

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



GUATEMALA, MAYO DE 2022

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

**EVALUAR COMPROMISOS ADQUIRIDOS A TRAVÉS DE UN FIDEICOMISO EN
GARANTÍA APLICADO DOLOSAMENTE A FONDOS PRIVATIVOS MUNICIPALES**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ORQUIDEA ESMERALDA LORETY JEREZ HERNANDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2022

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda.	Ileana Noemí Villatoro Fernández
Vocal:	Lic.	Byron Castañeda Galindo
Secretario:	Lic.	Marvin Omar Castillo García

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Sergio Roberto Santizo Girón
Vocal:	Licda.	María de los Ángeles Castillo
Secretario:	Lic.	Víctor Leonel Recinos

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



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
PRIMER NIVEL EDIFICIO S-5

REPOSICIÓN POR: Corrección de
FECHA DE REPOSICIÓN: 23/10/2020



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. ocho de octubre de dos mil veinte

Atentamente pase al (a) profesional **MAURO FRANCO SOTOJ**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **ORQUIDEA ESMERALDA LORETY JEREZ HERNÁNDEZ**, con carné **201112990** intitulado **FALTA DE CERTEZA JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO POR PARTE DE LAS MUNICIPALIDADES**. 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. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Mauro Franco Sotoj
Abogado y Notario

Fecha de recepción: 10 / 10 / 2020

(f)

Asesor(a)
(Firma y Sello)

Lic. Mauro Franco Sotoj
Abogado y Notario



Guatemala, 30 de octubre de 2020

Respetable Jefe de la Unidad:
LIC. GUSTAVO BONILLA
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

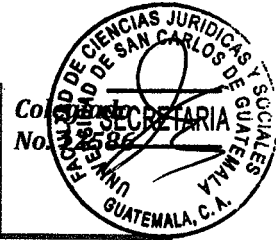


Distinguido Jefe de la Unidad:

Respetuosamente a usted informo sobre mi nombramiento como asesor de tesis de la Bachiller ORQUIDEA ESMERALDA LORETY JEREZ HERNÁNDEZ, la cual se intitula **“FALTA DE CERTEZA JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO POR PARTE DE LAS MUNICIPALIDADES”**; declarando expresamente que no soy pariente de la Bachiller dentro de los grados de ley; por lo que me complace manifestarle lo siguiente:

- a) Respecto al título de la tesis será cambiado por el título, el cual quedara así **“EVALUAR COMPROMISOS ADQUIRIDOS A TRAVÉS DE UN FIDEICOMISO EN GARANTÍA APLICADO DOLOSAMENTE A FONDOS PRIVATIVOS MUNICIPALES”**. Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad; al tratar la vulnerabilidad a que están expuestas las municipalidades del país, al adquirir compromisos a través de fideicomisos en garantía, por parte de los funcionarios públicos electos en dichos períodos y que son aplicados dolosamente a fondos privativos y constitucionales municipales.
- b) Los métodos utilizados en la investigación fueron el análisis, la deducción y la síntesis; mediante los cuales la Bachiller no sólo logró comprobar la hipótesis sino que también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados con la falta de protección y evaluación de compromisos adquiridos a través de un fideicomiso en garantía aplicado dolosamente a las municipalidades del país, toda vez que debe haber participación interinstitucional de la Contraloría General de Cuentas, el Ministerio de Finanzas Públicas y la Superintendencia de Bancos, para crear

Lic. Mauro Franco Sotoj
Abogado y Notario



nuevas estrategias de prevención, fiscalización, control y una mayor participación que conlleve la autorización de la creación de un fideicomiso público de garantía.

