

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



**CREACIÓN DE LOS FONDOS SOCIALES Y LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS
PARA SU EJECUCIÓN EN EL ESTADO**

GABRIEL ESTUARDO MENDOZA MUÑOZ

GUATEMALA, FEBRERO DE 2015

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

**CREACIÓN DE LOS FONDOS SOCIALES Y LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS
PARA SU EJECUCIÓN EN EL ESTADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GABRIEL ESTUARDO MENDOZA MUÑOZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, febrero de 2015

**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.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 27 de octubre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, ZULMA LORENA PERDOMO MORALES
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
GABRIEL ESTUARDO MENDOZA MUÑOZ, con carné 200118830,
 intitulado CREACIÓN DE LOS FONDOS SOCIALES Y LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS PARA SU
EJECUCIÓN EN EL ESTADO.

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

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 30 / 10 / 2014.

f) 

Asesor(a)

Zulma Lorena Perdomo Morales
 Abogada y Notaria





Guatemala, 28 de noviembre 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
Ciudad Universitaria



Doctor Mejía Orellana:

De manera atenta me dirijo a usted, de conformidad con el nombramiento de fecha veintisiete (27) de octubre de dos mil catorce (2014), emanada por su Jefatura, mediante el cual se me nombró como Asesora de Tesis del trabajo de investigación presentado por el estudiante **GABRIEL ESTUARDO MENDOZA MUÑOZ**, en la elaboración de su trabajo titulado: **“CREACIÓN DE LOS FONDOS SOCIALES Y LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS PARA SU EJECUCIÓN EN EL ESTADO”**, de conformidad con lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, aprobado por la Junta Directiva de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Al realizar la revisión del trabajo de investigación y luego de varias sesiones de trabajo, sugerí correcciones que consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado, las cuales en su momento se corrigieron, constando la presente tesis en cuatro capítulos desarrollados en orden lógico y cronológico, siendo el contenido del mismo un aporte muy importante.

Con base en los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo referido, informo:



- a. **Contenido científico y técnico de la tesis:** El sustentante abarcó tópicos de importancia en materia administrativa y de beneficio para el Estado de Guatemala y su población en condiciones de vulnerabilidad, pobreza y pobreza extrema, enfocado desde un punto de vista jurídico, estableciéndose un análisis adecuado a la creación de los fondos sociales y la constitución de fideicomisos para su ejecución en el Estado, como herramienta financiera de ejecución de recursos públicos.
- b. **La metodología y técnicas de la investigación utilizadas:** Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en esta, el sustentante para poder obtener el mayor número de datos. La observación científica obteniendo con él, un objetivo claro, definido y preciso. La bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente cómo resolver ese problema en la práctica.
- c. **La redacción:** la estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos desarrollados en una secuencia ideal, iniciado con temas que llevan al lector, paulatina y progresivamente al desarrollo del tema central, para el buen entendimiento del mismo que ha cumplido con todos los procedimientos del método científico.
- d. **Contribución científica del trabajo de investigación:** La presente investigación realizada por el estudiante, conlleva una serie de capítulos en los cuales se redacta de manera congruente los objetivos y finalidades de la creación de los fondos sociales y la constitución de fideicomisos para su ejecución en el Estado y con estos lograr la implementación de programas y proyectos sociales para el desarrollo social de la población guatemalteca en condiciones de vulnerabilidad, pobreza y pobreza extrema, con un análisis jurídico de la situación actual de los mismos en nuestro país.



- e. **Conclusión discursiva:** La misma obedece a una realidad social y jurídica, en la cual el sustentante estableció la viabilidad de la creación de fondos sociales para la ejecución de programas y proyectos sociales por medio de la constitución de fideicomisos públicos, que son utilizados como mecanismos o herramientas financieras para la ejecución ágil de los recursos públicos, mismo que comparto con el investigador por cuanto se encuentra estructurada al contenido del plan de investigación y está debidamente fundamentada.

- f. **Bibliografía:** La bibliografía es suficiente y pertinente, congruente con los métodos y técnicas que fueron aplicados adecuadamente, en virtud que con ellos, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo.

En conclusión y atendiendo a lo estipulado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, **APRUEBO** ampliamente la investigación realizada por el estudiante **GABRIEL ESTUARDO MENDOZA MUÑOZ**. Expresamente declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley con el sustentante.

Por lo que con respecto al trabajo presentado por el estudiante **GABRIEL ESTUARDO MENDOZA MUÑOZ**, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, por que considero que el tema y la presente investigación, constituyen un importante aporte para nuestro país.

Sin otro particular, me suscribo de usted con las muestras de mi más alta consideración y estima.

Deferentemente,

Licda. Zulma Lorena Perdomo Morales
Abogada y Notaria
Colegiada Activa 5230

Zulma Lorena Perdomo Morales
Abogada y Notaria



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 13 de febrero de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante GABRIEL ESTUARDO MENDOZA MUÑOZ, titulado CREACIÓN DE LOS FONDOS SOCIALES Y LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS PARA SU EJECUCIÓN EN EL ESTADO. 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.


SECRETARIA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
GUATEMALA, C. A.


LIC. AVIDAN ORTIZ
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por guiarme y darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los obstáculos que se presentaban, enseñándome a encararlos con humildad y sin perder nunca la dignidad, ni quedarme únicamente en el intento.
- A MIS PADRES:** Marwin Mendoza y Claudia Muñoz de Mendoza, quienes con su apoyo he llegado a esta instancia, que con su moralidad, sencillez y humildad supieron darme esos principios de vida, los cuales han sido de suma importancia para mi vida e hicieron de mí una persona con ansias de éxito y amor a Dios y quienes son parte de este éxito.
- A MI HIJO:** Sebastián de Jesús, por ser mi mayor motivación para nunca rendirme en los estudios y poder llegar a ser un ejemplo de vida él, quien nunca ha puesto mi amor en juicio.
- A MIS HERMANOS:** Michelle y Andreé, por haber sentado las bases para demostrarme el significado de la palabra unión, que con todas sus virtudes y gran corazón me han llevado a admirarlos cada día más, acompañándome incondicionalmente en mis anhelos e ideales.
- A MI ESPOSA:** Wendy Patricia Orellana de Paz, quien con su constante amor incondicional ha sido mi amiga y compañera inseparable, fuente de calma y consejo en todo momento, gracias por su paciencia, comprensión y equilibrio de vida.
- A MIS AMIGOS:** Por su honestidad y compañía incondicional en todo momento.
- A:** LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA por ser formadora de hombres y mujeres íntegros y de espíritu fuerte, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, la cual me abrió las puertas, para poder alcanzar esta meta.



PRESENTACIÓN

Realicé la investigación con el fin de determinar si los fondos sociales son entidades públicas que otorgan beneficio a la población por medio de su ejecución a través de fideicomisos públicos, ya que los mismos tienen una relación intrínseca con las ramas del Derecho Administrativo y Derecho Financiero, a la cual pertenece el tema en particular de la creación de los fondos sociales y la constitución de fideicomisos para su ejecución en el Estado.

La investigación efectuada fue de tipo cualitativa desde el momento de su planificación hasta el de su completo análisis, con el objeto de establecer cuál es la normativa legal aplicable para el Estado de Guatemala para la creación de Fondos Sociales y la constitución de Fideicomisos Públicos para la ejecución de programas y proyectos sociales de los mismos, en beneficio de la población Guatemalteca, realizando como investigador y sujeto de la presente tesis un estudio comparativo de los fondos sociales vigentes actualmente en Guatemala, ya que desde los años noventa a la presente fecha se han creado varios de éstos y se debe determinar si los mismos han cumplido con sus objetivos de creación y si se han constituido de conformidad a las normas vigentes aplicables.

En tal sentido, fue necesario realizar la presente investigación a efecto de establecer que en Guatemala no existe una normativa legal vigente aplicable a la constitución de



los Fondos Sociales y que la existente es poco transparente en relación a la ejecución de programas y proyectos por medio de Fideicomisos Públicos, dejando fuera del marco legal el cumplimiento a las normas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92, emitido por el Congreso de la República.



HIPÓTESIS

¿Es viable para el Estado de Guatemala la creación de fondos sociales y la constitución de fideicomisos públicos para su ejecución?

Los fondos sociales son unidades ejecutoras de las diferentes entidades públicas del Estado de Guatemala que otorgan beneficios a la población guatemalteca en relación a programas y proyectos de educación, salud, alimentación, infraestructura y saneamiento, para el desarrollo social de la población de bajos recursos en condiciones de vulnerabilidad, pobreza y pobreza extrema por medio de su ejecución a través de fideicomisos públicos, con el objeto de agilizar el tema de adquisición y contratación por esta vía ya que no les es aplicable la normativa establecida en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Con el trabajo de investigación y la utilización de la metodología analítica, sintética, deductiva y comparativa se logró comprobar que los fondos sociales son entidades públicas que otorgan beneficio a la población por medio de su ejecución a través de fideicomisos públicos, en virtud que los mismos tienen una rapidez de programación y ejecución financiera que conllevan con la proyección e implementación de programas y proyectos de beneficio social para las comunidades en pobreza y pobreza extrema, pudiendo realizar una diversidad de compras y contrataciones de bienes, suministros y servicios en tiempos cortos en congruencia a la normativa que les es aplicable a ellos mismos por medio de la emisión de reglamentos propios de compra y contratación de bienes, en donde el Comité Técnico del fideicomiso es el órgano que autoriza dichos desembolsos.

En tal sentido, se logró comprobar la hipótesis de la presente investigación al determinar que se válida la misma, debido a la ejecución presupuestaria ejecutada por los fondos sociales a través de los fideicomisos públicos por la agilidad de los procedimientos administrativos de los mismos.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Administración pública.....	1
1.1. Funciones de la administración pública.....	4
1.1.1. Planificación.....	5
1.1.2. Coordinación.....	6
1.1.3. Organización.....	6
1.1.4. Dirección.....	6
1.1.5. Control.....	7
1.2. Estructura del gobierno guatemalteco.....	7
1.3. El derecho administrativo.....	12
1.3.1. Autonomía del derecho.....	16
1.3.2. Fuentes del derecho administrativo.....	18
1.4. La actividad administrativa.....	21
1.5. Órganos de control de la actividad administrativa.....	23
1.5.1. Órgano de control judicial.....	23
1.5.2. Órgano de fiscalización.....	24
1.5.3. Órgano de control político.....	24

CAPÍTULO II

2. Antecedentes históricos de los fondos sociales.....	27
2.1. Fondos sociales en Latinoamérica.....	27
2.2. Fondos sociales en Guatemala.....	33
2.3. Características de los fondos sociales.....	40



	Pág.
2.4. La política social de los fondos sociales.....	43
2.5. Definición de los fondos sociales.....	44
2.6. Tipología de los fondos sociales.....	47
CAPÍTULO III	
3. Antecedentes históricos del fideicomiso.....	51
3.1. Antecedentes históricos del fideicomiso en Guatemala.....	61
3.2. El fideicomiso.....	63
3.3. Fideicomisos públicos.....	65
3.4. Características.....	68
3.5. Naturaleza jurídica del fideicomiso público.....	70
3.6. Elementos del fideicomiso.....	72
3.7. Clasificación de los fideicomisos públicos.....	73
CAPÍTULO IV	
4. Creación de los fondos sociales y la constitución de fideicomisos públicos para su ejecución en El Estado.....	75
4.1. Inversión social.....	76
4.2. Origen y evolución.....	79
4.3. Tipos de inversión social.....	81
4.4. Ejecución financiera de los fondos sociales.....	84
4.5. Manejo de los recursos financieros.....	93
4.6. Fiscalización de los recursos financieros de fideicomisos públicos.....	95
4.7. Extinción de los fideicomisos públicos.....	104
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107



INTRODUCCIÓN

Los fondos sociales en Guatemala, han sido creados para promover al Estado de herramientas para la ejecución de programas y proyectos en beneficio de la población guatemalteca que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad, pobreza y pobreza extrema, utilizando como mecanismos de ejecución financiera a los fideicomisos públicos, para lo cual fue necesario realizar la presente investigación con el objeto de determinar cuál es la normativa aplicable a los mismos.

La creación de los fondos sociales a partir de los años noventa ha venido en crecimiento en el Estado de Guatemala, sin tener las herramientas necesarias para llevar un control sobre la ejecución de los mismos por medio de fideicomisos públicos a quienes se les asignan recursos del Estado para la ejecución de programas y proyectos en beneficio de la población en condiciones de pobreza y extrema pobreza, lo que ha conllevado a tener problemas de discrecionalidad, politización y poco transparentes en el manejo de los recursos públicos del Estado.

Siendo el objetivo general de la presente investigación, establecer la legalidad y viabilidad de los procedimientos en el proceso de creación de los Fondos Sociales y su ejecución financiera por medio de los Fideicomisos Públicos, habiendo alcanzado el mismo en la culminación de la presente.

Como hipótesis de la investigación se planteó la siguiente interrogante: Los fondos sociales son entidades públicas que otorgan beneficio a la población por medio de su ejecución a través de fideicomisos públicos, lo que cual se logró comprobar en el desarrollo de la presente investigación.

El trabajo se ordena y se estructura en cuatro capítulos: En el primer capítulo se encuentran lo relacionado con la administración pública, las funciones de la administración pública, la estructura del gobierno guatemalteco, los antecedentes del derecho administrativo, su autonomía y las fuentes del derecho administrativo, así como la actividad administrativa que se realiza dentro del Estado de conformidad a sus



órganos de control; En el segundo capítulo, los antecedentes históricos de los fondos sociales, sus características, definición, tipos de fondos sociales y su política de inversión social; En el tercer capítulo, antecedentes históricos del fideicomiso y negocio fiduciario, la definición de negocio fiduciario, la clasificación del mismo y su unidad, se analiza al fideicomiso como tal, describiendo su naturaleza jurídica, su definición, los sujetos que participan en el contrato de fideicomiso, las características, propias del contrato, su clasificación, la forma en que este se puede llevar a cabo; En el cuarto capítulo, se analiza la viabilidad de la creación de los fondos sociales y la constitución de los fideicomisos públicos para su ejecución en el Estado, la inversión social, su origen y evolución, los tipos de inversión social, la ejecución financiera de los fondos sociales, el manejo de los recursos financieros y su fiscalización, así como la extinción de los fideicomisos públicos.

Las teorías que se utilizaron en el desarrollo de la presente investigación han sido la contractual y la mercantilista. Puesto que la figura de los fondos sociales y su ejecución por medio de fideicomisos, como se explica en el contenido, se perfecciona por medio de un contrato escrito y el carácter de éste es mercantil., así como los métodos científicos de investigación, de inducción y deducción, pero también con base en la síntesis y el análisis. 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 por medio de los fondos sociales.

En síntesis, en el desarrollo de la presente investigación se pudo determinar que la creación de los fondos sociales como unidades ejecutoras del Estado y su ejecución financiera de las mismas por medio de fideicomisos públicos, permiten una ejecución financiera ágil en virtud de que los procedimientos que los mismos aplican son con plazos cortos en comparación con la Ley de Contrataciones del Estado.



CAPÍTULO I

1. Administración pública

Se le llama administración pública a la estructura de gobierno, esto es, el conjunto de instituciones y funcionarios de un país encargado de llevar la administración de todos los asuntos políticos, económicos y sociales del mismo, es decir, es todo el aparato de instituciones y funcionarios o servidores públicos que tienen la tarea de organizar, coordinar y colaborar con el funcionamiento de todos los asuntos públicos de un Estado y asegurarse de la buena prestación de los servicios públicos.

La administración pública, se desenvuelve dentro de un ordenamiento jurídico que va desde la Constitución Política de la República de Guatemala, que ocupa dentro de la pirámide jerárquica el primer lugar, dentro del cual se encuentra estructurado todo el Estado y sus organismos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y la casi totalidad de los órganos administrativos (Entidades Descentralizadas y Autónomas), la cual nos da la estructura y el funcionamiento de los mismos, además de la estructura y funcionamiento de los Organismos del Estado.

Administración proviene del latín *administratio* que significa acción o actividad de administrar, palabra que se descompone en *ad* y *ministrare*, que por su parte significa acción o actividad que busca servir. Etimológicamente, administración pública es la acción o actividad que busca servir a los habitantes del Estado para realizar el bien



común. La Constitución Política de la República de Guatemala refiere al bien común como el fin supremo del Estado. El concepto etimológico es buen concepto, pero sin olvidar que administrar es el proceso de llevar a cabo las actividades, labores o el trabajo, eficientemente, con personas o por medio de personas. Este proceso comprende las funciones de planificación, organización liderazgo y control.

La administración pública en Guatemala, busca servir a los guatemaltecos, persigue la realización del bien común, es servicio a cargo de personas que ejecutan funciones administrativas con efectividad. “Por otro lado, el derecho administrativo en Guatemala tiene como fin supremo velar por el bienestar, de los guatemaltecos. Este propósito se cumple por medio del buen funcionamiento de la administración pública. Una preocupación del derecho administrativo es la calidad de la administración; en cuanto a que éste afecta vidas humanas.¹

Para el autor Hugo Calderón, la administración pública es “el conjunto de órganos administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (bienestar general), a través de los servicios públicos (que es el medio de que dispone la administración pública para lograr el bienestar general), regulado en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo.² También podemos definir a la administración pública como “la actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías”³.

¹ Instituto Nacional de Administración Pública. **Derecho administrativo**. Pág. 115.

² Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo I**. Pág. 4

³ Manuel Osorio, **diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 63



La administración pública en Guatemala, surge desde muchos años atrás, desde la civilización maya hasta la nuestros días, donde de cierta manera ya existía un gobierno y un sistema de servicio a la población, en estas etapas se dieron procedimientos y estructuras de desde sus inicios hasta nuestros tiempos de la actividad administrativa.

La administración pública es la actividad que busca servir a los habitantes del Estado, asegura realizar el bien común. Está a cargo de funcionarios y empleados que deben trabajar eficientemente las funciones administrativas. Esta definición descarta las definiciones puramente académicas y las clasificaciones que pretenden dividir la administración en: activa, consultiva y de control.

