los mecanismos de fiscalización de los recursos utilizados a la sombra de esta figura.

Si bien es cierto la figura no encaja en las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto ni dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, ha sido profusa su utilización con escasa o nula fiscalización.

La idea fundamental es definir un marco legal que regule el funcionamiento de los fideicomisos públicos, con la finalidad de garantizar la transparente utilización de los recursos públicos.

Asimismo definir el alcance de esta figura en el ámbito administrativo, ya que la misma deriva de una evolución de las normas generales que regulan originalmente el contrato de fideicomiso en el marco del derecho privado y bancario, cuyos principios de reserva y confidencialidad no son congruentes a la transparencia que debe observarse en la gestión pública.

Por lo que se le debe otorgar a la Contraloría General de Cuentas y a la Superintendencia de Bancos facultades para obtener la información necesaria para ejercer los controles que de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala tienen asignados cada institución.



4.4 Propuesta de proyecto de Ley de Fideicomisos Públicos

DECRETO NÚMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que el Código de Comercio, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, regula la institución del fideicomiso, en el cual participen personas particulares y por los que el fideicomitente transfiere ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados, estableciendo como fiduciarios a los bancos del sistema y como fideicomisario a cualquier persona designada o por designarse con posterioridad.

CONSIDERANDO:

Que tal como lo determina el propio Código de Comercio, sus normas son aplicables a los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles y quienes ejerzan en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera de las actividades a que se refiere el propio código, excluyéndose taxativamente de esa definición y naturaleza al Estado, sus entidades descentralizadas, autónomas, las municipalidades y en general, cualesquiera instituciones o entidades públicas, que no sean comerciantes.



CONSIDERANDO:

Que si bien la institución de Fideicomiso, racionalmente utilizada, puede ser un mecanismo legal y legítimo para viabilizar la inversión de los recursos del Estado, este debe ser transparente, eficiente y de fácil control para los órganos que por mandato constitucional deben velar por la fiscalización en la utilización de los recursos del Estado, para lo cual debe emitirse la normativa legal que regule esa institución.

CONSIDERANDO:

Que la experiencia ha demostrado la necesidad de incorporar normas claras que garanticen la transparencia y probidad en la administración fiduciaria pública, y asimismo definir un campo de fiscalización sobre el patrimonio fideicometido, que a su vez permita la agilidad en la ejecución de los programas y proyectos que motivaron originalmente la creación de los fideicomisos públicos.

CONSIDERANDO:

Que es necesario separar de la regulación actual del Contrato de Fideicomiso, que celebran los particulares con los bancos fiduciarios, en el ámbito privado, de las normas que garanticen la auditoría social de una parte importante de las inversiones financiadas con recursos públicos, así como la fiscalización por los órganos de control públicos.



POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere la literal a) del Artículo 171 de la Constitución Política de la República.

DECRETA:

La siguiente:

LEY DE FIDEICOMISOS PÚBLICOS

GENERALIDADES

Artículo 1. Objeto de la ley. La presente ley es de orden público, y de aplicación obligatoria para todas las partes que celebren contratos de fideicomisos, en los que aparezca como fideicomitente inicial o adherente, los Organismos del Estado de Guatemala, las entidades públicas descentralizadas o autónomas, y las municipalidades del país; así como cualquier fideicomiso en el que se transfieran disponibilidades financieras, bienes o derechos que puedan considerarse de dominio público o bien de alguna entidad del Estado. Estos fideicomisos, se referirán como Fideicomisos Públicos.

Las normas contenidas en la presente ley, serán de aplicación obligatoria y se tendrán por incorporadas de pleno derecho a todos los fideicomisos públicos.



La entidad fiduciaria de fideicomisos públicos, asume para la administración del mismo, las obligaciones legales y administrativas aplicables a este tipo de fideicomisos. Así como la competencia de la Contraloría General de Cuentas en su fiscalización, la cual no es excluyente de la que corresponde a la Superintendencia de Bancos, en el cumplimiento de sus fines.