- c) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo la Bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector; asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- d) El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca; puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.
- e) En la conclusión discursiva, la Bachiller expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez recomienda que se implementen medidas dirigidas para prevenir, fiscalizar, controlar y una adecuada participación de todas las entidades estatales relacionadas, para evitar en lo posible que los bancos del sistema puedan gravar todos los ingresos propios y constitucionales de una municipalidad a través de un fideicomiso público en garantía.
- f) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como de extranjeros.
- g) La Bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema; en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

En base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que apruebo el trabajo de investigación, emitiendo para el efecto **DICTAMEN FAVORABLE**, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Respetuosamente;

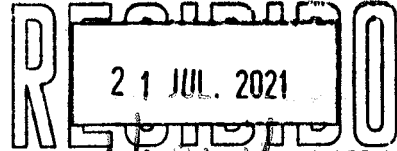

Lic. Mauro Franco Sotoj
Abogado y Notario
Col. 12586

Mauro Franco Sotoj
Abogado y Notario



Guatemala, 20 de julio de 2021.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Hora: *2:15 pm*

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

De manera atenta le informo que fui consejo de estilo de la tesis titulada: "EVALUAR COMPROMISOS ADQUIRIDOS A TRAVÉS DE UN FIDEICOMISO EN GARANTÍA APLICADO DOLOSAMENTE A FONDOS PRIVATIVOS MUNICIPALES", realizada por la bachiller: ORQUIDEA ESMERALDA LORETY JEREZ HERNÁNDEZ, para obtener el grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

La alumna cumplió con todas las observaciones, de manera virtual, que le hiciera, por lo que dictamino de manera FAVORABLE, por lo que el trámite de orden de impresión puede continuar.

ID Y ENSEÑAD A TODOS


Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Consejero de Comisión de Estilo



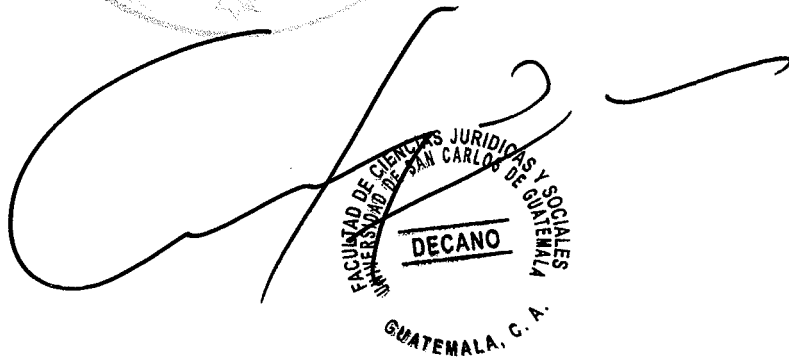
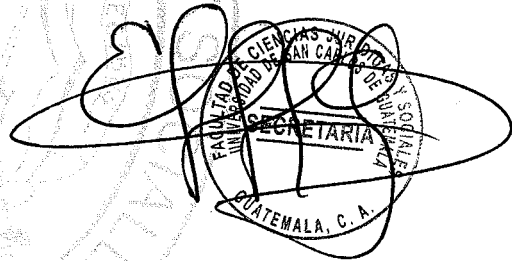
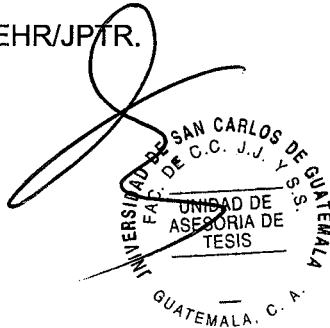
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veintiocho de septiembre de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ORQUIDEA ESMERALDA LORETY JEREZ HERNÁNDEZ, titulado EVALUAR COMPROMISOS ADQUIRIDOS A TRAVÉS DE UN FIDEICOMISO EN GARANTÍA APLICADO DOLOSAMENTE A FONDOS PRIVATIVOS MUNICIPALES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/JPTR.