La administración pública, se compone de varios componentes que lo constituyen de los cuales podemos mencionar los siguientes:

- a) El fin que pretende el Estado a través de la administración pública es “el fin con que o por que hacer algo”⁴, por lo que la finalidad del Estado es “el bien común”, o “bienestar general”, de toda la población en general, elemento no solo doctrinario sino que legalmente fundamentado en la Constitución Política de la República de Guatemala, expresando dentro del Artículo 1º., que establece “protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”⁵.
- b) El órgano administrativo: es el que tiene en sus manos la ejecución de la

⁴ www.rae.es, Diccionario de la real academia española

⁵ www.estuderecho.com

actividad encaminada a satisfacer una necesidad de la sociedad, el órgano es un ente constante que se mantiene en el tiempo y espacio hasta su vigencia sin importar muchas veces quien es el sujeto titular del mismo, toda vez que puede cambiar este sujeto, pero el órgano se mantiene. Asimismo podríamos definirlo como “todos aquellos órganos que pertenecen a la administración pública y que son el medio o el conducto por medio del cual se manifiesta la personalidad del Estado”⁶.

- c) La actividad que la administración realiza: “Esta actividad se desarrolla a través de la prestación de los servicios públicos, a los cuales está obligada la administración pública para el logro de su finalidad”⁷ o sea, cada una de esas actividades (prestación de servicios de salud, educación, seguridad, vivienda, entre otros), que el estado realiza a través de las distintas instituciones que lo conforman.

1.1. Funciones de la administración pública

Es importante resaltar que en la administración pública, su fin principal, como quedó establecido es la satisfacción del bien común, eso se refiere al bienestar de la sociedad, no desde la perspectiva de proveer de una forma descontrolada, sino que basándose en evaluaciones constantes sobre las necesidades primarias así como los grupos en los cuales estas son más determinantes. La administración del Estado tiene una organización a nivel central, básicamente los diferentes departamentos ministeriales, y

⁶ Calderón Morales, Hugo Haroldo. Op. Cit. Pág. 4

⁷ Ibid. Pág. 5



una organización periférica. Al Gobierno le corresponde la dirección de la administración Civil del Estado.

La administración del Estado tiene una organización a nivel central, básicamente los diferentes departamentos ministeriales, y una organización periférica. Al Gobierno le corresponde la dirección de la administración Civil del Estado. Es así como desde el punto de vista formal, pueden ser legislativas, judiciales y ejecutivas. Desde el punto de vista material legislativas, judiciales y administrativas⁸. En tal sentido la administración pública tiene las siguientes funciones:

1.1.1. Planificación

Si no se planifica se estaría frente a escenarios imprevistos, lo que conllevaría a acciones meramente reactivas hacia la realidad que se da en una formación económica social. La planificación “implica la investigación para garantizar los resultados de la finalidad que se pretende”⁹, o sea presentar los posibles escenarios y así poder controlar la posibles variables que se puedan dar garantizando la obtención de los resultados deseados, que podría pasar.

⁸ Universidad de San Carlos de Guatemala, **Apuntes de derecho administrativo**. Pág. 25
⁹ Calderón Morales, Hugo Haroldo, **Op. Cit.** Pág. 4



1.1.2. Coordinación

El Estado es un conjunto de órganos que de forma conjunta realizan la función para la cual fueron consagrados, los cuales deben actuar de forma armonizada con el objeto de obtener la optimización de resultados, “para cumplir su función social, el Estado debe contar con un cierto sistema de organización de los individuos, de instituciones políticas, relacionadas entre sí de un determinado modo y que, en su conjunto, forman la maquinaria del Estado.”¹⁰. Este conjunto de instituciones deben de trabajar en forma coordinada, para poder funcionar.

1.1.3. Organización

Para que la coordinación funcione deben estar determinadas las acciones de cada uno de sus órganos, esto se refiere a “la estructuración técnica de las relaciones que deben existir entre las funciones, niveles y actividades de los elementos materiales y humanos de un organismo social”¹¹.

1.1.4. Dirección

Es la función de dirigir, guiar a un determinado fin por medio de un procedimiento la actividad de la función administrativa y de esta manera obtener una optimización de los recursos existentes.

¹⁰ Pereira-Orozco, Alberto. **Nociones generales de derecho I**. Pág. 33

¹¹ Calderón Morales, Hugo Haroldo. **Ob.Cit.** Pág. 9



1.1.5. Control

Las cuatro funciones anteriormente establecidas, son subsiguientes, sin embargo, sin medios de control adecuados no sería posible cuantificar los alcances obtenidos ni evaluar la correcta inversión en determinadas áreas. El control nos da la “medición de los resultados actuales y pasados, en relación con los esperados, ya sea total o parcial, con el fin de corregir, mejorar y formular nuevos planes”¹².

Para el autor Garbino Fraga, podría definir simplemente por exclusión, pues siendo tres las funciones del Estado, la que no sea legislativa ni jurisdiccional, las cuales ya conocemos, tendría forzosamente que ser administrativa.¹³ Sin embargo, dice, esta definición no nos da ningún criterio positivo con el cual poder caracterizarla, por lo que debemos procurar construirla recurriendo a los elementos que la precisen con individualidad propia¹⁴.

1.2. Estructura del gobierno guatemalteco

El Estado tiene su propia organización, que conforme a la Constitución Política, está estructurada por los tres organismos ejecutivo, legislativo y judicial. El estudio de nuestra materia se encauza a la función administrativa, que realiza principalmente, uno

¹² *Ibíd.* Pág. 10

¹³ Fraga, Garbino, **Derecho administrativo**. Pág. 119

¹⁴ **Manual de derecho administrativo**. Pág. 53



de estos organismos (el ejecutivo) el que tiene su propia estructura, con características particulares de acuerdo con las necesidades que le plantea su funcionamiento.

Esta organización como cualquier otra, está integrada por una serie de elementos que interactúan en un complejo sistema de atribuciones y competencias para delimitar el campo de acción por materia, grado, territorio, a fin de que la acción de sus órganos no interfieran entre sí con una distribución de las responsabilidades de su actuación, ante la propia organización y frente a terceros que pueden verse afectados por la acción de estos; con una autoridad correlativa a la responsabilidad, que le permite llevar a cabo sus actividades de acuerdo con la habilidad y preparación técnica de las personas que tienen a su cargo esta actividad.

El Gobierno de Guatemala, en lo que se refiere al Organismo Ejecutivo, encontramos su fundamento legal regulado en los Artículos 182 al 202 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Decreto número 114-94 y sus Reformas que contiene la Ley del Organismo Ejecutivo, el cual establece normas jurídicas de aplicación en la Administración del Estado de Guatemala, concede la legalidad administrativa y sirve de fundamento para dictar reglamentos internos de las organizaciones del Organismo Ejecutivo en lugar de un reglamento general.

La administración pública guatemalteca, se encuentra inmersa en una compleja serie de órganos, que parte del vértice que es el ejecutivo con un sistema centralizado, que funciona a nivel nacional, las gobernaciones departamentales también centralizados, los municipios y sus órganos el concejo y alcaldes, las regiones con sus consejos de



desarrollo urbano y rural, los entes autónomos (denominados así constitucionalmente) como el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Universidad de San Carlos de Guatemala, Banco de Guatemala, y las propias municipalidades y otros órganos investidos de personalidad jurídica, como la Superintendencia de Administración Tributaria, Contraloría General de Cuentas, etc. algunas empresas del Estado, las sociedades anónimas con aporte estatal y privado (que ya no queda ni una sola en Guatemala), entre otros.

Algunos autores denominan a los sistemas o técnicas de organización administrativa, formas de organización administrativa.

Son formas de organización de la administración pública. Organizar significa ordenar y acomodar sistemáticamente, desde un punto de vista técnico, un conjunto de elementos para llevar a cabo una actividad, cumplir un fin u obtener un objetivo.

La administración pública, como todo elemento del Estado, necesita ordenarse adecuada y técnicamente, es decir organizarse, para realizar su actividad rápida, eficaz y convenientemente. Para ello se ha tratado, a través de la evolución de la administración pública, de buscar formas de organización que respondan lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado.

La organización político-administrativa en Guatemala, dividida en nacional, departamentos, municipios y regiones, impone la existencia de tres tipos de gobierno: El ejecutivo a nivel nacional; la administración pública departamental, las gobernaciones



departamentales (actualmente sin mayor relevancia); la administración pública municipal (la más importante de todas a mi criterio); y, por último una que se relaciona con las tres anteriores, una gama de integrantes, los consejos de desarrollo de las regiones; además una serie de órganos administrativos que van desde los llamados desconcentrados, otros descentralizados y algunos constitucionalmente denominados autónomos.

El presidente de la República actúa en consejo de Ministros, preside la reunión de Ministros de Estado, debidamente convocados por él. El Vicepresidente participa con voz y con voto en las reuniones del Consejo de Ministros, lo convoca y preside en ausencia del Presidente. En ausencia del titular de un ministerio, comparecerá al consejo un Viceministro.

Los Ministros de Estado, son los funcionarios titulares de los ministerios y los de superior jerarquía dentro de cada uno de ellos. Dependen directamente del presidente de la república, quien los nombra y remueve. Sus labores son coordinadas por el vicepresidente de la República. Los ministros tienen autoridad y competencia en toda la república para los asuntos de su propio ramo y son responsables de sus actos de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala y demás leyes.

Los ministerios del Estado son:

1. Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación
2. Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales
3. Ministerio de Cultura y Deportes



4. Ministerio de Desarrollo Social
5. Ministerio de Economía
6. Ministerio de Educación
7. Ministerio de Energía y Minas
8. Ministerio de Finanzas Públicas
9. Ministerio de Gobernación
10. Ministerio de Infraestructura, Comunicación y Vivienda
11. Ministerio de la Defensa Nacional
12. Ministerio de Relaciones Exteriores
13. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social
14. Ministerio de Trabajo y Previsión Social

Por otra parte, las Secretarías y comisionado de la presidencia de la república, son dependencias de apoyo a las funciones del presidente de la república.

El tratadista Vedel, enuncia el principio de separación de autoridades administrativa y judicial, en estos términos: “todos los conflictos o controversias en que resulte implicada la administración su calidad de poder público, no deben someterse al conocimiento de los tribunales civiles o comunes especiales, sino a los denominados tribunales administrativos”¹⁵.

Este principio no propugna porque los administradores de alta gerencia como el Presidente de la República y los Ministros de Estados, ejerzan funciones de jueces y

¹⁵ Vedel, Georges. **Derecho administrativo**. Pág. 58



conozcan de tales procesos planteados contra la administración pública. Al contrario, propugna porque tales administradores sin perder su calidad de autoridades administrativas superiores se sometan a procesos planteados en su contra, o en contra de la administración o del Estado, exclusivamente en tribunales administrativos.

1.3. El derecho administrativo

Es una rama del derecho mediante la cual se estudia el conjunto de normas y principios que regulan la actividad administrativa del Estado, la relación entre los particulares y los órganos administrativos, las relaciones ínter orgánico y los mecanismos de control.

El derecho administrativo, “es la pura legislación administrativa o conjunto de leyes relacionadas con la administración; es el conjunto de normas que regulan la organización y las funciones del poder ejecutivo; es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares; es el derecho que regula los servicios públicos; es la actividad del Estado para lograr sus fines; es el conjunto de reglas que permiten a los particulares adquirir derechos y contraer obligaciones para satisfacer las necesidades públicas.

El derecho administrativo es lo indicado en las seis definiciones precedentes. Otra definición menos complicada y sencilla, “el conjunto de normas y de principios jurídicos



que regulan la administración estatal, incluidas la costumbre de los pueblos mayas. Las normas equivalen a la legislación y los principios equivalen al derecho”¹⁶.

Su fundamento constitucional, lo encontramos en los Artículos 1º, 2º, 140, 141, 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Las características más importantes de este derecho son: que es un derecho reciente; no codificado; y, es una rama del derecho público. Para determinar su objeto debe considerarse que esta ciencia es tan amplia y su estudio debe hacerse en forma integrada. Su objeto principal es que constituye el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los distintos organismos de la administración; así mismo, esta rama pública del Derecho; es de naturaleza especial en virtud de su campo de acción. No es un derecho codificado, por lo que para resolver un solo caso, debe recurrirse a una variedad de normas jurídicas (integración de leyes).

El tratadista Idalberto Chiavenato la define así: “es un conjunto de normas, principios y doctrinas que regulan la organización y actividad de la administración pública de las relaciones que se dan entre la administración, los particulares y las relaciones ínter orgánicas y su control”¹⁷.

Para el tratadista Adolfo Merkl, en un aspecto muy amplio define: “la administración es toda actividad humana planificada para alcanzar determinados fines humanos”¹⁸. Se

¹⁶ Castillo González, Jorge Mario, **Ob. Cit.** Pág. 82

¹⁷ Chiavenato Idalberto. **Introducción a la teoría general de la administración.** Pág. 12

¹⁸ Merkl Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo.** Pág. 12



considera que vista la administración como concepto general, se puede afirmar que administración es el género y administración pública es la especie.

Se considerada ciencia, porque sustenta en principios elaborados por medio de la investigación creando de esta manera la teoría administrativa. Es arte porque se sustenta en la habilidad de las personas que administran.

Desde el punto de vista que se estudie se puede considerar como una rama de las ciencias sociales o como una rama de las ciencias políticas o por lo menos con una íntima relación con estas ciencias.

El derecho administrativo estudia temas jurídicos de la administración. La ciencia administrativa (teoría de la administración) estudia temas no jurídicos, basados en las funciones administrativas.

El derecho reconoce a la entidad colectiva como sujeto de derecho; es decir, como persona jurídica cuando su fundamento radica en una cierta realidad social existente que constituye el fundamento de la personalidad jurídica, constituida por los siguientes elementos: un conjunto de personas y bienes; cierta organización de unos y otros y un fin a cumplir. El Estado tiene una personalidad única, con capacidad para ser sujeto de derechos públicos o privados. Además en el Estado, existe un número variable de personas públicas de muy distinta clase: municipios, departamentos, entes autónomos, descentralizados, centralizados, entre otros. Tal multiplicidad es consecuencia directa



de la constante descentralización producida por el incremento del Estado moderno; la estructura de las personas públicas es distinta una de otra.

El Estado, por excelencia, es la primera de las personas de derecho público, y cuando desarrolla una de sus funciones típicas, como la administración pública, lo hace a través de una serie de órganos, justamente porque su existencia se manifiesta en una organización, es que para expresar su voluntad precisa de órganos que lo hagan en su nombre, o sea que la función administrativa se manifiesta a través de un conjunto de órganos que, investidos jurídicamente, expresan la voluntad del organismo político.

El Estado, como sujeto de derecho, como persona pública, posee una personalidad única con la que puede actuar, ya sea en forma supraordinaria o en plano de igualdad con los particulares; o sea en el ámbito del derecho público o del derecho privado, y su obrar, en todo caso, tiene por objeto el interés público, la satisfacción de necesidades colectivas.

Las actividades y las decisiones administrativas deben someterse al derecho en el entendido que el derecho comprende la ley, la doctrina y los principios jurídicos.

Es la tendencia y el criterio favorable al predominio de soluciones de estricto derecho en los asuntos sociales, políticos, económicos, culturales y de cualquier otra naturaleza. Equivale a la aplicación del derecho por medio de principios jurídicos incluyendo la doctrina jurídica administrativa.



La juridicidad es necesaria porque elimina el empleo de la discrecionalidad y de la fuerza. Plantea la utilización del derecho como método e instrumento de las actividades y decisiones administrativas. Contrario a la juridicidad está la antijuridicidad y objetivamente equivale al Estado de hecho o Estado de facto.

Esta clase de Estado por su origen y por su naturaleza no está obligado a someterse al derecho ni obligado a respetarlo. En tanto no existió la juridicidad como principio, el vacío y la ausencia de ley se aprovechó para actuar y decidir en forma discrecional, utilizando la fuerza. La juridicidad se justifica por la necesidad de limitar la discrecionalidad y la fuerza.

1.3.1. Autonomía del derecho

Es un sistema o forma de organización administrativa que consiste en crear un órgano administrativo, dotándolo de personalidad jurídica y otorgándole independencia en cuanto a funciones de carácter técnico y científico, pero con ciertos controles del Estado¹⁹.

El Instituto Nacional de Administración Pública “durante años se ha dedicado a estudiar los fundamentos de la autonomía del derecho administrativo, al no poder prescindir por completo de la aplicación del Código Civil y de otras leyes civiles o comunes, exasperando, abandona la idea de la autonomía y se limita a estudiar sus alcances, llegando a establecer que entre el juez civil y el juez administrativo existe una diferencia

¹⁹ Robbins Stephen P. **Introducción a la teoría general de la administración.** Pág. 54



fundamental.”²⁰ El juez civil obligadamente aplica el Código Civil y otras leyes civiles comunes. Se afirma que el derecho administrativo deja de ser autónomo cuando en la administración se aplican las mismas normas que regulan las relaciones entre los particulares. Puede ser parcialmente autónomo cuando las normas administrativas alternan con las normas civiles en cuanto a su aplicación.

Se señala que la sola sumisión o sometimiento de la administración al derecho no significa que necesariamente exista algún derecho administrativo, puesto que la administración puede estar regulada por el mismo derecho de los particulares (derecho privado). Inglaterra no cuenta propiamente con un derecho administrativo, pero posee un conjunto de leyes administrativas que organizan la administración, describen sus funciones o atribuciones y el procedimiento administrativo no es un procedimiento especial sino el mismo que establece el derecho civil.

La excesiva cantidad de leyes administrativas no equivale a la existencia de derecho administrativo, aunque en el texto de algunas leyes pueda estar presente cierto derecho administrativo. No es la cantidad de leyes la que determina la existencia del derecho administrativo sino el contenido especial de cada una de las mismas. En Guatemala existe excesiva cantidad de leyes administrativas y algunas leyes contienen normas y principios del derecho administrativo.

²⁰ Instituto Nacional de Administración Pública. **Derecho administrativo**. Pág. 48



En la administración pública existe tendencia hacia la propagación del derecho administrativo. La aplicación de la teoría jurídica administrativa se observa en toda clase de documentos: proyectos, estudios, dictámenes, informes, leyes y reglamentos.

Guatemala a la fecha no cuenta con un derecho administrativo propio, pero aplica la teoría universal, principalmente de origen francés. El Estado de Guatemala es dominado por el excesivo formalismo y aplicación del derecho civil, aun cuando sólo puede existir un derecho administrativo incipiente.

De 1983 hasta la fecha, la búsqueda de la autonomía total ha culminado con dos conclusiones: 1) Que la autonomía total no es posible y que la autonomía relativa es lo único posible; y 2) Que prescindiendo de la autonomía, aun en Estados dominados por el derecho civil, existe derecho administrativo a causa de la idea dominante de someter a la administración el derecho. Esta idea goza de aceptación unánime, es sostenida por defensores del Estado de Derecho y del Estado Constitucional.

