

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

**NECESIDAD DE OTORGAR A LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS LAS
FACULTADES PARA FISCALIZAR ADECUADAMENTE LOS FIDEICOMISOS QUE
MANEJAN FONDOS DEL ESTADO**

MARLON JAVIER JUÁREZ MEJICANO

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2015

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

**NECESIDAD DE OTORGAR A LA CONTRALORIA GENERAL DE CUENTAS LAS
FACULTADES PARA FISCALIZAR ADECUADAMENTE LOS FIDEICOMISOS QUE
MANEJAN FONDOS DEL 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

MARLON JAVIER JUÁREZ MEJICANO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre 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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal: Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima
Secretario: Lic. Carlos Urbina Mejía

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Vocal: Licda. Olga Aracely López Hernández
Secretaria: Licda. Carmen Patricia Muñoz Flores

RAZÓN: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis." (Artículo 43 de 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,
 15 de octubre de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, LUIS ESTUARDO HIDALGO GODOY
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARLON JAVIER JUÁREZ MEJICANO, con carné 200721041,
 intitulado NECESIDAD DE OTORGAR A LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS LAS FACULTADES PARA
FISCALIZAR ADECUADAMENTE LOS FIDEICOMISOS QUE MANEJAN FONDOS DEL 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 15 / 10 / 2015 f)

Asesora
 (Firma y Sello)

Luis Estuardo Hidalgo Godoy
 Abogado y Notario

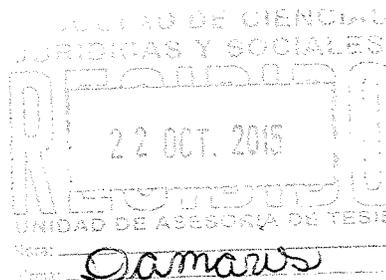




LUIS ESTUARDO HIDALGO GODOY
ABOGADO Y NOTARIO
Tel. 5560 8109.

Guatemala, 22 de octubre de 2015

Doctor
Bonerge Amílcar Mejía Orellana,
Jefe Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Doctor Mejía Orellana:

De acuerdo al nombramiento de fecha 15 de octubre del presente año, he procedido a asesorar la tesis intitulada: **NECESIDAD DE OTORGAR A LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS LAS FACULTADES PARA FISCALIZAR ADECUADAMENTE LOS FIDEICOMISOS QUE MANEJAN FONDOS DEL ESTADO.**, de el bachiller Marlon Javier Juárez Mejicano motivo por el cual emito el siguiente

DICTAMEN:

- a. Con respecto a su contenido científico se puede verificar en las técnicas y métodos utilizados en la misma así como en el contenido técnico, considero que está presente en la redacción; al utilizar un lenguaje jurídico el cual es acorde a un trabajo de tesis.
- b. La investigación contiene suficientes referencias bibliográficas, resguardando el derecho de autor, elemento que ha servido de base para sustentar el tema tratado y por ende el desarrollo del mismo.

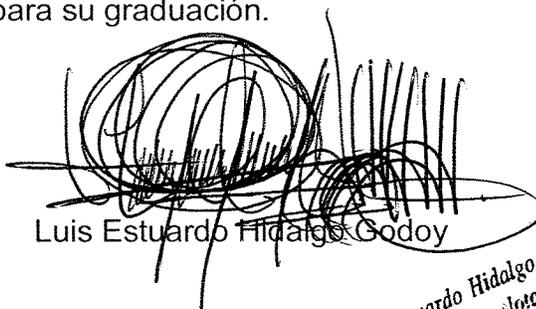


c. Se han desarrollado adecuadamente cada uno de los capítulos, en ellos se fundamenta la comprobación de la hipótesis, lo cual genera una contribución científica al sistema formativo guatemalteco.

d. **En la conclusión discursiva** el bachiller Juárez Mejicano manifiesta que debido a que los fideicomisos creados con fondos públicos ejecutados como actualmente se hace, no cumple con la observancia de los principios de legalidad y transparencia de la Administración Pública, mucho menos se apega al fin supremo del Estado de la realización del bien común puesto que con la falta de fiscalización, los fondos se desvían para satisfacer intereses particulares. Por lo consiguiente se necesita facultar a La Contraloría General de Cuentas la cual debe fiscalizar eficientemente los contratos de fideicomiso constituidos con fondos públicos que el Estado y sus instituciones contratan con los bancos del sistema y entidades financieras privadas, utilizando sus facultades constitucionales y legales de fiscalizar a toda persona que reciba e invierta fondos del Estado para administrarlos.

e. Declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Por lo anterior, y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** a el bachiller Marlon Javier Juárez Mejicano, para que prosiga con los trámites necesarios para su graduación.



Luis Estuardo Hidalgo Godoy

Luis Estuardo Hidalgo Godoy
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 05 de noviembre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARLON JAVIER JUÁREZ MEJICANO, titulado NECESIDAD DE OTORGAR A LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS LAS FACULTADES PARA FISCALIZAR ADECUADAMENTE LOS FIDEICOMISOS QUE MANEJAN FONDOS DEL 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.

Lic. Avicán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su inmensa misericordia, por darme la oportunidad de lograr este triunfo al lado de todos mis seres queridos y por demostrarme que los tiempos de Dios son PERFECTOS. GRACIAS POR TODO.
- A MI PADRE:** Marlon Estuardo Juárez Castro, por ser ese ejemplo de hombre y de profesional, pero sobre todo por ser un ejemplo de padre, siempre dedicado y amoroso hacia tus hijos, por todos esos esfuerzos y sobre todo sacrificios que has hecho para que nunca nos falte nada, a mí y a mis hermanos, sin vos viejo este triunfo no fuera posible.
- A MI MADRE:** Ana Lucrecia Mejicano Roque, mi confidente, mi paño de lágrimas, gracias por siempre estar ahí para darme un consejo, cuando más lo necesite, pero sobre todo gracias por enseñarme que agarrado de la mano de Dios todo es posible.
- A MIS HERMANOS** Kewin Estuardo Juárez Mejicano y Dennis Alejandro Juárez Mejicano, mi ingeniero y doctor, por ser ejemplo de apoyo y cariño en todo momento, ahora les toca a ustedes.
- A MI ESPOSA:** Jaqueline Vanessa Kestler Loarca, por ser la mujer que vino a revolucionar mi mundo, por aceptar el reto de una vida juntos y por llenar de amor mis días, pero sobre todo por darme el regalo más hermoso en la vida, nuestra hija. Te amo como no tienes idea.
- A MI HIJA:** Mia Isabella Juarez Kestler, porque con tan solo una año de vida, me has hecho descubrir el sentimiento más puro y sincero, que es el amor de padre, solo le pido a Dios que me de vida para poder verte crecer, y ver como día a día te conviertes en una gran mujer.



A MIS AMIGOS:

Mario y Alejandro Mendez, Víctor, Eduardo Luis, Ludvin, Jose Luis, Pablito, Hansel, Mario Maldonado, Jonathan, Emanuel, Tavo Estrada, Héctor Maldonado y Octavio; por ser esos hermanos que Dios me dio el privilegio de elegir, y por cada anécdota e historia vivida, siempre lo he dicho, estamos para cosas grandes.

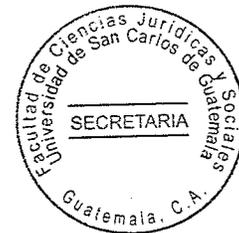
A: Mi abuelo paterno Porfirio Juarez y a mi abuela materna Teresa Roque de Mejicano, por ser una gran parte de mi vida.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme culminar mis estudios superiores y hacerme acreedor de formar parte del claustro de abogados y notarios de la tricentenario USAC.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, mi eterno agradecimiento por ser parte de mi formación profesional.

A: Mis dos ángeles en el cielo, Mario Mejicano y María Elena Castro, porque sé que en el lugar donde se encuentren, hoy celebran a mi lado.

A: La familia Kestler Loarca, por el gran apoyo que me han brindado en esta última etapa de vida. Mi profundo agradecimiento.



PRESENTACIÓN

La presente investigación tiene un enfoque jurídico, económico y social. Se enfocó bajo el punto de vista jurídico partiendo de la idea de la necesidad de reglamentar, no la actitud o acción de las instituciones gubernamentales que lo crean, sino la obligación de establecer la normativa específica para los fideicomisos, bajo un punto de vista económico en virtud que todo tipo de acción relacionada con la ejecución de recursos provenientes del Estado genera una serie de resultados poco alentadores en relación a los mecanismos de seguimiento, fiscalización y control por parte de la institución encargada de efectuar dicha acción y bajo un enfoque de vista social debido al poco alcance y limitación en el control y fiscalización que se aprecia por parte del ente rector de la fiscalización en el sector gubernamental. La presente investigación aborda un tema que se desarrolla dentro del ámbito privado del derecho, específicamente en el derecho mercantil.

Con respecto al tiempo a considerar necesario para el trabajo de la investigación se planteó durante el periodo comprendido entre el año 2012 al 2014, como análisis de la problemática actual.

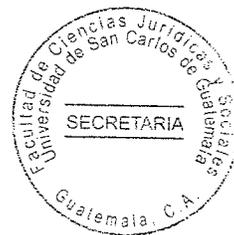
Enfocándose desde el punto de vista nacional el área del municipio de Guatemala, departamento de Guatemala, en virtud de ser el área con mayor utilización de dicha figura o herramienta utilizada para la utilización de recursos provenientes del Estado.

Y con la finalidad de brindar como un aporte a dicha problemática existente brindando con ello una secuencia desde su creación y contenido hasta la problemática existente y concluir con su recomendación se sugiere el presente trabajo de tesis.



HIPÓTESIS

La hipótesis del trabajo es la siguiente: La figura de fideicomisos creados en el Estado carece de una normativa legal específica que establezca o regule desde su creación, el control o fiscalización de los mismos en forma clara por parte del o los ente (s) rector (s) dentro del gobierno.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se comprobó la hipótesis es necesario crear una ley específica para los fideicomisos creados con fondos del Estado, que establezca los mecanismos para que la Contraloría General de Cuentas de la Nación cumpla su función fiscalizadora, aun cuando éste sea celebrado con un banco del sistema y con todas las garantías del caso sin violentar el secreto bancario existente.

Las teorías que se han utilizado en la presente investigación han sido la contractual y la mercantilista. Puesto que la figura del fideicomiso, como se explica en el contenido, se perfecciona por medio de un contrato escrito y el carácter de éste es mercantil.

En el contenido se emplearon 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.

Estos resultados del estudio obtenidos de forma objetiva aportan los elementos para dar por comprobada la hipótesis planteada en la presente investigación.

ÍNDICE



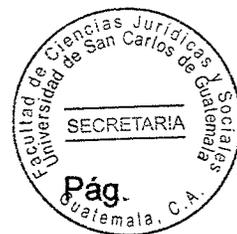
Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Reseña histórica de los fideicomisos.....	1
1.1. Antecedentes históricos del contrato de fideicomisos.....	2
1.2. Etimología y naturaleza de los fideicomisos.....	4
1.3. Teorías de los contratos del fideicomiso.....	5
1.4. Definiciones de fideicomisos.....	6
1.5. Características del contrato de fideicomiso.....	10

CAPÍTULO II

2. El contrato de fideicomiso.....	13
2.1. Análisis de la definición legal según el Código de Comercio y demás leyes.....	19
2.2. Sujetos del fideicomiso.....	22
2.3. Fideicomitente.....	23
2.3.1. Regulación legal.....	24
2.3.2. Derechos y obligaciones del fideicomitente.....	27
2.4. Fiduciario.....	29
2.4.1. Regulación legal.....	30
2.4.2. Derechos y obligaciones del fiduciario.....	33
2.5. Fideicomisario.....	37



2.5.1.	Regulación legal.....	38
2.5.2	Derechos y obligaciones del fideicomisario.....	39
2.6.	Características del fideicomiso.....	40
2.7.	Clasificación de los fideicomisos.....	42
2.7.1.	Fideicomiso de inversión.....	43
2.7.2	Fideicomiso de administración.....	46
2.7.3.	Fideicomiso de garantía.....	47
2.7.4	Fideicomiso público.....	50

CAPÍTULO III

3.	Entes fiscalizadores en Guatemala.....	53
3.1.	Contraloría General de Cuentas.....	53
3.1.1.	Ámbito de competencia de la Contraloría General de Cuentas..	53
3.1.2.	Objetivos de la Contraloría General de Cuentas a través del control gubernamental y su campo de competencia.....	54
3.1.3.	Atribuciones de la Contraloría General de Cuentas.....	56
3.1.4.	Definición de control gubernamental.....	61
3.1.5.	Acceso y disposición de información.....	61
3.1.6.	Información de estados de cuenta bancarios.....	63
3.2.	Superintendencia de Bancos.....	63
3.2.1.	Definición y objeto de la Superintendencia de Bancos.....	64
3.2.2.	Ámbito de Competencia y Supervisión de la Superintendencia de Bancos.....	65



3.2.3.	Funciones de la Superintendencia de Bancos.....	65
3.3.	Superintendencia de Administración Tributaria –SAT-	69
3.3.1.	Objeto y funciones de la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT-	69
3.3.2.	Organización y Funciones de los Órganos de la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT-	72
3.3.3	Directorio.....	73
3.3.4	Superintendente de Administración Tributaria.....	75

CAPÍTULO IV

4.	El uso de los fondos públicos dirigidos a los fideicomisos estatales y su opaca fiscalización al fiduciario.....	79
4.1.	Supervisión y fiscalización fiduciaria en Guatemala.....	81
4.2.	Argumentos en favor de la supervisión fiduciaria por parte de la Superintendencia de Bancos.....	84
4.3.	Análisis de los fideicomisos del Estado o estatales inscritos durante el periodo del año 2008 al 2013.....	92
4.4.	Proceso de constitución de los fideicomisos del Estado o estatales utilizando recursos del Estado.....	96
4.5.	Opiniones encontradas respecto a los fideicomisos del Estado o estatales en Guatemala.....	99
	CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	113
	BIBLIOGRAFÍA.....	115



INTRODUCCIÓN

El Estado de Guatemala para dar cumplimiento a los principios constitucionales como lo es la consecución del desarrollo económico de la nación y la realización del bien común para sus habitantes, ha procedido en determinados momentos, al apoyo en la utilización de la figura de los contratos de fideicomiso, los cuales están fundamentados o plasmados en el Código de Comercio, dicha figura usualmente es o son aplicables para efectos de índole jurídico privado, así mismo; que paralelamente a esta figura utilizada; los fondos que son utilizados para la ejecución de sus fines u objetivos plasmados en el contrato son provenientes del erario nacional, razón por la cual al momento de realizar actividades de fiscalización y control por parte del ente encargado de la misma, genera o da lugar a interpretaciones encontradas con respecto a quien es el ente más indicado para realizar dicho fin, así mismo, como al momento de efectuarla en instituciones bancarias que realizan a través de financieras la figura de Fiduciarios originando que por situaciones relacionadas al Secreto Bancario carezcan o pierdan la fuerza necesaria para realizar dicha actividad, razón por la cual se ha procedido a entrar al análisis de dichas interrogantes.

El objetivo general era el evidenciar y demostrar la necesidad de una normativa específica que regule el control y fiscalización por parte del ente encargado dentro del sector gubernamental, como lo es la Contraloría General de Cuentas. Derivado del presente estudio se puede establecer con exactitud, que el objetivo general del mismo fue alcanzado, en virtud de que se logró establecer que el Contrato de Fideicomiso es una figura del derecho privado, específicamente del derecho mercantil, que se ha utilizado de una manera errónea dentro del ámbito público, al momento que entidades del Estado disponen de fondo públicos para la constitución de fideicomisos, con el único fin de ejecutar determinadas obras, volviendo de esta forma, muy difícil su control y fiscalización por parte del ente encargado por mandato Constitucional, que es la Contraloría General de Cuentas, por lo cual lo adecuado es crear una normativa específica que establezca o regule la fiscalización de estos.

La herramienta fundamental en el desarrollo del presente trabajo, se fundamenta en la comprobación de su hipótesis la cual concluye en la necesidad de crear una ley



especifica que respalde a este tipo de contratos de fideicomisos creados y que administren fondos públicos, los cuales tengan mecanismos específicos y claros en la determinación de su fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas de la Nación, aun cuando este sea celebrado y participe un banco del sistema, otorgándole toda las garantías del caso sin violentar el secreto bancario existente.

En el contenido se emplearon 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 de fideicomiso, hacia lo general de los efectos de este en la inversión de los fondos públicos.

Se ha dividido para su exposición el presente contenido en cuatro capítulos, siendo éstos:

El primero, una reseña histórica del fideicomiso en Guatemala, antecedentes históricos del contrato de fideicomiso, teorías de los contratos, definiciones y características; el segundo, detalla los aspectos fundamentales relacionados con el contrato de fideicomiso, su naturaleza jurídica, definiciones, sujetos que intervienen en el contrato, derechos y obligaciones de los sujetos que intervienen, y su regulación legal; el tercero, enfoca los distintos entes fiscalizadores en Guatemala, Contraloría General de Cuentas, Superintendencia de Bancos, y Superintendencia de Administración Tributaria, y por último en el Capítulo cuarto lo constituye los diversos comentarios vertidos en los diversos diarios de circulación del país respecto al tema de los fideicomisos, ventajas y desventajas, criterios encontrados por algunos personajes de la vida pública.

Y para concluir el presente trabajo de tesis con su conclusión discursiva y la bibliografía utilizada en el mismo.



CAPÍTULO I

1. Reseña histórica de los fideicomisos en Guatemala

El fideicomiso se encuentra regulado en Guatemala en la Constitución Política de la República de 1945; después se legisló en la ley ordinaria por medio del Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de 1963. Al emitirse el Código de Comercio en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, se trasladó al campo del Derecho Mercantil la regulación del fideicomiso, salvo el Libro cuarto del Código Civil actual que regula el tema de las inscripciones en el Registro General de la Propiedad; recientemente se reguló por medio del Decreto número 34-96, Ley del Mercado de Valores y Mercancías una modalidad del contrato de fideicomiso de inversión.

La evolución histórica en la doctrina general del fideicomiso coincide que en sus orígenes fue utilizado en la liberación de impedimentos legales y a darle a ciertos bienes, un destino que por las leyes de la época estaba prohibido, incluso fue utilizado como mecanismo de defensa de la propiedad ante los efectos de la guerra y evitar el acaparamiento de la riqueza por la Iglesia.

Su fundamento se encontraba únicamente en la confianza que el transmitente (hoy en día el fideicomitente) tenía en el adquirente (hoy conocido como el fiduciario), cuyo objeto era la realización de un fin instruido por el propietario de los bienes.

La controversia del momento se centró en determinar quién es el titular de los bienes, el incumplimiento de los encargos fiduciarios y el abuso a la confianza por parte del fiduciario, lo que obligó a los legisladores a emitir leyes y los juristas a darle prioridad a la voluntad del fideicomitente.



En la actualidad este contrato está regulado legalmente y ha alcanzado un prestigio social, inclusive reservado en cuanto al fiduciario únicamente a entidades determinadas (bancarias) y así lograr la concreción de fines lícitos.

1.1. Antecedentes históricos del fideicomiso en el derecho guatemalteco

La introducción de la figura jurídica del fideicomiso en la legislación de Guatemala, se llevó acabo en la Constitución de 1945, en la cual en su Artículo 28 suscita 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 766al 793.

1.2. Etimología y naturaleza de los fideicomisos en Guatemala

La palabra fideicomiso proviene del latín fideicomissum, fidei que significa: fidelidad, lealtad; y comissum que significa: comisión o encargo.



1.3. Teorías sobre el contrato de fideicomiso

Algunos autores tienen sus propias teorías las cuales mencionamos a continuación, tal es el caso del Doctor Vásquez Martínez, el cual expone que existen: “Diversas teorías encontradas han tratado de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso.”¹

Se le ha considerado como un: contrato sui generis cuya esencia es un mandato, patrimonio sin titular, desdoblamiento del derecho de propiedad, transmisión de los derechos de los que es titular el fiduciario, afectación de bienes, operación bancaria, servicio bancario, institución, negocio fiduciario, negocio indirecto y negocio jurídico de estructura compleja (declaración unilateral y contrato de ejecución del fideicomiso).

Otra teoría es la que sostiene que el fideicomiso es un negocio fiduciario y consiste en que: una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, a retransmitir dichos bienes o derechos favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitente.