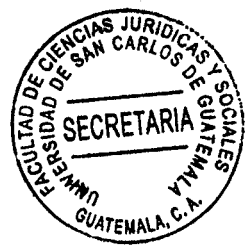
DEDICATORIA

- A DIOS:** Mi fuente de vida, amor, fe y mi guía espiritual el Espíritu Santo, que con sus bendiciones me permite culminar otro paso en la vida, gracias mi señor Jesucristo.
- A MI MADRE:** María Lorety Hernández Dávila de Jerez que con su paciencia, esfuerzo, sacrificio y educación es forjadora de lo que hoy soy, gracias por su amor incondicional; esto también es por y para honrarte principalmente a ti.
- A MI PADRE:** Ricardo Francisco Jerez Juárez (+), gracias por darme la vida y su amor incondicional; esto también es por y para honrarte.
- A MI MEJOR AMIGA:** Olga Marina Valle Duarte (+) que con su enseñanza, ejemplo, apoyo y amor incondicional es forjadora de lo que hoy soy, gracias por su amistad; esto también es por y para honrarte.
- A MI ABUELA:** María Alicia Dávila Cordón de viuda de Hernández (+), no me cabe duda del apoyo y amor brindado.
- A MIS HERMANOS Y FAMILIARES:** Con aprecio.
- A MIS AMIGOS:** Que me han apoyado y ayudado, son parte importante en cada etapa de mi vida.
- A LOS LICENCIADOS:** Francisco Perén Quechenoj, Elder González Colocho, Gilmar Lara Gómez, Darwin Aníbal Carrillo Cabrera y Mauro Franco Sotoj; gracias por el apoyo y consejos.



A LA UNIVERSIDAD:

La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala tricentenaria y estatal, a la Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales, instituciones que no solo permiten mi desarrollo profesional sino que dan al pueblo guatemalteco profesionales con alta conciencia. Que Dios me permita corresponder con tal responsabilidad.

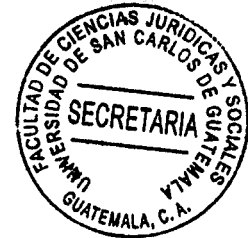


PRESENTACIÓN

La investigación que se realizó dentro del Ministerio Público de la ciudad de Guatemala, durante el periodo del año 2002, cuando comenzó la vigencia del Código Municipal, hasta el año 2019, el sujeto de estudio es la corporación municipal de la municipalidad de Zacapa, en virtud de los compromisos adquiridos a través de un fideicomiso en garantía aplicados dolosamente a fondos privativos y constitucionales municipales.

El fenómeno objeto de estudio desde el punto de vista de su evolución diacrónica, se enfocó en el estudio de los antecedentes, y otros datos teóricos relacionados al tema, respecto a su aspecto sincrónico, se delimitó al estudio de una denuncia interpuesta por el alcalde municipal de Zacapa ante el Ministerio Público, sobre un Fideicomiso fraudulento y que transgredió innumerables leyes civiles, laborales, penales, administrativas y constitucionales.

El aporte de la investigación está dirigido a implementar una serie de medidas para prevenir, controlar y una adecuada participación de todas las entidades estatales relacionadas, para evitar en lo posible que los bancos del sistema puedan gravar todos los ingresos propios y constitucionales de una municipalidad a través de un fideicomiso público en garantía.



HIPÓTESIS

La hipótesis planteada para este estudio se comprobó porque se realizó una evaluación sobre incidencias jurídico-financieras de fondos privativos municipales por los compromisos adquiridos a través de un fideicomiso en garantía prendaria futura , ya que se propuso implementar los ejes de la política de fortalecimiento municipal de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia de la República de Guatemala (SEGEPLAN), principalmente en el área financiera y de gestión de los servicios públicos, a través de mecanismos de prevención y participación interinstitucional autónoma y descentralizada de otros entes del Estado que tenga por ley la capacidad de control financiero de estos gobiernos locales, como es la Contraloría General de Cuentas.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El método deductivo permitió la comprobación de la hipótesis, en virtud de que se demostró que debe haber participación interinstitucional de la Contraloría General de Cuentas, el Ministerio de Finanzas Públicas y la Superintendencia de Bancos, las municipalidades y los Consejos Municipales de Desarrollo Urbano y Rural (COMUDE) de Guatemala para crear nuevas estrategias de prevención, fiscalización, control y sobre todo una participación que conlleve la autorización de la creación de un fideicomiso público en garantía.



ÍNDICE

Pág.