1.3.2. Fuentes del derecho administrativo

El tratadista Adolfo Merkl denominó formas a las fuentes del derecho administrativo. “La base de las formas, es la legislación de cada Estado. Existe tendencia a eliminar las formas como tema jurídico, sustituyendo el tema por los principios jurídicos. La clasificación depende de la legislación y la jerarquía de cada Estado. En Guatemala, las formas o fuentes actualmente se clasifican observando el orden jerárquico siguiente: Constitución Política y leyes constitucionales. Leyes ordinarias administrativas,



Acuerdos y Reglamentos, doctrina y principios jurídicos, costumbre de los pueblos mayas.”²¹

Las fuentes del derecho administrativo, son las formas jurídicas del derecho administrativo en una comunidad jurídica, o sea, en el Estado. Las fuentes del derecho administrativo en cada Estado se basan en su propia legislación. Modernamente, la tendencia es eliminar las formas como tema jurídico, sustituyéndolo por el estudio de los principios jurídicos.

A la fecha no existe un acuerdo unánime en cuanto al número de fuentes jurídico administrativas, y así se encuentran autores que limitan el papel de fuente únicamente a la ley, la costumbre y la doctrina, otros, por el contrario, hacen una enumeración más amplia, porque estiman que existen procesos de formación de la ley que no están comprendidos en el triple enunciado, y que sin embargo, son reputados por la generalidad, de la doctrina jurídica como verdaderas fuentes del derecho administrativo, entre las cuales se señala: el reglamento, los tratados y convenios internacionales, los principios generales del derecho, la práctica administrativa.

Las fuentes formales son las que se refieren a la forma o manera en que las normas se expresan en una sociedad determinada. Este concepto es técnico jurídico y alude al origen de la norma en una autoridad reconocida por el derecho positivo que, mediante un procedimiento preestablecido, confiere a la norma una forma concreta. La fuente formal y directa del Derecho administrativo es la Constitución. Como ley escrita

²¹ Merkl Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Pág. 24



suprema del Estado es la fuente primaria no sólo del Derecho administrativo sino de todas las ramas del Derecho, ya que el ordenamiento jurídico debe adaptarse a los principios legales vigentes.

La Constitución es la fuente por excelencia del derecho en cuanto determina la estructura del Estado, la forma de gobierno, la competencia de los órganos constitucionales y administrativos, los derechos básicos de una comunidad, elevados a la categoría de constitucionales, para mantenerlos permanentemente fuera de los problemas políticos cotidianos.

En sentido formal, la ley es una manifestación del Derecho escrito, se le puede definir como norma jurídica que, con carácter de general y obligatorio, resulta de un proceso específico de creación por parte del órgano o autoridad facultada al efecto. La ley en sentido formal es, toda norma legal que emana del órgano legislativo; instituido en la Constitución Política de la República, para crear reglas jurídicas de carácter general y por los procedimientos en ella señalados.

Las fuentes materiales del derecho administrativo en Guatemala, se refieren a aquellos principios que en alguna forma inspira al derecho (la exigencia de la moral, o el Derecho natural, las concepciones políticas, económicas y sociales).

Las fuentes materiales están conformadas por una serie de datos de diferentes tipos que concurren en la producción de normas y que no pueden dejar de ser tomadas en



cuenta a la hora de regular la conducta humana en sociedad y que, por lo tanto, provocan su apareamiento.

Las fuentes reales, constituyen el conjunto de datos meta-jurídicos que le dan contenido a las normas jurídicas. Son éstos los hechos reales de donde emana la necesidad de regular ciertas materias considerando la propia circunstancia que rodea al hombre en su comportamiento con los demás.

1.4. La actividad administrativa

La actividad administrativa del Estado se somete a la ley consecuencia, de basarse en el orden jurídico. Actividad administrativa existe en todos los organismos del Estado. Sin embargo, comúnmente sólo la actividad administrativa del Organismo Ejecutivo recibe el nombre de administración pública. El Organismo Ejecutivo ejerce funciones políticas y administrativas y el Estado también ejerce este tipo de funciones al igual que dicho organismo. Actividad administrativa también existe en las organizaciones autónomas y descentralizadas que forman parte del Estado.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 1 considera el bien común como el fin supremo del Estado de Guatemala, por lo que la actividad administrativa equivale a la acción puramente material que puede ser interna, externa, reglada y discrecional. Con relación a la actividad material interna se lleva a cabo dentro de la organización, no se proyecta fuera o al medio ambiente externo de la



organización. Al encontrarse fuera de la organización, no afecta intereses, derechos y libertades de los particulares y de otras organizaciones públicas o privadas.

La actividad administrativa formal equivale a la diligencia que regularmente se desarrolla en cada uno de los tres Organismos del Estado; actividad legislativa, ejecutiva y judicial. Como se relaciona anteriormente, la actividad material y formal se llevan a cabo por medio de procesos o procedimientos y su objetivo es tomar decisiones y resolver problemas.

En los Estados modernos tanto la administración como la jurisdicción se encuentran reguladas por una normativa y cabe distinguir ambas funciones en razón de lo siguiente: al ejercitar la función de juzgar, el Estado persigue la realización de los derechos controvertidos a inciertos; al ejercitar la vía administrativa, tiende a realizar intereses generales.

En esta línea señalada, las acciones fundamentales que la administración lleva a cabo son las siguientes:

- a) Acción de garantía: mediante este procedimiento la administración fija el marco de la vida colectiva; establece el orden de convivencia, garantizado cuales son los ámbitos dentro de los que pueden desarrollarse las iniciativas privadas y cuáles son las posibles conductas de los particulares, la que se realiza manteniendo la tranquilidad y el orden público o definiendo derechos, como el caso del urbanismo, o limitando posibilidades de actuación, como cuando tasa un precio.

- b) Acción de prestación: tiene por finalidad entregar a sus destinatarios ciertos bienes o prestar determinados servicios. Los puede ofrecer la administración en el mercado, régimen de derecho privado o mediante un concesionario al que fija pautas de actuación, o bien, puede ejecutar el servicio público de forma directa y como tal administrar.
- c) Acción de estímulo: la administración incita a los particulares a que cumplan actividades concretas de interés público mediante subvenciones, créditos.

1.5. Órganos de control de la actividad administrativa

Son todos aquellos órganos del estado, encargados de la administración pública, de las instituciones centralizadas, descentralizadas y autónomas, que velan por el buen funcionamiento de los servicios, ingresos y egresos del estado. Y la cual se dividen de la siguiente manera:

1.5.1. Órgano de control judicial

El órgano de control judicial del Estado de Guatemala, es el Organismo Judicial, regulado por la Constitución Política de la República de Guatemala en sus Artículos 203 al 222 y por la Ley del Organismo Judicial. Este control judicial corresponde a la Corte Suprema de Justicia, integrado por las Cámaras penal, civil, amparo y ante juicios, las cortes de apelaciones y los tribunales de justicia, incluyendo las salas de lo contencioso administrativo.

1.5.2. Órgano de fiscalización

La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica descentralizada con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y de todo interés hacendario de los organismos del Estado, la Superintendencia de Administración Tributaria, que lleva el control de los contribuyentes y de los aduaneros, la Superintendencia de Bancos vigila e inspecciona el Banco de Guatemala, Bancos, Sociedades financieras y la Intendencia de Verificación Especial se encargada de combatir el lavado de dinero y otros activos.

1.5.3. Órgano de control político

El órgano de control político es el Organismo Legislativo, creado por la Constitución Política de la República de Guatemala Artículos del 157 al 181 y regulado por el Decreto número 63-94, Ley del Organismo Legislativo. Guatemala no obstante haber adoptado el régimen presidencialista tiene características de régimen parlamentario. Los Ministros encabezan órganos con decisión y competencia administrativa por lo que deviene la figura de la interpelación, el antejuicio y si fuere el caso desaforo de los mismos.

La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República y está compuesto por diputados electos por el pueblo. Entre las instituciones que tienen competencia en el control político están el Registrado de Ciudadanos y el Tribunal Supremo Electoral.



El proceso contencioso administrativo es un verdadero proceso de conocimiento, es un medio de control que tienen los particulares o administrados, para oponerse a las decisiones, resoluciones o actos de los órganos administrativos, una vez agotada la vía administrativa, es decir que se haya agotado los recursos administrativos en la vía administrativa.

“El control judicial de los actos de la administración pública guatemalteca, son en primer lugar el proceso contencioso administrativo (control privado), y la acción de amparo (control constitucional)”²².

En el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentra regulado lo relativo al tribunal de lo Contencioso Administrativo, la función que desarrolla éste y regula el recurso de casación, en contra de las resoluciones y autos que pongan fin al proceso. Este proceso es regulado por el Decreto número 119-96, Ley de lo Contencioso Administrativo siendo leyes complementarias para éste proceso la aplicación supletoria la Ley de Organismo Judicial y Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107; el Decreto Ley 45-83 del Presidente de la República.

En Guatemala (se cuenta con un sistema de justicia retenida) existen tribunales especiales adscritos al Organismo Judicial, existen hasta el momento tres salas de lo contencioso administrativo la primera en materia administrativa, la segunda en materia tributaria y la Tercera atiende nuevos procesos para entender el exceso de procesos interpuestos en materia tributaria. El control constitucional se realiza por medio de la

²² Calderón Morales Hugo H. **Derecho administrativo I**. Pág. 198



petición de amparo en materia administrativa la que se desarrollará en un apartado específico posteriormente.



CAPÍTULO II

2. Antecedentes históricos de los fondos sociales

Los fondos de inversión social o “fondos sociales”, surgieron para paliar los efectos de las medidas de ajuste en el empleo y frenar la agudización de la pobreza. Fueron creados para complementar las políticas sociales, que evidenciaron fuertes limitaciones para responder a los nuevos escenarios económicos y sociales, y atender de forma rápida y eficiente las necesidades de la población más afectada por la reestructuración.

Desde que se fundó el primer fondo social en 1987, los mismos a nivel mundial han sido financiados por diversos organismos internacionales y en la década de los años noventa por entidades gubernamentales.

Los fondos sociales se crearon para que los mismos pudieran actuar en múltiples situaciones diversas (terremotos, huracanes, después de conflictos bélicos, efectos de la crisis financiera global), a nivel mundial.

2.1. Fondos sociales en Latinoamérica

En el año 1993, se publica el Plan de Gobierno 1994-95, Agenda de Trabajo, en donde se establece como eje prioritario el combate a la pobreza. “El nuevo camino en el combate a la pobreza señaló a las propias comunidades, a las organizaciones no gubernamentales, y a los gobiernos locales como las entidades responsables de la

acción. De este modo se articulan en una sola empresa a los propios sujetos del desarrollo, a las instancias sociales, y a las entidades estatales. Con esta nueva forma de trabajo se rompe con la modalidad tradicional de administrar centralmente los servicios públicos en forma rutinaria y se utiliza un procedimiento que adecúa estos servicios en forma directa a las necesidades básicas de las propias comunidades y se atiende a los grupos más vulnerables: niñas y niños, mujeres, grupos étnicos, y población rural asentada en pequeñas aldeas y caseríos de interior de la República²³.

En todos los casos, los fondos sociales surgieron como un nuevo instrumento de lucha contra la pobreza. Fueron concebidos como una forma de intervención más rápida, eficiente y flexible para canalizar subsidios directos y transferir recursos y servicios a la población más afectada por la reestructuración. En este contexto, constituyeron una estrategia para aliviar los efectos de las medidas de ajuste en el empleo y frenar la agudización de la pobreza, complementando las políticas sociales que evidenciaron fuertes limitaciones para responder a los nuevos escenarios económicos y sociales. En el año 1996, 14 países²⁴ de la región ya contaban con una institución de estas características.

Originalmente, casi todos los Fondos Sociales fueron creados como organismos transitorios, con recursos provenientes principalmente de la cooperación externa, algún

²³ **Memoria de labores.** Fondo de Inversión Social, 13 de septiembre de 1993 al 31 de diciembre de 1994. Pág. 5

²⁴ **Panorama Social de América Latina,** Según datos de 1997, los países latinoamericanos referidos son: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay (hasta 1994) y Venezuela. CEPAL, Edición 1996. Santiago, Chile.



aporte estatal y, en ciertos casos, con un bajo porcentaje de cofinanciación por parte de los beneficiarios.

Excluyendo los fondos de Costa Rica y Chile, que desde el principio fueron organismos permanentes y financiados mayoritariamente con recursos públicos, en 1996 el aporte externo a los fondos latinoamericanos constituía como mínimo el 51% del total de los recursos (Perú), llegando incluso a representar el 100% del presupuesto (en el caso de Venezuela)²⁵.

Independientemente de la heterogeneidad de las fuentes de financiamiento y de los presupuestos con que cuentan, la magnitud de los recursos administrados por los fondos latinoamericanos es en todos los casos, excepto el de Costa Rica, bastante reducida con relación al gasto público social que efectúan los países. Esto pone claros límites al impacto que los Fondos Sociales puedan tener en la reducción de la pobreza, alcanzando a un grupo muy limitado entre los potenciales beneficiarios. De hecho, algunas estimaciones indican que, incluso los fondos más importantes, en el período de máxima actividad sólo destinan alrededor de 10 dólares americanos anuales por cada persona en situación de pobreza²⁶.

Más allá de las limitaciones concretas asociadas a los recursos que manejan, los objetivos de los Fondos Sociales, su verdadero radio de acción, sus logros y potencial y su verdadera función en tanto instrumentos de política social, varían mucho y siguen

²⁵ Ibid. Pág. 5

²⁶ Siri, Gabriel, **Los fondos de inversión social en América Latina**, en Revista de la CEPAL N° 59 Santiago, Chile.

siendo objeto de debate. Sin embargo, se pueden destacar algunos aspectos comunes y los temas fundamentales que plantean estos fondos con respecto a la pobreza, la dimensión de género y el empleo.

Como ya se ha señalado, los principales objetivos de los Fondos Sociales nacidos en medio de un proceso de reformas económicas y políticas de ajuste estructural, son coincidentes: mitigar la pobreza y dar viabilidad política y social a los ajustes, paliando sus efectos negativos sobre los sectores más vulnerables.

Los objetivos explícitos e implícitos de los Fondos Sociales se pueden agrupar en tres temas principales. Todos los programas nacionales apuntan por lo menos a uno de estos objetivos:

- a) Mitigar la pobreza y el desempleo, focalizando su actividad en los “nuevos pobres” y en los grupos directamente afectados por la reforma económica y las políticas de ajuste (por ejemplo, trabajadores desempleados) y, de manera más general, en la pobreza y el desempleo crónicos y estructurales.
- b) Fortalecer la viabilidad política de los programas de reforma y ajuste estructural y hacerlos más aceptables desde el punto de vista social.
- c) Crear un enfoque y una cultura nuevos en materia de suministro de servicios sociales, sobre la base de un mecanismo institucional flexible que funcione al margen de la estructura burocrática y fomente un desarrollo participativo y descentralizado que aglutine a los grupos y asociaciones locales.



La mayoría de estos programas, que surgieron como instrumentos de emergencia, de corto plazo y provisorios, en este momento están caminando hacia su institucionalización para asegurar su continuidad como instrumentos de política social. Las demandas que tienen ahora ya no se circunscriben a programas de compensación cuya función, respondiendo a una definición restringida, es atender a sectores específicos empobrecidos por el ajuste. Progresivamente se han transformado en instituciones de inversión social, destinadas a fortalecer los planes nacionales de desarrollo, reducir la pobreza y el desempleo y a luchar contra la exclusión social, incorporando dentro de su población objetivo a aquellos grupos afectados por la pobreza estructural.

Se espera que en el futuro próximo comience a operar gradualmente una nueva generación de Fondos Sociales, algunos de los cuales serán establecidos en economías que están en proceso de transición y en países de alto crecimiento que han sufrido repentinos retrocesos económicos.

Pese a la gran variedad de nombres que se le han dado, los Fondos Sociales tienen muchas características y aspectos en común. Los programas que los financian no se diferencian necesariamente de los que están focalizados en la lucha contra la pobreza por medio del desarrollo de infraestructura social y económica, así como proyectos de asistencia social.

De manera consistente durante la última década, la pobreza comienza a batirse en retirada en un considerable número de países (por mencionar algunos, Brasil, Chile,

Argentina). Cuando la pobreza permanece en niveles altos y afectando a una parte considerable de la población, la tendencia a su disminución da cuenta de un proceso esperanzador en la región.

En efecto, esta etapa se caracteriza por un nuevo rol del Estado en materia social, un mayor peso programático y presupuestario de las políticas sociales en el conjunto de las políticas públicas, una mayor articulación de las políticas económicas con éstas y una tendencia creciente a la profesionalización de la gestión social.

Todos estos avances están presentes en los debates e intercambios de experiencias en varios espacios regionales de reflexión, los cuales cuentan con la participación y el compromiso de los países representados, a través de sus más altas autoridades. Organismos como CEPAL, OEA, PNUD-SNU, SEGIB, entre otros, son los responsables e impulsores de este intercambio latinoamericano de experiencias, en el cual se crean lazos de afinidad y propuestas concretas de cooperación y/o asistencia técnica.

Puede considerarse cómo válida la argumentación que refiere que, con la ola democratizadora sucedida en los noventa en América Latina, la reflexión, discusión y agenda derivada de la problemática social y la exclusión comenzó a adquirir visibilidad. A pesar de instalarse en los compromisos de los gobiernos, hay que reconocer que llevó un largo recorrido para llegar a diseñar, precisar y dar consistencia empírica al tipo de políticas públicas adecuadas y sus respectivos instrumentos operativos.



Los criterios sociales y medioambientales también tienen cada vez más peso en las decisiones de inversión. Prueba de ello es el extraordinario desarrollo que ha experimentado en los últimos años la llamada inversión socialmente responsable, la cual basa sus objetivos en la selección de activos utilizando criterios éticos, sociales y/o medioambientales, además de los puramente financieros, en la que a la rentabilidad en la inversión se le une una rentabilidad social.

Dentro de la inversión social, los fondos éticos o sociales cumplen una función importante: son la respuesta de la oferta (instituciones financieras) a la demanda (inversores privados) de instrumentos de inversión que permitan el ejercicio de esa responsabilidad.