En los fideicomisos públicos constituidos en virtud de convenio internacional debidamente aprobado por el Congreso de la República de Guatemala, en el que se han incorporado normas especiales que expresamente sean incompatibles con la presente ley, prevalecerán aquellas sobre éstas.

Artículo 2. Distinción. La institución creada por la presente ley es ajena y distinta a la contenida en los Artículos 766 al 793 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, la cual se produce entre personas individuales o jurídicas distintas al Estado o sus entidades.

Artículo 3. Acceso a la información en los fideicomisos públicos. En los contratos de fideicomisos públicos, ninguna de las partes del contrato podrá hacer reserva alguna respecto a la información relevante de los mismos; asimismo el fiduciario deberá establecer un sistema de información electrónico de acceso público y remoto sobre los fideicomisos públicos que administre, que permita una adecuada fiscalización y auditoría social de los mismos.



En esos sistemas, deberá divulgarse al menos el propósito del fideicomiso, sus estados financieros, su ejecución presupuestaria, la forma de inversión de los recursos que integren el patrimonio fideicometido, los contratos que hubiere celebrado y sus términos, y el nombre de los integrantes de sus Comités Asesores Técnicos.

Artículo 4. Fiduciarios. Solamente los bancos y las sociedades financieras autorizadas para operar en Guatemala, y que se encuentren sujetos a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos, podrán actuar como fiduciarios de fideicomisos públicos. Los fiduciarios de fideicomisos públicos serán considerados respecto a esas operaciones, sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de Cuentas. Esta fiscalización se realiza sin perjuicio de la que le corresponde a la Superintendencia de Bancos, en el cumplimiento de sus fines.

La Superintendencia de Bancos divulgará en el mes de febrero de cada año, un estudio sobre la gestión fiduciaria nacional en el que de acuerdo a criterios de rentabilidad, solvencia, solidez, liquidez, cultura fiduciaria, capacidad operativa y experiencia fiduciaria, elaborará un índice que servirá de criterio para un ranking de entidades fiduciarias, que permita la evaluación objetiva de las ofertas que ellos presenten para la presentación de estos servicios.

El fiduciario es el único responsable de la administración de fideicomiso público.



Artículo 5. Proceso de selección del fiduciario. Cuando una entidad pública pretenda celebrar un contrato de fideicomiso, publicará una convocatoria en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público denominado Guatecompras, a todas las entidades autorizadas para ser fiduciarios de fideicomisos públicos, en el que se incluirá el tipo de proyecto o programa a realizar, así como las bases de contratación, descripción de las actividades a realizar por el fiduciario, y disponibilidad presupuestaria para pagar los honorarios del mismo; convocatoria por la que solicitará manifestaciones de interés en la contratación.

Dentro de los quince días calendario siguientes a la publicación de la convocatoria, se deberán presentar las manifestaciones de interés, incluyendo una oferta de honorarios expresada en términos de quetzales mensuales. Dentro de las manifestaciones de interés recibidas, la entidad pública interesada convocará a las entidades interesadas a negociar directamente y por separado por el plazo de quince días calendario siguientes al cierre del plazo para presentación de muestras de interés, los términos de la contratación, poniendo a disposición de éstas toda la información relevante de la contratación, para lo cual conformará un panel de selección integrado por tres personas con vínculo laboral o contractual con la entidad pública interesada.

El panel seleccionará dentro de los ocho días calendario, siguientes al cierre del plazo de negociación, las tres propuestas de negociación que a criterio de ellos se ajusten mejor a los intereses de la entidad pública interesada, de acuerdo a criterios de calidad del servicio ofertado.



De las propuestas de negociación seleccionadas, la autoridad administrativa superior que corresponda conforme a la Ley de Contrataciones del Estado, seleccionará dentro de los cinco días hábiles siguientes, la que a su criterio mejor se ajuste a los intereses de la entidad pública interesada, de acuerdo al criterio de precio y ranking de gestión fiduciaria; la contratación será autorizada por la autoridad superior que corresponda conforme a la Ley de Contrataciones del Estado, de conformidad con el Artículo 7 de esta ley, dentro de los ocho días calendario siguientes.