Introducción

i

CAPÍTULO I

1. Gobierno municipal	1
1.1. Historia	1
1.2. Etimología	8
1.3. Principales sistemas de gobierno municipal	9
1.4. Definiciones	17
1.5. Elementos	18
1.5.1. El territorio	20
1.5.2. La población	21
1.5.3. El gobierno	22
1.5.4. El orden jurídico	23
1.5.5. La finalidad	24
1.5.6. Clasificación del municipio	25

CAPÍTULO II

2. Contrato de fideicomiso	27
2.1. Antecedentes	27
2.2. Definición	29
2.3. Características	29
2.4. Elementos	31
2.5. Forma del fideicomiso	32
2.6. Clases o tipos	34
2.7. El fideicomiso público	37
2.8. Nulidad	41
2.9. Extinción	42



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Caso de fideicomiso de la Municipalidad de Zacapa	45
3.1. Antecedentes	46
3.2. Objetivo y fines del fideicomiso	54
3.3. Elementos que participaron en el fideicomiso	56
3.4. Garantías prestadas en el fideicomiso	59

CAPÍTULO IV

4. Incidencias jurídico-financieras de fondos privativos municipales por los compromisos adquiridos a través de un fideicomiso en garantía prendaria futura	63
4.1. Desviación dolosa de fondos municipales por la infracción de diversas leyes	63
4.1.1. Ley Orgánica del Presupuesto	64
4.1.2. Código Municipal	64
4.1.3. Código Civil	67
4.1.4. Impuesto Único Sobre Inmuebles	67
4.1.5. Ley del Impuesto Sobre Circulación de Vehículos Terrestres, Marítimo y Aéreos	68
4.1.6. Código Penal	69
4.2. Mecanismos de control para la transparencia y los procesos de toma de decisiones financieras	70
4.2.1. Prevención	71
4.2.2. Participación	71
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	73
BIBLIOGRAFÍA	75



INTRODUCCIÓN

Por mandato constitucional las corporaciones municipales deben procurar el fortalecimiento económico de sus respectivos municipios, a efecto de poder realizar las obras y prestar los servicios que les sean necesarios. Sin embargo la realización de contratos de fideicomiso con garantía prendaria sobre fondos privativos municipales, van en detrimento del fortalecimiento económico que la constitución garantiza a los vecinos de una comuna municipal, en virtud de que se están aplicando dolosamente esta figura contractual con artificio y engaño para inducir a error y mantener en él, a los gobiernos municipales futuros sobre sus fondos privativos. La figura contractual de fideicomiso en garantía, afecta el cumplimiento de los objetivos, fines y los servicios públicos municipales, al momento de ejecutar su presupuesto anual, porque los fondos privativos y el situado constitucional se destinan al pago de los intereses y moras derivados del crédito, las garantías en esta figura comprometen el presupuesto anual del gobierno municipal y no puede cumplir sus objetivos y fines que por mandato legal deben desarrollar.

El objetivo general se alcanzó, al evaluar incidencias jurídico-financieras de fondos privativos municipales por los compromisos adquiridos a través de un fideicomiso en garantía prendaria futura, el objetivo específico es determinar la forma en que los consejos municipales desvían fondos dolosamente, aduciendo el financiamiento de proyectos que no son exitosos y la hipótesis se comprobó porque se determinó la actuación dolosa de los gobiernos municipales y la entidad financiera que iniciaron y mantuvieron cláusulas fraudulentas durante varios años, afectando gravemente la situación financiera de la institución.

El contenido de la investigación está dividido en cuatro capítulos, los cuales desarrollaron los siguientes temas: en el primero, se desarrollaron los temas sobre el gobierno municipal, todos sus elementos doctrinarios y su base legal; en el segundo, se orientó a explicar la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso, sus elementos, modalidades, ventajas, desventajas y demás contenido doctrinario relacionado con este



negocio jurídico; en el tercero, se analizó un concreto de la suscripción de un contrato de fideicomiso realizado por la municipalidad de la cabecera Zacapa del departamento de Zacapa, que demuestra la incidencias jurídicas que provoca un contrato leonino y fraudulento; y en el cuarto, se evaluaron las incidencias jurídico-financieras de fondos privativos municipales por los compromisos adquiridos a través de un fideicomiso en garantía prendaria futura y su aplicación, desarrollo doloso.