2.2. Fondos sociales en Guatemala

Los programas llamados fondos sociales, de los cuales podemos indicar entre los primeros en Guatemala que se le denominó Fondo Nacional para la Paz –FONAPAZ-, se creó por medio del Acuerdo Gubernativo número 408-91, de fecha 28 de junio del año 1991, emitido por la Presidencia de la República, como un Fondo Social, para la ejecución de los programas y proyectos dirigidos a la atención inmediata de la población refugiada, repatriada, desplazada, desmovilizada y asentada, así como a los demás grupos o sectores de población afectados por la lucha armada interna y las medidas de apoyo a las acciones en los lugares en donde se llevarán a cabo trabajos de reubicación y asentamiento de personas como resultado del proceso de paz en marcha y posteriormente en el año 1993, el Fondo de Inversión Social por sus siglas –FIS-,



creado por Decreto de Congreso de la República número 13-93, cuyo objeto era la superación de la pobreza exclusivamente de la población del área rural, mediante el financiamiento de proyectos en múltiples sectores que respondan a la demanda expresada por los grupos y comunidades locales, apoyándose en la participación efectiva de los mismos en la ejecución, operación y mantenimiento posterior de los proyectos.

Con la firma de los acuerdos de paz, se dio la creación de una diversidad de fondos sociales tales como: Fondo para el Desarrollo Solidario –FONDESOL-, Fondo de Tierras –FONTIERRAS-, Fondo de Desarrollo Indígena Guatemalteco –FODIGUA-, Fondo Guatemalteco para la Vivienda y el Fondo para el Desarrollo de la Telefonía, los cuales se encuentran a cargo del Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda; Fondo Nacional para la Reactivación y Modernización de la Actividad Agropecuaria, el cual se encuentra a cargo del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación; Fondo para la Conservación de la Naturaleza y recientemente el Fondo de Protección Social y el Fondo de Desarrollo Social los que se encuentran a cargo del Ministerio de Desarrollo Social.

El examen de las políticas públicas de la región y de nuestro país muestra que, en su historia, dominó una concepción de *lucha contra la pobreza* orientada estrictamente a satisfacer las necesidades más básicas de las familias. Es decir, a la pobreza la ha acompañado la noción más elemental de derechos: la de subsistencia, entendiendo y reduciendo el derecho a la vida a su mínima expresión. De esa cuenta, a nivel regional, el menú de políticas era mayoritariamente de carácter asistencialista, que es la base de



la creación de la diversidad de fondos sociales con énfasis a la gestión pública de promover el desarrollo social y el apoyo a las comunidades con la gestión de programas y proyectos enfocados a la reducción de pobreza y pobreza extrema en el país.

Esta visión fue mostrando a lo largo de la historia a nivel regional y nacional que, a pesar de constituir un importante paliativo y un mínimo inderogable, no se reducía la pobreza ni se resolvían los problemas estructurales que estaban al origen de la exclusión social; además, se mantenían sociedades altamente inestables, disgregadas, sujetas a una peligrosa conflictividad social y a la incubación de la violencia, con aumentos considerables de la inseguridad.

Lo que dio a lugar a la instauración de un modelo de políticas públicas que, al segregar y marginar a los más pobres como sujetos sólo de asistencia social, de quienes se constituían como sujetos de políticas de oportunidades y generación de capacidades, sólo ahondaba la segmentación social y los problemas políticos derivados de ella, con las consecuencias sociales, políticas y económicas en los respectivos países, frenando los potenciales de crecimiento, inclusión social y desarrollo económico.

Este escenario exigía de nuevas comprensiones del desarrollo: una diferente aproximación con intervenciones concretas, destinadas a la búsqueda de mayores niveles de inclusión e integración sociales, que permitieran terminar con la segregación de derechos, característica de las sociedades latinoamericanas.



De esa forma, de los programas y proyectos asistenciales transitorios y de emergencia puestos en práctica a inicios de los noventa, se comenzó el tránsito al diseño de políticas públicas de mayor integralidad, dotadas de prioridades de inversión social, permanencia y estabilidad.

De modo que, junto con las transferencias y subsidios destinados a mitigar las situaciones más extremas de necesidad de las familias pobres comenzaron a desarrollarse políticas públicas destinadas a generar capacidades y oportunidades en los segmentos más vulnerables de la sociedad, buscando, a la par, una mejor armonización entre lo planificado y los recursos disponibles.

En este proceso, la región latinoamericana y nuestro país pasó de privilegiar los *Fondos Sociales* (los cuales proliferaron en casi todos los países, sin resultados efectivos) a fortalecer políticas educativas, de salud pública, de empleo, de seguridad social, vivienda digna, entre otras. Esta fue una novedosa etapa de construcción y consolidación de las políticas sociales en América Latina, con especial énfasis en los grupos sociales de mayor pobreza y vulnerabilidad, tanto en zonas urbanas como rurales; la focalización se dio en los sectores tradicionalmente al margen de los beneficios públicos y de las oportunidades.

De modo tal que, en la última década, nuestro país ha sido testigo del más importante salto que ha dado la agenda de políticas públicas: desde la mirada asistencialista hacia la lectura del ejercicio de los derechos, otorgándole condición de ciudadanía efectiva a los sectores pobres y excluidos de la sociedad.



Esta nueva orientación de políticas públicas sociales basadas en derechos, se acompaña, en un considerable número de países, con un incremento real del gasto social, tanto en relación al total del gasto público, como en cuanto al porcentaje del producto interno bruto: desde 1990-1991 al 2007-2008 la participación del gasto social en el producto interno bruto ha pasado del 12.2% al 18% en América Latina y, en el mismo período, dicho gasto social ha pasado a representar del 45% al 65% del total del gasto fiscal.

Los fondos sociales son organismos que financian pequeños proyectos en una variedad de sectores dependientes de la demanda y administrados por la comunidad o actores locales, o como lo es en nuestro país administrados por el propio Estado, a través de Unidades Ejecutoras que constituyen Fideicomisos Públicos, con el objeto de viabilizar la ejecución financiera del gasto público.

A partir de 1996, con la suscripción de los Acuerdos de Paz, el gasto público social histórico de Guatemala, finalmente comenzó a dar signos de crecimiento, siendo aún insuficiente para abordar la gran deuda social acumulada. Esto se expresa en una parte importante de la población viviendo en condiciones de extrema pobreza, un mayor porcentaje aún de esta población en condiciones de pobreza, sin dejar de mencionar la inequidad distributiva y otras dimensiones de la desigualdad que perviven, tales como las urbano-rurales, derivadas de razones étnicas, de género, de diversidad sexual y edad, entre otras.



El foco central de las estrategias de intervención social lo constituye la extrema pobreza, la pobreza y las vulnerabilidades, en sentido amplio. Dado que la mayor exclusión se vive en las zonas rurales con alto componente indígena, la prioridad social se concentra en dichas zonas y termina por beneficiar en especial a las comunidades y familias indígenas.

Ello implica que, del total del esfuerzo realizado en materia de políticas públicas sociales, el grueso se concentra en las áreas rurales de mayor pobreza, contabilizado por municipio como unidad de medida geográfica.

Sin embargo, el ámbito urbano no puede ser abandonado. Allí la priorización se fundamenta, de acuerdo a los diagnósticos de la realidad social dominante, en la necesidad de garantizar condiciones básicas de alimentación, así como asegurar mayores oportunidades a la niñez y adolescencia que habita en asentamientos urbanos marginales, con altos índices de inseguridad y violencia.

En todas estas decisiones de priorización social y territorial, la familia es definida como el sujeto de la política social y, por lo mismo, eso implica e incluye al conjunto de sus miembros. De tal modo que los programas sociales que se impulsan, las transferencias monetarias y en especie que se entregan, así como las inversiones sociales que se llevan a cabo, terminan por beneficiar efectivamente a los segmentos más vulnerables de la sociedad: la infancia y adolescencia, las mujeres y los adultos mayores.



En orden de clarificar las categorías, entendemos por *Programas Sociales* los mecanismos de intervención y acción concreta, sobre una población meta previamente determinada que requiere de una prestación y/o atención puntual, sobre la cual se aplican los procedimientos y normas creadas al efecto; su finalidad es, en todos los casos, mejorar las condiciones de vida de las familias beneficiarias. Ahondando, cuentan con un andamiaje legal y procedimental, con un ente rector que absorbe su existencia y funcionamiento cotidiano, estructuras presupuestarias, entre otros aspectos relativos a su creciente institucionalización.

Los Programas, por su propia naturaleza, son funcionales y sostenibles en tanto y en cuanto articulan esfuerzos colectivos (interinstitucionales e intersectoriales), apelando a líneas compartidas de metas y objetivos, a la coordinación entre diferentes niveles de Gobierno (Nacional y Locales), Sociedad Civil y población atendida; otro tanto sucede con la articulación y armonización de los esfuerzos técnicos e inversiones en los territorios y el soporte financiero (máxime teniendo una brecha profunda entre necesidades sociales que se deben atender y recursos disponibles).

En todo caso, evitar duplicidades en las acciones públicas es siempre un método de optimización de recursos, aumentando la posibilidad de llevar a cabo acciones que originalmente no eran posibles; el diálogo y la comunicación de las instituciones, en ese sentido, permite conocer qué está haciendo cada quien y armonizarse con el conjunto.



2.3. Características de los fondos sociales

Los Fondos Sociales tienen muchas características y aspectos en común. Los programas y proyectos que financian no se diferencian necesariamente de los que están focalizados en la lucha contra la pobreza por medio del desarrollo de infraestructura social y económica, así como proyectos de asistencia social. El predominio de estas áreas de acción en los Fondos Sociales latinoamericanos y en nuestro país queda ratificado por la forma en que distribuyen los recursos disponibles, ya que por medio de las Unidades Ejecutoras que manejan son trasladados a los Fideicomisos Públicos, para que la inversión pública sea realizada de una manera ágil y con procedimientos internos propios de los Fideicomisos evitando con esto darle cumplimiento a una serie de requisitos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 emitido por el Congreso de la República de Guatemala.

Este financiamiento los Fondos Sociales por medio de sus Unidades Ejecutoras lo han orientado principalmente a la atención de necesidades básicas, privilegiando proyectos intensivos en el uso de mano de obra, entre los que se incluyen construcción y/o rehabilitación de infraestructura sanitaria, educacional y vivienda.

Sólo en segundo término y en la medida en que la afluencia de recursos con los que cuentan los fondos se ha ido estabilizando, han cobrado mayor relevancia los proyectos de desarrollo productivo y, más recientemente, los proyectos de desarrollo comunitario. Ambos tipos de proyectos están orientados a generar empleos productivos de mediano / largo plazo, además de mejorar el grado de focalización y la participación de las



comunidades beneficiarias en la formulación de las respuestas más adecuadas a sus necesidades. A pesar de la creciente importancia dada a este tipo de proyectos más innovativos, siguen representando un porcentaje muy bajo del presupuesto global de los fondos.

La innovación que implican radica, más bien, en los aspectos que distinguen a los Fondos Sociales, especialmente en relación con el marco institucional, los mecanismos que emplean para suministrar sus servicios y su base social y política. Estos son, en síntesis, algunos de esos aspectos:

- a) Dependencia del financiamiento externo. Como ya se ha señalado, la mayor parte del capital de inversión y de los costos operativos de los Fondos Sociales es financiada en la mayor parte por fuentes externas de financiamiento provenientes de organismos internacionales y donaciones externas.
- b) Un mecanismo financiero. Los Fondos Sociales son fundamentalmente intermediarios que financian programas y proyectos presentados por el gobierno de turno y socializados con una serie de organismos y otras instituciones claramente identificadas como posibles contrapartes y siguiendo criterios y procedimientos preestablecidos.
- c) Un régimen multisectorial manejado por un solo organismo. Como se mencionó anteriormente, los programas y proyectos financiados por los fondos sociales se diferencian muy poco de los programas y proyectos más convencionales focalizados en la lucha contra la pobreza. El aspecto interesante es la combinación única de ambos dentro de un régimen multisectorial manejado por una sola institución bajo las mismas reglas.



- d) Un marco institucional excepcional. Los Fondos Sociales tienen una organización institucional excepcional. Por estar situados fuera del sistema burocrático estatal y de sus formas peculiares de actuar ya que son manejadas por Unidades Ejecutoras Especiales temporales, y estos por medio de fideicomisos públicos en donde los fondos gozan de un grado sustancial de autonomía y acceso directo a los organismos públicos y del sector privado, Organizaciones No Gubernamentales –ONG-, organizaciones comunitarias y donantes externos. Los fondos responden directamente ante las más altas autoridades públicas.
- e) Un enfoque basado en la demanda. Los programas y proyectos deben originarse principalmente en las comunidades y otras instituciones claramente identificadas como posibles contrapartes. Los fondos se entregan a programas y proyectos que involucran a los beneficiarios en la identificación de las necesidades y en algunas ocasiones también en la ejecución y el mantenimiento de los mismos.
- f) Transparencia y eficiencia. La asignación de los fondos se ajusta a reglas operativas y procedimientos detallados dentro de las Unidades Ejecutoras y de los fideicomisos públicos, para garantizar la transparencia de las operaciones y la eficiencia en la entrega, a diferencia de lo que ocurre frecuentemente con las operaciones gubernamentales.
- g) Posición prominente y visibilidad política. Los Fondos Sociales también gozan de una posición excepcionalmente prominente en los países donde operan y han sido capaces de lograr visibilidad y apoyo políticos, lo que los distingue marcadamente de la generación anterior de programas para mitigar la pobreza.

2.4. La política social de los fondos sociales

En el contexto de un proceso que comenzó a mediados de los años ochenta y se intensificó en los noventa, una gran cantidad de países desarrollados y en desarrollo establecieron programas destinados a compensar los impactos negativos que las medidas de ajuste estructural estaban teniendo entre los pobres. En un primer momento, los Fondos Sociales se dirigieron principalmente a aquellos grupos sociales empobrecidos por las políticas de ajuste.

En Guatemala, los Fondos Sociales comenzaron a operar a fines de los ochenta, bajo una gran cantidad de nombres: "Programas de Acción Social", "Programas de Desarrollo Social", "Fondos Sociales de Emergencia", "Fondos de Solidaridad" o "Fondos de Inversión Social", entre otros, con el objeto de apoyar socialmente a la población en especial en las situaciones de diversas tales como: terremotos, huracanes, después de conflictos bélicos, inundaciones entre otros.

En todos los casos, los fondos sociales surgieron como un nuevo instrumento de lucha contra la pobreza y extrema pobreza. Fueron concebidos como una forma de intervención más rápida, eficiente y flexible para canalizar subsidios directos y transferir recursos y servicios a la población más afectada por la reestructuración. En este contexto, constituyeron una estrategia para aliviar los efectos de las medidas de ajuste en el empleo y frenar la agudización de la pobreza, complementando las políticas sociales que evidenciaron fuertes limitaciones para responder a los nuevos escenarios económicos y sociales.



Originalmente, casi todos los Fondos Sociales fueron creados como organismos transitorios, con recursos provenientes principalmente del gobierno central y de la cooperación externa, y, en ciertos casos, con un bajo porcentaje de cofinanciación por parte de los beneficiarios.

Independientemente de la heterogeneidad de las fuentes de financiamiento y de los presupuestos con que cuentan, la magnitud de los recursos administrados por los fondos sociales es en todos los casos, ejecutan programas y proyectos con el gasto público social que efectúan los países. Esto pone claros límites al impacto que los fondos sociales puedan tener en la reducción de la pobreza, alcanzando a un grupo muy limitado entre los potenciales beneficiarios.

Más allá de las limitaciones concretas asociadas a los recursos que manejan, los objetivos de los Fondos Sociales, su verdadero radio de acción, sus logros y potencial y su verdadera función en tanto instrumentos de política social, varían mucho y siguen siendo objeto de debate. Sin embargo, se pueden destacar algunos aspectos comunes y los temas fundamentales que plantean estos fondos con respecto a la pobreza, la dimensión de género y el empleo.

2.5. Definición de los fondos sociales

Los fondos sociales, como ya se ha mencionado antes, se encuadran dentro de las denominadas inversiones socialmente responsables. Así, mientras que los fondos convencionales invierten el patrimonio de los partícipes atendiendo principalmente a



criterios de rentabilidad y riesgo, los fondos sociales invierten además conforme a unos principios no económicos que han de regir todas las decisiones de inversión tomadas por la entidad gestora lo que permite al inversor con inquietudes religiosas, sociales, éticas o medioambientales acceder a formar parte de programas o proyectos que se comportan de una forma socialmente responsable.

El papel de los fondos sociales dentro de la inversión social es fundamental. En primer lugar, porque permiten a los ejecutora llevar a cabo sus inversiones de manera coherente con sus valores personales. Y, en segundo lugar, porque informan a los ejecutores de aquellos criterios de actuación social y medioambiental a los que los inversores y la sociedad son especialmente sensibles.

A partir de esta idea, en la literatura especializada existe cierta unanimidad a la hora de definir lo que es un fondo social: *un fondo con responsabilidad social es un fondo en el que a las inversiones, aparte de ofrecer la máxima rentabilidad y liquidez con el mínimo riesgo, se les exige además que estén de acuerdo con la moral, valores y sistema de creencias de cada uno de los partícipes*²⁷. Sin embargo, según esta definición no existe un solo tipo de fondo social sino que, como puntualizan los tratadistas Argandoña y Sarsa, existe una amplia gama de tipos de fondos de acuerdo con la variedad de valores de los inversores, lo que complica la concreción del objeto de estudio y genera las críticas de algunos autores²⁸.

²⁷ Fernandez Sánchez, José Luis, **Análisis comparativo de los fondos sociales frente a los fondos convencionales en Europa**. Pág. 22

²⁸ Argandoña, Antonio y Sarsa, Domingo, **Los fondos éticos y la promoción de la ética inversora, papeles de ética, económica y dirección**. Pág. 2



Así mismo, una cuestión importante que se debe aclarar, dada la confusión existente, es determinar la diferencia entre lo que se denomina o se debería denominar *ético* y *socialmente responsable* ya que algunos autores suelen utilizar la mayoría de las veces ambos términos como sinónimos, la responsabilidad social de los fondos sociales es un concepto relativo, que depende de las demandas concretas de una sociedad. Supone llevar la conducta de los fondos sociales a un nivel congruente con las normas, valores sociales y expectativas de resultado que prevalecen en un momento o espacio dado, por lo que las necesidades de las políticas sociales varían en el espacio y en el tiempo. Sin embargo, la ética en las políticas sociales estudia la posibilidad de un análisis objetivo de valores, estándares y argumentos de las mismas en los negocios.

Por tanto, se puede concluir que lo que realmente establecen los denominados fondos sociales son criterios de responsabilidad social, los cuales varían según la orientación de los promotores de los programas y proyectos sociales de conformidad al clientelismo político de turno.