Existe una teoría ecléctica, a la cual nos adherimos y sus partidarios indican que: para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso es necesario tener en cuenta un triple punto de vista: el que se refiere a su configuración como negocio jurídico, el que lo analiza como modalidad del derecho de propiedad y el que atiende a su calificación como actividad bancaria.

¹ Vásquez Martínez, Edmundo. Instituciones de derecho mercantil. Pág. 283.



Como negocio jurídico, porque es un negocio fiduciario, porque existe un traspaso efectivo de un derecho entre personas, con la finalidad de lograr el fin del fideicomiso.

Desde el punto de vista del derecho de propiedad, el fideicomiso significa la creación de un régimen nuevo, al afectar ciertos bienes derechos fines determinados y trasladarlos con ese objeto al fiduciario, se constituye un patrimonio autónomo.

Según esta teoría, el fiduciario es el titular jurídico del patrimonio fideicometido; los titulares económicos son el fideicomitente y el fideicomisario.

Como actividad bancaria, porque el fideicomiso es un servicio bancario de donde estriba que el contrato de fideicomiso es un negocio mercantil.

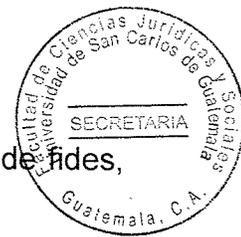
1.4. Definiciones de fideicomiso

A continuación citamos a varios autores que tratan de definir el fideicomiso:

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

La licenciada María Eugenia Berg-Serran de Massis afirma que el término fideicomiso, del latín fideicomissum está formado por dos acepciones: "fides que significa fe, y commissum que se interpreta como encargo."²

² Berg-Serran de Massis, María Eugenia. El fideicomiso, su desarrollo y aplicación en el Mundo Moderno.



El Diccionario de Derecho Privado establece que: la palabra está compuesta de fides, fe; y commissum; confiado, encomendado a la fe, a la lealtad de alguien.

Por lo tanto, esta figura jurídica se fundamentó, desde un principio, en la confianza que una persona depositaba en la palabra empeñada por otra, para obrar conforme a un fin determinado, siendo en su esencia un encargo de confianza.

Según Galicia Díaz, el fideicomiso “es el acto jurídico contractual o testamentario en virtud del cual una persona (fideicomitente) hace entrega a otra (fiduciario) de bienes destinados a un fin lícito, que puede ser el de beneficiar a una persona determinada (fideicomisario).”³

Mientras que para Dougherty, el fideicomiso es “un negocio jurídico nominado, por el cual una persona (fideicomitente), que tiene la libre disposición de sus bienes, los transmite a otra (fiduciario) en propiedad, con la obligación de que este, entere los beneficios a favor de un tercero (fideicomisario), según lo establecido en el acto de su constitución.”⁴

Por otra parte Domínguez Martínez considera que el fideicomiso “es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud del cual, éste destina ciertos bienes o derechos a fin lícito y determinado y a la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá

³ Galicia Díaz, Augusto Alberto. La institución del fideicomiso.

⁴ Dougherty Liekens, José Guillermo. El fideicomiso.

realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello.”⁵

Para Lisoprawski, “habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmite, o se obligue a transmitir la propiedad fiduciaria de bienes determinados o determinables a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”⁶

Por su parte, los tratadistas costarricenses Ronald Drake López y Mary Ann Drake R., basados en la doctrina y la legislación mercantil costarricense, elaboran la siguiente definición de fideicomiso: “Un acuerdo de voluntades, por medio del cual una persona física o jurídica, llamada Fideicomitente, traspasa a otra persona física o jurídica llamada Fiduciario, bienes en propiedad fiduciaria, para que los administre a favor de una tercera persona física o jurídica llamada Fideicomisario o Beneficiario.”⁷

El autor mexicano Cervantes Ahumada, afirma que la mejor definición acerca del fideicomiso en México es la que es utilizada en el código de comercio de ese país, en la cual se dice que “el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a utilizarlo para la realización de un fin

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

⁶ Lisoprawski, Silvio V. y Claudio M. Kiper. Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización.

⁷ Drake López, Ronald y Mary Ann Drake R. El contrato de fideicomiso y su regulación.



determinado, y que los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo que estará afectado al fin del fideicomiso.”⁸

El **Doctor, Vásquez Martínez**, define que el fideicomiso es: el negocio jurídico a través del cual el fideicomitente constituye, con toda clase de bienes y derechos, un patrimonio autónomo, que destina a fines lícitos y determinados, y cuya titularidad transmite a una institución fiduciaria para que ésta realice dichos fines queridos por el fideicomitente, o en su caso, por su autoridad judicial o la ley.

El **Doctor, Villegas Lara** define que: “Fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite un bien a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Señala el autor citado que utiliza el término negocio jurídico por ser más genérico, ya que el fideicomiso se puede constituir por testamento o por contrato.”⁹

Por su parte el **profesor Nery Roberto Muñoz**, aporta la definición del **autor Gustavo Adolfo Barrios Flores**: “...experto en el tema, expresa que desde un punto de vista objetivo en cuanto a la naturaleza, finalidad y partes que en él intervienen. **El fideicomiso**: es un contrato que **formaliza la voluntad de una persona llamada fideicomitente** para que los bienes o derechos que **transmite al fiduciario (Banco)** le sean administrados conforme a los fines previstos en el

⁸ Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y operaciones de crédito.

⁹ Villegas Lara, Rene Arturo, Derecho mercantil guatemalteco, tomo III, Pág. 1.



contrato, **a favor de una tercera persona llamada fideicomisario**, quien puede ser a su vez el propio fideicomitente.”¹⁰

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

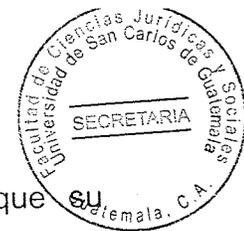
Para nosotros el fideicomiso es, el negocio jurídico o disposición de última voluntad por medio del cual, una persona denominada fideicomitente constituye, con toda clase de bienes y derechos, un patrimonio autónomo, que destina a fines lícitos y determinados, cuya titularidad transmite al fiduciario, quien los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos por el fideicomitente en el contrato o testamento y así, cumplir los fines del fideicomiso, a favor de una persona denominada fideicomisario.

1.5. Características del contrato de fideicomiso

A continuación señalo algunas características que compone un contrato de fideicomiso:

- a) Es un negocio que puede presentarse como un acto unilateral (por testamento) o como bilateral (por contrato);
- b) Es oneroso porque deviene de la misma naturaleza del Derecho Mercantil;
- c) Es nominado, al estar nominado en la ley;
- d) Es típico mercantil;
- e) Es formal, porque debe constar en escritura pública;
- f) Es detracto sucesivo, porque la consumación del negocio se prolonga en el tiempo;
- g)

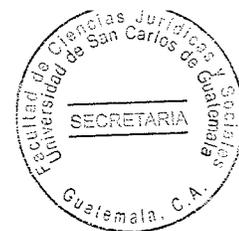
¹⁰ Muñoz, Nery Roberto. La forma notarial en el negocio jurídico, escrituras públicas.



Es consensual, cuando se formaliza como un contrato. No es real, porque la conclusión no depende de la transferencia efectiva de la propiedad.

Por lo consiguiente un contrato de fideicomiso se perfecciona con el consentimiento y designación clara de los bienes específicos. Sin embargo, en cumplimiento del contrato de fideicomiso, será exigible y quien tenga interés legítimo podría demandar la transferencia de la propiedad fiduciaria a favor del fiduciario.





CAPÍTULO II

2. El contrato de fideicomiso

El fideicomiso es una figura legal sumamente compleja, razón por la cual, los diversos tratadistas que existen en esta materia aún no se han puesto de acuerdo en relación a la naturaleza jurídica de esta figura legal. Existe una serie de teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, las más connotadas son las que a continuación se mencionan.

Algunos autores consideran al fideicomiso como una especie de mandato, pero esta teoría ha sido objeto de numerosas críticas debido a que, en el mandato no se produce una transmisión de bienes, en tanto que en el fideicomiso si se materializa esta transmisión de bienes tanto, muebles como inmuebles.

Existen otros autores que consideran que el fideicomiso es un patrimonio sin titular, teoría que ha sido sumamente atacada debido a que todo derecho es la facultad jurídica de una persona, considerando absurdo, el concebir un patrimonio sin titular, ya que es incomprensible que algo distinto de las personas realice las finalidades jurídico económicas del patrimonio, cuya naturaleza consiste en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden.

Otra teoría es la que contempla al fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad. La teoría en mención señala que el fiduciario y el fideicomisario poseen ambos un derecho, el fiduciario para ejecutar todas aquellas operaciones y actos que implican la realización del fideicomiso, y el fideicomisario para ejercitar todas aquellas acciones que van en contra del menoscabo del patrimonio fideicometido.



A esta teoría se le critica el hecho de que su fundamento va en contra de los Derechos Reales, porque éstos constituyen un derecho absoluto, que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes, ya que la existencia de uno, necesariamente elimina a cualquier otro.

Se encuentran algunos autores que defienden otra posición, considerando que la base de la naturaleza jurídica del fideicomiso se encuentra en la Institución, y así señalan que el fideicomiso es una institución, sosteniendo que dentro de la figura del fideicomiso caben los requisitos establecidos para las instituciones, los cuales son: la permanencia, la idea de comunidad institucional y los órganos sujetos a un régimen estatutario.

Esta teoría no es aceptada por muchos, aduciendo que, para que exista una institución, debe ésta poseer además de los requisitos expuestos, personalidad jurídica, la cual el fideicomiso no tiene, según afirman los autores que no son partidarios de la misma, por lo que en ausencia de ésta, es improcedente considera al fideicomiso como una institución.

También se ha considerado al fideicomiso como una operación bancaria, aduciendo los autores que defienden esta teoría que dentro de las legislaciones latinas que han adoptado al fideicomiso, existe una norma jurídica que establece que el fideicomiso solo puede ser desarrollado por instituciones bancarias. Tal es el caso de nuestra legislación, norma que se encuentra en el Artículo 768 del Código de Comercio, Decreto 2-70, que establece que sólo podrán actuar como fiduciarios los bancos establecidos en el país y las instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria.



Se considera que esta posición es correcta, pero únicamente en cuanto al aspecto formal del fideicomiso, no en cuanto al fondo del asunto, es decir en cuanto a la esencia de su naturaleza jurídica.

Otra teoría define al fideicomiso como un negocio fiduciario. Según esta teoría ambos negocios tienen en común:

- a) la presencia de dos sujetos;
- b) la traslación de derechos de uno a otro como relación real;
- c) la obligación personal del adquirente para con el enajenante de destinar lo transmitido a un fin determinado; y,
- d) la afectación del bien a ese fin.

Algunos autores explican que el fideicomiso es negocio fiduciario porque se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro, y a nombre propio. Hay una doble relación conformada por la transmisión de bienes al fiduciario (relación real) y la obligación asumida por dicho fiduciario de afectar a una determinada finalidad los bienes (relación obligatoria o personal). Considerando de esta forma, que el fideicomiso es una variedad de los negocios fiduciarios y donde el fiduciario detenta la titularidad de ciertos bienes con la limitación de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para el cual se instituyó. En cuanto al fiduciario, es el dueño de los bienes recibidos en fideicomiso, pero no económicamente, en el sentido de que ejerce las facultades dominales, no en provecho propio, sino en provecho ajeno.

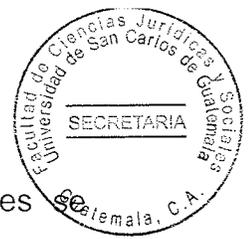


Sin embargo, entre ambos negocios existen algunas diferencias, entre las cuales se puede mencionar:

- a) En el negocio fiduciario la transmisión de la propiedad es plena, en tanto que en el fideicomiso dicha transmisión tiene ciertas limitaciones;
- b) El negocio fiduciario se constituye por un acto unilateral;
- c) El negocio fiduciario es atípico, es decir que para éste no existe reglamentación legal alguna, en tanto que el fideicomiso sí constituye una figura nominada.

Para algunos autores el fideicomiso es un negocio indirecto, sostienen que el negocio jurídico indirecto se caracteriza porque las partes recurren a él para realizar un negocio jurídico determinado, pero, el fin práctico que se proponen no es de hecho el que normalmente se actúa a través del negocio por ellos adoptado, sino un fin diverso frecuentemente análogo al de otro negocio, con mayor frecuencia carente de una determinada forma típica en determinado ordenamiento. Pero a esta postura se le hace la observación de que al conceptuar así el fideicomiso se estudia sólo uno de sus ángulos, el cual si bien es parte de su naturaleza jurídica, no abarca a ésta en su totalidad.

Otra postura es la que adoptan algunos autores al ver al fideicomiso como una transmisión de derechos de los cuales el titular es el fiduciario, es decir, tratan de partir de este aspecto para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, afirmando que el fideicomiso crea una nueva estructura en el derecho de propiedad, pues la traslación de dominio que se da en esta figura, produce efectos frente a terceros que hacen aparecer como dueño al fiduciario, además de que el fiduciario no tiene un libre uso, disfrute o



dominio sobre los bienes fideicometido, ya que dichas facultades dominicales encuentran limitadas. Esta teoría recibe varios señalamientos en el sentido de que si bien es cierto que el titular de los bienes fideicometidos es la institución fiduciaria, no basta ésta por sí misma para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que el enfoque que realiza dicha teoría únicamente comprende uno de los ángulos desde los cuales puede ser analizado el fideicomiso.

Por último existe una teoría que sostiene que el fideicomiso es una especie de los negocios jurídicos, basándose ésta en la aseveración de que el negocio jurídico, procede de la voluntad humana y así realiza ciertos actos, para que éstos a su vez originen la creación de ciertos y determinados efectos jurídicos, de manera que, existe la intención de producir consecuencias jurídicas, sostiene además esta teoría que el fideicomiso procede de un acto unilateral, y también observa en el fideicomiso una relación contractual, pero únicamente en cuanto a su ejecución.

Para concluir, se puede afirmar que el fideicomiso en el fondo es un negocio jurídico, pero con un carácter sui generis, es decir, con una serie de características especiales que conforma su propia naturaleza, en síntesis, el fideicomiso es un negocio jurídico con naturaleza propia.

Los elementos básicos del fideicomiso son: a) sujetos; b) objeto o patrimonio fideicometido; y c) afectación o finalidad.

Como sujetos del fideicomiso figuran, el fideicomitente, el fiduciario, el fideicomisario o beneficiario.



Con respecto al objeto o patrimonio fideicometido, se refiere a la materia del fideicomiso, es decir, los bienes afectados al mismo, pudiendo ser: bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporales, presentes y futuros. Estos bienes deben estar en el comercio y deben ser determinados o determinables en cuanto a su especie.

La afectación o fin comprende la finalidad que se persigue con el acto del fideicomiso.

La forma de constitución del fideicomiso, ya sea contractual o testamentaria debe constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de derechos o de propiedad de los bienes que se dan en fideicomiso. Sin embargo, “en la constitución de un fideicomiso tiene especial relevancia e importancia las cláusulas que regulan la voluntad del fideicomitente, en relación a designación de activos a aportaciones al fideicomiso, beneficiarios, etc.

Estas cláusulas se denominan reglas y las mismas son las siguientes:

Primera regla: La primera regla indica los activos aportados al fideicomiso.

Segunda regla: Esta regla contiene la lista de los beneficiarios durante la vida del fideicomitente.

Tercera regla: Esta regla contiene la lista de los beneficiarios después de la muerte del fideicomitente.

Cuarta regla: El nombre del protector y los sucesores del protector (si los hubiere), están enumerados en esta regla.

Quinta regla: La persona facultada para designar a nuevos fiduciarios se describe en esta regla.



Sexta regla: Esta regla enumera las acciones que los fiduciarios pueden tomar únicamente con el previo consentimiento del fideicomitente.

Séptima regla: Algunas personas no pueden beneficiarse con el fideicomiso y esas personas, tales como los fiduciarios, se listan en esta regla.”¹¹

2.1. Análisis de la definición legal según el Código de Comercio y demás leyes

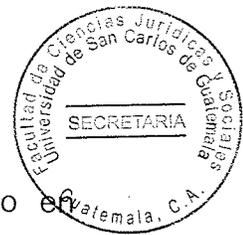
Actualmente, como ya quedó expresado, el fideicomiso no tiene ninguna definición o concepto legal dentro de las normas encargadas de su regulación, por lo que para extraer su definición legal, se deben analizar ciertos Artículos del Código de Comercio de Guatemala.

El Artículo 766 señala dentro de sus características que se da una transmisión de bienes y derechos al fiduciario, mediante una afectación hacia fines determinados.

El Artículo 768 determina refiriéndose a los fiduciarios que sólo podrán ser los bancos de país y las instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria.

Al respecto cabe hacer la aclaración de que existe una excepción a esta prohibición ya que conforme la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto Número 34-96, cuando el fideicomiso es de inversión, la función puede delegarse en un agente de Bolsa, ya que la ley en mención, hace referencia en su Artículo 76, a que los bancos y las sociedades financieras privadas pueden convenir con los agentes la delegación de su función como fiduciarios.

¹¹Juris Magister, Introducción a los fideicomisos (Trust), 2005,



El Artículo 770, señala que el fideicomiso puede constituirse por contrato o en testamento, de lo cual se interpreta que el fideicomiso en Guatemala es también un contrato.

En relación a los sujetos, éstos se encuentran comprendidos en los Artículos 766, 767 y 768 del Código de Comercio de Guatemala, presentándose en el fideicomiso tres sujetos: un fideicomitente, un fiduciario y un fideicomisario, los cuales serán ampliamente analizados en el desarrollo del presente trabajo.

El Artículo 771 señala que el fideicomiso debe de hacerse constar en escritura pública. Cabe aquí mencionar nuevamente de que existe una excepción a esta formalidad requerida por el Código de Comercio, ya que en el Artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto Número 34-96, mencionado con anterioridad, se establece que el documento constitutivo de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones, podrá constar en documento privado, sin que sea necesario el otorgamiento de una escritura pública para sus constitución.

En conclusión para lograr una correcta interpretación de la figura del fideicomiso contemplada en el ordenamiento legal, se deben tomar en cuenta principalmente los Artículos 766, 767, 768, 769 y 771 del Código de Comercio, sin dejar a un lado los demás artículos que regulan esta figura dentro del Código de Comercio y demás leyes, tales como el Código Civil, en lo referente al Negocio Jurídico y la Ley del Mercado de Valores y Mercancías en lo referente al contrato de fideicomiso de inversión.

Del análisis de las leyes citadas se puede extraer:



- a. Que en el fideicomiso existe una transmisión de bienes, los cuales sufren una afectación;
- b. Que es una operación bancaria porque es realizada por los bancos y además es una operación con carácter institucional, haciendo la salvedad de la excepción que se mencionó con anterioridad contemplada en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías;
- c. Que es un contrato, porque mediante éste se realiza el negocio con la entidad bancaria;
- d. Que es un acto solemne, porque debe hacerse constar en Escritura Pública, aunque en este caso también es conveniente hacer la aclaración de que existe una excepción que ya fue mencionada con anterioridad, que regula que un fideicomiso de inversión puede ser constituido en un documento privado, tal excepción se encuentra en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías.
- e. Que intervienen tres sujetos los cuales son el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario;
- f. Que sus fines pueden ser cualquiera, debiendo estos, únicamente ser determinados, y no contrarios al orden público, ni a las leyes prohibitivas expresas, tal como está regulado en el Código Civil.
- g. Que el fideicomiso es un negocio jurídico.



Después de haber realizado el análisis de las leyes citadas y haber extraído aspectos de mayor relevancia, se puede extraer la siguiente definición legal del fideicomiso:

Definición legal de fideicomiso

El fideicomiso es un negocio jurídico en cuanto a su esencia, en cuanto a su forma es un contrato, una operación bancaria, una institución, en la cual intervienen tres sujetos, el fideicomitente que es el que lo origina mediante una declaración unilateral de voluntad, el fiduciario que es la entidad bancaria encargada de la realización del fideicomiso, y el fideicomisario, que es la persona que recibirá los beneficios del fideicomiso, y que en ocasiones puede ser el mismo fideicomitente, y que los fines del fideicomiso pueden ser cualquiera, siempre que éstos se encuentren determinados y de acuerdo al orden público y a la ley.