Artículo 6. Dictamen previo a la celebración del contrato. Todo Organismo de Estado, entidad pública o Municipalidad, previamente a celebrar o adherirse a un contrato de fideicomiso público, deberá remitir, previamente a su suscripción, un proyecto del texto final del mismo con la justificación correspondiente a la Contraloría General de Cuentas, para que dictamine sobre el mismo.

La Contraloría General de Cuentas podrá hacer las consultas necesarias al Ministerio de Finanzas Públicas y a la Procuraduría General de la Nación, para poder opinar sobre el efecto presupuestario y la juridicidad del contrato presentado.

No podrá celebrarse el contrato de fideicomiso hasta que se obtenga el dictamen sobre las observaciones que del mismo realice la Contraloría General de Cuentas, y el mismo haya sido conocido por la autoridad superior del Fideicomitente que corresponda, conforme a la Ley de Contrataciones del Estado.



Artículo 7. Autorización para la celebración de un contrato de fideicomiso público.

La disposición de bienes o derechos de dominio público o de una entidad pública, a través de su entrega en fideicomiso, deberá ser autorizada por la respectiva autoridad superior que corresponda conforme a la Ley de Contrataciones del Estado, previamente a la celebración del contrato.

La respectiva autorización deberá expresamente aprobar el texto final del contrato, individualizar al fiduciario, y su forma de remuneración, individualizar los bienes, derechos o acciones a fideicometer, el objeto o fin del fideicomiso incluyendo la referencia del proyecto o programa a ejecutar y la designación del beneficiario de los mismos, el plazo del fideicomiso, y el destino del patrimonio fideicometido a la terminación del contrato.

Artículo 8. Contrato de fideicomiso y registro. Todo contrato de fideicomiso público, será formalizado en escritura pública, autorizada por el Escribano de Cámara y de Gobierno.

El fideicomiso público podrá otorgarse hasta por un plazo de veinticinco años, el cual podrá prorrogarse previo cumplimiento de los requisitos legales relativos a la nueva contratación del fiduciario.

El contrato de fideicomiso público, debe remitirse por el fiduciario para su inscripción en el Registro de Contratos de la Contraloría General de Cuentas, dentro de los treinta



días siguientes a su otorgamiento, institución a su vez remitirá copia del mismo a la Dirección del Crédito Público del Ministerio de Finanzas Públicas.

Artículo 9. Del Comité Asesor Técnico. En todo contrato de fideicomiso público, deberá integrarse un Comité Asesor Técnico del mismo, con cinco delegados; uno nombrado por la entidad fideicomitente, uno nombrado por el fiduciario, uno por parte del fideicomisario, y un representante tanto para la Contraloría General de Cuentas como para la Superintendencia de Bancos.

Artículo 10. Delegados de las entidades públicas fideicomitentes. Los delegados de las entidades públicas fideicomitentes deberán tener vinculación laboral o contractual con las mismas, y únicamente podrán percibir las remuneraciones derivadas de esa relación laboral o contractual.

Asimismo los delegados de las entidades públicas fideicomitentes, como sujetos de responsabilidad deberán cumplir con las obligaciones administrativas y legales que correspondan, incluyendo la presentación o actualización de las respectivas declaraciones de probidad.

Artículo 11. Adquisiciones y contrataciones. Toda adquisición o contratación de bienes, servicios o derechos que realice el fideicomiso público, se realizará directamente por el fiduciario, bajo su responsabilidad, de conformidad con el siguiente procedimiento:



- a) toda contratación de servicios o bienes que implique una entrega periódica de los mismos, deberá contratarse anualmente, de acuerdo a las mejores condiciones de mercado;
- b) el fiduciario preparará los términos de referencia y bases de la contratación;
- c) el fiduciario convocará al Comité Asesor Técnico, para ponerle en conocimiento la intención de la adquisición o contratación a realizar, el que se pronunciará sobre la conveniencia y términos de la misma;
- d) el fiduciario publicará una convocatoria abierta para presentar ofertas de los bienes o servicios a contratar, con al menos quince días calendario de anticipación a la fecha en que se realizará la selección del proveedor, en dicha convocatoria se incluirán los términos de referencia y bases de contratación respectivas, todo lo cual se publicará en Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público denominado Guatecompras, así como en el sistema de divulgación de información de los fideicomisos que administre;
- e) el fiduciario procederá a la apertura de ofertas en la fecha y hora anunciada en la convocatoria, y entre las ofertas presentadas seleccionará el proveedor, selección que atenderá a los criterios de precio de mercado y calidad ofertada; un resumen de la selección realizada y sus términos, se publicará en el Sistema de Información de