2.6. Tipología de los fondos sociales

Los fondos sociales, se pueden agrupar en dos grandes modalidades: los fondos que invierten en programas y proyectos que siguen criterios ecológicos, y los fondos que priman las políticas de gobierno. Así:



- a) Los fondos ecológicos o verdes (*green funds*) son aquellos que invierten en programas y proyectos que siguen políticas diseñadas para preservar o mejorar de manera activa cuestiones medioambientales.
- b) Los fondos éticos (*ethical funds*) dan la oportunidad a las unidades ejecutoras de conseguir una rentabilidad económica siendo al mismo tiempo consecuente con sus principios morales.

Por otra parte, los denominados fondos solidarios (*charitable funds*) son fondos que se caracterizan por el compromiso de ceder parte de las comisiones de gestión que cobran las entidades gestoras a determinadas causas sociales. Normalmente estos recursos son cedidos a organizaciones benéficas o no gubernamentales cuyo objeto social es la defensa de estas causas. En este caso, no se exige establecer criterios de preselección de la cartera a partir de los valores éticos o de responsabilidad social y medioambiental de las unidades ejecutoras. Estos fondos pueden ser de dos tipos:

- a) *Monosolidarios*, cuando la cantidad donada es cedida directamente a una organización concreta, ya sea una fundación o cualquier otra entidad sin ánimo de lucro defensora de alguna actividad de interés general. Es posible en estos casos que en la propia denominación del fondo se incluya el nombre de la entidad beneficiaria, estableciendo una identificación directa para el inversor con la organización o causa social que percibirá la donación.
- b) *Multisolidarios*, cuando el fondo no se compromete con una organización concreta. Puede que su compromiso sea con varias entidades promotoras de la misma causa social, de causas distintas, o incluso que no existan organizaciones



fijadas de antemano, sino que el fondo irá decidiendo cómo ir distribuyendo esos recursos, siempre vinculados con alguna acción social concreta o con varias²⁹.

Partiendo de lo anteriormente visto, se debe excluir a los fondos solidarios del universo de los fondos sociales por tres razones:

- a) No aplican ningún criterio de exclusión de empresas ni tampoco ninguna discriminación positiva.
- b) No existe ningún tipo de implicación por parte del inversor, que busca obtener el máximo rendimiento independientemente de donde se invierta su dinero. En estos fondos quien cede parte de sus ganancias es la entidad gestora.
- c) Si se considera que el hecho de ceder una pequeña parte del beneficio empresarial convierte a la actividad desarrollada y a la empresa que la desarrolla en ética, se estaría cayendo en un grave error. Por esta regla de tres se debería de calificar de ética a cualquier empresa que realice una donación a una organización no lucrativa³⁰.

Estos serían los fondos ético-solidarios o mixtos, en los que se combinan inversiones en entidades que cumplen los requisitos establecidos en cada fondo para considerarse éticas, con el compromiso de cesión de una parte de las comisiones de gestión a determinada o determinadas acciones sociales³¹.

²⁹ Lara Bueno, María Isabel y Roig Gómez, Alicia. **Panorama actual de los Fondos de Inversión Éticos y Solidarios en España**. Pág. 32-43

³⁰ Ibid. Pág. 8

³¹ Argandoña, Antonio y Sarsa, Domingo, Op. Cit. Pág. 6

Por otra parte, si la tipología de los fondos se basa en cómo se deciden cuáles son los criterios éticos o sociales de selección de los activos, se pueden distinguir dos tipos de fondos:

- a) Los *market-led mutual funds*, son fondos dirigidos por el mercado, cuya elección de los criterios éticos depende de la percepción de las demandas del mercado, no de una motivación o propósito superior.
- b) Los *deliberate funds*, donde la elección de los criterios éticos depende de un razonamiento ético, e implica haber realizado algún tipo de juicio ético previo.³²

En ella se consideran cuatro generaciones de fondos socialmente responsables:

- a) Los fondos de *primera generación*, conocidos como *ethical funds*, son aquellos que se construyen a partir de la aplicación de criterios negativos o excluyentes.
- b) Los fondos de *segunda generación* han recibido, en algunas ocasiones, en el ámbito anglosajón, la denominación de *sustainable funds* o fondos vinculados al concepto de sostenibilidad que se construyen a partir de la aplicación de criterios positivos o incluyentes en un tema o ámbito específicos.
- c) Los fondos de *tercera generación* son los que han avanzado en la valoración más específica de empresas o sectores creados a partir de la aplicación de principios de sostenibilidad medioambiental o social de forma integral. La diferencia entre la segunda y la tercera generación es sólo de grado.
- d) Los fondos de *cuarta generación* profundizan en los de tercera generación pero les añaden una nueva dimensión que incluye evaluación, transparencia y

³² Fernández Izquierdo, José Luis, **Gestión óptima de carteras internacionales ante la integración de los mercados europeos**. Pág. 87-100



procesos de rendición de cuentas (*accountability*) por parte de las empresas donde invierten³³.

³³ Alvareda, Laura, **La aplicación de los criterios negativos en las instituciones de inversión colectiva, socialmente responsables gestionadas en España-año 2001**. Pág. 8



CAPÍTULO III

3. Antecedentes históricos del fideicomiso

Para los tratadistas, Mendoza, Franke y Cruzado, en términos generales, un fideicomiso es una figura jurídica que relaciona a un *fideicomitente* (persona natural o jurídica) que transfiere bienes, fondos y otros recursos de su patrimonio a otra entidad que actúa como *fiduciario*, con el fin de que este lo administre según los objetivos definidos y que el producto resultante lo otorgue a un destinatario final, denominado *fideicomisario*.

El fideicomiso también se introdujo para facilitar el otorgamiento de testamentos, buscando un medio por el cual pudieren disponer los peregrinos de sus bienes, o quienes por otras causas no pudieren hacer testamento romano, y para hacer llegar las herencias a las personas incapacitadas por ley para ser herederas, pero que no obstante merecían ser remuneradas por los servicios que habían prestado a los testadores. El fideicomiso romano nació a causa de las prohibiciones que en concepto de herencias y legados existía en las viejas leyes romanas, se utilizó en consecuencia, solamente como un medio de transmitir por testamento bienes herenciales a favor de personas incapacitadas legalmente para heredar, y posteriormente se empleó como una forma de instituir herederos sucesivos para vincular la propiedad en determinadas familias, esta característica del fideicomiso testamentario en el derecho romano (su

aptitud para alcanzar de forma solapada objetivos vedados por la ley) contribuyó a su desprestigio.

Es fundamental recordar, para la mejor comprensión del tema, que la palabra fiduciario proviene del latín: “fiducia”, que se traduce como confianza, y que fideicomiso proviene también del latín: “fideicommissum”, de “fides”, fe y “commissus”, confiando³⁴.

Se puede decir que el fideicomiso es de origen romano, ya que el derecho romano consideraba varios casos en los cuales se utilizaba el negocio de confianza, que con el transcurso del tiempo y evolutivamente, pasó a lo que hoy se conoce como negocios fiduciarios puros e impuros. La fiducia romana era una forma solemne de pasar o transmitir la propiedad “in jure cesio” acompañada de un pacto llamado “pactum fiduciae”, mediante el cual quien recibía la propiedad, conocido como “occipiens” se obligaba frente al “tradens”, a transmitirlo después de cumplirse ciertos fines; se transmitía al propio “tradens” o a una tercera persona³⁵.

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

³⁴ Barrera Graf, Jorge, **Estudios de derecho mercantil**. Pág. 371

³⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, **Curso de derecho mercantil**. Pág. 209



personas que quería beneficiar a tales incapacitados con una herencia o legado instituían como heredero a un capacitado legalmente, con la recomendación de entregar la herencia a la persona a quien se deseaba favorecer, en forma de ruego mediante el cual, el testador encomendaba a la buena fe de la persona nombrada como heredera que devolviera los bienes transmitidos al beneficiario. “El testador, en su testamento, para establecer esta institución usaba los términos “rogo fideicommitto”, al heredero agraciado se le denominaba “fiduciario”, y a aquel a quien debía transmitirle los bienes, “fideicomisario”³⁶.

Existe coincidencia con el tratadista en el sentido de que el fideicommissum en sus orígenes encontró su razón de ser en las múltiples limitaciones e incapacidades para heredar contempladas en el derecho romano, lo que impuso la necesidad de recurrir a mecanismos alternativos que permitieran lograr la finalidad de transferir los bienes a favor de una persona que en principio estaría imposibilitada jurídicamente para recibir la sucesión³⁷. De esta forma se transfiere la propiedad mediante testamento a una persona capacitada para heredar que tendría a su vez la encomienda de transferir oportunamente sus derechos al beneficiario final, quien los recibiría sólo si la persona encomendada, titular de la propiedad legal, se avenía al cumplimiento del encargo, sin que existiere ninguna fórmula legal que le impusiera esta obligación³⁸.

³⁶ Villagordoa Lozano, José M., **Doctrina general del fideicomiso**. Pág. 4

³⁷ Rodríguez Azuero, Sergio. **Negocios Fiduciarios, Su significación en América Latina**. Pág. 11

³⁸ Oderigo, Mario. **Derecho Romano**. Pág. 427



De tal manera que en sus inicios fue una operación fundamentada exclusivamente en la confianza.

En la medida en que se fueron suscitando situaciones de conflicto debido al incumplimiento del encargo fiduciario asignado, se hizo entonces necesaria la regulación de la operación por parte del Estado.

Cuando el fideicomiso puro u ordinario se convirtió más tarde en gradual, conservatorio, familiar, sucesivo y perpetuo, adquirió la forma de las llamadas “sustituciones fideicomisarias” tendientes a la vinculación de la propiedad³⁹.

Los tratadistas, Mendoza, Franke y Cruzado, consideran que la figura de fideicomiso fue elegida para el diseño de este mecanismo por traer consigo aparentes ventajas en su implementación, tales como:

- a) *Cumplimiento y calidad del gasto*: Los recursos se administran rigurosamente enmarcadas en las instrucciones del fideicomitente y el fiduciario responde por el cumplimiento de tal mandato.
- b) *Seguridad*: Los bienes están protegidos frente a contingencias como procesos judiciales o administrativos contra los actores involucrados en su gestión y administración.

³⁹ Carregal, Mario, *El fideicomiso*. Pág. 20



- c) *Eficacia y transparencia:* La condición de fiduciario se otorga a entidades financieras solventes y con experiencia, que se encuentran cuidadosamente supervisadas y auditadas.
- d) *Estabilidad:* Los lineamientos de creación de un fideicomiso son de largo plazo y con ello se previenen cambios de orientación producto de coyunturas políticas o juegos de intereses.
- e) *Flexibilidad:* Este instrumento puede ser aplicado con distintos fines, volúmenes, plazos, pudiendo abarcar inversión en infraestructura, servicios, administración, entre otros.
- f) *Sencillez administrativa:* Un fideicomiso puede ser manejado con un pequeño equipo, puede contratar personal de ser necesario pero no requiere contar con directorio ni gerencia.

Sin embargo, la implementación de los fideicomisos sociales trajo consigo dificultades reflejadas en los bajos niveles de ejecución de los fondos, de la mano con una escasa eficiencia en la puesta en funcionamiento de los diversos fideicomisos que debían operar.

Para los tratadistas, Mendoza, Franke y Cruzado, en términos generales, un fideicomiso es una figura jurídica que relaciona a un *fideicomitente* (persona natural o jurídica) que transfiere bienes, fondos y otros recursos de su patrimonio a otra entidad que actúa como *fiduciario*, con el fin de que este lo administre según los objetivos definidos y que el producto resultante lo otorgue a un destinatario final, denominado *fideicomisario*.



El fideicomiso es un patrimonio que pertenece al fideicomisario, de carácter “sui géneris”, no idéntico a la plena propiedad. Frente a la ley común, el derecho del fideicomisario es inexistente y sólo es eficaz por la actuación legal del fiduciario; pero desde la ley más amplia, la “equity”, el derecho del fideicomisario existe en toda su plenitud, y sigue a la cosa donde se halle, hasta el límite que le impone la existencia de un tercer adquirente, de buena fe y a título oneroso. El derecho del fideicomisario es real en tanto sigue a la cosa y es personal con relación al fiduciario. Su naturaleza, es mixta el fideicomisario es acreedor del fiduciario, y no dueño de la cosa.

Varios tratadistas establecen que los inicios del fideicomiso se ubican en el derecho romano-germánico, su inserción a la cultura jurídica latinoamericana viene dada a través del trust anglo-americano, cruzando por primera vez a nuestros países por la frontera de México con Estados Unidos para mediante un proceso de adaptación legislativa, adentrarse en Panamá y progresivamente establecerse en los demás países de centro y Suramérica. La contribución más característica y más valiosa proporcionada por el derecho angloamericano a la teoría general del derecho, ha sido el fideicomiso (trust)⁴⁰. Tanto en el trust como en el fideicomiso, concurren tres partes, o mejor tres roles: fideicomitente, fiduciante o setlor, quien constituye el fideicomiso; el fiduciario o trustee, quien recibe la titularidad de los bienes constituidos en fideicomiso y tiene a su cargo la gestión de sus fines, y el fideicomisario, beneficiario o beneficiary, a favor de quien se constituye el fideicomiso, que podrá ser el propio fideicomitente.

⁴⁰ Goldschmidt, Roberto. **El Fideicomiso “Trust” en el Derecho Comparado**. Pág. 30



Mediante el fideicomiso se transfieren ciertos bienes o derechos a favor del fiduciario para que este los administre o disponga de ellos para la consecución de un fin determinado, en provecho del fideicomisario o beneficiario. En definitiva el trust y el fideicomiso responden a una misma estructura funcional que solo difiere en algunos matices operativos y en el uso dado a ambas figuras. El trust se concibe como un instrumento de organización y planificación patrimonial, mientras que el fideicomiso se utiliza por sobre todo, como una herramienta para emprender proyectos e inversiones de la más versátil aplicación: proyectos de infraestructura, complejos habitacionales, administración de aeropuertos, ofertas de instrumentos de valores sustentados en proyectos como los mencionados, por tan solo citar algunos ejemplos.

El objeto del “trust” es el conjunto de bienes (específicos) afectados a un fin determinado por el “settlor” y transmitidos al “trustee”. Pueden ser objeto del “trust” salvo prohibición legal expresa, los bienes muebles e inmuebles, corporales o inmateriales que estén en el comercio.

Perfectamente puede por tanto decirse que con el trust y el fideicomiso se produce una verdadera inflexión entre el sistema del common law anglo-americano y el derecho continental de corte romanista, salvedad hecha de la que quizás podríamos identificar como la única diferencia de fondo, a penas relevante: la concerniente al tipo de vínculo jurídico que se produce entre las partes y los bienes del fideicomiso.



El “trust” es un acto jurídico; esencialmente temporal o transitorio, su duración en el tiempo, sin perjuicio de ser indefinida, es siempre limitada, por lo que indefectiblemente llega el día de su extinción.

El derecho de propiedad en el sistema angloamericano, es el resultado de una relación legal y una relación material. El trust (fiduciario) es el titular del derecho de propiedad, lo que no impide que otra persona (beneficiario) posea al mismo tiempo la calidad de dueño (propietario en equidad) y que por tanto, tenga el derecho de percibir los beneficios de la explotación de los bienes o recibir materialmente la propiedad al transcurso de cierto tiempo, es decir, que pueda gozar del derecho de propiedad al mismo tiempo en que el trustee (propietario legal) ejerce el derecho de disposición. En el mundo del common law, el derecho de propiedad es por tanto escindible⁴¹.

Lo que resulta totalmente incompatible con el sistema jurídico de extracción romanista, en que el derecho de propiedad es uno solo e indivisible, de forma que su titular lo conserva con todos sus atributos. Por esta razón, al momento de incorporarse la figura del fideicomiso al derecho latino ha sido necesario realizar una adecuación en la ortodoxia legal que permita darle sustento jurídico a la figura.

Resulta entonces apropiado indagar, aun sea levemente, en la historia para entender las razones por las cuales esta figura desapareció del derecho continental y mantuvo vigencia sin embargo, en los países bajo la égida del common law. El sistema del common law inglés emergió de los cambios en la concentración del poder del Rey en la

⁴¹ Ibid. Pág. 31

edad media. Después de la conquista normanda de 1066, los reyes comenzaron a consolidar sus poderes y establecieron nuevas instituciones de autoridad real y de justicia. Las disposiciones legales establecidas por la Corona funcionaban mediante un sistema de writs u órdenes reales, a través de las cuales se proveía soluciones o remedios concretos para cada ilegalidad en particular. El sistema de los writs se convirtió en una categorización tan formal de soluciones, que la aplicación pura del sistema sólo podía conducir a una injusticia, o no contemplaba solución alguna.

Ante tales situaciones, se daba entonces la posibilidad de apelar finalmente ante el Rey, en quien residía la fuente de toda autoridad, a los fines de que se adoptará una solución diferente o particular a la especie, al margen del principio y juzgando el asunto conforme la equidad (Equity).

Se destacan dos características peculiares en el fideicomiso que se practica en algunos países de Latinoamérica: a) debe ser siempre expreso y hacerse constar en un contrato, lo que presenta la imposibilidad de que se establezca el fideicomiso en forma implícita, y b) es de naturaleza institucional, por cuanto a que el desempeño de la función fiduciaria está limitado a una institución de crédito debidamente autorizada por el Estado para operar como tal. Estas dos características, además de distinguir al fideicomiso latino del "trust" anglosajón y del angloamericano, lo dotan de protección.

Las empresas de fideicomisos aparecieron 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 asociadas⁴².

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 municipio o una corporación; 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.

⁴² Ibid. Pág. 32



3.1. Antecedentes históricos del fideicomiso en Guatemala

La introducción de la figura jurídica del fideicomiso en la legislación de Guatemala, se llevó a cabo en la Constitución de 1945, en la cual en su Artículo 28 se cita el fideicomiso por primera vez. Con esta base legal nace el fideicomiso en Guatemala, pero no se entró específicamente e inmediatamente a legislar su contextura y funcionamiento.

Posteriormente la Constitución de 1956 en su Artículo 49 autorizaba el establecimiento de fideicomisos cuyo plazo no podía exceder de veinticinco años, y debían ser administrados por un banco o institución de crédito.

De 1945 a 1956 prácticamente no cambió en sus aspectos fundamentales la autorización del fideicomiso, ya que este debía realizarse por un banco o institución de crédito, el plazo debía ser de veinticinco años, el cual únicamente podía ampliarse cuando se trataras de favorecer a enfermos incurables o incapaces.