Los métodos de investigación utilizados fueron: el sintético, analítico, deductivo e inductivo y las técnicas fueron el fichaje que entre ellas se encuentran las bibliográficas y de trabajo; asimismo, la revisión bibliográfica, documental, fueron parte también importante para el desarrollo de la tesis.

El gobierno municipal, por mandato constitucional, es el encargado de velar por el bienestar común del territorio del cual tiene su jurisdicción, esto conlleva a mejorar el nivel de vida de sus habitantes y de las áreas comunes, como las calles, los parques, el servicio de agua, servicios de drenajes, mercados, etc., alcanzando este propósito a través del presupuesto anual asignado en el situado constitucional y en generar sus fondos en la recolección del Impuesto Único sobre Inmuebles, Impuesto de circulación de vehículo, cuotas de pagos de agua, autorizaciones de construcción, entre otras; comprometer todos sus ingresos o gran parte de ello, permite que no pueda cumplir con sus funciones, fines y objetivos.



CAPÍTULO I

1. Gobierno municipal

El gobierno municipal es una porción geográfica, políticamente autónoma, fiscal y administrativa, su ámbito de jurisdicción está limitado por lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y la ley, por lo tanto todas las decisiones tomadas por el alcalde y el consejo municipal, afecta a su población; asimismo, la mala administración de sus ingresos pueden provocar falta de desarrollo al territorio, entre otros efectos sociales y económicos.

1.1. Historia

Dentro de la historia de la creación de la institución de municipio, así como la conocemos en la actualidad y principalmente en Latinoamérica y Guatemala, se da por acontecimientos históricos, principalmente en Grecia, Roma, Alemania o la Alemania de esta época, y finalmente en España, con influencias árabes, principalmente en sus vocablos, siendo siempre instrumentos de control local, al inicio estaban dotados de plena autonomía, autoridad y decisión frente al Estado, sin embargo ahora son dependientes en ciertos aspectos al Estado central, teniendo una autonomía limitada, en cuanto a funciones y relaciones interinstitucionales con el Estado.

En la antigua Grecia la figura del municipio está constituida por la creación de la Polis, esto se le llamaba a un territorio determinado, considerado una ciudad Estado, independiente y autónoma de las demás polis que existían en Grecia. Aunque en



Grecia fue un lugar que al inicio fue gobernado por un rey, con la aceptación de los Polis, en todo el territorio griego, la figura del soberano rey fue desapareciendo. La creencia en varios Dioses, es decir su cultura politeísta también se reflejó en su forma de gobierno, ya que los líderes de las polis fueron los que tomaban decisiones en conjunto, cuando algún evento afectaba o beneficia a todo el territorio griego, es decir no era una monarquía sino una oligarquía, llamada aristocracia.

Esta figura griega de la polis es un antecedente al municipio y al gobierno municipal, en cuanto a que tenía autonomía y ejercía autoridad local, sin embargo, era una segregación de gobiernos autónomos con pocas ordenes delegadas por el grupo de aristócratas que gobernaba. No había un gobierno central soberano, sino que un grupo de gobernadores que provenían de cada polis.

En la época Romana por el contrario, el control local era delegado por el Emperador, no existía la figura de un rey pero si de una autoridad máxima, con gobiernos locales que dependían de ordenes delegadas, principalmente la tributación. En Roma nació la palabra municipio, que etimológicamente estaba dividido en dos términos, *manus* que significa carga y de *capere*, que quiere decir asumir o hacerse cargo, su objetivo no era tan democrático como en Grecia al contrario los gobiernos locales entregaban cuentas al emperador, su objetivo era que el imperio creciera a través de la dominación de muchos pueblos, y que estos generaran tributos, de allí surgió la palabra municipio, hacerse cargo de un territorio determinado para su dominación.