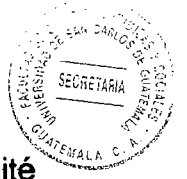


Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público denominado Guatecompras, y en el sistema de divulgación de información del fiduciario.

El fiduciario podrá realizar directamente y sin la observación de ningún procedimiento, las adquisiciones y contrataciones que no excedan de cincuenta mil quetzales, cuando de acuerdo a su criterio, las circunstancias no hagan aconsejable seguir el procedimiento definido anteriormente.

En toda adquisición o contratación que en un fideicomiso público, se pretenda celebrar por un valor total superior al millón de quetzales, previamente a la formalización del contrato respectivo, el fiduciario deberá notificar del contenido del mismo y de sus correspondientes estipulaciones, a la autoridad superior del fideicomitente, definida conforme la Ley de Contrataciones del Estado, la que dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación, podrá en caso de considerar que la misma no responde a los mejores intereses de la entidad pública fideicomitente o al programa o proyecto en ejecución, vetar razonadamente la contratación propuesta. En dicho caso, el proceso de contratación o adquisición será anulado, y el fiduciario deberá convocar a un nuevo evento.

Artículo 12. Autorización de financiamientos, desembolsos e inversiones. El fiduciario como responsable de la administración del fideicomiso, es a quien corresponde a facultad de emitir la autorización de financiamientos, desembolsos e inversiones de patrimonio fideicometido, así como su respectiva planificación y



programación. Previamente a toda decisión de este tipo, deberá convocar al Comité Asesor Técnico para que este se pronuncie el respecto.

Artículo 13. Registro de operaciones. El fiduciario de fideicomisos públicos velará porque los registros de operaciones del fideicomiso se ajusten a los renglones presupuestarios del Estado, especialmente con el objeto de poder identificar en forma separada los rubros de funcionamiento e inversión del mismo.

La entidad pública fideicomitente observará la normativa legal y administrativa presupuestaria y contable aplicable, para registrar las operaciones en fideicomiso de acuerdo a las mismas.

Artículo 14. Revocatoria del fideicomiso. En todo contrato de fideicomiso público se entiende por reservada legalmente la facultad de la entidad pública fideicomitente de revocatoria del fideicomiso.

Artículo 15. Solución de controversias. Toda controversia surgida entre las partes de un contrato de fideicomiso público con el fiduciario del mismo, deberá de tratarse de resolver en la vía directa entre las partes.

En caso de transcurridos quince días calendario luego de la expresión de la controversia por cualquiera de las partes, sin que la misma se hubiere resuelto, éstas deberán someter la diferencia a la decisión de un árbitro de derecho escogido de común acuerdo por las partes, o nombrado por el Superintendente de Bancos al no



existir acuerdo entre las partes en su nombramiento luego de transcurrido un periodo de ocho días luego de finalizado el plazo para la solución directa del asunto.

Este sistema alternativo de solución de controversias no incluye ni perjudica la facultad de declaratoria de lesividad del contrato de fideicomiso público.

Artículo 16. Renuncia del fiduciario. En caso de renuncia del fiduciario, la autoridad superior de la entidad pública fideicomitente definida de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, resolverá la conveniencia de liquidar el fideicomiso o de trasladarlo a otro fiduciario. En este segundo caso, se procederá a convocar a un proceso de selección en los términos del Artículo 5 de esta ley.

Una vez seleccionado el nuevo fiduciario, se procederá al cierre de cuentas con el fiduciario actual, y previo dictamen favorable de la Contraloría General de Cuentas, se procederá al traslado del patrimonio fideicometido del fiduciario que ha renunciado al fiduciario seleccionado. Este traspaso de activos, así como cualquier transferencia de recursos en fideicomiso público, no generará impuesto.