2.2. Sujetos del fideicomiso

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

a) Constituyente, fiduciante o fideicomitente: es el propietario del bien que se transmite en fideicomiso y es quien instruye al fiduciario acerca del encargo que deberá cumplir, puede ser cualquier persona capaz, física y jurídica para contratar un fideicomiso y para transmitir los bienes que se afectarán al destino del contrato;



b) Fiduciario o fideicometido: es quien asume la propiedad fiduciaria y la obligación de darle el destino previsto en el contrato;

c) Beneficiario o fideicomisario: tradicionalmente uno y otro son la misma persona, beneficiaria del negocio, puede ser cualquier persona física o jurídica, siempre que tenga capacidad para recibir los beneficios del fideicomiso.

2.3. Fideicomitente

Se le llama así a la persona individual o jurídica, propietario de uno o más bienes, los cuales son afectados, constituyendo un fideicomiso. Se puede decir que es la persona que crea un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad.

Para poder establecer dicho fideicomiso, las personas deberán tener la libre disposición de sus bienes, es decir, que estos bienes no podrán estar sujetos a limitaciones que pudieran ocasionar la nulidad del fideicomiso así instituido. Es norma generalmente aceptada por las legislaciones que para que una persona, pueda crear un fideicomiso deberá ser civilmente capaz y dicha capacidad es referida tanto a las personas individuales como a las jurídicas, pudiendo también las autoridades establecer fideicomisos, cuando así lo reconozcan las leyes respectivas.

Las condiciones o requisitos que deben concurrir en el constituyente, para la plena eficacia del acto destinado a crear un fideicomiso son:

- a. Ser dueño de los bienes objeto del acto.
- b. Tener aptitud legal suficiente para disponer. Esta facultad legal le da derecho para transmitir sus bienes a un fiduciario para la realización de sus propósitos.



De aquí surge el hecho de que se considere la voluntad del fideicomitente como fuente del fideicomiso, siendo la persona que lo crea mediante una manifestación de su propia voluntad.

“Sólo pueden ser fideicomitentes las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para disponer sus bienes, libertad legal que implica este acto jurídico, Se reconocen además, para actuar como fideicomitentes a las autoridades públicas con facultades legales, cuando se trate de bienes cuya disposición les corresponda.”¹²

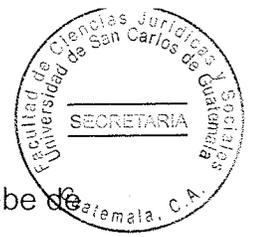
2.3.1. Regulación legal

De la interpretación de los artículos contenidos en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70, que hacen referencia al fideicomitente se puede definir al fideicomitente como la persona que mediante testamento o contrato, transfiere bienes con un fin específico.

La declaración de voluntad la puede hacer por sí o por medio de apoderado con facultades especiales para constituir fideicomisos. Al ser un acto de disposición patrimonial, la ley exige que el fideicomitente tenga capacidad para enajenar.

El Código de Comercio en su Artículo 766, se hace referencia a las características propias del fideicomitente, mencionando dicho artículo que el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados, debe advertirse que esta norma otorga facultades al fideicomitente para transmitir no sólo bienes, sino que también derechos.

¹²Batiza, Rodolfo, El fideicomiso, Pág. 153.



Posteriormente en el Artículo 767 al referirse al fideicomitente señala que éste debe de tener la capacidad necesaria para enajenar sus bienes, incluyendo dicho artículo que los menores, incapaces y ausentes pueden también constituir fideicomisos por medio de sus representantes con autorización judicial; luego se señala que el fideicomitente podrá así mismo nombrarse como fideicomisario.

En relación al fideicomitente existen en el ordenamiento legal puntos muy importantes que es necesario analizar:

- La capacidad, debe ser establecida dentro de cualquier legislación, encontrándose regulada en el Código Civil en el Artículo 8º., que señala que la capacidad para el ejercicio se adquiere por la mayoría de edad, y en el Artículo 9º., regula lo referente a la incapacidad; siendo incapaces los mayores de edad que adolezcan de alguna enfermedad mental que los prive de discernimiento y las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos.

De lo anterior puede deducirse que tiene capacidad para crear un fideicomiso, toda persona mayor de edad que no adolezca de enfermedad mental que la prive de discernimiento o haga abuso de bebidas alcohólicas o estupefacientes que puedan traer consigo la declaratoria de interdicción.

Es por ello que el Artículo 767 del Código de Comercio en su párrafo tercero, se refiere a que los menores, incapaces y ausentes, también pueden constituir fideicomisos por medio de sus representantes legales con autorización judicial. Además señala que pueden constituirse por medio de apoderado con facultad



especial, lo cual significa que una persona que represente a otra por medio de un mandato con cláusula especial, por encargo de esta última, cree un fideicomiso para la consecución de los fines ordenados por el mandante.

- El ordenamiento jurídico guatemalteco autoriza que el fideicomitente se pueda designar a sí mismo como fideicomisario; ya que es común que una persona cree un fideicomiso para realizar una operación bancaria en provecho propio y con la seguridad de que la entidad bancaria que se la está gestionando, es de toda confianza y solvencia, tanto moral como económica, como es el caso del fideicomiso de inversión.
- El fideicomitente aun cuando transmite los bienes al fiduciario, afectándolos a fines determinados, conserva cuando menos parte del derecho de propiedad sobre los bienes, sólo en estado latente, tal y como lo regula el Artículo 766, y es que lo que sucede en la transmisión de bienes al fiduciario, es realmente que a éste se le otorga el derecho de disposición que se tiene sobre los bienes, pero no se le transmite la propiedad misma, debido a que el fiduciario no tiene el uso, el goce, ni el disfrute de la cosa, y más aún, no puede bajo ninguna circunstancia adquirir los bienes fideicometidos en cualquier fideicomiso, en que actúe como fiduciario, ese estado latente del derecho de propiedad del fideicomitente se puede observar en la ley cuando se refiere a que el fideicomiso puede terminar por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario, Artículo 787, ya demás en el supuesto de que se extinga el fideicomiso los bienes deben de volver a la propiedad del fideicomitente, como se encuentra regulado en el Artículo 788 o por hacerse imposible su realización, por cumplirse la condición resolutoria, y por revocación



expresa hecha por el fideicomitente cuando se hubiese reservado tal derecho el documento constitutivo, situaciones que se encuentran reguladas en el Artículo .

2.3.2. Derechos y obligaciones del fideicomitente

Los derechos y obligaciones más relevantes del fideicomitente, de conformidad con los principios elaborados por la doctrina jurídica son:

- Designación del fiduciario; este es el derecho más importante que corresponde al fideicomitente, nombramiento que hace al momento de constituir el fideicomiso, con la potestad de nombrar más de un fiduciario si ese es su deseo, para que desempeñen el cargo de administradores y representantes de los bienes afectados por el fideicomiso, es necesario dejar constancia que el fideicomitente, al nombrar más de un fiduciario, puede pedir que la administración, la lleven a cabo conjuntamente o bien en forma sucesiva si ese fuere su deseo. Si el fideicomitente se hubiere reservado a la hora de la constitución del fideicomiso la potestad de remover al fiduciario, se hará de esta manera, y será inamovible del cargo de fiduciario cuando no se hubiese establecido nada en este sentido, salvo, que la remoción del administrador se pida por causa justificada, ya que el fideicomitente tiene el derecho de pedir la remoción del fiduciario, si éste al pedírsele no rinde cuentas de su gestión o cuando sea declarado, por sentencia ejecutoria culpable de pérdidas o menoscabo de los bienes entregados en fideicomiso o responsable de pérdidas por su negligencia comprobada.
- Puede ejercitar acción de responsabilidad contra el fiduciario en casos justificables, y los demás derechos que expresamente se haya reservado, y que no



sean incompatibles con el mínimo de derechos que corresponden a la institución fiduciaria y al fideicomisario.

- La declaración unilateral de voluntad del fideicomitente en el sentido de manifestar que ciertos bienes de su propiedad los desea someter a la institución del fideicomiso. Esta voluntad debe quedar asentada, en un contrato en el cual deberá constar la aceptación del cargo de fiduciario, o como manifestación de última voluntad a través de un testamento.
- Necesidad de afectar un patrimonio, que sale de la esfera de su fiscalización, para pasar a constituir un patrimonio autónomo, del cual es propietario el fiduciario, con las restricciones propias del fideicomiso.
- Los derechos, facultades y obligaciones del fideicomitente deben quedar claramente consignados en el título que contenga la constitución del fideicomiso. De esta forma puede reservarse el derecho a pedir cuentas y a exigir responsabilidades al fiduciario, así como a revisar la administración y ejecución del fideicomiso.
- Reservar para sí, para el fideicomisario o para tercera persona, según su voluntad, derechos sobre el objeto del fideicomiso.
- Percibir los beneficios del fideicomiso, si se designó a sí mismo fideicomisario.
- El fideicomitente puede dar al fideicomisario los sustitutos que quiera para el caso de que no pueda o no quiera aceptar el fideicomiso o de que habiéndolo aceptado fallezca antes de su ejecución. Lo mismo puede hacer al nombrar dos o más fiduciarios;



y siempre que no esté constituyendo un fideicomiso sucesivo, los beneficiarios y fideicomisarios designados deben estar vivos si ocurriere la muerte del fideicomitente.

2.4. Fiduciario

El fiduciario lo constituye la entidad o institución autorizada de reconocida solvencia que se encarga de la realización de los actos impuestos por el fideicomitente para la consecución de los fines determinados en el fideicomiso; constituye el elemento personal, la institución de crédito debidamente autorizada por el Estado, constituida en sociedad, y a la que temporalmente le es transmitido el derecho de disposición de la propiedad de los bienes o de la titularidad de los derechos.

“El fiduciario debe ser una organización compleja, que garantice permanencia y continuidad en su labor, y a la vez ser una institución técnicamente especializada y capacitada para el ejercicio de aquellos actos que se le ha ordenado se encargue de su realización, impuestos por el instituyente. El fiduciario se constituye dentro de un contrato de fideicomiso como un mediador.”¹³

Según el derecho anglosajón puede ser fiduciario toda persona natural, y las jurídicas organizadas para ese fin o cuyos estatutos no se opongan al ejercicio de esa actividad.

En cambio, en las legislaciones de algunos países latinoamericanos, incluyendo Guatemala, se ha exigido y solamente pueden fungir como fiduciarios las instituciones de crédito legalmente autorizadas, principalmente los bancos para los cuales, actuar como fiduciarios significa una operación neutra que reporta beneficios en concepto de honorarios, siendo estas instituciones las encargadas por el

¹³Batiza, Rodolfo, El fideicomiso, Pág. 153.



fideicomitente de dar cumplimiento a las cláusulas del contrato en que se creó el fideicomiso, teniendo además la titularidad de los bienes fideicometidos, la representación legal del fideicomiso y la administración de los bienes afectados. El impedimento legal para que personas ajenas a las instituciones de crédito, puedan actuar como fiduciarios, tipifica el fideicomiso como acto de comercio.

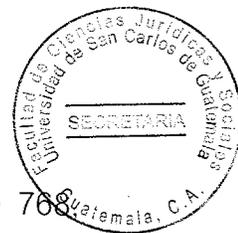
Para ejercer las funciones de fiduciario es indispensable la capacidad legal para adquirir y poseer en propiedad bienes sobre los cuales se pueda legalmente constituir fideicomiso.

El fiduciario debe tener suficiente competencia para manejar el patrimonio fideicometido de acuerdo con el convenio establecido en el contrato respectivo o según las instrucciones de los beneficiarios.

El fiduciario debe desempeñar el encargo, como un administrador de buen criterio en el manejo de bienes encomendados a su guarda, teniendo el derecho de pedir que sea retribuido con los honorarios que le corresponden por la administración de los bienes fideicometidos a la persona obligada según lo establecido en el acto constitutivo.

2.4.1. Regulación legal

De las normas contenidas en el Código de Comercio de Guatemala, se puede definir al fiduciario como la persona jurídica a quien se le confían los bienes fideicometidos y se le encarga darles el destino que se previó en el instrumento constitutivo.



Como se ha mencionado anteriormente el Código de Comercio en su Artículo 768 señala que únicamente los bancos establecidos en el país o las instituciones de crédito después de haber sido especialmente autorizadas para ello por la Junta Monetaria, pueden desempeñarse como fiduciarios, aclarando nuevamente que existe una excepción a esta norma legal, encontrándose contenida dicha excepción en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto Número 34-96, que en su Artículo 76, establece que, los bancos y las sociedades financieras privadas podrán convenir con los agentes la delegación de su función como fiduciarios; es decir que cuando el fideicomiso es de inversión, la función puede delegarse en un agente de bolsa, ya que tanto los bancos y las sociedades financieras privadas, como los fiduciarios delegados, podrán fungir como fiduciarios de fideicomisos constituidas para la inversión en valores que se encuentre en oferta pública.

El Código de Comercio prevé cualquier tipo de actividad dolosa que pudiera presentarse a favor del fiduciario, señalando en el Artículo 769 en el párrafo final que el fiduciario nunca puede tener la calidad de fideicomisario del fideicomiso en que intervenga como tal.

Cuando el fideicomiso se organiza mediante contrato, la figura del fiduciario aparece suscribiendo el contrato, según lo convenido en la negociación. Pero cuando es por testamento, puede suceder que se omita quien va a tener esa calidad. En este caso la ley establece que el juez competente, a propuesta del fideicomisario o por iniciativa judicial, si no recibiere respuesta, hará la designación correspondiente, tal como se encuentra regulado en el Artículo 773 del Código de Comercio.



El Artículo 774 del Código de Comercio señala que pueden designarse uno o varios fiduciarios, quienes actuarán conjunta o sucesivamente según lo previsto en el instrumento constitutivo, lo que significa que el derecho guatemalteco autoriza al fideicomitente para que en la creación de un fideicomiso nombre uno o varios fiduciarios, si ese es su parecer.

El Artículo 775 indica que el fiduciario puede realizar todos aquellos actos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, pero que para poder donar, vender o gravar, los bienes fideicometidos se requiere facultad expresa que conste en el documento constitutivo. Podrá solicitar la autorización judicial si no estuviere facultado para ello y si la ejecución del fideicomiso se hiciese imposible o desventajosa sin enajenar o gravar los bienes.

Posteriormente el Artículo 781 señala que el fiduciario debe de identificarse, es decir expresar que actúa con esa calidad, en todo acto o contrato que otorgue en ejecución del fideicomiso. El fiduciario tiene una serie de obligaciones para realizar los actos del fideicomiso, las cuales se encuentran enumeradas dentro del Artículo 785 del Código de Comercio, pero a la vez también posee una serie de derechos, los cuales se encuentran comprendidos dentro del Artículo 783 del Código de Comercio; artículos que serán desarrollados con posterioridad en el presente trabajo.

Dentro del desarrollo del fideicomiso el fiduciario puede ser removido, si incumple sus obligaciones, si no cumple con las instrucciones contenidas en el documento constitutivo, si no desempeña el cargo con la debida diligencia, y si los intereses



propios son contrapuestos a los intereses del fideicomisario, surgiendo así intereses antagónicos entre el fiduciario y el fideicomisario; tal como lo establece el Artículo 786 del Código de Comercio, también podrá ser separado del cargo cuando malversare o administrare con dolo o culpa los bienes fideicometidos.

La remoción del fiduciario no significa el fin del fideicomiso, a menos que resulte insustituible según las circunstancias estipuladas en el instrumento constitutivo.

2.4.2. Derechos y obligaciones del fiduciario

El fiduciario podrá ejecutar el fideicomiso con base en todas las facultades y derechos que se le otorguen y obligaciones que le impongan, todo lo cual debe constar en el título del fideicomiso.

Como se ha mencionado anteriormente es motivo de remoción del fiduciario, el incumplimiento de las instrucciones del fideicomitente contenidas en el acto constitutivo del fideicomiso.

Doctrinariamente algunos juristas, consideran que los únicos derechos del fiduciario se reducen a dos:

- a) El de reclamar sus honorarios por sus servicios fideicomisarios y
- b) El de renunciar al fideicomiso en los casos previstos por la ley.

Legalmente como el servicio del banco o de la institución de crédito no es gratuito, el fiduciario tiene los siguientes derechos:



- Ejercitar las facultades y efectuar las erogaciones necesarias para el cumplimiento del fideicomiso, con las limitaciones que le imponga la ley o el instrumento constitutivo.
- Accionar en defensa de los bienes fideicometidos, otorgar mandatos especiales, con representación, delegando su actuación como fiduciario.
- Percibir la remuneración que le corresponda por el servicio que presta, la que podrá deducirse de los ingresos del fideicomiso y con preferencia sobre otros acreedores; es decir, que tiene el derecho de pedir la cancelación de los honorarios que le corresponden por la administración de los bienes fideicometidos a la persona obligada según lo establecido en el acto constitutivo.
- Dentro de las facultades para actos de simple administración concedidas al fiduciario están las de efectuar reparaciones y mejoras; esto se deriva de la obligación que tiene de velar por el buen estado y conservación de los bienes recibidos en fideicomiso.
- Ejercitar los derechos de propiedad con las limitaciones acordadas con el fideicomitente, sobre los bienes y derechos fideicometidos, atendiéndolos y defendiéndolos, ya sea en juicio o fuera de él.
- Como parte de las facultades de dominio otorgadas al fiduciario, se encuentran las de enajenar, permutar y donar, así como las de obtener créditos y gravar los bienes fideicometidos, siempre que estos actos estén comprendidos dentro de la finalidad del fideicomiso, o por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad para el beneficiario, debidamente justificada y aprobada por el interesado.



Como consecuencia de los derechos que posee el fiduciario, se le atribuyen las siguientes obligaciones:

- Ejecutar el fideicomiso de acuerdo a la voluntad de quien los instituyó.
- Desempeñarse con diligencia y no renunciar al cargo sino por causa grave calificada por Juez de Primera Instancia.
- Tomar posesión de los bienes fideicometidos y velar por su conservación y seguridad.
- Llevar control contable del fideicomiso, por separado de los demás negocios que se atiendan, debiéndose rendir cuentas del mismo por lo menos una vez por año o cuando sea requerido por el fideicomitente o por el fideicomisario, esta operación puede serle exigida al fiduciario en cualquier momento y, a su vez, éste puede obtener de autoridad competente la revisión y aprobación de las cuentas que lleva, a pesar de no habersele solicitado la rendición de ellas, puede pedir la rendición de cuentas, el beneficiario del fideicomiso y todas las personas a quienes la ley o el acto constitutivo hayan conferido dicha facultad. La infracción de este deber hace al fiduciario responsable de cualquier pérdida experimentada por el fideicomiso. El fiduciario debe informar al beneficiario o beneficiarios acerca de la naturaleza y monto de los bienes que actualmente componen el fideicomiso, y permitir su inspección.
- Ejercer directamente la administración del fideicomiso, lo mismo que la administración del patrimonio fideicometido.



- Si sobre los bienes fideicometidos existiera gravamen o hipoteca, la institución fiduciaria debe cumplir con el pago y demás obligaciones contraídas al respecto, en el entendido que todo pago se hará con recursos del fideicomiso.
- Mantener en forma permanente la solvencia de todos los impuestos que afecten la administración del patrimonio fideicometido.
- El elemento confidencial del fideicomiso debe ser mantenido y respetado por el fiduciario.
- Mantener, cubierto contra toda clase de riesgos asegurables, el patrimonio fideicometido, en todo caso el gasto de este seguro se cubrirá con fondos o productos del fideicomiso.
- Es prohibido al fiduciario disponer de los bienes fideicometidos en forma distinta o contraria a la establecida en el fideicomiso.

Los actos que el fiduciario realiza en la ejecución de las obligaciones que el acto constitutivo del fideicomiso le impone se identifican generalmente con los actos que tendría la facultad de llevar a cabo si tuviera la propiedad de los bienes fideicometidos. Por eso parecería a primera vista que la realización de estos actos corresponde al ejercicio de un derecho por parte del fiduciario; pero un análisis detenido, impone la conclusión de que en realidad esta actividad del fideicomiso no consiste en el ejercicio de derechos, sino en el cumplimiento de obligaciones.



Se podrá deducir responsabilidad al fiduciario siempre que la destrucción o pérdida de los bienes fideicometidos suceda, o se deba a descuido, negligencia o malicia de su parte.