Después de encontrarse constitucionalmente regulado, se realizó en Guatemala un estudio de alto nivel acerca del fideicomiso dentro del Segundo Congreso Jurídico Guatemalteco que se llevó a cabo en 1962, el cual fue realizado por la Quinta Comisión integrada por los licenciados Arturo Yaquían Otero, Ramón Montenegro y Fernando Quezada Toruño; dicha comisión manifestó que el fideicomiso tenía como antecedente directo al "Trust" Anglosajón, tratando de esta forma de crear un fideicomiso



guatemalteco, aprovechando los elementos esenciales del “trust”, desarrollándolos de acuerdo a los principios jurídicos que informan a la legislación guatemalteca.

La comisión informó que el fideicomiso legislado hasta esa época debía de considerarse como fideicomiso sucesorio, el cual se encontraba comprendido dentro del Artículo 49 de la Constitución de 1956; en tanto, que por fideicomiso se entendería a la institución moderna que presentaba cierta analogía con el “trust” anglosajón. Dentro de su informe la comisión realizó un análisis del fideicomiso sucesorio, tomando al Derecho Romano como punto de partida y afirmó que dentro de las dos clases de fiducia que existieron en aquel derecho, el antecedente histórico del fideicomiso sucesorio lo constituía la “fiducia cum amico”.

En tanto que del fideicomiso como concepción moderna señalaron que tenía como antecedente histórico al “trust” anglosajón. Además observaron que el “trust” no tenía ningún antecedente constitucional en Guatemala, ya que las constituciones de 1945 y 1956 en sus Artículos 28 y 49 respectivamente, se refirieron en forma exclusiva al fideicomiso sucesorio; lo cual dio como resultado que un año después apareciera ya regulado dentro del Código Civil, Decreto Ley 106. Así el fideicomiso es incorporado por primera vez al Código Civil, Decreto Ley 106 en 1963 dentro del Libro Segundo, Capítulo Cuarto, de los Artículos 560 al 578, bajo el título de la Propiedad en Fideicomiso.

El Código Civil le señalaba el carácter de institución, además establecía que el fiduciario adquiriría la propiedad de los bienes para realizar el fideicomiso, estableciendo también

quienes eran los sujetos del fideicomiso. Es así como se puede apreciar que el Código Civil en los diecinueve Artículos que contemplaban al fideicomiso, señalaba las características generales del fideicomiso y de sus participantes, sus derechos y obligaciones, su forma de extinción, la obligaciones de registro, los efectos contra terceros, los honorarios del fiduciario, etcétera. La regulación ya se presentaba bastante completa; sin embargo, todavía faltaba dentro de su legislación el normar en una forma más amplia la complejidad de relaciones que pueden presentarse dentro de este tipo de figura legal.

Posteriormente el legislador guatemalteco consideró que el fideicomiso si bien pertenecía al Derecho Privado, no debía de encontrarse regulado dentro del Código Civil, sino que correspondía ser regulado dentro de un Código más afín a sus actividades, por lo que se consideró que era conveniente que tal institución formara parte del Código de Comercio, habiendo sido incorporado a éste en 1970, dentro del Libro Cuarto, Título Segundo, Capítulo Quinto, comprendido en 28 Artículos, del 766 al 793.

3.2. El fideicomiso

El fideicomiso es un contrato en donde una persona le transmite la propiedad de determinados bienes a otra, en donde esta última la ejerce en beneficio de quien se designe en el contrato, hasta que se cumpla un plazo o condición.



El fiduciario, quien maneja los bienes, deberá actuar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, sobre la base de la confianza depositada en él, en defensa de los bienes fideicomitidos (ya que se comporta como el nuevo propietario) y los objetivos del fideicomiso. Si no es así, el fiduciante o el beneficiario pueden exigir la retribución por los daños y perjuicios causados.

En esencia, la utilización de la figura del fideicomiso permite al inversor invertir su capital en un negocio que será manejado por un experto que actúa con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios. Se propone como instrumento jurídico, puesto que es consistente con los principios de confianza, con los que muchos negocios se llevan a cabo desde hace décadas.

En ese sentido se puede establecer que, en principio el fideicomiso es un contrato, toda vez cumple con todos los requisitos de éste. Por contrato se entiende un acuerdo entre dos o más personas, mismo que genera una relación jurídica destinada a provocar consecuencias jurídicas para las partes, convirtiéndose en ley para éstas y que el resto del conglomerado social debe respetar. "Convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa"⁴³. En congruencia con la normativa legal vigente que indica que existe contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

⁴³ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 337

Tanto en América del Sur como en Centro América, luego de la tipificación del fideicomiso a partir de una norma que lo regule a nivel privado, se ha iniciado un proceso evolutivo de la figura.

Se trata del llamado “fideicomiso público”, figura jurídica que algunos autores presentan como un fenómeno de publicidad de un instituto que tiene sus raíces en el derecho privado y ha causado importantes transformaciones en el ámbito de la Administración⁴⁴.

3.3. Fideicomisos públicos

Los fideicomisos públicos son instrumentos jurídicos creados por la administración pública para cumplir con una finalidad lícita y determinada, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de los recursos públicos administrados por una institución fiduciaria. Asimismo, mediante el contrato de fideicomiso se da seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común⁴⁵.

Otra forma de definir el contrato de fideicomiso se encuentra en lo que dice el Doctor Villegas Lara quien señala lo siguiente: “El fideicomiso es un negocio por el que una persona llamada fideicomitente, que transmite a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomiso”⁴⁶.

⁴⁴ Lisoprawsky, Silvio y Kiper, Claudio. **Tratado de Fideicomiso**. Pág. 535

⁴⁵ www.minfin.gob.gt

⁴⁶ Villegas Lara, Arturo. **Derecho mercantil**. Pág. 51



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 le 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 el caso de la Ley de Contrataciones del Estado, entonces si se podría hablar de fideicomiso público.

El fideicomiso tiene de público únicamente 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 las cosas”⁴⁷.

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.

⁴⁷ Lisoprawsky, Silvio y Kiper, Claudio. **El fideicomiso**. Pág. 102



Razón por la cual, se considera más técnica y científica la denominación de fideicomiso del Estado, el cual se puede definir 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”⁴⁸.

En conclusión se puede decir que el fideicomiso es un contrato mediante el cual el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso. El fideicomisario es la persona a la que le corresponde beneficiarse del fideicomiso.

En cuanto a los fideicomisos públicos se puede decir que son instrumentos jurídicos creados por la administración pública para cumplir con una finalidad lícita y determinada, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de los recursos públicos administrados por una institución fiduciaria. Asimismo, mediante el contrato de fideicomiso se da seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común.

⁴⁸ Acosta Romero, Miguel. **Derecho bancario**. Pág. 340



3.4. Características

El fideicomiso público tiene características sui generis en relación con los demás tipos de fideicomisos. Por ello, la aplicación de las normas legales que lo rigen escapa, en algunas ocasiones, del ámbito de la legislación puramente privada. Siguiendo la enunciación hecha por los profesores argentinos Lisoprawsky y Kiper, con respecto a las características más salientes del fideicomiso público, tenemos:

- a) La constitución, modificación y extinción del fideicomiso tiene origen en el derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación de la ley que regula el fideicomiso en cada orden jurídico;
- b) La Administración debe necesariamente intervenir en su constitución. A lo que agregamos que debe ser necesariamente la parte fideicomitente, sin perjuicio de que el fiduciario sea o no un órgano del estado;
- c) El patrimonio separado se conforma con bienes o derechos del Estado y consecuentemente la finalidad del fideicomiso que lo genera es de interés público;
- d) El fideicomiso público responde a un fenómeno de publicidad de un instituto que tiene sus raíces en el derecho privado. Teniendo como consecuencia la transformación de la figura que, aunque conserve su estructura básica (fiduciante – fiduciario – beneficiario), provocará modificaciones subjetivas y la atenuación de ciertos efectos propios de los contratos de derecho privado⁴⁹.

⁴⁹ Lisoprawsky, Silvio y Kiper, Claudio. Op. Cit. Pág. 102

Destacan los autores que ya sean por razones políticas o económico sociales de la Administración, se comprueba en el fideicomiso público el aprovechamiento de elementos básicos del tipo contractual en especial, la configuración del patrimonio separado normado por la ley original, que se combinan con institutos de derecho administrativo. Es decir, un fideicomiso que puede, en ocasiones, coincidir con el de la referida ley o bien tomar algunos de sus contenidos, pero con características y adaptaciones que responden a las necesidades de la Administración en el caso concreto. Detrás, como elemento generador, está el Estado, guiado al menos así debería ser por el interés general.

En síntesis podemos indicar como características propias del fideicomiso las siguientes:

- a) Real: Debido a que el fideicomiso necesita para su existencia y ejecución, el traspaso del patrimonio fideicometido, a manos del fiduciario y ello lo convierte en real.
- b) Consensual: Este pacto, requiere en su génesis, el acuerdo expreso de las partes intervinientes; al menos la voluntad del fiduciario y el fideicomitente.
- c) Formal: El fideicomiso, para su validez, debe ser otorgado en documento privado o público, pero escrito. En los casos en que el fideicomiso estará constituido, al menos en parte, por bienes inmuebles, deberá otorgarse escritura pública ante notario, en los casos de los fideicomisos públicos ante los oficios del escribano de cámara y de gobierno y ésta se inscribirá en el Registro Público.
- d) Es típico: Por el hecho de estar contemplado dentro del articulado del Código de Comercio, el fideicomiso goza de tipicidad.



3.5. Naturaleza jurídica del fideicomiso público

Al analizar la naturaleza del fideicomiso público tanto en la doctrina como en la legislación vigente aplicable, es necesario plantearse la interrogante de su categorización como un contrato, una estructura administrativa o, dentro de esta última categoría, una nueva persona jurídica pública.

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).

Debemos tener en cuenta que algunos autores 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.

Cabe sostener que el contrato de fideicomiso público sea, en rigor, una entidad diferenciada, supone 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. 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 administrativo⁵⁰.

⁵⁰ Villagorda Losano, José M., Op. Cit. Pág. 544



El autor García Ramírez, también citado por el autor, sostiene que estos fideicomisos son centros de imputación de derechos y deberes, que se perfilan como “algo diverso del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario”⁵¹.

Aceptemos o no la caracterización de la figura como una “nueva estructura administrativa”, que es entendido 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, sujetándose a modalidades contenidas en el acto constitutivo y en las disposiciones legales aplicables a esta materia.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que 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, pero aprovechando su personalidad jurídica por carecer de una propia para cumplir, con un medio idóneo (el fideicomiso), la finalidad que persiguen.

⁵¹ García Ramírez, Sergio. **Derechos de los servidores públicos**. Pág. 40



3.6. Elementos del fideicomiso

Los fideicomisos se constituyen mediante escritura pública, en la cual se plasman las condiciones que regirán el mismo sus elementos, basándonos en el orden utilizado comúnmente por la doctrina nacional al estudiar tanto la parte general de la contratación administrativa como la especial de cada contrato, o sea, refiriéndonos a los sujetos, al contenido, a la causa, al fin, a la forma y al procedimiento para la celebración de este contrato.

Los elementos personales, son las personas individuales o jurídicas que otorgan la escritura pública de fideicomiso:

- a) Fideicomitente: Para las entidades de la administración central, el Estado de Guatemala, a través de un funcionario público, como Mandatario del mismo; o una entidad descentralizada o autónoma, a través de su autoridad superior.
- b) Fiduciario: Bancos del Sistema o entidad financiera.
- c) Fideicomisario: Generalmente el Estado de Guatemala, la entidad descentralizada o autónoma o algún sector específico beneficiado con los programas y proyectos a ejecutar a través del fideicomiso.

3.6.1. Finalidad del fideicomiso público

Es la de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de los recursos públicos administrados por una institución fiduciaria y así dar seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común, a través de la



constitución de un patrimonio fideicometido que es el conjunto de bienes y derechos transmitidos al fiduciario afectados a fines u objetivos determinados.

3.7. Clasificación de los fideicomisos públicos

El fideicomiso, de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio se dispone que: “Puede constituirse por contrato o instituirse por testamento”. De ese modo, atendiendo a la voluntad del otorgante o causante, puede deberse a una disposición inter vivos o mortis causa.

Por otro lado, el fideicomiso también puede entenderse de dos clases en cuanto al sujeto que lo establece o fideicomitente.

Por un lado puede ser establecido por una persona particular y por la otra por una persona jurídica, siendo esta última del sector privado o el estatal.

Atendiendo a los fines para los cuales fueron creados, los fideicomisos del Estado son públicos por estar constituidos con recursos del Estado y pueden ser, de acuerdo a los fines para los cuales son constituidos:

- a) Administración: Cuando el fiduciario administra los bienes.
- b) Inversión: Cuando el fideicomitente transfiere bienes destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso.



- c) Garantía: Cuando se instituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. En caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario. El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta al acreedor.
- d) Mixto: Tal como se explicó, no existe un fideicomiso puro, sino más bien, éstos resultan de una combinación de especies

Por la categoría de financiamiento:

- a) Asistencia crediticia o Financiamiento Reembolsable: son constituidos para brindar y facilitar el acceso al crédito a determinados grupos de la sociedad y sectores considerados como prioritarios para el desarrollo económico del país.
- b) Financiamiento no Reembolsable: son constituidos para facilitar la ejecución de proyectos y obras principalmente de inversión.
- c) Mixto: son constituidos teniendo como fines las dos formas de financiamiento anteriores⁵².

⁵² www.minfin.gob.gt/fideicomisos



CAPÍTULO IV

4. Creación de los fondos sociales y la constitución de fideicomisos públicos para su ejecución en el Estado

De conformidad con el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

La pobreza es un problema de carácter estructural que afecta a más de la mitad de la población guatemalteca e impide alcanzar un desarrollo integral. La inequidad en el acceso a los recursos, la marginalidad, el racismo, el estigma y la discriminación, son factores impiden la inclusión social y la igualdad de oportunidades.

La creación de los fondos sociales a lo largo de la historia de nuestro país, ha sido enfocada a la atención de factores estructurales y al acceso a satisfactores sociales básicos, que deben ser atendidos para evitar condicionantes de riesgo social. Tienen como finalidad crear y promover las condiciones: sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas para facilitar a que toda la población tenga acceso a los beneficios del desarrollo en condiciones de igualdad y equidad. Sus objetivos son contribuir al desarrollo de la persona humana en los aspectos social, familiar, humano y su entorno, con énfasis en los grupos más vulnerables.



4.1. Inversión social

La inversión social es una manera en la cual organizaciones pueden contribuir al desarrollo de las comunidades en las que operan. Por lo general, las inversiones sociales son actividades que no están vinculadas ni buscan directamente mejorar las operaciones principales de una organización, sino que mantienen y fortalecen sus relaciones con la comunidad.

La inversión social se realiza cuando el Estado o entidades no gubernamentales invierten sus recursos en infraestructura y otros programas que buscan mejorar aspectos sociales de la vida comunitaria. Los tipos de inversión social pueden incluir proyectos relacionados con educación, capacitación, cultura, salud, generación de ingresos, desarrollo de infraestructura, acceso a la información u otra actividad que promueva el desarrollo económico o social.

Al identificar oportunidades para la inversión social, el Estado de Guatemala debe alinear su contribución de conformidad a las necesidades y prioridades de las comunidades establecidas en sus planes de gobierno nacional y local, con el objeto de compartir, consultar y negociar son herramientas útiles para lograr un abordaje participativo para identificar e implementar inversiones de desarrollo social⁵³.

⁵³ Presidencia de la República de Guatemala. **Política Social de Guatemala**. Pág. 4



Alcanzar un desarrollo social equitativo en Guatemala es un desafío impostergable que debe ser prioridad en la agenda del país. Los índices demográficos y los cambios en la dinámica poblacional muestran que es importante garantizar a la población el acceso a una vida digna y alcanzar condiciones que satisfagan las necesidades de crecimiento espiritual, moral, social, económico, corporal y psicológico de la población⁵⁴.

La focalización de estrategias sociales en áreas con mayores índices de pobreza y pobreza extrema, contribuye a alcanzar el primer escalón para lograr la sostenibilidad del desarrollo; pero para alcanzar un desarrollo integral y una inversión social viable, deben fortalecerse las capacidades técnico-institucionales con miras a replantear el progreso como condición para elevar la productividad y el crecimiento económico.

Sin embargo, eso sólo se podrá lograr en la medida que el gobierno de turno, en alianza con organizaciones de la sociedad civil, facilite la creación de empleo productivo y la provisión de servicios e infraestructura social y productiva en las áreas rurales de mayor pobreza y concentración de población indígena.

El concepto de inversión social es difícil de asumir, en cuanto el calificativo "social" la cual aludiría a un tipo de inversión que se efectúa con objetivos y lógica diferentes a los de la inversión económica convencional. Mientras ésta consiste en la ocupación de recursos y factores para obtener ganancias, buscando maximizar su rentabilidad, la llamada inversión social implicaría sacar del mercado y desviar de su operación habitual

⁵⁴ Ibid. Pág. 6



una cierta cantidad de esos recursos, destinándolos a objetivos sociales tales como beneficiar a grupos humanos carenciados o satisfacer necesidades que los sujetos que operan en el mercado no están dispuestos a solventar espontáneamente.

Al paso de los años la inversión social ha sido considerada como una típica interferencia voluntarista en el Estado, ya que implica un uso ineficiente de recursos públicos, que al no generar los máximos beneficios esperados de toda inversión económica racional, dificulta el desarrollo y tiene costos que los individuos y la sociedad guatemalteca han de pagar inevitablemente en términos de menor satisfacción de sus necesidades.

Tal punto de vista parece fácil de rebatir aduciendo que existen objetivos humanos y sociales que trascienden lo estrictamente económico; objetivos como la superación de la pobreza, la protección del medio ambiente, el desarrollo de la educación y la cultura, la integración social y muchos otros, cuya importancia para la sociedad es manifiesta y más aún para el Estado de Guatemala, y que al no ser adecuadamente considerados por las personas y agentes económicos en su habitual operación en el Estado, deben ser garantizados por otras vías.

Se ha manifestado constantemente que la llamada "inversión social" no es sino darle otro nombre más prestigioso a la desprestigiada intervención empresarial del Estado, que invierte ineficientemente recursos en la producción de bienes y servicios con fines artificialmente considerados por el Estado como prioritarios en términos de la satisfacción de supuestas necesidades sociales. Por el contrario, si el Estado quiere



ayudar a la superación de la pobreza y favorecer una mayor equidad, no debiera realizar inversiones económicas ineficientes calificándolas como "sociales", sino más bien "subsidiar a la demanda" de los pobres, entregándoles directamente aquellos ingresos que les permitan convertir en demanda solvente en el mercado sus necesidades y preferencias libremente definidas⁵⁵.