Artículo 17. Remoción del fiduciario. La contraloría General de Cuentas, la Procuraduría General de la Nación o la Autoridad Superior de la entidad fideicomitente, definida de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, podrán además de los demás casos legalmente establecidos, promover la remoción del fiduciario en el caso de que éste hubiera actuado en forma contraria a los intereses públicos, o



participado en actos contrarios a la probidad o a la transparencia en su gestión fiduciaria. En el caso de remoción del fiduciario, deberá procederse en la misma forma que en el caso del artículo anterior.

Artículo 18. Terminación y liquidación. A la terminación del contrato de fideicomiso público, salvo convenio internacional en contrario, se debe proceder a la liquidación del mismo, y a la entrega del patrimonio fideicometido a la entidad pública fideicomitente, o en caso que el fideicomitente hubiera sido la administración central, al fondo común.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

Artículo I. Fideicomisos actuales. Los fideicomisos actualmente constituidos deberán ajustarse contractualmente a los términos de la presente ley, mediante la aceptación contractual de los términos de la misma, dentro de los ciento ochenta días de vigencia de la presente ley, caso contrario el fideicomitente procederá a su revocatoria, o en su caso a promover la declaratoria de lesividad a los intereses del Estado.

Artículo II. Reglamentos. El Presidente de la República deberá emitir el reglamento respectivo para la adecuada aplicación de la presente ley, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la misma.

Artículo III. Vigencia. El presente Decreto será publicado en el diario oficial y entrará en vigencia ocho días después de su publicación.



PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO, PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS..... DEL MES DE..... DEL AÑO DOSMIL CATORCE.





CONCLUSIONES

1. Actualmente no existe en la legislación guatemalteca, un cuerpo normativo específico que regule la institución del fideicomiso con fondos públicos, por lo que la forma de constituirlos se apega a lo que establece el Código de Comercio, dándose así equivocadamente una característica institucional del contrato en el derecho privado, por lo que se hace más difícil su fiscalización.
2. La ejecución y constitución de los fideicomisos con fondos públicos utilizados por distintas entidades estatales, ha ocasionado la incursión de ilegalidades en el manejo de dichos fondos, estas ilegalidades en que se incurre se derivan del manejo discrecional y falta de transparencia en su ejecución, esto surge a raíz de que los fondos públicos una vez pasan a las instituciones bancarias, es muy difícil para la Contraloría General de Cuentas fiscalizar de manera eficiente dichos fondos públicos.
3. La Superintendencia de Bancos carece de herramientas necesarias para supervisar las actividades de las instituciones bancarias, cuando estas manejan fondos públicos provenientes de fideicomisos con el Estado, es por ello que el erario está siendo perjudicado mediante la malversación de los fondos públicos en las distintas instituciones bancarias, por lo que la constitución de estos contratos se convierten en focos de corrupción de funcionarios públicos que velan solo por intereses particulares.



4. En la actualidad existe falta de conocimiento acerca del tema de fideicomisos públicos, esto es preocupante ya que el uso de esta figura va cada vez en aumento sin ningún marco legal que los regule, aunque se reconoce que los fideicomisos públicos no son malos, pues aseguran un flujo suficiente, adecuado y estable de fondos públicos para un fin específico, también se advierte de sus aspectos negativos, que promueven conflictos de intereses y el desvío de fondos públicos, por lo que se hace necesario un estudio profundo para una mejor comprensión y manejo de la forma de operar de los fideicomisos públicos.



RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, apruebe una ley específica de fideicomisos públicos, para contener en un solo cuerpo legal los fideicomisos constituidos con fondos del Estado de Guatemala, de esta manera se establecerán las bases para su constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de dichos fideicomisos.
2. La Contraloría General de Cuentas, debe fiscalizar eficientemente los contratos de fideicomiso constituidos con fondos públicos, que el Estado y sus entidades descentralizadas y autónomas y las municipalidades contratan con los bancos del sistema y entidades financieras privadas, utilizando sus facultades constitucionales y legales de fiscalizar a toda persona que reciba e invierta fondos del Estado para administrarlos.
3. La Superintendencia de Bancos debe crear un manual contable para fideicomisos públicos, que sirva como herramienta para uniformar la operatoria de los mismos, y así obligar a las entidades financieras a entregar cuentas claras de la administración de los fideicomisos estatales que tienen a su cargo, ya que actualmente cada una de ellas utiliza las cuentas a su manera y conveniencia en virtud de la expansión del uso de la figura jurídica del fideicomiso en nuestro medio.