2.5. Fideicomisario

El fideicomisario es el beneficiario del provecho que el fideicomiso implica; es decir, que es la persona que recibe el beneficio o adquiere definitivamente la propiedad de los bienes afectados.

El fideicomitente puede designar un fideicomisario, varios fideicomisarios, o no designar fideicomisario. La designación de los varios fideicomisarios, puede ser efectuada para que:

- a) Simultáneamente reciban los beneficios del fideicomiso, y
- b) Para que sucesivamente perciban dichos benéficos. Son prohibidos los fideicomisos en que hay orden sucesivo y conocidos generalmente bajo las denominaciones de familiares, perpetuos, graduales y sucesivos. Se entiende que hay orden sucesivo en el fideicomiso, cuando éste concede el mismo beneficio a dos personas distintas y la segunda debe recibir por muerte de la primera.

El fideicomisario debe tener la capacidad de goce necesaria para recibir el beneficio que el fideicomiso le ha de reportar. La ley prohíbe que el fiduciario sea a la vez fideicomisario.

Sin lugar a dudas el fideicomisario es la médula espinal de la institución fiduciaria, ya que es la persona que el fideicomitente ha querido que sea la favorecida

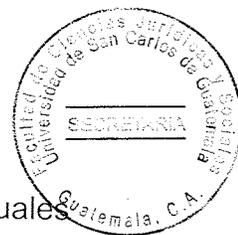


con las utilidades que le pueda reportar un determinado fideicomiso y sobre la cual giran los mayores problemas aún para determinar la naturaleza jurídica de la institución.

2.5.1. Regulación legal

Como ya se dijo, el fideicomisario es la persona que resulta beneficiada con motivo de la ejecución del fideicomiso, pudiendo ser el mismo fideicomitente. En relación al fideicomisario el Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 769 señala, que puede ser fideicomisario cualquier persona que tengan capacidad de adquirir derechos en el momento en que, de acuerdo con el fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, estableciendo además que el fideicomisario no necesariamente tiene que ser individualmente designado, siempre que en el documento constitutivo se establezcan normas para su determinación posterior. De manera que en este artículo se hace alusión a la capacidad que tiene que tener el fideicomisario, por lo que se requiere que sean personas que no se encuentren en estado de interdicción, en cuyo caso deberán ser representadas por sus respectivos representantes legales, también es necesario mencionar que el Artículo 767, establece que los que no pueden heredar por incapacidad o indignidad, no pueden ser fideicomisarios de un fideicomiso testamentario.

El fideicomisario es el beneficiario, motivo por el cual debe tener contemplados una serie de derechos mediante los cuales pueda ejercer acciones de control, de supervisión, o de remoción del fiduciario, entre otras, para que el fideicomiso cumpla con los fines para los cuales fue creado o instituido; es por ello que el Artículo 788 del



Código de Comercio señala los derechos de que goza el fideicomisario, los cuales serán desarrollados posteriormente.

2.5.2. Derechos y obligaciones del fideicomisario

Dentro del ordenamiento legal se encuentran determinados los derechos de los que goza el fideicomisario tiene los cuales son:

- Ejercitar los que le confiere la ley y el instrumento constitutivo.
- Aparte de los derechos consignados a su favor en el acto constitutivo del fideicomiso, tiene la facultad de exigir el cumplimiento del fideicomiso al fiduciario.
- Tomar las medidas necesarias para la seguridad de los bienes, si éstos estuvieren en peligro de pérdida o de menoscabo en poder de fiduciario.
- Puede discutir los actos del fiduciario cuando tales actos le causen perjuicios, sean de mala fe o se estén excediendo de las facultades otorgadas.
- Tiene el derecho de pedir la remoción del fiduciario por incumplimiento de las obligaciones contraídas en el acto del fideicomiso. Además la ley concede dos acciones contra el fiduciario que incumpla sus obligaciones: la impugnación de la validez de los actos indebidamente celebrados por éste y la reivindicación de los bienes que el fiduciario haya enajenado en violación de los términos de contrato de fideicomiso.
- Revisar por sí o por medio de apoderado, los libros, cuentas, y comprobantes sobre las operaciones del fideicomiso y mandar a practicar auditoria.



- El fideicomisario puede ceder su derecho sobre un fideicomiso, siempre que esto no esté prohibido por la ley y lo permita la naturaleza de su derecho.
- En su calidad de beneficiario, el fideicomisario adquiere el derecho de recibir del fiduciario y con cargo a los recursos fideicometidos las prestaciones estipuladas a su favor en el acto constitutivo del fideicomiso.

El Artículo 782 del Código de Comercio declara inembargables los derechos que el fideicomisario pueda tener sobre el fideicomiso, exceptuando únicamente los frutos que estos derechos perciban. Puede suceder que el fideicomiso esté funcionando y no exista aún fideicomisario, mientras éste es designado, corresponde a la Procuraduría General de la Nación, el ejercicio de los derechos enumerados con anterioridad.

2.6. Características del fideicomiso

El fideicomiso posee las siguientes características:

- a) Es un negocio jurídico nominado legislativamente, ya que el Código de Comercio lo designa como tal;
- b) Es un negocio típico, porque posee un esquema particular, comprendido dentro de los Artículos 766 al 793 del Código de Comercio de Guatemala.
- c) Es un negocio que puede presentarse como acto unilateral, cuando es testamentario y como bilateral, cuando se perfecciona mediante contrato;
- d) Es un negocio formal, debido a que para el fideicomiso testamentario se exigen las formalidades del testamento y para el contractual, los requisitos esenciales para que un negocio jurídico se perfeccione, también es formal porque, debe constar



necesariamente en escritura pública en las dos formas de presentarse la constitución, la ausencia de esa formalidad, hace inexistente el vínculo; salvo la excepción que ya se ha mencionado en repetidas ocasiones que se encuentra en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto Número 34-96, Artículo 76, al establecer que el documento constitutivo de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones, podrá constar en documento privado, al referirse al contrato de fideicomiso de inversión; lo cual es una contradicción con el Artículo 1578 del Código Civil.

e) Es de tracto sucesivo, es decir de ejecución continuada, porque tanto la consumación del negocio, como sus efectos, se prolongan en el tiempo y no se agotan en un solo momento, ya que se establece un vínculo continuo. De esa forma lo establece el Artículo 787 del Código de Comercio al señalar que el fideicomiso tiene un plazo máximo de 25 años, salvo que se pacte a favor de un incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, casos en los cuales no se aplica dicho límite. Puede suceder que en el instrumento de constitución de un fideicomiso se establezca un límite mayor; en esa circunstancia el vínculo existe, pero el plazo se reduce al límite legal;

f) Es un negocio oneroso, por la remuneración del fiduciario, característica que deviene de la misma naturaleza mercantil del fideicomiso, de acuerdo a lo que regula el Artículo 793 del Código de Comercio, que prescribe que el fiduciario tiene derecho a honorarios en compensación por sus servicios, los que serán por cuenta del fideicomitente, del fideicomisario y de ambos a la vez, por lo que el fiduciario tiene preferencia frente a otros acreedores en resguardo de su derecho.



- g) Es un negocio patrimonial, debido a que tiene por fin constituir un patrimonio afectado a fines determinado, el cual se rige por una disciplina jurídica específica;
- h) Es un negocio traslativo, en el que, sin embargo, junto a la relación real de transmisión de bienes y derechos, existe un vínculo obligatorio, no se transmite el derecho de propiedad, se constituye un patrimonio autónomo, separado, el cual no se agrega al patrimonio del fiduciario;
- i) Es un negocio mercantil, reservado a las actividades de los bancos e instituciones de crédito autorizadas, como lo establece el Artículo 768 del Código de Comercio. Como actividad bancaria se incluye dentro de las operaciones neutras, dentro de los servicios bancarios.

2.7. Clasificación del fideicomiso

El amplio margen de libre contratación, hace prácticamente imposible enumerar la variedad de combinaciones en las cuales el fideicomiso puede intervenir, es decir, aquellos negocios en que la propiedad fiduciaria es el medio elegido para lograr la finalidad perseguida por las partes.

Es importante resaltar que en muchas ocasiones, ninguna clase de fideicomiso es pura, ya que viene conjugada con otra u otras, por lo que una clasificación generalizada se torna imposible. El fideicomiso una figura legal sumamente elástica y adaptable a una gran multiplicidad de relaciones, lo cual implica, un serio obstáculo para establecer una clasificación uniforme del mismo; por lo que sería mejor obviar la



clasificación y enumerar los distintos fideicomisos que se pueden realizar determinando las características peculiares de cada uno.

Existen algunos fideicomisos que en ciertos países han cobrado mayor uso que otros; diversos autores coinciden en afirmar que tres son los fideicomisos que debido a su empleo han cobrado más auge que los otros, lo cual ha venido a desembocar en que a estos tres fideicomisos se les considere como los más importantes, siendo estos los fideicomisos de inversión, de administración y de garantía.

Sin embargo, también en Guatemala estos tres fideicomisos se encuentran entre los que más se han utilizado, aun cuando también existan otros fideicomisos ajenos a éstos, que han tenido ya un considerable número de aplicaciones.

2.7.1. Fideicomisos de inversión

Es la especie de fideicomiso que mayor desarrollo tuvo en los países donde el instituto ha tenido difusión, y el que presenta mayores características de operación bancaria propiamente dicha.¹⁴

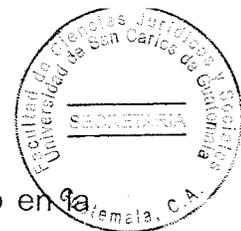
“Se entiende por fideicomiso de inversión todo negocio, con transmisión en propiedad fiduciaria, que tenga como finalidad principal o específica la inversión, por medio de un fiduciario, de recursos financieros con arreglo a las instrucciones o reglamento establecido por el o los constituyentes, para beneficio de éstos o de terceros (beneficiario y fideicomisario), para aplicarlos a los fines predeterminados.”¹⁵

¹⁴Peña Castrillón, Gilberto, La fiducia en Colombia, Pág. 30.
¹⁵ Lisoprawski V., Ob Cit; Pág. 309.



El fideicomiso de inversión puede sub clasificarse en:

- a) Fideicomiso de inversión pura, en títulos valores, que son aquellos en los cuales se estipula que los rendimientos deben disfrutarlos los mismos fideicomitentes, quienes son simultáneamente los fideicomisarios, distinguiéndose así de los demás fideicomisos de inversión de los que intervienen los demás sujetos del fideicomiso, esta especie de fideicomiso ofrece al inversor (fideicomitente) la posibilidad de recibir periódicamente los rendimientos, para sí o para tercera persona que él designe, o bien la reinversión de lo producido en nuevos títulos valores. Tiene la ventaja de que la institución fiduciaria es quien selecciona y maneja las inversiones y también la encargada de su total administración;
- b) Fideicomiso de inversión pura en préstamos o créditos a empresas particulares;
- c) Fideicomiso de inversión con destino al cumplimiento de diversos fines, que es prácticamente inagotable;
- d) Fideicomiso de inversión no garantizada, que es aquel en el que la institución fiduciaria no puede garantizar al fideicomisario un rendimiento fijo, porque la selección de inversiones se va haciendo con las variaciones ventajosas del mercado, con lo cual podría obtenerse un mayor rendimiento. En esta clase de fideicomisos, tampoco puede la institución fiduciaria garantizar al inversionista la integridad de su patrimonio fideicometido, ni la posibilidad de devolvérselo en efectivo, tal como fue recibido, en cambio, el banco le facilita al fideicomitente su experiencia en materia de selección de inversiones, y le sugiere un grupo de ellas. Estos fideicomisos, consisten en la entrega de efectivo y valores por parte del fideicomitente a una institución fiduciaria, con el propósito de



que ésta lo maneje o invierta, ya sea en la adquisición de nuevos valores o en la concesión de préstamos, a efecto de obtener ganancias. Por lo general el fideicomitente es fideicomisario. El fiduciario se ocupa de la colocación de capitales por cuenta y riesgo del fideicomitente o del fideicomisario, cobrando una comisión que puede fijarse sobre el monto del patrimonio o de los productos. Generalmente el departamento fiduciario es quien determina en qué clase de valores se han de invertir los fondos recibidos, pero el fideicomitente podría tener especial interés en cierto tipo de valores, de manera que en el contrato estipularía cuáles son los que preferiría.

Mediante su constitución y ejecución el fiduciario capta ciertas sumas de dinero u otros activos de los fideicomitentes y los destina por instrucciones precisas de éstos a realizar inversiones económicamente provechosas para el fideicomisario, que en la gran mayoría de los casos resulta ser el propio fideicomitente; por lo regular dichas inversiones van dirigidas hacia la producción de bienes y servicios y a su distribución con la intervención de sociedades financieras, deben ser inversiones realizadas en títulos de crédito de reconocida validez en Guatemala, tal y como lo regula el Código de Comercio en el Artículo 784 en relación a las inversiones que salvo autorización expresa en contrario, dada por el fideicomitente en el documento constitutivo, el fiduciario únicamente podrá hacer inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez, emitidos o garantizados por el Estado, las entidades públicas, las instituciones financieras, los bancos que operen en el país y las empresas privadas cuyas emisiones califique como de primer orden la Comisión de Valores.

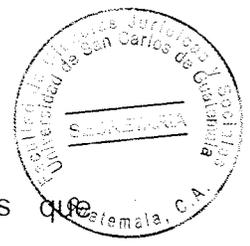


Desde este punto de vista, una persona puede destinar un fideicomiso para que sea invertido en fondos de obligaciones hipotecarias a un porcentaje determinado, con cualquier financiera o empresa que considere competente, cobrándole la fiduciaria mensualmente los réditos de su inversión, pagándoselos al fideicomisario y deduciendo los impuestos que correspondan. Por otro lado, se puede invertir en valores de renta fija, tales como bonos bancarios o cédulas hipotecarias o en acciones cuando así estuviere autorizado el fiduciario, además también es factible que una persona cree un fideicomiso para conceder préstamos mediante garantía hipotecaria, nombrándose a sí mismo como fideicomisario o a quien le interese nombrar, y fijando mediante el contrato de fideicomiso todas las modalidades y requisitos que deberán llenar los mutuos con garantía hipotecaria que realice la fiduciaria encargada del negocio.

2.7.2. Fideicomisos de administración

Son aquellos fideicomisos en los cuales se transfiere la propiedad de bienes aun fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente destinando el producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato.

Estos fideicomisos se realizan cuando el fideicomitente transfiere bienes principalmente inmuebles a la institución fiduciaria para que se encargue de su manejo y control, en provecho del fideicomisario que puede también ser el mismo fideicomitente, garantizando de esta manera la efectividad de los beneficios que va a recibir. Se identifica al fiduciario como una institución técnicamente



especializada, además, debe tomarse en cuenta de que existen autores que afirman que todo fideicomiso es de administración, independientemente del fin para el cual fue creado, ya que la fiduciaria aún cuando el fideicomiso esté destinado a realizar inversiones, proyectos habitacionales o cualquier otro fin, siempre estará actuando en función administrativa. Es utilizado por múltiples causas, entre las principales están las siguientes: la gran cantidad de negocios del fideicomitente que se la hace imposible atenderlos en la forma debida; en otros casos, la edad avanzada del instituyente, la falta de experiencia, la falta de capacidad para los negocios, el tener que residir fuera del país, entre otras muchas razones que se podrían mencionar.

Con respecto a este fideicomiso existe una opinión más amplia que señala que mediante este fideicomiso, el fiduciario puede encargarse del manejo del patrimonio de una persona, pudiendo también administrar derechos y no sólo bienes inmuebles.

Las condiciones de este fideicomiso, así como los derechos y obligaciones de los sujetos contratantes se especificarán en el acto constitutivo del fideicomiso.

2.7.3. Fideicomisos de garantía

En esta clase de fideicomiso, las instituciones fiduciarias pueden intervenir con la finalidad de que se garantice el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias, entre el deudor y el acreedor; y para ello recibirá la titularidad de ciertos bienes (suele recaer sobre inmuebles) o derechos que conservar hasta que se cumpla con la obligación respectiva. En caso contrario, ejecutará el fideicomiso, es decir realizará la garantía y con su valor pagará al acreedor para dejar cancelada la obligación. En otras palabras, el deudor que es el fideicomitente, entrega o transmite a



la institución fiduciaria los bienes o derechos que son de su propiedad, para garantizar el cumplimiento de la obligación a su cargo; el banco deberá conservar la titularidad de esos bienes en garantía para el pago a favor del acreedor que es el fideicomisario. Si el deudor cumple pagando su deuda, los bienes le serán devueltos por la institución fiduciaria y el fideicomiso se extingue por haberse cumplido el fin para el cual fue constituido. Pero en caso de incumplimiento del deudor, la institución fiduciaria procederá a la ejecución de la garantía fideicomisaria en los términos previstos en la escritura constitutiva; sacará a remate los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario, convocando previamente a los postores, y fincará el remate a favor del mejor postor. Aplicará el precio de la venta a pagar impuestos, comisiones, honorarios y el adeudo. En caso de que haya un excedente, lo entregará al propio fideicomitente. En esta forma se extingue el fideicomiso de garantía.

Son los fideicomisos por los cuales se transfiere al fiduciario bienes para garantizar con ellos o con su producto el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme a lo previsto en el contrato.

Para el licenciado Zelaya Estradé la función de esta figura particular del fideicomiso “consiste en ser una garantía del cumplimiento de una o varias obligaciones.”¹⁶

¹⁶Zelaya Estradé, Luis Augusto, El patrimonio en el fideicomiso de garantía, Pág. 78.

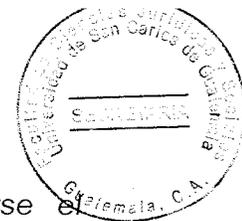


En relación al fideicomiso de garantía, el Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 791, señala que, en caso de incumplimiento del deudor (fideicomitente), el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario, siendo nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta, quiere decir que el acreedor puede ser postor, pero no puede adquirir los bienes por otro procedimiento. También determina que las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilan a los créditos con garantía real, y por último establece el que fiduciario debe ser persona distinta del acreedor, ya que el fiduciario no puede ser el acreedor beneficiado con la garantía.

Se puede decir que el fideicomiso es un sustituto práctico del tradicional sistema de garantías reales. La diferencia sustancial, amén de la que radica en la transmisión de la propiedad que no se produce en estas últimas, estriba en que si bien se trata de la efectivización de la garantía, en caso de incumplimiento, la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino simple cumplimiento de una obligación.

Al fiduciario se le transmitieron los bienes afectados en garantía para que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario a un tercero acreedor, según se haya previsto en el pacto fiduciae.

Con el transcurso del tiempo es probable que esta clase de fideicomiso reemplace en algunos supuestos a la hipoteca y a la prenda, debido a ciertas ventajas, tales como:



- a) En caso de incumplimiento de la obligación, el fiduciario puede evitarse el procedimiento judicial mediante la subasta notarial de los bienes fideicometidos y ello repercutiría en la valorización del bien como objeto de garantía, ya que los costos y tiempo de recuperar la inversión o el préstamo serán menores, debido a que no es necesario seguir la ejecución judicial.
- b) El fideicomiso de garantía se encuentra exento de impuestos en la transmisión de los bienes del fideicomitente al fiduciario, así como la devolución de los mismos.
- c) Los bienes dados en fideicomiso son inembargables.
- d) No es necesario que el bien que va a garantizar la obligación, sea valuado en más del doble sobre el monto de la obligación, ya que en este sentido no existe ninguna limitación en cuanto a la relación adeudo-garantía.
- e) La variedad de negocios en que este tipo de garantía puede intervenir es casi ilimitada.

2.7.4 Fideicomiso público.

Es aquel negocio jurídico en que el Estado o sus entidades descentralizadas, en calidad de fideicomitente constituye, con toda clase de bienes y derechos, un patrimonio autónomo, que destina para el cumplimiento de los fines del Estado, determinando un fin específico, cuya titularidad transmite al fiduciario, quien los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos por el fideicomitente en el contrato, a favor de un sujeto o varios sujetos determinados o determinables, denominado fideicomisarios.

En esta clase de fideicomiso, el Estado emite normas que afectan la administración de los fideicomisos públicos; por ejemplo el Acuerdo Ministerial número



448-99 del Ministerio de Finanzas Públicas, además, puede preverse la conformación de un comité técnico, acorde al objeto y fin del mismo.