Posteriormente, la institución municipal como lo es ahora, o como se acercaba en antigüedad a la época actual tiene sus raíces en el Derecho Roma Justiniano. "...Agripa se le atribuye la división de la ciudad en varias secciones, donde cada una de ellas confiaba su gobierno a una comisión formada por magistrados; creó también curadores senatoriales de las aguas, de obras públicas, del Tíber, así como el prefectos urbi (prefecto de la ciudad que tenía un papel más relevante)."¹

Las comunas romas eran dirigidas por un concejo municipal denominado curia, por lo general de cien miembros. Al frente de las comunas estaban desde los tiempos de César los *duumviri duomvire*, como jefes de la administración municipal. Le seguían los ediles, que auxiliaban a aquéllos en la administración y supervisión de los servicios públicos.

Fue así como, en la comunidad de Roma, o mejor dicho, la comunidad del reino, al estar constituida por un cierto número de comunidades sometidas al régimen de ciudad, empezó a presentarse el problema de ordenar de manera conveniente las relaciones que deberían guardar entre sí la autonomía de la comunicada del reino y de las particulares comunidades de la ciudad. "...Esta situación dio origen al derecho de la ciudad dentro del Estado para gobernar sus vastos dominios, que en sus mejores momentos comprendían pueblos tan diferentes como Germania y los países del Danubio, Britania, Hispania, Grecia, las provincias de Asia y África."²

¹ Doger Guerrero Enrique, **Gobierno Municipal**. Pág. 28

² **Ibíd.** Pág. 28

Para regular esas formas de organización municipal se extendieron diversas leyes a parte de los gobernantes romanos. "Los elementos del municipio fueron perfectamente, diferenciados de la siguiente manera: 1) un *territorium*, 2) un *populus*, que se manifestaba en la asamblea general, 3) un poder organizado, curia cuerpo deliberante, con sus magistraturas y 4) una legislación propia o igual a la de Roma ciudad, dependiendo del tipo de municipio."³

A la caída del imperio romano por la invasión germánica que dio lugar a la entrada de la edad media, la aproximación del origen de municipio que tenemos en Guatemala, está en España, este "...además de su origen ibérico y latino, tiene influencia germánica y árabe. Los visigodos (reino germano) conservaron en gran medida la estructura municipal romana, pero también crearon nuevas formas en el funcionamiento de la institución en busca de un carácter democrático, mismo que se vio reflejado en el municipio español, como lo fue el *conventus publicus vicinorum*. En cuanto al *placium*, fue una especie de reunión judicial de los hombres libres; el *conventus* era una asamblea de vecinos para decidir acá de cuestiones de interés local: se decidía sobre asuntos de la propiedad, deslindes de terrenos, ganadería o persecución de siervos.

Los árabes aportaron algunos vocablos que posteriormente se utilizarían en el municipio español, tales como el de "alcalde, para designar al jefe de la administración comunal; el de alférez, como el portador del pendón real; el alguacil, como policía

³ Teresita Rendón Huerta Barrera, **Derecho municipal**. Pág. 58

municipal; o el alhóndiga, como bodega de granos para regular el abasto de granos en el municipio. En cuanto al término alcalde, proviene de los funcionarios llamados *caides* (en los *puboos* pequeños se llamaban *hakimes*), que se encargaban de administrar justicia en nombre del califa; también existió un juez superior, el zalmedina, que se utilizó en algunos municipios españoles y es considerado antecedente del justicia mayor español.”⁴

Dentro de la evolución del gobierno municipal en España hubo otro factor importante que influyo y se produjera los municipios esto fue a través de las llamadas cartas pueblas, “...surgió a principios del siglo XI; fue un control establecido por los reyes como control mediante la concesión de fueros, entre otros beneficios, estas cartas muestra la funciones delegadas no autónomas de los municipios de esa época.”⁵

“Una carta-puebla o carta de población es una documento especial otorgado durante la Edad Media por una autoridad a los pobladores de un territorio. Esta autoridad podía ser señorial o eclesiástica: reyes, señores, Iglesia, órdenes militares, órdenes religiosas. Los pobladores son las personas que se asientan en la nueva tierra que se puebla (o repuebla), y que procedan de otro no muy lejano del nuevo lugar que toman por residencia. En la carta-puebla, como documento jurídico y administrativo, se