En lugar de invertir ineficientemente en programas y proyectos educacionales o de salud y otros servicios, sería mejor que el Estado distribuyera esos ingresos entre los más pobres, que así podrían solventar sus demandas de educación, salud y otros bienes y servicios conforme a sus propias preferencias y necesidades, derivado de una falta de políticas públicas aprobadas por el Estado de Guatemala y sin clientelismos políticos.

4.2. Origen y evolución

El origen de la inversión social se encuentra ligado a motivaciones de índole moral o religiosa, así en la década de los cincuenta, algunos grupos religiosos, como los cuáqueros, empiezan a aplicar políticas de inversión que discriminaban actividades como la producción de tabaco y alcohol, y las vinculadas a la industria del juego, actividades que, de acuerdo a sus idearios, dañaban el tejido moral de la sociedad.

⁵⁵ Razeto Migliaro, Luis. **De la economía popular a la economía de solidaridad en un proyecto de desarrollo alternativo.** Pág. 6



Sin embargo, no es hasta finales de los años cincuenta⁷ y en la década de los sesenta cuando aparece la responsabilidad social como término principalmente en los Estados Unidos, donde comienza a reconocerse que las empresas privadas y el Estado, además de producir bienes y servicios, eran responsables de los riesgos sanitarios de sus trabajadores, de la contaminación que generaban, de la monopolización de recursos sin preocuparse de la suficiencia de suministros a largo plazo, etc. Además, dada la enorme capacidad de las empresas, se vislumbraban las posibilidades con las que cuentan éstas para influir y contribuir a paliar los problemas sociales. Esto originó que comenzara a argumentarse la existencia de una responsabilidad de la empresa con la sociedad conjuntamente con el Estado⁵⁶.

Posteriormente, durante la guerra de Vietnam, grupos activistas recuperaron la idea de que la inversión podría ser un importante instrumento de presión ante las empresas y las necesidades del Estado, introduciendo estímulos al cambio de las mismas. Las motivaciones eran entonces de índole más social al igual que ocurría en la siguiente década de los ochenta, cuando se utilizan de nuevo estas inversiones contra la política de *Apartheid* practicada por el gobierno de Sudáfrica. Los primeros fondos de inversión, surgen en Estados Unidos ligados al rechazo a estos dos sucesos. En el primero de los casos, se trata de fondos que excluyen de su cartera a aquellas empresas vinculadas con la producción de armamento, supuestamente destinada al abastecimiento de las necesidades de la guerra.

⁵⁶ Lara Bueno, María Isabel y Roig Gómez, Alicia. **Panorama actual de los Fondos de Inversión Éticos y Solidarios en España.** Pág. 41

En Europa, no es hasta la década de los ochenta cuando empieza a desarrollarse el desarrollo y creación de los fondos sociales, para la implementación de programas y proyectos relacionados con la inversión social para radicar la pobreza y pobreza extrema, creando para tal efecto una serie de fondos sociales los cuales tendrán injerencia en la aplicación de las políticas públicas de Gobierno para la implementación de programas y proyectos sociales enfocados a promover el desarrollo económico de la Nación, velar por la elevación del nivel de vida de todos los Habitantes del país, procurando el bienestar familiar, impulsando activamente programas de desarrollo rural y urbano para que los mismos promuevan las políticas públicas orientadas a mejorar el nivel de bienestar de los individuos o grupos sociales en situación de pobreza y pobreza extrema, de manera que se les dote de capacidades y oportunidades para mejorar sus condiciones de vida, asegurando el respeto de sus derechos humanos y constitucionales.

4.3. Tipos de inversión social

Se entiende que existen diferentes tipos de inversión social que dependen del grado de compromiso social del promotor. Sin embargo, no existe una clasificación generalmente aceptada de la inversión social, a continuación se expone una clasificación en base a tres parámetros:

- a) En función del intermediario financiero. Si se negocian a través de instituciones formales y en mercados organizados o si por el contrario son negociadas por instituciones financieras no formales.



- b) En función del beneficiario. Se pueden distinguir aquellas inversiones que canalizan el ahorro hacia proyectos de cooperación en el tercer mundo o de reinserción social en el primer mundo, y aquellos que invierten en empresas y organizaciones socialmente responsables, aplicando un filtro de selección que va más allá de los criterios estrictamente financieros.
- c) En función del producto. En este caso se puede invertir en una gran variedad de recursos, los cuales se pueden agrupar en inversión social delegada e inversión social directa.

Los programas y proyectos pueden ser de diversa índole, una clasificación a partir del fin buscado puede ser la siguiente:

- a) Programas y proyectos de inversión privada: En este caso el fin del proyecto es lograr una rentabilidad económica financiera, de tal modo que permita recuperar la inversión de capital puesta por la empresa o inversionistas diversos, en la ejecución del programa o proyecto.
- b) Programas o proyectos de inversión pública: En este tipo de programas o proyectos, el Estado es el inversionista que coloca sus recursos para la ejecución del mismo, el Estado tiene como fin el bienestar social, de modo que la rentabilidad del programa o proyecto no es sólo económica, sino también el impacto que el programa o proyecto genera en la mejora del bienestar social en el grupo beneficiado o en la zona de ejecución, dichas mejoras son impactos indirectos del programa o proyecto, como por ejemplo generación de empleo, tributos a reinvertir u otros. En este caso, puede ser que un programa o proyecto no sea económicamente rentable per se, pero su impacto puede ser grande, de



modo que el retorno total o retorno social permita que el programa o proyecto recupere la inversión puesta por el Estado.

- c) Programas o proyectos de inversión social: Un programa o proyecto social sigue el único fin de generar un impacto en el bienestar social, generalmente en estos programas o proyectos no se mide el retorno económico, es más importante medir la sostenibilidad futura del programa o proyecto, es decir si los beneficiarios pueden seguir generando beneficios a la sociedad, aun cuando acabe el período de ejecución del programa o proyecto.
- d) Programas o proyectos de infraestructura: Relacionados a inversión en obras civiles de infraestructura que puede ser de uso económico (beneficiando la producción) o de uso social, mejorando las condiciones de vida. En este tipo de programas o proyectos se mide el impacto generado en los beneficiarios en materia de logros en salud (por ejemplo un proyecto de construcción de hospital) estos logros permiten mejorar la calidad del servicio, ahorrar recursos al estado por menores enfermedades o menor presión en centros existentes, educación (ampliación de aulas) mejorando la calidad del servicio educativo o incrementando su cobertura, o en la actividad económica (carreteras, canales de regadío u otros) que permite expandir la frontera de producción existente en una zona, estos programas o proyectos incluyen el equipamiento respectivo.
- e) Programas o proyectos de fortalecimiento de capacidades sociales o gubernamentales: En este caso se trabajan diversas líneas, como por ejemplo participación ciudadana, mejora de la gestión pública, vigilancia ciudadana u otros, en este tipo de programas o proyectos el componente de inversión en activos fijos, llámese obras civiles o equipamiento es limitado, la importancia del



programa o proyecto se centra en el logro de capacidades sea en la comunidad o en los beneficiarios, dichas capacidades pueden referirse a lograr habilidades de gestión si los actores son públicos o habilidades para el fortalecimiento del rol social en la gestión de la comunidad, muchas veces estos programas o proyectos incluyen el diseño de planes de desarrollo local o planes de gestión territorial o ambiental. Debido a la naturaleza del programa o proyecto, su evaluación radica en la medición actual y futura del logro de capacidades y como estas interactúan con los esfuerzos comunitarios para el desarrollo local.

4.4. Ejecución financiera de los fondos sociales

Los fondos sociales en Guatemala, son creados por medio de Acuerdos Gubernativos que son emitidos por la Presidencia de la República y en los mismos se establecen que las unidades ejecutoras serán las encargadas de su ejecución utilizando como mecanismo financiero la constitución de un fideicomiso público. 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 o de un grupo de sus descendientes.

El 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. Al fideicomiso público se le establece que posee una doble naturaleza debido a que jurídicamente es un contrato



mercantil a través de un banco fiduciario, con un órgano rector de decisiones que es el Comité Técnico y presupuestariamente porque debido a la modalidad de su ejecución financiera de los recursos públicos por medio de la Unidad Ejecutora que es la entidad responsable de la ejecución de los gastos aprobados por el Comité Técnico del fideicomiso.

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. El 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.

Por lo que debido a su 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, profiriendo para tal efecto, el Acuerdo correspondiente.



Posteriormente a ello y establecido en el Acuerdo respectivo, el plazo y fin del fideicomiso público, se procede a contratar con un banco del sistema, para que constituyéndose este último como fiduciario, reciba los fondos y derechos por medio de un contrato formalizado ante el Escribano de Cámara y de Gobierno y proceda a ejecutar lo pactado en tal instrumento⁵⁷.

Es el caso también de la Universidad de San Carlos de Guatemala, quien decide por medio de su Consejo Superior y, también lo es de las municipalidades, quienes deciden por medio de su Consejo Municipal.

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

En cualquier caso, el responsable de emitir el Acuerdo correspondiente es también cuentadante para los efectos de justificar la utilización de los fondos de inversión en el fideicomiso, así como los fondos provenientes o consecuentes del mismo, los fondos que produzca el fideicomiso, ya no tienen formalidad alguna y es la entidad del Estado que constituyó la misma que se constituye en fideicomitente, por lo que el destino posterior ya no se encuentra concebido o regulado en ley alguna, lo que es precisamente que genera la discrecionalidad, por lo que invocando la teoría del derecho administrativo, es un acto no reglado por ley y por tanto es un acto que permite la discrecionalidad de los funcionarios. Se ha considerado al contrato de fideicomiso,

⁵⁷ Dávalos Mejía, Carlos F. **Títulos y contratos de crédito, quiebras**. Pág. 454



propiciador de la característica números apertus, es decir en cuanto a su libre contratación⁵⁸.

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, en los cuales el dinero que regresa por los intereses de un fideicomiso a las arcas de esa entidad, queda completamente libre de fiscalización, por lo menos en cuanto a garantizarse que con el monto de éste deba realizarse una contratación determinada o un concurso, como los exigidos para la contratación del Estado.

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”.

La forma de contratación estatal obedece a una normativa, siendo ésta, la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala y su Reglamento, sin embargo los fideicomisos públicos tienen la potestad legal de poder constituir sus propios reglamentos de funcionamiento y de compras y

⁵⁸ Ibid. Pág. 454



contrataciones, tal y como lo es en los casos de los fideicomisos más fuertes que se encuentran vigentes tales como el fideicomiso de conservación vial y el fideicomiso de desarrollo social.

En el ámbito contractual el fideicomiso público no cuenta con una personalidad jurídica, se otorgan derechos, fines y obligaciones a través del fiduciario (la entidad bancaria), el patrimonio únicamente se puede disponer según el contrato, el Comité Técnico del Fideicomiso, solamente tiene facultades sobre los fondos fideicometidos y es normado por un contrato y el Código de Comercio de Guatemala, en el ámbito presupuestario la Unidad Ejecutora gestiona la formulación, programación financiera y registro en los sistemas gubernamentales, si se llegaren a recibir recursos del presupuesto se debe observar la normativa vigente en congruencia con la aplicación del Manual para la Administración de Fondos en Fideicomiso.

Las obligaciones de los fideicomisos vigentes son de conformidad a la legislación vigente elaborar informes cuatrimestrales y anual, a presentarse dentro de los 15 días calendario del mes siguiente a su vencimiento, que incluyan: i. Ejecución física y financiera de los fideicomisos; ii. Detalle de las adquisiciones y contrataciones realizadas con fondos del fideicomiso (bienes, servicios y obras); iii. Informe de la situación de las carteras; iv. Documento narrativo sobre cumplimiento de metas.



El procedimiento de contratación del Estado puede reducirse a cinco fases siendo la primera, que es la toma de decisión por parte del ente público (según sea la entidad estatal, así será la forma que adopte esta decisión); la segunda, se publica en un diario del país, además del portal electrónico llamado Guatecompras en algunos fideicomisos en la mayoría se obvia la publicación en un diario de mayor circulación; para que participen las empresas del sector privado que deseen hacerlo en una cotización y licitación; la tercera fase, es que, las empresas invitadas presentan los requisitos correspondientes para participar en la evaluación que hará el cuerpo colegiado correspondiente de su oferta; la cuarta fase, es que el proyecto, obra o servicio se adjudica, ordenándose su publicación en el portal mencionado de Guatecompras y finalmente como último paso se procede a ejecutar la obra o brindar el servicio, la cual queda sujeta a las disposiciones previamente establecidas.

Actualmente, de conformidad con el Acuerdo Ministerial 40-2005, emitido por el Ministerio de Finanzas Públicas; se ha creado el Sistema Informático de Gestión - SIGES-, el cual administra los procesos de gestión del pedido, orden y evento de compras y el abastecimiento y consumo de bienes.

Éste modifica el procedimiento a partir de haber sido calificada la entidad a la cual se le adjudica el contrato. En ese sentido, esta última debe redactar una orden de compra, con su número de operación en Guatecompras, NOG, para que la entidad financiera



apruebe la orden de compra, redacte un Comprobante Único de Registro, CUR, y el Ministerio de Finanzas Públicas pueda proceder a asignar los fondos solicitados⁵⁹.

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.

Entre los contratos que genera el Estado están:

- a) Contrato de obra pública: van dirigidos para la construcción, modificación, reconstrucción o mantenimiento de un edificio o de alguna otra obra de utilidad pública.
- b) Contrato de suministros: Es por medio del cual el Estado obtiene bienes muebles, materiales de oficina.
- c) Concesión de servicios públicos: es aquél por medio del cual el Estado encomienda a particulares la prestación de servicios públicos.
- d) Contrato de servicios al Estado: Este contrato es aquél en el que un particular presta algún servicio al Estado. Ejemplo: mantenimiento de maquinaria y equipo.
- e) Contrato de consultoría profesional: Por medio de éste, empresas especializadas en consultoría, profesionales y técnicos prestan al Estado un servicio especial.

⁵⁹ www.minfin.gob.gt

- f) Contratos de obra, suministros, bienes y servicios: La autoridad administrativa superior de la entidad o dependencia interesada, reconocerá y autorizará el pago de sobrecostos al contratista y en su caso requerirá del mismo las diferencias a favor del Estado.
- g) Bienes importados. Procedimiento para la contratación administrativa adquisición y disposición de bienes del Estado.

Como ha quedado evidenciado en el presente capítulo, en realidad el fideicomiso como tal no lo es. Lo que ocurre es que en Guatemala el fideicomiso es utilizado para evitar tener que estar pidiéndole dinero 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 y que se encuentre libre de publicar en el portal de Guatecompras y libre de una fiscalización pormenorizada.

El tema de la transparencia, es fundamental en la figura del fideicomiso constituido con fondos del Estado de Guatemala o fondos municipales. Para que una gestión pública sea transparente e íntegra, respecto de la constitución de fideicomisos con fondos del Gobierno, se debe difundir información procesada antes, durante y después de la ejecución de los actos, procurando una comprensión básica por parte de la sociedad guatemalteca, respecto de lo esencial en la asignación presupuestaria, uso de los recursos y los resultados obtenidos, y los factores que influyeron en su gestión. Así se dejará a un lado, el beneficio particular o actuar en provecho de gobernantes de turno o



allegados políticos, para no tergiversar las bondades que presenta este instrumento jurídico-financiero.

Con lo anterior se cumplirá con los fines sociales de la creación del fideicomiso, lo que obliga a generar y transmitir expeditamente información útil, oportuna, pertinente, comprensible, confiable, verificable a los superiores jerárquicos, a los que proveen de recursos y a los que tienen facultades de fiscalización y control social.

Al no existir una norma de carácter general para el fideicomiso estatal, y cada entidad del Estado, tener la facultad de constituir fideicomisos en forma ilimitada, no restringida más que por normas morales o conflicto de intereses que poco o nada importan a la presente investigación y comportan una falta de transparencia en el manejo de los fondos públicos por la discrecionalidad con que se hacen, la constitución del fideicomiso estatal resulta un acto no reglado, y por tanto violatorio en última ratio o instancia, de los principios de derecho administrativo de legalidad y juridicidad.

Esta discrecionalidad que permite además la inversión desmedida de fondos públicos, es consecuencia a su vez, de la falta de regulación legal, logrando con esto la utilización de millones de quetzales que se invierten en forma poco transparente, descapitalizando los entes públicos y arriesgando sin la debida seguridad jurídica patrimonial, el patrimonio estatal que pertenece al pueblo de Guatemala y al que deben corresponder su fin último y no a uno o dos sujetos, por el solo hecho de ocupar un puesto de funcionario público.



No existiendo una adecuada fiscalización contable de los fondos invertidos en un fideicomiso estatal, mucho menos la hay en cuanto a sus procedimientos administrativos, por ello, una vez puestos en cuenta bancaria de fideicomiso fondos públicos, es posible diseñar cualquier procedimiento paralelo a las leyes de Guatecompras para disponer de los frutos que produzca tal fideicomiso.

De esa forma como resulta evidente, se evade por completo el licitar en el portal de Guatecompras y cumplir además con todas las restricciones legales que impone su estructura normativa.

4.5. Manejo de los recursos financieros

Por medio del manual para la administración de fondos públicos fideicomiso, emitido por el Ministerio de Finanzas Públicas, por medio del Acuerdo Ministerial número 25-2010 "A", establece que por el proceso de modernización del sistema de administración financiera del Estado, requiere que constantemente se una revisión de los procedimientos administrativos y operativos para facilitar, agilizar y transparentar la gestión pública que proporcione un manejo eficiente de los recursos del Estado y los procesos de ejecución del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado.

Según el Decreto número 101-97 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Presupuesto, establece en su Artículo 33, que "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”.

Según el Acuerdo Gubernativo número 394-2008, emitido por la Presidencia de la República, establece que la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, es la designada como el órgano rector en materia de fideicomisos, por lo que le corresponde gestionar la constitución operación y extinción y liquidación de los fideicomisos establecidos con recursos del Estado; así como los fondos y otros instrumentos financieros para la ejecución de los programas del Gobierno Central, regulando y registrando y controlando su operación.

La Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, lleva un registro de los fideicomisos públicos del Estado, a través de una entidad de la Administración Central, al primer cuatrimestre del año 2014, se tenían registrados 79 fideicomisos públicos de primer grado, distribuidos en 33 fideicomisos vigentes en la administración central; 12 fideicomisos vigentes de entidades descentralizadas; 19 fideicomisos vencidos; y 15 fideicomisos formalmente extintos.