CAPÍTULO III

3. Entes fiscalizadores en Guatemala

Son órganos públicos encargados de fiscalizar la regularidad de las cuentas y gestión financiera públicas. En ocasiones también se les asignan funciones jurisdiccionales, para juzgar y hacer efectiva la denominada responsabilidad contable.

Se constriñe básicamente en fiscalizar, asesorar e informar. Fiscalizar es llevar el control de los recursos públicos ejercidos en el pasado que permitan hacer recomendaciones para el futuro. Asesorar es acompañar el ciclo financiero de los poderes públicos desde el diseño y la aprobación; mientras que informar es rendir cuentas ante la sociedad.

3.1. Contraloría General de Cuentas

La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica y descentralizada. De conformidad con su Ley, goza de independencia funcional, técnica y administrativa, y con competencia en todo el territorio nacional, con capacidad para establecer delegaciones en cualquier lugar de la República.

3.1.1. Ámbito de competencia de la Contraloría General de Cuentas

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 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 lo que se refiere al manejo de estos.

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.

3.1.2. Objetivos de la Contraloría General de Cuentas, a través del control gubernamental, y dentro de su campo de competencia

Tiene los objetivos siguientes:

- a) 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;
- b) Apoyar el diseño e implantación de mecanismos de participación ciudadana para el fortalecimiento de la transparencia, probidad y credibilidad de la gestión pública y del 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;

c) 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;

d) Promover el intercambio de información, a través de los informes y recomendaciones de auditoría, para la actualización, modernización y mantenimiento de los sistemas, en especial del integrado de administración financiera, así como de los procedimientos operativos y de control;

e) Promover procesos de capacitación para funcionarios públicos responsables de la administración, ejecución o supervisión del patrimonio hacendario del Estado;

f) Promover la modernización de la auditoría interna y externa gubernamentales, para garantizar un mejor servicio a las instituciones públicas, con el fin de mantener actualizados los procesos y sistemas operativos y de control;

g) Contribuir al fortalecimiento de la capacidad gerencial del Estado para ejecutar con eficacia y eficiencia las decisiones y políticas del Gobierno;

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

i) Promover y vigilar la calidad del gasto público.



3.1.3. Atribuciones de la Contraloría General de Cuentas

- a) Ser el órgano rector de control gubernamental. A través de 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 la artículo 2 de la presente Ley; 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 lo que se refiere al manejo de estos.
- b) Efectuar el examen de operaciones y transacciones financieras-administrativas a través de la práctica de auditorías con enfoque integral a los organismos, instituciones, entidades y demás personas a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, emitiendo el informe sobre lo examinado de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y de auditoría gubernamental vigentes;
- c) Normar el control interno institucional y la gestión de las unidades de auditoría interna, proponiendo las medidas que contribuyan a mejorar la eficiencia y eficacia de las mismas, incluyendo las características que deben reunir los integrantes de dichas unidades;
- 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;
- e) Auditar, emitir dictamen y rendir informe de los estados financieros, ejecución y liquidación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, y los de



las entidades autónomas y descentralizadas, enviando los informes correspondientes al Congreso de la República, dentro del plazo constitucional;

f) promover de oficio y ser parte actora de los Juicios de Cuentas en contra de los funcionarios y empleados públicos que no hubieren desvanecido los reparos o cargos formulados por la Contraloría General de Cuentas;

g) Requerir a la autoridad nominadora, la suspensión en forma Inmediata del funcionario o empleado público encargado de la custodia, manejo y administración de los valores públicos, cuando se hubieren detectado hechos presuntamente constitutivos de delito, vinculados con sus atribuciones y, además, denunciarlos ante las autoridades competentes;

h) Nombrar interventores en los asuntos de su competencia, de carácter temporal, en los organismos, instituciones o entidades sujetas a control, cuando se compruebe que se está comprometiendo su estabilidad económica-financiera;

i) Autorizar los formularios, sean estos impresos o en medios informáticos, destinados a la recepción de fondos y egresos de bienes muebles y suministros, a excepción de aquellos referentes a los aspectos administrativos de las entidades a que se refiere el artículo 2 de esta ley, así como controlar y fiscalizar su manejo;

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 fondos del Estado;



- k) Autorizar y verificar la correcta utilización de las hojas movibles, libros principales y auxiliares que se operen en forma manual, electrónica o por otros medios legalmente autorizados de las entidades sujetas a fiscalización;
- l) Cuando las circunstancias lo demanden y, de manera exclusiva, calificar y contratar Contadores Públicos y Auditores Independientes, que sean Colegiados Activos en forma individual o como Firmas de Auditoría, para realizar auditorías en los organismo, entidades y personas a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley, quedando sujetas éstas a la supervisión de la Contraloría General de Cuentas;
- m) Promover la eficiencia profesional de los auditores gubernamentales, a través de un plan de capacitación y actualización continua;
- n) Promover mecanismos de lucha contra la corrupción;
- o) Verificar la veracidad de la información contenida en las declaraciones de probidad presentadas por los funcionarios y empleados públicos, de conformidad con la ley de la materia y la presente Ley;
- p) De acuerdo con las características de las entidades sujetas a examen, la Contraloría General de Cuentas podrá contratar especialistas de otras disciplinas profesionales para que participen en las auditorías, debiendo estos emitir un Dictamen Técnico de acuerdo con su especialidad;
- q) Ejercer control de las emisiones de las especies postales, fiscales, de bonos, cupones y otros documentos o títulos de la deuda pública emitidos por el Estado



o del municipio, billetes de lotería nacional o cualesquiera otros documentos valores que determine la ley,

r) Controlar la incineración o destrucción de cédulas, bonos, cupones y cualesquiera otros documentos o títulos de crédito del Estado o del municipio y demás instituciones sujetas a su fiscalización;

s) Emitir opinión o dictámenes sobre asuntos de su competencia que le sean requeridos por los Organismos del Estado o entidades sujetas a fiscalización,

t) Coadyuvar con el Ministerio Público en la investigación de los delitos en contra de la hacienda pública;

u) Promover un programa de digitalización de documentos y expedientes de las entidades sujetas a fiscalización;

v) Informar, publicitar, divulgar y educar sobre el contenido de la presente Ley; y,

w) Cualquier otra atribución que se le delegue en ésta y otras leyes.

w*)Fiscalizar físicamente las obras públicas y de infraestructura en cualquier etapa del proceso, verificando, auditando y evaluando la calidad de las mismas y el cumplimiento de las especificaciones técnicas contenidas en los términos de referencia; (Literal reformada por Artículo 50 del Decreto 13-2013 del Congreso de la República).

x) Fiscalizar si los sujetos a los que se refiere el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas lleva a cabo los registros financieros, legales, contables, de inversión pública y otros que por ley les corresponde, así como verificar,



auditar y evaluar si realizan los reportes e informes que les corresponda en cumplimiento con lo que establece la ley Orgánica del Presupuesto, la Ley de Contrataciones del Estado y la ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal correspondiente; (Literal adicionada por Artículo 50 del Decreto 13-2013 del Congreso de la República).

y) Requerir la digitalización de documentos y expedientes a los organismos, entidades y personas sujetas a fiscalización a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley; asimismo requerirles la implementación y uso obligatorio de todos los sistemas informáticos de rendición de cuentas, ejecución presupuestaria, contabilidad y cualesquiera otros implementados por el Indica Artículo y/o Literal modificado, adicionado y reformado.

z*) Establecer su régimen de administración de recursos humanos; plan de clasificación de puestos y salarios, selección y contratación de personal, y demás aspectos relacionados con la administración del recurso humano; (literal adicionada por artículo 50 del decreto 13-2013 del Congreso de la Republica).

*aa) Requerir solvencia a cualquier persona natural o jurídica que por contrato o convenio que administre, ejecute o reciba por cualquier medio fondos públicos extendida por la Contraloría General de Cuentas; y (literal adicionada por artículo 50 del decreto 13-2013 del Congreso de la Republica).

*ab) Cualquier otra atribución que se le delegue en ésta y otras leyes. (Literal adicionada por Artículo 50 del Decreto 13-2013 del Congreso de la Republica).



3.1.4. Definición de control gubernamental

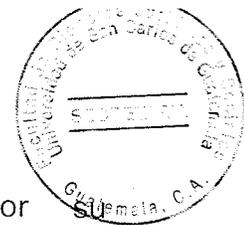
El Control Gubernamental es el conjunto de principios, órganos, normas y procedimientos que rigen y coordinan el ejercicio de control interno y externo gubernamental.

Aplicación del control gubernamental es atribución de la Contraloría General de Cuentas normará lo relativo a las actividades técnicas que ejercerán las unidades de auditoría interna de los organismos, instituciones y entidades del Estado. Además, para ejercer el control externo posterior o concurrente, diseñará e implementará un sistema de auditoría gubernamental que, con un enfoque de auditoría integral, examine y evalúe las actividades administrativas financieras y de gestión de los organismos, entidades y personas a que se refiere el artículo 2 de su Ley, cuyos alcances, normas y procedimientos se establecen en el reglamento respectivo.

Respecto al acceso y disposición de información, para el fiel cumplimiento de sus funciones, la Contraloría General de Cuentas, a través de sus auditores tendrá acceso directo a cualquier fuente de información de las entidades, organismos e instituciones, municipalidades y personas sujetas a fiscalización a que se refiere el artículo 2 de su Ley.

3.1.5. Acceso y disposición de información

Para el fiel cumplimiento de su función, la Contraloría General de Cuentas, a través de su personal de auditoría, tendrá acceso directo a cualquier fuente de información de las entidades, organismos, instituciones, municipalidades y personas sujetas a fiscalización a que se refiere el Artículo dos de su Ley.



Los Auditores de la Contraloría General de Cuentas, debidamente designados por autoridad superior estarán investidos de autoridad. Todos los funcionarios públicos, empleados públicos, toda persona natural o jurídica y los representantes legales de las empresas o entidades privadas o no gubernamentales a que se refiere el Artículo dos de su ley.

Todos los funcionarios públicos, empleados públicos, toda persona natural o jurídica y los representantes legales de las empresas o entidades privadas o no gubernamentales a que se refiere el Artículo 6 de su Ley, quedan sujetos a colaborar con la Contraloría General de Cuentas, quedando obligados a proporcionar a requerimiento de esta toda clase de datos o información necesaria en un plazo de siete (7) días. El incumplimiento de tal requisito dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 39 de su ley, párrafo que fue reformado por el Artículo 52 del Decreto 13-2013 del Congreso de la Republica.

Los Auditores en el curso de las inspecciones, podrán examinar, obtener copias o realizar extractos de los libros, documentos, mensajes electrónicos, documentos digitales, incluso de carácter contable y si procediera documentos digitales , incluso de carácter contable y si procediera retenerlos por un plazo máximo de 20 días.

En lo que se refiere a la divulgación de la información. El personal de la Contraloría General de Cuentas debe guardar la confidencialidad y reserva de la información que obtenga durante el proceso de la auditoria que realice en los organismos, instituciones, entidades y personas a que se refiere el artículo dos de su ley.



En forma semestral, la Contraloría General de Cuentas divulgará por medio del diario oficial la nómina de las entidades que fueron examinadas durante el periodo semestral anterior. Cuando se concluya la auditoria de cada entidad auditada y se oficialice el resultado, se ordenara la publicación en el diario oficial y en el boletín de la Contraloría General de Cuentas.

Los informes finales, estados financieros, la distribución de sus ingresos y egresos, detalle de sus gastos y todos los ingresos privativos de la Contraloría General de Cuentas serán considerados como información pública de oficio, en base a la Ley de Acceso de Acceso a la Información Pública. (Error legislativo del Decreto 13-2013 ya que consigna en el Artículo 54 que se adiciona un segundo párrafo siendo lo correcto un tercer párrafo).

3.1.6. Información de estado de cuentas bancarias

Por medio de la Superintendencia de Bancos, el Banco de Guatemala, los demás bancos del sistema y demás entidades financieras, publicas y privadas, están obligadas a proporcionar informes a la Contraloría General de Cuentas, confirmaciones por escrito o por cualquier otro medio electrónico o digital que esta determine, sobre los depósitos, las inversiones o los estados de cuenta de los organismos, instituciones y entidades sujetas a fiscalización a que se refiere el artículo dos de su ley.

3.2. Superintendencia de Bancos

Que de conformidad con el tercer párrafo del artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, **es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones**



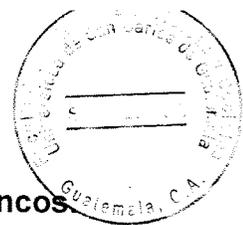
de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.

Que corresponde a la Superintendencia de Bancos, entre otras atribuciones, cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones aplicables, a fin de que las entidades sujetas a su vigilancia e inspección mantengan la liquidez y solvencia adecuadas que les permita atender oportuna y totalmente sus obligaciones, y evalúen y manejen adecuadamente la cobertura, distribución y nivel de riesgo de las operaciones que efectúen, en función de la protección de los intereses del público que confía sus ahorros a dichas entidades.

3.2.1. Definición y objeto de la Superintendencia de Bancos

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

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



3.2.2. Ámbito de competencia y supervisión de la Superintendencia de Bancos

Se entiende por supervisión la vigilancia e inspección de las entidades a que se refiere el párrafo anterior, realizada por la Superintendencia de Bancos, con el objeto de que las mismas adecuen sus actividades y funcionamiento a las normas legales, reglamentarias y a otras disposiciones que les sean aplicables, así como la evaluación del riesgo que asuman las entidades supervisadas.

La función de supervisión que ejerce la Superintendencia de Bancos no implica, en ningún caso, la asunción de responsabilidades por ésta o por sus autoridades, funcionarios o personal, por la gestión que realicen las entidades sometidas a su supervisión, ni garantiza el buen fin de dicha gestión, la que será siempre por cuenta y riesgo de la propia entidad, de sus administradores y de sus accionistas.

3.2.3. Funciones de la Superintendencia de Bancos

Para cumplir con su objeto la Superintendencia de Bancos ejercerá, respecto de las personas sujetas a su vigilancia e inspección, las funciones siguientes:

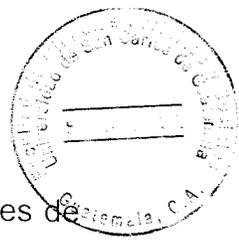
- a) Cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones aplicables;
- a) Supervisarlas a fin de que mantengan la liquidez y solvencia adecuadas que les permita atender oportuna y totalmente sus obligaciones, y evalúen y manejen adecuadamente la cobertura, distribución y nivel de riesgo de sus inversiones y operaciones contingentes;



- b) Dictar en forma razonada las instrucciones tendientes a subsanar las deficiencias o irregularidades que encontrare;
- c) Imponer las sanciones que correspondan de conformidad con la ley;
- d) Ejercer vigilancia e inspección con las más amplias facultades de investigación y libre acceso a todas las fuentes y sistemas de información de las entidades supervisadas, incluyendo libros, registros, informes, contratos, documentos y cualquier otra información, así como a los comprobantes que respaldan las operaciones de las entidades supervisadas.

Toda sociedad, empresa o personas particular que preste a las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, servicios informáticos, contables, legales, de custodia, de intermediación de valores u otras operaciones, tiene la obligación de permitir el acceso a sus instalaciones a las personas nombradas por la Superintendencia de Bancos, así como de proporcionarles toda la información, documentos, registros o comprobantes que respaldan las operaciones, negocios, contratos o asuntos que tengan relación con la entidad supervisada a la que le prestan servicios;

- e) Solicitar directamente a cualquier juez de primera instancia de los ramos civil o penal, las medidas precautorias que considere necesarias para poder cumplir con su función de vigilancia e inspección en caso de negativa, impedimento o retraso por parte de la entidad correspondiente o de la sociedad, empresa o persona particular contratada para prestarle los servicios enumerados en el inciso anterior, las cuales se decretarán sin necesidad de audiencia previa;



- f) Requerir información sobre cualesquiera de sus actividades, actos, operaciones de confianza y su situación financiera, sea en forma individual, o cuando proceda, en forma consolidada;
- g) Realizar su vigilancia e inspección sobre la base de una supervisión consolidada;
- h) Evaluar las políticas, procedimientos, normas y sistemas de las entidades y, en general, asegurarse que cuenten con procesos integrales de administración de riesgo;
- i) Efectuar recomendaciones de naturaleza prudencial tendientes a que identifiquen, limiten y administren adecuadamente los riesgos que asuman en sus operaciones, constituyan las reservas de valuación que sean necesarias para cubrir el riesgo de irrecuperabilidad y mantengan patrimonio suficiente con relación a tales riesgos;
- j) Velar por el cumplimiento de manera general y uniforme de las operaciones de contabilidad, de conformidad con la normativa emitida por la Junta Monetaria;
- k) Velar por el cumplimiento de las disposiciones generales emitidas por la Junta Monetaria que norman las operaciones de confianza;
- l) Velar por el cumplimiento de las normas emitidas por la Junta Monetaria para que las entidades proporcionen al público información suficiente, veraz y oportuna sobre sus actividades y su situación financiera, en forma individual y, cuando corresponda, en forma consolidada;
- ñ) Publicar información suficiente, veraz y oportuna sobre la situación financiera de las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, en forma individual o consolidada; Normar de manera general y uniforme, los requisitos mínimos que las entidades sujetas a su supervisión deben exigir a los auditores externos o firmas de auditoría en la realización de auditorías externas a las mismas;



- m) Llevar registros de los bancos, sociedades financieras, grupos financieros, empresas controladoras, empresas responsables, almacenes generales de depósito, casas de cambio, compañías de seguros y fianzas, y otras entidades que, conforme la Ley, estén sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos; de los directores, funcionarios superiores y representantes legales de las entidades referidas, así como de auditores externos, agentes de seguros, y otros que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines;
- n) Solicitar a la autoridad que corresponda la liquidación o la declaratoria de quiebra de entidades sujetas a su vigilancia e inspección, en los casos que proceda de conformidad con la ley;
- o) Proporcionar la información estadística o datos de índole financiera que requiera la Junta Monetaria, el Banco de Guatemala o el tribunal competente;
- p) Participar y formar parte de organismos, asociaciones, entidades y foros internacionales de supervisión, así como poder suscribir y adherirse a declaraciones emitidas por éstos, de conformidad con la ley.
- q) Intercambiar información con otras entidades de supervisión, nacionales o extranjeras, para propósitos de supervisión;
- r) Denunciar, ante autoridad competente, los hechos que puedan tener carácter delictuoso, acerca de los cuales tenga conocimiento por razón de sus actividades, para lo cual queda autorizada para proporcionar información que identifique a depositantes o inversionistas, cuando sea requerida judicialmente;
- s) Proponer a la Junta Monetaria los reglamentos, disposiciones y demás normativa que ésta deba dictar, en materia de su competencia, de conformidad con la Ley;



- t) Dictar las disposiciones necesarias para que las entidades supervisadas le remitan los informes, datos, antecedentes, estadísticas, y otros documentos sobre su situación financiera; determinando el plazo y la forma o medio por el que dicha información le habrá de ser remitida; y,
- u) Ejercer las demás funciones que le correspondan de acuerdo con las leyes, reglamentos y otras disposiciones aplicables.

3.3. Superintendencia de Administración Tributaria –SAT-

La Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), es una entidad estatal descentralizada, que tiene competencia y jurisdicción en todo el territorio de la República de Guatemala para el cumplimiento de sus objetivos, tiene las atribuciones y funciones que le asigna su Ley Orgánica, Dto. 1-98 del Congreso de la República de Guatemala. La SAT goza de autonomía funcional, económica, financiera, técnica y administrativa, así como personalidad jurídica, patrimonio y recursos propios.