⁴ Doger Guerrero, Enrique, **Op. Cit.** Pág. 29

⁵ **Ibíd.** Pág. 29

consignan las normas generales a las que deben ajustarse los nuevos pobladores o los que fueran después a poblar: obligaciones, exenciones, privilegios, fueros, etc."⁶

La influencia que tuvo históricamente estas tres civilizaciones en la creación de municipios y especialmente en la figura latinoamericana, puede resumirse de la siguiente manera:

Los elementos de origen griego que aportaron la institucionalización del municipio son:

"a) Se desarrolló la polis (ciudad) donde aparece el ciudadano con derechos civiles y políticos, agrupados en demos (municipios) b) aparece el sufragio como expresión de soberanía popular y de interés público, sustrayendo las prescripciones religiosas del municipio primitivo. c) Se basa en los principios de vecindad, así como en los lazos de parentesco o gentilicios. d) Los derechos políticos desembocaron en nuevas formas de administración municipal."⁷

El aporte que los romanos dieron a la creación de la institución jurídica del municipio puede describirse de la siguiente manera: "...Se crean gobiernos municipales administrados por los llamados "ediles cúrales", que tenían jurisdicción o competencia administrativa y de policía. Nace el derecho que transformó las instituciones municipales coleccionando las leyes primitivas no escritas en el llamado Código

⁶ <https://herencia.net/2006-02-02-que-es-una-carta-puebla/>, ¿Qué es una carta-puebla? (Consultado el 20 de mayo de 2020)

⁷ Doger Guerrero Enrique, **Op. Cit.** Pág. 33

Papyriano. El municipio adquirió un carácter diferentes, aunque acató las leyes generales del mismo.”⁸

A pesar de los aportes de los anteriores imperios, tras la caída del imperio romano en Europa surgieron nuevas ideas para crear un control, ya sea directo e indirecto, esto se dio durante la edad media, fortaleciéndola como institución política, administrativa, las peculiaridades que brindó esa época fueron las siguientes:

- a) Concilios: “...de donde se deriva la palabra concejo; eran por lo general reuniones locales en las que se discutía y resolvían diversos problemas materiales y vecinales, constituyendo una simple administración de sus intereses más cercanos (pastos, bosques, regadío y precio de sus productos). Esta estructura apareció en el siglo X y perduró hasta el siglo XII.”⁹

- b) Concejo abierto: “...esta forma organizativa estuvo caracterizada por tener una amplia autonomía local; incluyó el sistema de cartas o fueros, en el que las reuniones vecinales, celebradas en la plaza pública, trataba todos los problemas relacionados con los asuntos locales en las áreas administrativas y judiciales, resolviéndose los conflictos por mayoría de votos. El crecimiento de las ciudades marcó la decadencia de esta práctica, por resultar difícil su realización. Su periodo de duración se ubicó entre el siglo XII y finales del XIV.”¹⁰

⁸ **Ibíd.** Pág. 33

⁹ **Ibíd.** Pág. 33

¹⁰ **Ibíd.** Pág. 33



- c) Ayuntamiento: "...también conocido como corporación municipal o comisión, estuvo integrado por tres o cuatro personas en servicio y elegidas libremente de manera popular; representaban la voluntad general de las poblaciones y se apoyaban en los delegados del concejo que constituían asambleas deliberante y un tribunal colegiado para administrar la justicia. Sus miembros eran: juez forero o alcalde, alcaldes foreros (funcionarios judiciales) y regidos o concejales. Comenzó a funcionar a mediados del siglo XIV.”¹¹
- d) Corregidor: Este fue un funcionario que en la edad media se encargó de la supervisión de las poblaciones a cargo de la corona, su importancia radica que a pesar de la autonomía que el municipio tenía en esa época siempre existía una especie de funciones centralizadas y que tenía que ver con el ámbito judicial.