4. Es necesario que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, incluya dentro del pensum de estudio, una materia específica para abordar de manera profunda el estudio de los fideicomisos públicos, lo que redundará en un mejor conocimiento del estudiante y del futuro profesional.



BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario.** (s.e.). Editorial Porrúa. México, 1978.

AGUILAR ELIZARDI, Mario. **Técnicas de estudio e investigación.** Sexta Edición. Editorial Estudiantil Fénix. Guatemala, 2003.

ALFARO, Ricardo Joaquín. **El fideicomiso.** (s.e.). Imprenta Nacional. Panamá, 1920.

ALVARADO, Ricardo. **Contratos en notarial IV.** (s.e.). Editorial Estudiantil Fénix. Guatemala, 2007.

BARRERA CRAF, Jorge. **Estudios de derecho mercantil.** (s.e.). Editorial Porrúa S.A. México, 1,958.

BATIZA, Rodolfo. **El fideicomiso, teoría y práctica.** (s.e.). Editorial Porrúa. México, 1976.

CASTANEDA NIEBLA, Arturo. **Los fideicomisos públicos.** Tesis profesional. Facultad de Derecho, UNAM, México 1982.

FOUNROUGE GIULIANI, Carlos M. **Derecho financiero.** Volumen I. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1970.

HAYZUS, Jorge Roberto. **Fideicomiso.** (s.e.). Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 2000.

<http://es.wikipedia.org> (24-09-2013)

LIZARDI ALBARÁN, Manuel. **Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso.** Tesis de licenciatura en Derecho, UNAM, México 1945.

MARTIN, José María. **Introducción a las finanzas públicas.** (s.e.). Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina 1985.



M. KIPER, Claudio y Silvio V Lisoprawski. **Tratado del fideicomiso.** (s.e.). Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1970.

MORGAN SANABRIA, Rolando. **Instructivo para la elaboración de fichas bibliográficas, hemerográficas, documentales y legislativas.** (s.e.). (s.e.). México, 1985.

PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Negocio jurídico mercantil.** II parte. (s.e.). (s.e.). Guatemala, 2000.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** Vigésima Primera Edición. Editorial España Calpe, S.A. Madrid España, 1992.

RODRÍGUEZ RUIZ, Raúl. **El fideicomiso.** Segunda Edición. Editorial. ECASA. México, 1993.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** (s.e.). Editorial Serviprensa. Guatemala, 1978.

VILLAGORDA LOZANO, José Manuel. **Breve estudio sobre el fideicomiso.** (s.e.). Editorial Porrúa. México, 1982.

VILLAGORDA LOZANO, José Manuel. **Doctrina general del fideicomiso.** (s.e.). Editorial Porrúa. México, 1982.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Volumen III. Editorial Universitaria. Guatemala, 1988.

www.institutodederechomercantil.org. (08-09-2013)

Legislación:

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



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

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

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

Ley de Contrataciones del Estado. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número. 57-92.

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

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

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

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

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número. 31-2002. Guatemala, 2003.

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

Manual de Instrucciones Contables Para Bancos y Sociedades Financieras Privadas. Superintendencia de Bancos. Guatemala, 1996.

Manual de Procedimientos Para la Ejecución Presupuestaria. Ministerio de Finanzas Públicas. Acuerdo Ministerial número 25-85. Publicaciones del Ministerio de Finanzas Públicas.



Manual Para la Administración de Fideicomisos de la Administración Central.

Ministerio de Finanzas Públicas. Acuerdo Ministerial número. 39-2005.

Publicaciones del Ministerio de Finanzas Públicas. Guatemala, 2005.