3.3.1. Objetos y Funciones de la Superintendencia de Administración Tributaria

De acuerdo al artículo 3 de su Ley Orgánica, es objeto de la SAT, ejercer con exclusividad las funciones de Administración Tributaria contenidas en la legislación de la materia y ejercer las funciones específicas siguientes:

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



2. Administrar el sistema aduanero de la República de conformidad con la ley, los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala, y ejercer las funciones de control de naturaleza tributaria o no arancelaria, vinculadas con el régimen aduanero;
3. Establecer mecanismos de verificación de precios, origen de mercancías y denominación arancelaria, a efecto de evitar la sobrefacturación o la subfacturación y lograr la correcta y oportuna tributación. Tales mecanismos podrán incluir, pero no limitarse, a la contratación de empresas internacionales de verificación y supervisión, contratación de servicios internacionales de información de precios y otros servicios afines o complementarios;
4. Organizar y administrar el sistema de recaudación, cobro, fiscalización y control de los tributos a su cargo;
5. Mantener y controlar los registros, promover y ejecutar las acciones administrativas y promover las acciones judiciales, que sean necesarias para cobrar a los contribuyentes y responsables los tributos que adeuden, sus intereses y, si corresponde, sus recargos y multas;
6. Sancionar a los sujetos pasivos tributarios de conformidad con lo establecido en el Código Tributario y en las demás leyes tributarias y aduaneras;
7. Presentar denuncia, provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público, en los casos de presunción de delitos y faltas contra el régimen tributario, de defraudación y de contrabando en el ramo aduanero.
8. Establecer y operar los procedimientos y sistemas que faciliten a los contribuyentes el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.



9. Realizar, con plenas facultades, por los medios y procedimientos legales, técnicos y de análisis que estime convenientes, las investigaciones necesarias para el cumplimiento de sus fines y establecer con precisión el hecho generador y el monto de los tributos. Para el ejercicio de estas facultades contará con el apoyo de las demás instituciones del Estado.
10. Establecer normas internas que garanticen el cumplimiento de las leyes y reglamentos en materia tributaria.
11. Asesorar al Estado en materia de política fiscal y legislación tributaria, y proponer por conducto del Organismo Ejecutivo las medidas legales necesarias para el cumplimiento de sus fines.
12. Opinar sobre los efectos fiscales y la procedencia de la concesión de incentivos, exenciones, deducciones, beneficios o exoneraciones tributarias, cuando la ley así lo disponga. Así mismo evaluar periódicamente y proponer, por conducto del Organismo Ejecutivo, las modificaciones legales pertinentes a las exenciones y los beneficios vigentes.
13. Solicitar la colaboración de otras dependencias del Estado, entidades descentralizadas, autónomas y entidades del sector privado, para realizar los estudios necesarios para poder aplicar con equidad las normas tributarias.
14. Promover la celebración de tratados y convenios internacionales para el intercambio de información y colaboración en materia aduanera y tributaria, cumpliendo siempre con lo establecido en el artículo 44 de esta ley.
15. Planificar, formular, dirigir, ejecutar, evaluar y controlar la gestión de la Administración Tributaria.



- 16. Administrar sus recursos humanos, materiales y financieros, con arreglo a esta ley y a sus reglamentos internos; y,
- 17. Todas aquellas que se vinculen con la administración tributaria y los ingresos tributarios.

3.3.2. Organización y funciones de los órganos de la Superintendencia de Administración Tributaria

Conforme al artículo 6 de su Ley Orgánica, el reglamento interno de la SAT establece y desarrolla su estructura y organización interna, creando las intendencias, unidades técnicas y administrativas necesarias para el cumplimiento de sus atribuciones y su buen funcionamiento. Dicho reglamento establece a que dependencia o dependencias compete conocer de las solicitudes y procedimientos que se establecen en el Código Tributario y demás leyes de la materia. Ejerce sus funciones con base en el principio de descentralización.

La SAT cuenta con una Unidad específica de contribuyentes especiales, la que es responsable del seguimiento y control de aquellos contribuyentes individuales o jurídicos, calificados como tales por la Administración Tributaria. Dicha calificación está relacionada con la magnitud de sus operaciones, de acuerdo con los ingresos brutos anuales declarados y del monto de sus activos.

El Superintendente debe presentar anualmente al Directorio de la SAT, bajo su exclusiva responsabilidad, un informe en el que conste haber practicado el seguimiento y control, de todos los contribuyentes especiales que se encuentren registrados como tales en la Unidad respectiva, y de haber iniciado las acciones necesarias para



regularizar los casos de incumplimiento tributario, incluido en esto último las auditorías conforme programas elaborados para tal efecto.

Las autoridades superiores de la SAT serán:

1. El Directorio.
2. El Superintendente.
3. Los Intendentes.

3.3.3. Directorio

El Directorio es el órgano de dirección superior de la SAT. Le corresponde dirigir la política de la Administración Tributaria y velar por el buen funcionamiento y la gestión institucional de la SAT. Además, tendrá las funciones específicas siguientes:

1. Emitir opinión previa a su presentación sobre toda iniciativa de ley que presente el Organismo Ejecutivo en materia tributaria o que pudiere afectar la recaudación tributaria. Dicha opinión deberá incluir las implicaciones y los efectos fiscales, administrativos y económicos de las normas propuestas;
2. Opinar sobre los efectos fiscales y la procedencia de la concesión de incentivos, exenciones, deducciones, beneficios o exoneraciones tributarias, cuando la ley así lo disponga. Así mismo, evaluar periódicamente y proponer las modificaciones legales pertinentes a las exenciones y los beneficios vigentes, por conducto del Organismo Ejecutivo;
3. Proponer al Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Finanzas Públicas, las medidas legales necesarias para el mejoramiento de la administración tributaria;



4. Asesorar al Organismo Ejecutivo en materia de legislación y política tributaria;
5. Aprobar o dictar las disposiciones internas que faciliten y garanticen el cumplimiento de los objetivos de la SAT, de las leyes tributarias y aduaneras y de sus reglamentos.
6. Aprobar y reformar, a propuesta del Superintendente, los reglamentos internos de la SAT, incluyendo los que regulan la estructura organizacional, el régimen laboral, de remuneraciones y de contrataciones de la SAT;
7. Aprobar el presupuesto anual de ingresos y egresos de la SAT, así como sus modificaciones y remitirlo al Organismo Ejecutivo y al Congreso de la República, conforme lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la Ley Orgánica del Presupuesto;
8. Aprobar la ejecución y liquidación del presupuesto de la SAT, para su posterior traslado a la Contraloría General de Cuentas y al Congreso de la República, así como para su publicación en el diario oficial;
9. Aprobar y publicar, anualmente, los estados financieros de la SAT;
10. Aprobar los procedimientos y el ámbito de la delegación a que se refiere el artículo 4 de esta ley;
11. Resolver los recursos administrativos que le corresponda conforme a la ley, y
12. Las demás funciones que le confiere esta ley y otras leyes aplicables.

El Directorio se integra por seis directores, según el artículo 8 de la Ley Orgánica de la SAT, el cual queda de la siguiente manera:



1. En forma ex–oficio, el Ministro de Finanzas Públicas, quien lo presidirá. Su suplente será el Viceministro de Finanzas Públicas que él designe.
2. El Superintendente de Administración Tributaria, quien participará con voz pero sin voto, y quien actuará como Secretario del Directorio. Su suplente será el intendente que él designe.
3. Cuatro titulares y sus suplentes, nombrados por el Presidente de la República de Guatemala de una lista de doce personas, propuesta por la Comisión de Postulación que se establece la Ley Orgánica de la SAT.

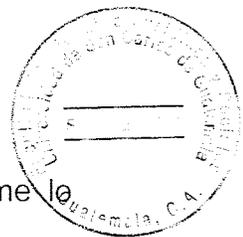
3.3.4. El Superintendente de Administración Tributaria

El Superintendente de Administración Tributaria, es la autoridad administrativa superior y el funcionario ejecutivo de mayor nivel jerárquico de la SAT. Tiene a su cargo la administración y dirección general de la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), sin perjuicio de la competencia y atribuciones que corresponden al Directorio.

El Superintendente ejercerá sus funciones con absoluta independencia de criterio y bajo su entera responsabilidad de conformidad con la ley. Sin perjuicio de lo que establecen otras leyes, el Superintendente es responsable de los daños y perjuicios que cause por los actos y omisiones en que incurra en el ejercicio de su cargo.

Corresponden al Superintendente de Administración Tributaria, ejecutar la política de administración tributaria y las atribuciones y funciones específicas siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, disposiciones y resoluciones en materia tributaria y aduanera.



2. Ejercer la representación legal de la SAT la cual podrá delegar conforme lo establece esta ley.
3. Resolver los recursos administrativos que le competen, según el Código Tributario y otras leyes.
4. Imponer y aplicar las sanciones administrativas contempladas en las leyes tributarias y aduaneras.
5. Ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean competencia de la SAT, que de ella se deriven o que con ella se relacionen, conforme a la ley y a los reglamentos de la SAT.
6. Planificar, dirigir, supervisar, coordinar y controlar el correcto funcionamiento de la SAT.
7. Velar porque la ejecución de las funciones de la SAT asegure el cumplimiento de su objeto.
8. Elaborar las disposiciones internas que faciliten y garanticen el cumplimiento del objeto de la SAT y de las leyes tributarias, aduaneras y sus reglamentos.
9. Nombrar y remover a los funcionarios y empleados de la SAT.
10. Someter para su aprobación al Directorio los reglamentos internos de la SAT, incluyendo aquellos que regulan la estructura organizacional y funcional de la SAT, su régimen laboral, de remuneraciones y de contrataciones.
11. Someter anualmente a la aprobación del Directorio el presupuesto de ingresos y egresos de la SAT, y remitirlo al Organismo Ejecutivo y al Congreso de la República conforme a lo que establece la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica del Presupuesto.



12. Someter a la aprobación del Directorio la liquidación del presupuesto de ingresos y egresos de la SAT, y remitirla a la Contraloría General de Cuentas y al Congreso de la República conforme lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley Orgánica del Presupuesto.
13. Proporcionar la información o datos que requiera el Directorio o su Presidente, para el cumplimiento de sus fines. Cuando se trate de información y estadísticas tributarias, éstas se remitirán sin incluir identificación de contribuyentes específicos, salvo los casos concretos, que conforme a la ley, corresponda al Directorio conocer y resolver.
14. Presentar cada cuatro meses, al Congreso de la República y al Ministerio de Finanzas Públicas, un informe analítico de la ejecución presupuestaria de la SAT.
15. Remitir al Congreso de la República y al Organismo Ejecutivo, la memoria de labores de la SAT, durante el primer trimestre de cada año.
16. Ejercer las demás funciones que le correspondan de acuerdo con esta ley, reglamentos tributarios y aduaneros y otras leyes y disposiciones aplicables.





CAPÍTULO IV

4. El uso de los fondos públicos dirigidos a los fideicomisos estatales y su opaca fiscalización al fiduciario

Más allá del debate que ubica los orígenes históricos del fideicomiso, ya sea en el derecho romano o en la tradición anglosajona del llamado common law, lo cierto es que el fideicomiso moderno es un contrato y, como tal, la mayoría de la reglamentación jurídica que se le aplican son normas de derecho mercantil, . Y dado que en derecho privado todo lo que no esté expresamente prohibido por la norma se encuentra permitido, resulta urgente establecer lineamientos más precisos respecto de la figura del fideicomiso, sobre todo cuando ésta maneje recursos provenientes del erario público y que son fiscalizados por un ente gubernamental también, siendo un ente privado.

Evidentemente, este instrumento es de carácter privado el cual está siendo usado en Guatemala desde hace más de una década de años por medio del sector gubernamental o dicho de otra forma en el sector estatal del país por medio de sus distintas instituciones públicas; pero lamentablemente ha carecido de normativa específica que los regularice, dicha práctica de constitución de fideicomisos deja una gran vaguedad en cuanto a su utilización, control y fiscalización de los mismos.

Para que esta herramienta pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término de la creación de su normativa específica, la cual defina claramente su ámbito de aplicación, su utilización, su práctica, su fiscalización y sus efectos, la cual en la actualidad es materia del Código de Comercio lo cual visto estrictamente así le



aplicaría también a la Superintendencia de Administración Tributaria la cual se encarga de los entes privados.

Actualmente el fideicomiso es concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, la que actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable hacia el fiduciario y poca claridad del ente encargado de su fiscalización la cual si es vista estrictamente le compete a la Superintendencia de Bancos por ser un ente del sector financiero bancario.

Siguiendo en ello, el precedente ya establecido en la Ley actual, sólo autoriza la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso dé lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal.

El contrato de fideicomiso, según la voluntad de los contratantes, puede suplir diversas necesidades de la vida moderna, con objetos y fines distintos, para lo cual expondré la gran interrogante existentes en la práctica respecto a quien es el ente encargado de efectuar su fiscalización como ejemplo hipotético:

¿Quién es verdaderamente el ente encargado de fiscalizar un fideicomiso Público o Estatal y que el origen de sus fondos es el Estado?

Según la norma actual es la Contraloría General de Cuentas dicha fiscalización por el origen de los fondos los cuales son depositados en instituciones del sector financiero



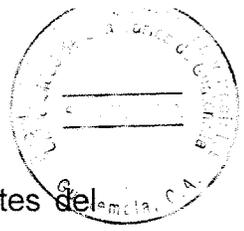
bancario y administrado por estas (Competencia de la Superintendencia de Bancos) o por haberse inscrito también en la Superintendencia de Administración Tributaria que es la encargada de la fiscalización del sector privado ya sea los contribuyentes individuales o jurídicos (Sociedades Anónimas) registrados en la misma y que resultan siendo sujeto de su fiscalización.

4.1. Supervisión y fiscalización fiduciaria en Guatemala

¿Quién es verdaderamente el ente encargado de fiscalizar un fideicomiso Público o Estatal y que el origen de sus fondos es el Estado?

Ahora bien a continuación se procederá a desarrollar una segunda interrogante como ejemplo hipotético el cual es paralelo también a mi tema central en el presente trabajo sin enumerar interioridades las cuales ya han sido generalmente desarrolladas con anterioridad para con ello llegar a concretar la siguiente pregunta ¿Es entonces la Contraloría General de Cuentas en nuestro país, el ente encargado de realizar la supervisión y fiscalización sobre aquellas personas jurídicas (Entidades Bancarias-Financieras), que por orden legal, son las únicas que pueden ser fiduciarias de contratos de fideicomiso, es decir, las entidades y sociedades financieras privadas llamadas dentro del Contrato de Fideicomisos como Fiduciarios.

Otra interrogante nace también que; ¿Considerando que la Superintendencia de Bancos de Guatemala, es el único ente que puede atribuirse la potestad de supervisar y fiscalizar o no a las entidades que actúen como fiduciarias, porque en la actualidad la Contraloría General de Cuentas realiza actividades de supervisión y fiscalización a las



operaciones de Fideicomisos creados y que los que administran estas son entes del sector financiero bancario (Fiduciarios)?

Ahora bien, basado en el punto anterior procedemos a desarrollarlo de la forma siguiente, en el cual daremos a conocer los argumentos a favor de la supervisión y fiscalización fiduciaria en nuestro país por ser el ente facultado y concluir si bajo la lupa de nuestra legislación actual la Contraloría General de Cuentas o la Superintendencia de Bancos de Guatemala se encuentra facultada para fiscalizar a los entes fiduciarios inmersos en los contratos de fideicomisos creados bajo la norma del Código de Comercio. Antes de iniciar el mismo quisiéramos traer a colación algunos de los principios administrativos fundamentales, sobre los cuales se asientan las actividades del ente de Gobierno, siendo los mismos:

1) Principio de legalidad anteriormente se mencionó el principio de legalidad como un principio general de aplicación a toda la administración. Tratándose específicamente de la administración del Estado, el principio tiene un campo de aplicación específico. Al respecto, la Constitución Política indica que los funcionarios públicos¹ están sujetos a la ley y jamás deben considerarse superiores a ella.

2) Principio de juricidad la doctrina italiana creó el principio de juricidad, argumentando que el principio de legalidad dejaba la libertad a las autoridades para tomar decisiones discrecionales sin fundamento legal cada vez que se diera el caso de no encontrar norma jurídica aplicable; por lo tanto, el principio de juricidad se enuncia así: toda actividad administrativa debe someterse a normas o principios de orden



jurídico establecido; como consecuencia, las autoridades nunca podrán resolver discrecionalmente.

3) Inexistencia de actos discrecionales este no es un principio pero sí es la base para los principios anteriores y por ello consideramos de suma importancia, exponer que la discrecionalidad en el campo administrativo equivale a un puro trabajo intelectual que consiste en ubicar y aplicar la norma jurídica al caso, asunto o negocio. Este trabajo comprende cuatro etapas:

a. Interpretación de la ley esta etapa comprende dos fases: en la primera, la autoridad se entera' de las normas jurídicas que le otorgan la competencia para actuar y decidir y en la segunda, esa misma autoridad procede a interpretar las normas si fueran lo suficientemente claras, lo cual es muy frecuente.

b. Conocimiento del caso en esta etapa, la autoridad se entera del caso o asunto; pueden plantearse dos interrogantes para lograr su objetivo: qué es lo que se pide y / o cuál es el fundamento de la petición.

c. Sometimiento del caso a la norma jurídica en esta etapa, la autoridad procede a comprobar si la situación material que plantea el caso o asunto, recae o no en el campo de aplicación de la norma jurídica aplicable.

d. Declaración de voluntad luego de las etapas anteriores, la autoridad forma su voluntad y procede a declararla y comunicarla a los interesados por medio de la notificación.



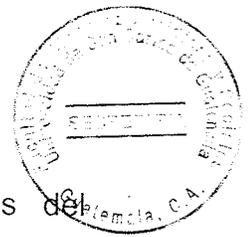
Estos argumentos lo hemos descrito con el único objeto de que el lector pueda, previamente leer nuestras conclusiones sacar las propias, basado en lo que hoy se conoce como los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de cada país.

4.2. Argumentos a favor de la Supervisión Fiduciaria por parte de la Superintendencia de Bancos

El mandato constitucional por el cual la Superintendencia de Bancos existe y ejerce sus funciones se encuentra contenido en el segundo párrafo del Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala que dice: La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga. De dicho precepto constitucional se desprenden los siguientes preceptos jurídicos, los cuales tienden a ampliar el mismo:

a) El primer Párrafo del artículo 18 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, el cual dice: La Superintendencia de Bancos ejercerá la vigilancia y fiscalización permanente del Banco de Guatemala, de los bancos del sistema y de las otras instituciones que la ley someta a su control. Así mismo las literales a, b, c y d del artículo 44 y el primer párrafo del artículo 49 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, ambos modificados por el decreto número 12-95 del Congreso de la República de Guatemala y los cuales fueron expuestos anteriormente.

b) El artículo 5 de la Ley de Bancos en su parte conducente dice: El Superintendente de Bancos, bajo la dirección general de la Junta Monetaria, velará por el debido



cumplimiento del régimen legal aplicable a los Bancos. Las resoluciones de la Superintendente de Bancos en relación con sus funciones de vigilancia e inspección serán obligatorias pero admitirán recurso de apelación ante la Junta Monetaria.

c) El artículo 778 del Código de Comercio que dice: Sólo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Las instituciones de crédito podrán, asimismo, actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria.

Con base en la interpretación de los anteriores preceptos, deviene el siguiente silogismo jurídico:

a) La Superintendencia de Bancos es el ente de Gobierno encargado de supervisar y fiscalizar a las entidades Bancarias y Sociedades Financieras Privadas autorizadas para operar como tales por la Junta Monetaria,

b) Sólo las entidades Bancarias y Sociedades Financieras Privadas autorizadas para operar como tales por la Junta Monetaria podrán fungir como fiduciarias de contratos de fideicomiso,

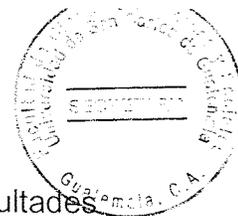
c) Por ende la Superintendencia de Bancos puede fiscalizar y supervisar a las entidades Bancarias y Sociedades Financieras Privadas autorizadas para operar como tales por la Junta Monetaria, cuando estas actúan como fiduciarias de determinados contratos de fideicomisos.