En tal sentido, la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, en congruencia a sus facultades y atribuciones ha establecido un estudio de la inversión pública realizada por el Estado por medio de fideicomisos públicos de la administración central y de las entidades descentralizadas y autónomas tal y como se desglosa en el cuadro que a continuación se detalla:



Años	Administración		Descentralizadas y		Total	%
	Central	%	Autónomas	%		
2004	1073.5	92.7%	85.1	7.3%	1,158.5	100%
2005	1,379.6	84.6%	251.9	15.4%	1,631.5	100%
2006	1,735.1	88.2%	231.3	11.8%	1,966.4	100%
2007	1,897.6	87.5%	271.2	12.5%	2,168.8	100%
2008	3,195.5	88.6%	412.4	11.4%	3,607.9	100%
2009	4,565.1	83.5%	899.0	16.5%	5,464.1	100%
2010	4,838.2	92.6%	386.7	7.4%	5,224.9	100%
2011	3,396.6	87.4%	490.9	12.6%	3,887.5	100%
2012	2,074.6	80.3%	508.0	19.7%	2,582.7	100%
2013	3,663.5	86.1%	591.4	13.9%	4,255.0	100%
2014	2,473.5	76.9%	742.8	23.1%	3,216.2	100%

Fuente: Ministerio de Finanzas Públicas

4.6. Fiscalización de los recursos financieros de fideicomisos públicos

No existiendo una adecuada fiscalización contable de los fondos invertidos en un fideicomiso estatal, mucho menos la hay en cuanto a sus procedimientos administrativos, se establece legalmente que los responsables de la fiscalización de los fideicomisos públicos es la superintendencia de bancos, la contraloría General de Cuentas, las auditorías externas reguladas en los contratos, y las auditorías internas de los fideicomitentes, por ello, una vez puestos en cuenta bancaria de fideicomiso fondos



públicos, es posible diseñar cualquier procedimiento paralelo a las leyes de Guatecompras para disponer de los frutos que produzca tal fideicomiso.

De esa forma como resulta evidente, se evade por completo el licitar en el portal de Guatecompras y cumplir además con todas las restricciones legales que impone su estructura normativa.

La Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92, emitido por el Congreso de la República, en su Artículo 54, establece "Transparencia en el uso de fondos públicos y otros contratos. Las organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones, patronatos, cooperativas, comités, organismos regionales e internacionales, fideicomisos y toda entidad privada o mixta, nacional o extranjera que reciba y/o administre fondos públicos, deben publicar y gestionar en GUATECOMPRAS, las compras, contrataciones y adquisiciones que realicen, cuando superen el monto de la compra directa establecido en esta Ley, publicando para el efecto, como mínimo, la siguiente documentación: bases o términos de referencia, especificaciones técnicas, criterios de evaluación, preguntas, respuestas, listado de oferentes, actas de adjudicación y contratos. Asimismo, deben utilizar procedimientos de adquisición competitivos y evaluar las ofertas con criterios imparciales y públicos.

La Contraloría General de Cuentas debe fiscalizar la negociación y todos los contratos que se suscriban en aplicación de este artículo, los cuales para su validez y ejecución deben registrarse en el Registro de Contratos de dicha Contraloría.



Si en la fiscalización se detectaren anomalías, la Contrataría General de Cuentas deberá denunciar a los órganos respectivos, según la materia de que se trate, después de agotado el procedimiento administrativo que corresponda.

Cuando se trate de compra directa se observará lo establecido en el artículo 43 de esta Ley.

En los contratos y convenios que celebren las entidades reguladas en esta Ley, que no provengan de procedimientos que determina la misma, se aplicarán las normas del derecho común, debiendo publicar y gestionar en GUAATECOMPRAS la negociación y contrato respectivo. El reglamento de esta ley establecerá las condiciones relacionadas con esta materia”.

En cuanto a la fiscalización de los fondos públicos el Artículo 232 de la Carta Magna establece la función de la Contraloría General de Cuentas así: “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. ”En Guatemala el ente encargado de realizar la función de control de los gastos públicos, es la Contraloría General de Cuentas de la Nación.

Uno de los principales objetivos de la Contraloría es ejercer el control externo gubernamental, con el fin de evaluar todo el ámbito financiero, operacional, funcional y legal de los entes a que se refiere el Artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, específicamente en los organismos del Estado, aplicando técnicas y procedimientos en el marco de las normas de auditoría gubernamental y otras aplicables con enfoque objetivo y profesional.

Otros objetivos de la Contraloría General de Cuentas de la Nación, que se establecen en el Artículo 3 del Decreto número 31-2002, del Congreso de la República son: “(...) Determinar si la gestión institucional de los entes o personas a que se refiere el Artículo anterior se realiza bajo criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad; (...) Apoyar el diseño e implantación de mecanismos de participación ciudadana para el fortalecimiento de la transparencia, probidad y credibilidad de la gestión pública y el proceso de rendición de cuentas, como medios de lucha contra la corrupción, el peculado, el tráfico de influencias, la malversación de fondos y el desvío de recursos, (...) Promover y vigilar la responsabilidad de los servidores públicos para que puedan rendir cuentas públicamente, de manera amplia y oportuna, tanto de la regularidad en el manejo de los bienes y recursos, como de los resultados cualitativos y cuantitativos obtenidos en su gestión...”.

En los últimos años, el sector público de Guatemala, ha experimentado cambios trascendentales, principalmente en lo que respecta a la incorporación de tecnologías de punta, traducidas en el uso de herramientas computacionales que han modificado las metodologías de trabajo en los diferentes niveles operativos de las entidades, con el



objetivo de hacer que los diferentes procesos se ejecuten en forma ágil, oportuna y confiable.

El sistema de administración financiera gubernamental y sus diferentes procesos, regulados por el Decreto número 101-97 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Presupuesto, ha sido objeto de rediseño, utilizando la herramienta informática denominada: Sistema de Contabilidad Integrada (SICOIN) con el fin de simplificar la ejecución de las diferentes actividades, para alcanzar resultados con eficiencia, eficacia y economía; sin embargo, estos procesos de rediseño no pueden ejecutarse independientemente del fortalecimiento del control gubernamental.

En este sentido la Contraloría General de Cuentas de la Nación diseña y dicta las políticas, metodologías, normas, técnicas, procedimientos y demás disposiciones para ejercer el control interno y externo gubernamental. “La auditoría gubernamental es la herramienta principal para el ejercicio del control externo gubernamental, la cual se lleva a cabo con base en las Normas de Auditoría Gubernamental emitidas y aprobadas por la Contraloría General de Cuentas para tal fin. La auditoría gubernamental, desde un enfoque sistémico, está constituida por las políticas, normas, metodologías y procedimientos, que emita el Contralor General para orientar y guiar la práctica de auditorías a las diferentes entidades sujetas a control, según el Artículo 2 del Decreto número 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

La auditoría gubernamental puede definirse como un examen profesional, objetivo, independiente, sistemático, constructivo y selectivo de evidencias sobre la gestión de



las entidades y personas que recaudan y manejan recursos públicos, con el objeto de determinar la razonabilidad de la información financiera y presupuestal que respalda dicha gestión y si la misma se ha realizado bajo criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad, incluyendo el grado de cumplimiento de objetivos y metas⁶⁰.

La Contraloría General de Cuentas, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y a lo dispuesto en el Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, tiene como objetivos, dentro de su área de competencia legal, velar por la transparencia de la gestión pública y la promoción de la responsabilidad de quienes tengan a su cargo el manejo de fondos públicos, no sólo por la asignación y forma del uso de los recursos que les fueron confiados, sino también por los resultados obtenidos, a través de: (...)El diseño, implantación, implementación, mantenimiento y evaluación de los sistemas y procedimientos de auditoría gubernamental, que permitan la adecuada funcionalidad del control gubernamental, con tecnología de punta, para realizar la planificación estratégica de la institución y de las auditorías internas del sector público, a fin de evaluar la gestión de las entidades a que se refiere el Artículo 2 de la Ley; (...) El diseño, implementación, mantenimiento y evaluación de las metodologías de los diferentes tipos de auditoría, que sean necesarios para evaluar la gestión de los entes sujetos a fiscalización, con enfoque integral; (...) El diseño, emisión y actualización de normas y guías para la aplicación del control gubernamental. (...) El diseño de un

⁶⁰ Contraloría General de Cuentas de la Nación de Guatemala. **Manual de auditoria gubernamental**. Pág. 4



sistema para el control de las declaraciones de probidad y la promoción de mecanismos de lucha contra la corrupción, que permita velar por la probidad, transparencia y honestidad de la administración pública; (...) La evaluación de la eficacia de las políticas, normas y manuales de control gubernamental (Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas); (...) La emisión oportuna de dictámenes en el ámbito y competencia establecidos en la Ley; y (...) El fortalecimiento de las Unidades de Auditoría Interna como medio de evaluación y seguimiento del control interno gubernamental, en las entidades a que se refiere el Artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas de la Nación.

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 los objetivos siguientes: (...) Velar por la probidad, transparencia y honestidad de la administración pública; e, (...) 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 del Decreto 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala dispone lo siguiente: “La Contraloría General de Cuentas, tiene las obligaciones 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 auditoria generalmente aceptadas y de auditoria 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, en cuanto a las funciones de la Subcontraloría de Calidad del Gasto Público, el Artículo 19 del Decreto 31-2002 del Congreso de la República establece: “La Subcontraloría 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 Subcontraloría 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.”



4.7. Extinción de los fideicomisos públicos

Según el Decreto 30-2012, emitido por el Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 60, establece que se procederá a la extinción del fideicomiso de conformidad al cumplimiento de los procedimientos que sean emitidos por el Ministerio de Finanzas Públicas, la liquidación y extinción anticipada al plazo de vigencia del fideicomiso será cuando:

- a) No existe una ejecución de acuerdo al objeto.
- b) La cartera declarada incobrable supera el 90% de la cartera total.

La extinción del fideicomiso puede darse de las siguientes formas: **a)** Por realizarse el fin para el cual fue constituido; **b)** Por hacerse imposible su realización; **c)** Por realizarse la condición resolutoria a que haya quedado sujeto; **d)** Por convenio expreso; **e)** Por revocatoria hecha por el fideicometido; **f)** Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario; y **g)** Por sentencia judicial.

Por otro lado, el documento constitutivo del fideicomiso y la traslación de bienes en fideicomiso, al fiduciario, estarán libres de todo impuesto. Igualmente queda exonerado de todo impuesto la devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente, a la terminación del fideicomiso.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

1. El Estado de Guatemala, actualmente no cuenta con una legislación concreta que permita la fiscalización de los fondos sociales y de sus Unidades Ejecutoras quienes gestionan la formulación, programación financiera y registro en los sistemas de administración financiera del manejo de los recursos públicos que le son asignados al Fideicomiso; por lo que es necesario normar y establecer controles administrativos para verificar que se cumpla con lo establecido en el Manual para la administración de fondos en fideicomiso, con el fin de llevar una ejecución financiera viable y fiscalizable por los entes rectores.
2. La constitución de fideicomisos públicos en el Estado, ha sido muy cuestionada por la población en general por la falta de transparencia en el manejo de los recursos públicos, tomando en consideración que los mismos vienen a agilizar los procesos de compras y contrataciones del Estado; por lo que se considera necesario normar los procedimientos que estos apliquen ya que son herramientas viables para el Estado de Guatemala, debiendo únicamente implementar mayores procedimientos relacionados con la transparencia en la inversión y el gasto de los fondos públicos en Guatemala, fortaleciendo al Ministerio de Finanzas Públicas quien es por mandato legal el rector de los mismos.
3. Actualmente como consecuencia de la falta de fiscalización de los fideicomisos creados por el Estado, se han mal utilizado los fondos otorgados a los mismos



por el no cumplimiento de la regularización del gasto público en los sistemas de administración financiera del Ministerio de Finanzas Públicas, perjudicando con esto el logro del fin supremo del Estado de la realización del bien común puesto que con la falta de regularización de los anticipos otorgados, los fondos no pueden ser reasignados para que se pueda lograr la inversión de proyectos en beneficio de la población con pobreza.

4. Actualmente no existe en la legislación guatemalteca, un cuerpo normativo específico que regule la institución del fideicomiso con fondos públicos, por lo que en su creación se apega a lo que establece el Código de Comercio y la Ley Orgánica del Presupuesto, dándose así equivocadamente una característica institucional del contrato en el derecho privado, por lo que se hace más difícil su institucionalización y con esto lograr por parte de los entes rectores una fiscalización plena a la inversión de los recursos públicos.

5. El Ministerio de Finanzas Públicas, en la actualidad cuenta con los sistemas de administración financiera tales como el Sistema de Contabilidad Integrada – SICOIN-, en donde se manejan los anticipos, desembolsos y regularizaciones que sean efectuadas por el Fideicomiso y el Sistema de Gestión –SIGES-, que el mismo contempla un módulo de contratos en donde se debe llevar un registro de los anticipos y desembolsos que sean realizados por los fideicomisos, todo con el objeto de lograr la eficiencia de la Administración Pública y con la finalidad de transparentar el gasto y la inversión estatal en proyectos de interés colectivo.



BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario**. México: Ed. Porrúa, 1978.
- ALVAREDA, Laura. **La aplicación de los criterios negativos (screening) en las instituciones de inversión colectiva (IIC) socialmente responsables gestionadas en España-año 2001**. Papeles de Ética, Economía y Dirección, Número 8, 2001.
- ARGANDOÑA, Antonio y Sarsa, Domingo. **Los fondos éticos y la promoción de la ética inversora, papeles de ética, economía y dirección**. Número 5, 2000.
- BARRERA GRAF, Jorge. **Estudios de derecho mercantil**. México: Ed. Porrúa, 1967.
- CARREGAL, Mario. **El fideicomiso**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad, 1982.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Introducción a la teoría general de la administración pública**. Editorial Caliso S.A. México D.F. 1985.
- DÁVALOS MEJÍA, Carlos F. **Títulos y contratos de crédito, quiebras**. 2ª. ed. México: Ed. Harla., 1995.
- Diccionario de la Real Academia Española, 22a. ed.; www.rae.es. Consultado el 30 de septiembre de 2014.
- ES TU DERECHO. www.estuderecho.com. Consultado el 12 de octubre del año 2014.
- FARRANDO Ismael y Patricia Martines. **Manual de derecho administrativo**. Buenos Aires Argentina, Ed. De Palma, 1999.
- FERNÁNDEZ IZQUIERDO, A. y Matallín Sáez, J.C. **Gestión óptima de carteras internacionales ante la integración de los mercados europeos**, Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa, Volumen 6, Número 3, 2000.
- FRAGA, Garbino. **Derecho administrativo**. México, DF, Ed. Porrúa, 1985.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **Derecho de los servidores públicos**. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- GODOY y RANGEL. **Nuevas experiencias en política social: Los fondos de inversión social en América Latina y el Caribe**. En Revista Paraguaya de Sociología, N° 101 (Asunción, Centro Paraguayo de Estudios Sociológicos, 1998).



Instituto Nacional de Administración Pública. **Derecho administrativo.** Onceava edición, Guatemala Editorial Centro de Impresiones Gráficas. 1999.

KIPER, Marcelo, Lisoprawski, Silvio. **Fideicomiso, dominio fiduciario, securitización.** Buenos Aires, Argentina: Ed. De palma; 1996

LARA BUENO, María Isabel y Alicia, Roig Gómez. **Panorama actual de los fondos de inversión éticos y solidarios en España.** Análisis Financiero, Número 92, pp. 32-43.

MENDOZA, Armando, Pedro Francke y Edgardo Cruzado. **Análisis, críticas y recomendaciones para mejorar el funcionamiento de los fondos sociales/fideicomisos mineros.** Documento de trabajo. Lima: Cooperación. 2008

MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo.** Editorial Edinal, Impresora, México, D.F. 1975.

ODERIGO, Mario. **Derecho romano.** Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1973.

PEREIRA-OROZCO, Alberto. **Nociones generales de derecho I.** 4a. ed.; Ediciones Pereira, 2007.

Presidencia de la República de Guatemala. **Política social.** Noviembre 2011.

Presidencia de la República de Guatemala. **Segundo informe de gobierno.** Tipografía Nacional, 2014.

RAZETO MIGLIARO, Luis. **De la economía popular a la economía de solidaridad en un proyecto de desarrollo alternativo.** Ediciones PET, Santiago de Chile, 1993.

ROBBINS STEPHEN, P. **Introducción a la teoría general de la administración,** Prentice Hall 10 Edición San Diego State University.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Negocios fiduciarios.** Su significación en América Latina, Primera Edición, Legis, Colombia, 2005.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** México: Ed. Porrúa, 1947.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ., Joaquín. **Derecho mercantil.** 2t; México: Ed. Porrúa, 1978.

SIRI, G. **Los fondos de inversión social en América Latina.** En Revista de la CEPAL N° 59 (Santiago, 1996).



SWOPE, John y Soledad Teixido. **Inversión privada en la educación pública: uso y funcionamiento de la ley de donaciones con fines educacionales.** Editorial CIDE, Santiago de Chile. 1999.

UNESCO. **Manifiesto de la UNESCO sobre la biblioteca pública.** www.unesco.org/webworld/libraries/anifestos/school_manifesto_es.html
Consultado el 29 de septiembre de 2014.

Universidad San Carlos de Guatemala. **Apuntes de derecho administrativo.** Guatemala, Ed. Universitaria, 1994.

VÁZQUEZ OTEO, O. y B. FERNÁNDEZ OLIT. **Fondos de inversión éticos: realidad o ficción, trabajo de investigación,** Economistas sin Fronteras, 2001.

VILLAGORDOA LOZANO, José M. **Doctrina general del fideicomiso.** 2ª. ed.; México: Ed. Porrúa, 1982.

VILLEGAS LARA, Arturo. **Derecho mercantil, volumen III.** Guatemala: Ed. Universitaria; 1993.

WURGAFT, J., **Fondos de inversión social en América Latina**(Santiago, OIT/PREALC, 1993).

Legislación:

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

Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad. De la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala, Decreto número 1-86, de 1986.

Ley de Orden Público. De la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala, Decreto número 7.

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

Código de Trabajo. Decreto Número 1441 del Congreso de la República de Guatemala.

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

Ley de Servicio Civil. Decreto número 1748 del Congreso de la República de Guatemala.



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

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

Ley del Parcelamientos Urbanos. Decreto número 1427 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de lo Contencioso Administrativo. Decreto Gubernativo 119-96 del Congreso de la República de Guatemala.

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

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

Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2014. Decreto número 30-2012, emitido por el Congreso de la República de Guatemala.