Según Dictamen Jurídico AIMR-40-B-87 del 3 de agosto de 1987, los fideicomisos que administran los Bancos del Sistema. Están sujetos o no a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos:

Este dictamen fue vertido debido a una consulta que una entidad bancaria realizara a la Asesoría Jurídica de la Junta Monetaria en el año de 1987. Del mismo deseo de extraer las siguientes partes conducentes al tema en referencia:

- 1) Que conforme a las normas legales que regulan la materia solamente los Bancos establecidos en el país y las instituciones de crédito debidamente autorizados por la Junta Monetaria, pueden ser fiduciarias.
- 2) La Superintendencia de Bancos, es la institución que ejercerá el control y fiscalización de las instituciones bancarias y las indicadas instituciones de crédito, y que de conformidad con ello está facultada para efectuar las revisiones, auditorias y cualquier tipo de verificaciones que estime conveniente.
- 3) Que las potestades que la ley atribuye al fideicomisario, referentes a revisar en cualquier momento por sí o por medio de las personas que éste designe, las cuentas del fideicomiso, son facultades inherentes al carácter de órgano controlador y fiscalizador de la Superintendencia de Bancos sobre las operaciones propias del fideicomiso y que encargando su cometido a personas ajenas al mismo, éstas tendrán que llenar ciertas calidades y contar con los conocimientos necesarios para atender de manera idónea la gestión.
- 4) Que para los casos en que no exista fideicomisario los derechos de éste le pertenecen al Ministerio Público.



5) Esta determinado en la ley, que es el fideicomisario quien ejerce las facultades propias de control y fiscalización propias del fideicomiso; pero como insistimos el Fiduciario será siempre una institución que deba reunir las características enunciadas y en tal virtud será siempre la entidad sujeta al control, vigilancia y fiscalización que le compete a la Superintendencia de Bancos.

6) Que de conformidad con la norma contenida en el artículo 1 del decreto 7-72 del Congreso de la República; la Junta Monetaria tiene entre otras, la facultad de comprobar; que existen deficiencias de garantía en operaciones de fideicomiso y que' previo informe de la Superintendencia de Bancos, podrá acordar a su prudente arbitrio, las medidas que se especifican, y que según se deduce del precepto citado, para rendir el informe correspondiente a la Superintendencia de Bancos poner en práctica sus facultades como órgano de control y fiscalización en referencia, para llegar a establecer las deficiencias de garantía en las operaciones pertinentes, de los fideicomisos. Cabe destacar que aunque el decreto antes referido se encuentre derogado hemos considerado necesario mencionarlo ya que en la fecha de emisión del dictamen en referencia fue un punto de apoyo de los creadores del mismo.

También en este dictamen, tomando como base los puntos antes descritos se concluyó que: estamos de acuerdo en que debe tomarse en cuenta lo prescrito en el Manual de Instrucciones Contables para Bancos y Financieras, que entró en vigor a partir del 1 de enero de 1987 que prevé controlar el efectivo y el total de activos entregados por el fideicomitente al fiduciario, en las cuentas enumeradas: Obligaciones por Fideicomisos y/o bienes en fideicomiso; así como las disposiciones legales que regulan al fideicomiso en el Código de Comercio y especialmente las enunciadas anteriormente; de tales



disposiciones se determina que la Superintendencia de Bancos sí está obligada a fiscalizar las operaciones relacionadas con los fideicomiso que administran los Bancos del Sistema por su propio carácter de vigilante y fiscalizador; puesto que cuando se realiza el examen del saldo y movimientos de las referidas cuentas, automáticamente se está realizando la labor de fiscalización que compete a la Superintendencia de Bancos según las normas señaladas y para realizarla no necesita autorización de parte del fideicomisario o consentimiento expreso de éste, ni del Ministerio Público en su caso, **toda vez que son operaciones que competen al Banco y por ende, entrar en la esfera de su competencia.**

3.) Dictamen AI-VC-96-97. Referente a la procedencia legal- para que la Superintendencia de Bancos ejerza sus funciones de inspección y vigilancia en los fideicomisos que administran los Bancos y las Sociedades Financieras del Sistema:

El mismo surge como respuesta al Memorando 135-97/AIC del 16 de junio de 1997, presentado por el Licenciado Gustavo Barrios Flores (actual Presidente del Comité Fiduciario de la Asociación Bancaria de Guatemala). Como en el caso anterior extraemos las partes conducentes de éste, así como el fundamento jurídico de las mismas:

1) El segundo párrafo del artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual he citado con anterioridad. En base a dicho precepto se señala que las atribuciones que la Constitución impone a la Superintendencia de Bancos, están previstas en función de las entidades como tales, es decir, como un todo y no en función de una o varias de las operaciones que realizan y lo más importante que dicho



mandato, por su jerarquía constitucional no puede ser contrariado por ninguna disposición legal, pues de conformidad con la propia Constitución cualquier ley que viole o tergiverse los mandatos constitucionales es nula ipso jure.

2) Artículo 43 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, del cual se han citado sus partes conducentes anteriormente. Sobre la base del mismo se hace la siguiente referencia, "en armonía con el mandato constitucional el precepto establece que la Superintendencia de Bancos es un órgano de banca central a quien corresponde ejercer la inspección y vigilancia de las entidades que pertenecen a las clases indicadas en la misma o bien aquellas otras que la ley le asigne, pero siempre en función de las entidades completas, pues de otra manera no es posible alcanzar los objetivos fijados en la ley, como son los de velar porque cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a liquidez, solvencia y solidez patrimonial.

Habiendo establecido que la Superintendencia de Bancos, a las entidades bajo su control, las debe supervisar en forma total como entidad y no solamente a una o varias de sus operaciones.

Por los tanto, concluyen que en virtud del mandato constitucional contenido en el último párrafo del artículo 133 de la Constitución Política de la República, a la Superintendencia de Bancos le corresponde ejercer las funciones de inspección, entre otras entidades, de las instituciones bancarias y financieras, lo cual incluye todas las operaciones que realicen ya sean activas, pasivas, de confianza o de cualquier otra naturaleza.



Que el derecho del fideicomisario de revisar los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso es diferente e independiente de la atribución constitucional de vigilancia e inspección asignada a la Superintendencia de Bancos, en consecuencia ambas pueden coexistir jurídicamente. Y, por último, que la atribución constitucional de vigilancia que corresponde a la Superintendencia de Bancos, tiene por objeto velar porque las entidades bajo su control cumplan sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a solvencia, liquidez y solidez patrimonial; por lo tanto, es completamente diferente del derecho que tienen el fideicomitente y el fideicomisario y en ausencia de este último el Ministerio Público, de deducir responsabilidades al fiduciario en caso de daños y perjuicios ocasionados por abuso en el ejercicio de sus funciones.

4) Por fiscalización contable

Esta razón se basa en que la Superintendencia como órgano fiscalizador y supervisor, ejerce sus actividades sobre todas las operaciones que la entidad financiera de que se trate realiza.

Para ello consideramos importante destacar la Resolución 752-93 de la Junta Monetaria de fecha 5 de noviembre de 1993, la cual define los siguientes conceptos:

A) Operaciones bancarias activas

Son las que realizan las instituciones intermediarias financieras, con el propósito de canalizar recursos financieros u otro tipo de bienes, o aquellos mediante los cuales asumen obligaciones por cuenta de terceros, independientemente de su forma jurídica de formalización o de su registro contable.



B) Operaciones bancarias pasivas

Son las que realizan las instituciones intermediarias financieras con el propósito de captar recursos financieros, sobre los cuales dichas instituciones ofrecen explícita o implícitamente, cualquier tipo de seguridad o garantía, ya sea en cuanto a la recuperabilidad, mantenimiento de valor, rendimiento, liquidez y otros compromisos que impliquen la restitución de fondos, independientemente de su forma jurídica de formalización o de instrumentalización o de registro contable.

C) Operaciones de confianza

Son las que realizan las instituciones financieras actuando como mandatarias o depositarias, con el propósito de prestar servicios que no impliquen intermediación financiera ni compromisos financieros para la misma.

Estos últimos aspectos deberán quedar debidamente consignados en los convenios o contratos que para el efecto suscriban entre las partes contractuales.

A ello el dictamen A-VC-96-97, define que es "necesario verificar en el contenido del contrato de fideicomiso, si la institución está asumiendo algún compromiso financiero, es decir, brindando cualquier tipo de seguridad o garantía en cuanto a recuperabilidad, mantenimiento de valor, rendimiento, liquidez u otros que impliquen restitución de fondos, ya sea explícita o implícitamente o bien que ofrezcan la prestación de servicios de intermediación financiera, en cuyo caso la operación no podrá ser considerada como de confianza sino como una operación activa o pasiva, según corresponda, independientemente de su forma jurídica de formalización o de instrumentalización o de registro contable. Es decir, ya que el fideicomiso constituye una operación de confianza



bancaria, o bien si involucra intermediación financiera es una operación activa o pasiva, y todo este tipo de operaciones está sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos, los fideicomisos como tales lo están.

4.3. Análisis de los fideicomisos del Estado o Estatales inscritos durante el periodo de los años 2012 - 2014

A partir de las consideraciones vertidas por la Contraloría General de Cuentas en el sentido de que ellos siguen en la línea de que las instituciones donde están utilizando la figura del fideicomiso son los bancos privados, solo para ejecutar compra de funcionamiento y administración. Por lo consiguiente no se debieran utilizar, porque el banco no se deja fiscalizar, sino que únicamente a través de este artículo 33 de la Ley Orgánica de Presupuesto y es bien clara al señalar que estas son figuras de capital retornable al capital invertido, así mismo promueva la eliminación y la no renovación de los plazos de vigencia de los fideicomisos, al igual a la falta de conceptos directos dentro del Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública utilizada por las dependencias y entidades públicas que crean fideicomisos estatales, para que establezcan siempre fecha de vigencia a dichas figuras jurídicas es positiva pero insuficiente. Estas situaciones señaladas por la CGC son tan relevantes que además de hacer cambios, la eliminación de estos, así como la falta de esta figura dentro del Manual antes mencionado también habría que reformar definitivamente las leyes afines correspondientes para señalar la imposibilidad de esta temporalidad indefinida.



Por otro lado, las auditorias efectuadas también señalan la preocupante diferencia que se observan entre los montos de los activos manejados por fideicomisos creados en las entidades estatales y aquellas otras que, escudándose en el hecho de no contar con una estructura orgánica similar a la de la Administración Pública (casi la mitad de los mismos), no rinden cuentas.

Se corroboró por medio del Portal de la Transparencia del Ministerio de Finanzas Públicos, que de los 16 fideicomisos registrados vigentes al 2013 y que recibieron asignaciones provenientes del Presupuesto General de la Nación para efectos de su administración durante el periodo comprendido entre el año 2008 al 2013; administrando un total de 24,154.50 millones de quetzales; de los cuales durante el año 2008 y 2009 tuvieron un incremento en las cifras de 4 puntos porcentuales con relación a lo recibido en cada año, entre los años 2009 y 2010 fue un incremento de 5 puntos porcentuales persistiendo una alza a los fondos por administrar en cada uno de fideicomisos aperturados; posteriormente la tendencia fue contraria durante el lapso de años de 2010 – 2011 que empiezan a sufrir una merma en cuanto al porcentaje de dinero recibido que fue de menos 9 puntos porcentuales con tendencia a la baja, y que posteriormente esa baja porcentual decrece un punto más dígame del 8 por ciento entre los años 2011 – 2012 y finalmente durante los años 2012 al 2013 disminuye en mínima parte un 0.05 por ciento lo cual por así decirse la tendencia seria a la no utilización de fondos por parte de esta figura o herramienta de índole jurídico privada.

Ante esta situación, la Contraloría General de Cuentas tiene claro que la no creación de más figuras de este tipo, la opacidad y la débil fiscalización efectuada a esta fecha, provocada por la falta de transparencia y la rendición de cuentas de los recursos



públicos otorgados a los fideicomisos, redunda en la débil accesibilidad en la ejecución de los gastos.

En los fideicomisos públicos o estatales creados corresponderá al fiduciario por instrucciones expresas del fideicomitente, dar cumplimiento a los requerimientos de información solicitados por la Contraloría General de Cuentas relativos al manejo y destino de recursos públicos.

Sin embargo, como también lo advierte la CGC, prevalecen puntos débiles por parte del ente fiscalizador, por ejemplo lo vertido por las diversas entidades bancarias que dentro del esquema del Fideicomiso realizan la actividad como FIDUCIARIOS auspicando el ejercicio del ominoso secreto bancario: El fiduciario, en los términos de las disposiciones aplicables, guardará el secreto de las operaciones que realice, salvo en los casos en que cuente con la autorización del fideicomitente, o esté así estipulado en el contrato respectivo, cuidando que no se contravengan los fines previstos en el contrato ni se causen daños y perjuicios a las partes que en ellos intervienen.

Por lo consiguiente deberán observar estas Dependencias y entidades de la Administración Pública el Control y la Rendición de Cuentas por medio de los Informes y la Comprobación del manejo transparente de los Recursos Públicos utilizando la herramienta tecnológica de Guatecompras como una forma de ir transparentando el uso de los recursos, advirtiendo que en algunos casos la normativa interna que rige al fideicomiso disponga otra, tal es el caso de su Reglamento Interno



que es la figura que estipula los lineamientos a seguir para el uso de los fondos que recibe y que por salud o transparencia usan la herramienta de GUATECOMPRAS.

De esta forma, en el manejo y destino de los recursos públicos, el secreto bancario prevalece por sobre el espíritu de control, fiscalización y rendición de cuentas, ya que este no puede ser violable y por otro lado se somete por completo a los términos que se establezcan en los contratos de fideicomisos con los bancos o las instituciones financieras, por otro lado, su cumplimiento depende exclusivamente de la buena voluntad del fideicomitente o funcionario público responsable, pues él es el único que puede dar autorización o instrucción expresa a la institución fiduciaria a que coadyuve con las autoridades correspondientes en la entrega de la información lo cual en la práctica se da. En otras palabras, este queda sometido a la total discrecionalidad de los funcionarios públicos que controlan los fideicomisos.

Aunado a estas grandes debilidades (el secreto bancario, discrecionalidad en la aplicación de la ejecución del gasto y sometimiento del mismo a los contratos privados), tenemos que no existe ninguna obligación por cumplir. No hay ningún tipo de sanción expresa, para el fiduciario ni para el fideicomitente en caso de incumplimiento. Todo ello nos demuestra que para combatir la discrecionalidad imperante en la gestión y manejo de los recursos públicos depositados en fideicomisos no basta con acuerdos sin sanciones, o con modificaciones a contratos entre particulares, no digamos al respecto del secreto bancario imperante en las instituciones bancarias.

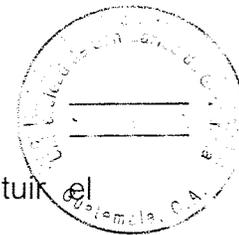


Habría que contar con una Ley Especifica o General de Fideicomisos Estatales que estipule con toda precisión las obligaciones que deban observar este tipo de contratos jurídicos de índole privado que son utilizados hoy en día dentro de la figura del Estado lo cual se considera no aplicables por su falta de claridad en la norma existente, así mismo la falta de precisión de quien es el ente o entidad responsable de efectuar tareas de fiscalización apegadas y amparados a lo estipulado por la ley lo cual en este momento no está bien definido ya que cada una de las instituciones que se involucran dentro de esta figura tienen sus fundamentos que le respaldan, dejando muy ambiguamente o a la deriva quien es el responsable de efectuar esta tarea cuando son fondos públicos y que son depositados en instituciones financieras (bancos) que son competencia también con exclusividad de la Superintendencia de Bancos.

4.4. Proceso de constitución de los fideicomisos estatales utilizando recursos del Estado

A continuación se procede a enunciar los distintos pasos que actualmente deben realizar las Entidades de la Administración Central, Descentralizadas y Autónomas que constituyan fideicomisos para la ejecución de asignaciones presupuestarias, así como en los casos de fideicomisos que se establecen en los convenios con los organismos financieros internacionales, deberán cumplir lo siguiente:

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



c) Obtener dictamen del Ministerio de Finanzas Públicas, previo a constituir el fideicomiso.

d) Seleccionar al fiduciario, cotizando por lo menos tres bancos o financieras del sistema nacional. Para la adjudicación de las ofertas se deberá designar una comisión integrada por tres miembros que sean servidores públicos de la Entidad de la Administración Central, Descentralizada o Autónoma, nombrados por la autoridad administrativa superior, responsable de la ejecución del fideicomiso. Para la determinación de los honorarios a pagar al fiduciario se tomará en cuenta el tipo o naturaleza del fideicomiso:

i) Los honorarios que el fiduciario percibirá por la administración de fideicomisos de carácter no reembolsable, se calcularán y se pagarán sobre cada monto que se aporte efectivamente al patrimonio fideicometido, por una sola vez y en la fecha en que el fiduciario reciba los fondos aportados.

ii) Para los fideicomisos de asistencia crediticia, se negociarán y pagarán comisiones considerando únicamente el volumen y clase de créditos, su manejo y la cobranza por la vía administrativa y judicial para la recuperación de los créditos.

iii) Para los fideicomisos de naturaleza mixta de carácter no reembolsable y de asistencia crediticia, las comisiones fiduciarias se calcularán y pagarán aplicando una combinación de las bases de cálculo y pago para cada una de las modalidades anteriores.



- iv) En todo caso, la determinación de las comisiones a pagar al fiduciario se sustentará en metodologías que no tengan un impacto significativo en detrimento del patrimonio fideicometido.
- e) Publicar en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público (Guatecompras), las bases del evento relacionado con la selección del fiduciario.
- f) Establecer en el contrato respectivo, la obligatoriedad del fiduciario de proporcionar mensualmente, dentro de los primeros quince días del mes siguiente, copia de los estados financieros y cuentas bancarias al Ministerio de Finanzas Públicas y a la Contraloría General de Cuentas, así como cualquier otra información que se le requiera sobre los fideicomisos del Estado bajo su administración.
- g) Establecer en el contrato respectivo, la obligación de trasladar mensualmente a la Dirección de Contabilidad del Estado, la información y documentación relacionada con la generación de intereses y
- h) Los fideicomisos que se constituyan con fines crediticios trasladarán mensualmente, dentro de los primeros quince días del mes siguiente, a la Dirección de Contabilidad del Estado, la información relacionada con la recuperación de cartera a través de un listado de beneficiarios que están amortizando préstamos con su respectivo monto, número de boleta de depósito y el estado de cuenta bancario de las cuentas del fideicomiso.
- i) Establecer, en el contrato respectivo, que los fondos fideicometidos no podrán utilizarse para financiar el funcionamiento de Entidades Públicas o Privadas, salvo que se trate de gastos administrativos del propio fideicomiso.



4.5. Opiniones encontradas respecto a los Fideicomisos Estatales en Guatemala

A) Creación de fideicomisos sin fundamento legal. Lo que se quiere establecer en este sub apartado que se considera a bien resaltar, es el hecho de que algunos fideicomisos ya creados con fondos públicos o estatales, si bien cuentan con el amparo de algún acuerdo de la instancia estatal correspondiente y no contradicen la ley, eso no quiere decir que sea la forma correcta y legal de realizar su creación; tampoco son consecuentes de un decreto de urgencia nacional o con un fin específico, no han sido creados por el Congreso de la República de Guatemala y las más de las veces son consecuencia de la discrecionalidad de los órganos administrativos.

Aquí se pueden citar a todos los entes autónomos o descentralizados que constituyen fideicomiso y los mismos nacen a la vida jurídica sin un Decreto Legislativo.

Por supuesto que también son fiscalizables, puesto que siendo fondos estatales tienen la característica de su auditoria; no obstante, es preciso hacer énfasis en que es aquí donde empiezan a surgir las lagunas e insuficiencias legales que permiten abusos y malversaciones.

B) Análisis de la regulación actual. Lo señalado hasta aquí, sirve para demostrar de manera doctrinaria, práctica, teórica y legal, la forma en que se desarrolla el fideicomiso público. Sin embargo, pese a ser un problema evidente, que muy pocos ciudadanos han de ignorar, es necesario sustentar lo que se dice, dada la naturaleza del presente estudio y por fines netamente académicos, con las anteriores citas de publicaciones y opiniones en diarios del país; que registran en todo caso, el criterio sustentado y la



desvirtuación de la figura del fideicomiso público, que lejos de ser una forma de agilizar el desarrollo comunitario, y brindar una alternativa a la necesidad económica de las entidades públicas, se presta para el despilfarro y malversación.

Los vicios de los actos administrativos consisten en la falta total o parcial de cualquiera de los elementos de forma o de fondo en un acto administrativo, lo que puede ser motivo del control directo a través de los recursos administrativos planteados en contra de dichos actos.

Los medios de control directo de los actos administrativos, se materializan por medio de los recursos de revocatoria, reposición y proceso contencioso administrativo, que se encuentran contenidos en los Artículos 7, 9 y 18 del Decreto número 119-96 y sus reformas, del Congreso de la República de Guatemala (Ley de lo Contencioso Administrativo).

El problema son los que no tienen existencia jurídica, pues los mismos carecen de los requisitos esenciales de fondo que le impiden su nacimiento a la vida jurídica, por contener disposiciones que atentan contra los derechos constitucionales de las personas y por esa razón son manifiestamente ilegales, carecen de juridicidad y pueden ser objeto de impugnación.

Los actos anulables son todos aquellos que tienen una apariencia de ser legales, pero carecen de alguno de los elementos de forma o de fondo. Producen efectos jurídicos, siempre y cuando el particular o afectado no los impugne.



Los actos viciados de nulidad absoluta, son los actos administrativos en los que no se cumplió con elementos de fondo que no pueden ser subsanados (el funcionario que emite una resolución ejerciendo una competencia que no le corresponde).

Los actos viciados de nulidad relativa, son los que adolecen de elementos de forma y que puede quedar perfectos si se subsana el error o bien si el interesado o afectado revalida el mismo, expresa o tácitamente.

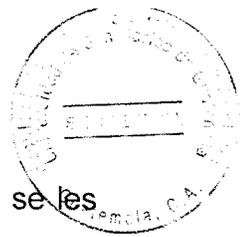
El acto administrativo es reglado, cuando la ley señala el procedimiento, los requisitos y el sentido de la resolución negativa o positiva (de limitación o ampliación).

La ley indica al funcionario cómo debe resolver, como norma de observancia obligatoria.

Los actos discrecionales son aquellos en que se aplican preceptos que conceden al órgano administrativo cierta libertad de actuación, pues la norma fija un ámbito de acción y la facultad de elegir entre varias formas posibles de tomar una decisión, naturalmente dentro de los parámetros que la misma ley le fija.

La ejecución directa voluntaria de los actos administrativos, se da cuando el particular por sí mismo, en forma voluntaria ejecuta el acto administrativo.

La ejecución directa no voluntaria, en el caso del acto administrativo, se ejecuta por parte de la administración pública en forma coercitiva, usando mecanismos necesariamente administrativos para hacer que se cumplan con sus resoluciones, estaremos ante una ejecución directa no voluntaria, por ejemplo, cuando un juez de asuntos municipales ordena la paralización de una obra que pueda representar peligro.



La ejecución indirecta de los actos administrativos, es cuando a los particulares se les impone una obligación o actos en los cuales se puedan afectar los derechos e intereses de los mismos y el acto no es voluntariamente cumplido por el particular, entonces la administración recurre al juicio económico-coactivo.

Lógicamente el fideicomiso estatal debe ser un acto administrativo, puesto que es un funcionario público, quien en ejercicio de las facultades que le otorga la ley ordena su constitución.

C) Opiniones vertidas en los distintos diarios de circulación en el país en la actualidad. En principio, se hace a continuación la cita de algunos artículos publicados en el diario Prensa Libre, y otros medios de comunicación, para ser comentados después y evidenciar la necesidad de modificar, implementar o crear mecanismos legales que permitan fortalecer tareas de fiscalización, supervisión o control por parte del ente fiscalizador, así como de otros comentarios vertidos respecto a la figura del Contrato de Fideicomiso que ejecuta fondos provenientes del Estado por medio de algunas de sus entidades o instituciones.

Fideicomisos y públicos son dos palabras que juntas no tienen cabida en la legislación guatemalteca, pues la única regulación para esos contratos se encuentra en el derecho privado. Sin embargo, desde 1977 se utilizan los fideicomisos públicos para la ejecución de millones de quetzales provenientes de fondos del Estado, ejecutados con el apoyo y las reglas de entidades bancarias o financieras, las cuales se aprovechan de la escasa regulación en la materia para evadir la fiscalización.



El fideicomiso no es una figura del ámbito legal público, sino de lo mercantil; el

Código de Comercio Decreto Número 2-70 del Congreso, es el cuerpo legal encargado de regular el fideicomiso privado. Si bien no establece una definición para el mismo, indica que en el fideicomiso, El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.

En Guatemala no existe una ley específica de Fideicomisos Públicos, ni es un concepto contemplado en la Ley de Contrataciones del Estado, pero las entidades de gobierno central han encontrado la manera de darle vuelta a la ley y crear fideicomisos con recursos públicos, faccionando la respectiva escritura ante la Escribanía de Cámara y de Gobierno (el servicio notarial del Estado) y tomando como marco legal el Código de Comercio y el Decreto o Acuerdo Gubernativo mediante el cual se autoriza constituir el fideicomiso.

Las entidades descentralizadas y autónomas, dentro de las que se encuentran las municipalidades, suscriben la escritura con base a resoluciones de su Concejo o Junta Directiva y el Código de Comercio de Guatemala.

Al afectar recursos del Estado en fideicomiso, son las entidades fiduciarias, instituciones privadas que bien pueden ser bancos u otras entidades de crédito, las que pasan a administrarlos, como lo dispone el Código de Comercio. Este carácter sui generis del fideicomiso público crea dificultades legales para que las entidades fiscalizadoras realicen su trabajo.



La Contraloría General de Cuentas, argumenta que no puede auditar los fideicomisos porque estos son administrados por entidades privadas, mientras que la Supervisión de Bancos, señala que fiscalizarlos atenta contra el secreto bancario.

La obstaculización a la rendición de cuentas es tal, que ni siquiera existe certeza sobre cuántos fideicomisos públicos se han creado. El Ministerio de Finanzas Públicas registra 79 fideicomisos constituidos con fondos del Estado, mientras que la Contraloría General de Cuentas, registra.

De esta manera, los fideicomisos públicos se han convertido en una herramienta útil para manejar el dinero público con discrecionalidad; sin que sus beneficios puedan ser vistos por la población.

Por tal razón Norma Segura; ex contralora general de cuentas, solicitó al Congreso eliminar esta forma de gasto por parte del Estado; sin embargo la propuesta no llegó a convertirse en una realidad. La Municipalidad de Guatemala, cuyo presupuesto se ejecuta en dos terceras partes a través de fideicomisos, fue una de las principales opositoras de la iniciativa.

En el marco de las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado, el Contralor General de Cuentas, Carlos Mencos, señaló que es de suma importancia eliminar por completo la posibilidad de ejecutar recursos públicos en cualquier tipo de proyecto mediante el uso de fideicomisos, así como la potestad de ejecutar obra gris o programas sociales por parte de Organizaciones No Gubernamentales, para que únicamente apoyen en programas de ampliación de cobertura en Salud y Educación.



El debate sobre la legalidad y la conveniencia de los fideicomisos públicos es amplio, sin embargo, según coinciden todos los analistas consultados el Congreso no tiene voluntad política para llevarlo a debate del Pleno y menos para aprobar cambios en dicha materia.

D) Inviabilidad inconstitucional del fideicomiso. Para el Constitucionalista Arturo Martínez Gálvez, el fideicomiso público es una ilegalidad aceptada, puesto que los bienes públicos son destinados para realizar funciones o servicios de acuerdo con los fines que persigue la administración pública, orientados al bien común y contrarios a los fines del ámbito privado.

Según el experto, las características del fideicomiso, como una forma de administración de fondos privados y mercantilizados, desbordan los fines del Estado, que son los que le señala la Constitución. La democracia, señala, exige que el Estado actúe bajo formas de transparencia, de acceso a la información y bajo control, de tal manera que aquellos valores que postula sea alcanzando el bienestar social.

Contrario a estos fines, los fideicomisos se ha convertido en una manera de disfrazar la corrupción. Los fines sociales de Mi Familia Progresiva, uno de los fideicomisos más importantes constituidos por el gobierno central durante el gobierno de Álvaro Colom se vieron opacados por las irregularidades en el manejo de los fondos.

La Contraloría sancionó al Fideicomiso Fondo Social Mi Familia Progresiva con una multa de Q245 mil por no tener documentos de respaldo y porque los estados financieros entregados a la institución ocultaban información y no reflejaban la situación real del fondo, según la auditoría efectuada en el presupuesto del 2010.



Para Martínez, el ciudadano tampoco puede ser llamado fideicomisario, como se denomina a quien goza del fideicomiso, debido a que el Estado está obligado a prestar tales servicios a cambio del pago de impuestos. Es decir, en el Estado no existen fideicomisarios porque los servicios que recibe el ciudadano son por razón del pago de tributos, es simplemente el sujeto activo de una prestación y el pasivo es el Estado porque está obligado prestarlos indica.

E) La ilegalidad de la resistencia a la fiscalización. Oswaldo Samayoa, abogado y analista independiente, señala que los fideicomisos se han convertido en una estrategia utilizada por las municipalidades y otras entidades, para privatizar ciertos bienes y fondos públicos para sacarlos de la fiscalización. Para el experto, es en este punto, donde radica la ilegalidad de los fideicomisos.

Lo que han hecho es que le han dado vuelta a la Ley, tomando como base lo que sucedió en el terremoto del 76, y lo que han hecho es crear empresas municipales, para que al crear estas empresas el finiquito no pierda su naturaleza como una figura del derecho privado. A esas empresas municipales le han apostado fondos públicos, los cuales No pueden ser fiscalizados.

Desde el punto de vista público, es decir, político, ellos están respondiendo a una lógica de inversiones público privadas, como lo hacen los ayuntamientos en Estados Unidos por ejemplo. Pero nuestro sistema legal exige sistemas de transparencia y que las inversiones, del dinero público no sean puestas en manos de actores privados que no puedan ser fiscalizados, indica.



De acuerdo con Samayoa; la ilegalidad del fideicomiso radica en no transparentar los fondos públicos y apostar fondos públicos con alianzas privadas cuando se desconocen las partes que intervienen o los fondos que serán invertidos. Lo verdaderamente ilegal es resistirse a la fiscalización.

En el informe de auditoría a fideicomisos de la CGC, ésta advierte de las limitaciones para fiscalizar dichos fondos públicos. En el desarrollo de la auditoría se encontraron limitantes, por parte de los fideicomitentes, observándose falta de interés en requerir a las entidades fiduciarias los documentos de sus operaciones contables, para la rendición de cuentas, además, de la resistencia de los fiduciarios en proporcionar, en su oportunidad, la información requerida por los Auditores Gubernamentales de la Contraloría General de Cuentas; indica el documento.

Incluso el Banco de Guatemala, en su calidad de fiduciario o fideicomitente de algunos fideicomisos, ha comunicado a los auditores gubernamentales, la imposibilidad constitucional y legal de atender las solicitudes de rendición de cuentas del capital del fideicomiso que administra, argumentando que la vigilancia e inspección de sus operaciones, compete única y exclusivamente a la Superintendencia de Bancos.

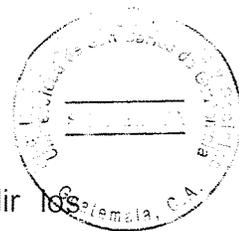
Gabriel Orellana, Constitucionalista, coincide con Samayoa al señalar que el fideicomiso público es una operación bancaria legal y que el verdadero problema es que los bancos utilizan esta figura como un escudo para no permitir la fiscalización. Sin embargo, para Orellana la aparente impenetrabilidad de los fideicomisos no responde a la falta de regulación, sino a la permisividad que hasta hoy ha tenido el Estado en este sentido.



Ni siquiera es necesaria una Ley, porque son fondos públicos, fondos del Estado, y este tiene derecho de fiscalizar, perseguir, de saber dónde están y qué se está haciendo con ellos. El problema es que ha existido una complicidad negligente de parte de la Contraloría, el Ministerio Público, de la Superintendencia de Bancos, es decir, una negligencia del Estado y de los propios bancos, que tienen una licencia estatal, dijo. Según el abogado, la CGC podría llevar un caso a los tribunales, aunque corra el riesgo de perderlo. con el propósito de saber cuál es el criterio del tribunal, lo que los estadounidenses llaman test case.

F) Deben eliminarse los fideicomisos. Para José Ramón Lam, analista del Instituto de Problemas Nacionales de la Usac, es partidario de la existencia de los fideicomisos, considera que en ciertos escenarios podría ayudar a agilizar y efectivizar la prestación de servicios que el Estado no puede proporcionar a través de sus instituciones. El problema que como no está regulado en Ley, no se le aplica todo lo que exigen la ley de Contrataciones del Estado, lo que provoca un vacío de legislación que da lugar a anomalías, la principal es que se le permite a personas del ámbito privado tomar decisiones en la ejecución de fondos públicos; indica. A ello hay que sumarle que les aplica el secreto bancario.

Ricardo Barrientos, del Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales, señala que al fideicomiso público hay que darle las reglas claras para que funcione con apego a la ley y en provecho de la ciudadanía. Sin embargo, el analista advierte que para poder cambiar este tipo de Leyes se necesita un consenso en el Congreso, que en las condiciones actuales considera imposible; frente a un proceso de elecciones como el que se avecina.



Pedro Pablo Marroquín, director de este medio, estima que se deben abolir los fideicomisos y generar una nueva matriz de compras en el Estado para que el gasto sea eficiente, diligente y sobre todo transparente; seguir con los fideicomisos es avalar una ilegalidad y es seguir con reglas que no permiten saber cómo se ejecutan los fondos. Se usa la excusa de que sin los fideicomisos no se puede ejecutar el presupuesto, pero esa es la excusa cómoda que permite seguir saqueando el dinero de la gente; concluyó.

Ante la propuesta del Contralor General de Cuentas, Carlos Mencos, de eliminar la ejecución de recursos públicos en proyectos y obra gris mediante el uso de los fideicomisos, el Ministerio de Finanzas aseguró que el principal reto es la dispersión de las normas que lo rigen y la falta de un cuerpo normativo que regule la ejecución presupuestaria de la administración central que se realiza bajo esta modalidad.

Mediante la vía electrónica y atendiendo una solicitud de La Hora, la cartera de Finanzas Públicas fijó su postura sobre la petición del Contralor General de Cuentas, Carlos Mencos, de eliminar la ejecución de fondos con fideicomisos y las ONG, hecha el pasado jueves en el marco de las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado.

El titular de la CGC dijo el 18 de junio último, que el problema en fiscalizar los fideicomisos, se debe a que esta figura no se encuentra ligada a la referida Ley y por ende, existe mucha dificultad para la auditoria ya que sus fiduciarios son los bancos y estos no nos dejan ser fiscalizables porque están sujetos a la Superintendencia de Bancos.



Al respecto, el Minfin aclaró que ninguno de sus programas y proyectos se ejecuta a través de un fideicomiso, y que actualmente, menos del 5 por ciento de la ejecución presupuestaria total de la administración central se realiza bajo esta modalidad.

De igual forma, explicó que aunque la legislación vigente contempla la posibilidad de ejecución de recursos públicos por medio de fideicomisos (Código de Comercio, capítulo V), el desafío más grande que atraviesa esta modalidad de ejecución, es la dispersión de las normas que lo rigen y la falta de un cuerpo normativo que los regule.

En cumplimiento de la función de defensa del interés hacendario del Estado, el Minfin norma y supervisa la ejecución presupuestaria por medio de los fideicomisos públicos, consolida y publica información sobre sus finanzas y los bienes y servicios que estos generan. También debe tenerse en cuenta que los procesos de extinción y liquidación de los fideicomisos son complejos y prolongados, lo que puede redundar en meses o años de trabajo según el caso particular, dice el texto enviado por Finanzas Públicas.

Sin embargo, para el analista independiente Carlos Martínez, al no existir una ley de fideicomisos públicos, se da lugar a que cada dependencia del Estado pueda crear uno en cualquier banco como una vía para atender sus necesidades del momento.

El economista consideró que además de volver especialmente ardua la fiscalización, esta forma de crear fideicomisos da lugar también a que sea complicado llevar un registro exacto de ellos y añade que si bien la única normativa que los regula es el Código de Comercio, su alcance se limita a aspectos relacionados a su figura legal.



Según el entrevistado, la mayoría de fideicomisos públicos están relacionados con la infraestructura o el desarrollo social y económico mientras el resto está ligado a la generación, transporte o distribución de energía eléctrica, la salud, la vivienda y el transporte público, entre otros aspectos.

La figura de los fideicomisos se ha utilizado últimamente de forma discrecional y sin resultados importantes en toda clase de gasto para evadir las normas de transparencia y fiscalización, subrayó Martínez.

El alcalde capitalino, Álvaro Arzú, quien asistió a una actividad en un hotel capitalino organizada por la Asociación Centroamericana para la Vivienda, dijo estar de acuerdo con la propuesta del Contralor General de Cuentas, Carlos Mencos, de suprimir en el marco jurídico guatemalteco, los fideicomisos que se usan en el sector público debido a que dificultan una adecuada auditoria.

Nosotros tenemos en uso tres fideicomisos de los 136 que hay en el país. No sé por qué le han hecho tanta bulla a los fideicomisos de la ciudad capital. De nuestra parte pueden eliminarlos hoy en la tarde si quieren. No tenemos ninguna objeción. Yo encontré cuatro fideicomisos cuando entré a la Municipalidad y eliminé uno. Por las cifras, no se preocupe, porque nosotros tenemos un sistema que no lo tienen ni los bancos del país y que nos da agilidad en la información, indicó el jefe edil.

Sin embargo, Arzú añadió que ahora, no sé cómo le vaya a ir al gobierno porque tiene 136 fideicomisos que permiten la agilidad de la inversión. Si no, para comprar un lápiz, van a tener que convocar a un proceso de licitación pública, resolver impugnaciones y



conformar comisiones para que den los dictámenes correspondientes. Eso es 18 engorroso del sector público y hay que estar ahí para darse cuenta de la problemática.¹⁷

¹⁷POR MANUEL RODRÍGUEZ mrodriguez@lahora.com.gt. por [Diario La Hora](#) - sep. 24, 2015

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

1. En la conclusión discursiva se manifiesta que debido a que los fideicomisos creados con fondos públicos ejecutados como actualmente se hace, no cumple con la observancia de los principios de legalidad y transparencia de la administración pública, mucho menos se apega al fin supremo del Estado de la realización del bien común puesto que con la falta de fiscalización, los fondos se desvían para satisfacer intereses particulares.

Por lo consiguiente se necesita facultar a la Contraloría General de Cuentas, la cual debe fiscalizar eficientemente los contratos de fideicomiso constituidos con fondos públicos que el Estado y sus instituciones contratan con los bancos del sistema y entidades financieras privadas, utilizando sus facultades constitucionales y legales de fiscalizar a toda persona que reciba e invierta fondos del Estado para administrarlos.



BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario**. México: Ed. Porrúa, 1978.

BATIZA, Rodolfo. El fideicomiso. 3ª. ed.; México: Ed. Porrúa, 1976.

BOJALÍN, Julián. **Fideicomiso**. 1ª. ed.; México: Ed. Porrúa, S.A.; 1963.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**.

CASTILLO GONZALEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo, instituto nacional de administración pública**. 10ª. Ed. Guatemala (s.e.), 1998.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. 13ª. ed.; México: Ed. Herrero, 1984. Diccionario de Derecho Privado. 1t.; 3ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Labor, S. A., 1967.

DOUGHERTY LIEKENS, José Guillermo. **El fideicomiso**. Tesis para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos de Abogado y Notario. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1966.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. **El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico**. 3ª. ed.; México: Ed. Porrúa, 1982.

DRAKE LÓPEZ, Ronald y Mary Ann Drake R. **El contrato de fideicomiso y su regulación**. 1ª. ed.; San José, Costa Rica: (s.e.), 2000.

ETCHEVERRY, Raúl A. **Derecho comercial y económico. Obligaciones y contratos comerciales.** Parte general. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1988.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos F. **Títulos y contratos de crédito, quiebras.** 2ª. ed. México: Ed. Harla., 1995.

BERG-SERRAN DE MASSIS, María Eugenia. **El fideicomiso, su desarrollo y aplicación en el mundo moderno.** Tesis para optar al grado de Magíster Artium en Ciencias Sociales. Universidad Francisco Marroquín, Escuela Superior de Estudios Sociales. Guatemala, 1993.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L. 2007.

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

ZEPEDA, Jorge A. **Perspectiva del fideicomiso.** Bogotá, Colombia: Ed. Kelly; 1981.

Legislación

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

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

Código Civil. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley Número 106. Guatemala, 1973.



Ley de Contrataciones del Estado. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 117. Guatemala,

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

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

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