Las instituciones legales en muchos casos tienen que ver con la historia y las necesidades de los imperios, reinos y necesidades las poblaciones de que exista una autoridad superior encargada de controlar tanto administrativamente como judicial, los problemas de un pueblo, y la figura de municipio o gobierno municipal no es la excepción.

¹¹ **Ibíd.** Pág. 33



1.2. Etimología

“El vocablo municipio proviene del latín, siendo una palabra culta de ese idioma, compuesta de dos locuciones: el sustantivo *munus*, que se refiere a cargas u obligaciones, tareas, oficios, entre otras varias acepciones, y el verbo *capere*, que significa tomar, hacerse cargo de algo, asumir ciertas cosas. De la conjunción de estas dos palabras surgió el término latino *municipium*.”¹²

Asimismo, se tomaba en consideración el mismo concepto al definirse “etimológicamente a las ciudades en las que los ciudadanos tomaban para sí las cargas, tanto personales como patrimoniales, necesarias para atender lo relativo a los asuntos y servicios locales de esas comunidades. De aquí se deriva el concepto *múnicepe*, que hace alusión a los propios gobernantes o a los habitantes de las circunscripciones municipales, también encontramos el uso frecuente del término *municipio*, para referirse en general a todas las ciudades que el derecho romano otorgó la calidad de autónomas en su manejo administrativo.”¹³

1.3. Principales sistemas de gobierno municipal

El sistema de gobierno municipal y principalmente el que influencia Guatemala, proviene del sistema del derecho español, sin embargo su evolución es fruto de una gran cantidad de hechos históricos, que sucedieron en España, principalmente las

¹² Corominas, Joan y Pacual, José A. **Diccionario crítico y etimológico castellano e hispánico**. Pág. 115

¹³ Martínez Gil, El municipio, **la ciudad y el urbanismo**. Pág. 199



innumerables conquistas de las que fueron objeto los españoles, (godos, moros, etc. cada una de las conquista modifico la forma de gobierno y fue necesario la implementación de gobiernos locales sectoriales que pudieran controlar la población con más detalle y entregar cuentas al señor o rey de la época.

Este control por territorios derivados de las conquistas fueron teniendo especiales características según el lugar de su implementación por ello el autor Ricardo Miguel Zuccherino, establece dos grandes divisiones, la primera sistemas de gobierno municipal europeo y el segundo sistema americano.

Dentro de la clasificación de los sistemas municipales europeos se encuentra el español, este "se deriva de su cabildo o ayuntamiento, que es la institución municipal, presidida por el alcalde (vocablo de origen árabe "*alcadi*"), quien actúa como jefe de la administración y delegado del gobierno. En la alta edad medio, el alcalde era un juez designado por el señor en los lugares de señoría, y elegido por los vecinos en los municipios libres, siendo la elección por los vecinos uno de los signos más claros de la autonomía municipal."¹⁴

Las funciones municipales en el sistema español, eran características a las de un juzgador ya que dentro de ellas tenia funciones civiles, penales, administrativas de control de la población, era multifuncional y muy característica a la de un juez, pero con

¹⁴ Plaza de García Norma, **Sistemas de gobierno municipal**. Pág. 85

el paso del tiempo las funciones del alcalde se redujeron a solo asuntos administrativos, dejando a tras todo los judicial.

“El derecho municipal español antiguo con sus cartas-pueblas y sus fueros es hoy totalmente anacrónico. Hubo en el antiguo derecho español una confusión o identificación de las funciones municipales y jurisdiccionales, así, las funciones judiciales de los alcaldes (por lo menos dos en cada población) se extendían a la jurisdicción civil y criminal, exceptuando ciertos casos de especial gravedad reservados a los alcaldes de corte, de quienes derivaron en la edad moderna los alcaldes de casa y corte.”¹⁵

El sistema de gobierno municipal español se extendió a América y Según Ricardo Miguel Zuccherino “...la frase referida al municipio español en América *Cabildo, Justicia y regimiento* da la noción de los contenidos de la institución. Así, por cabildo se entendía cabeza de la ciudad, de la cual derivaban sus atribuciones en materia de sanidad, servicios públicos, ornato y toda otra forma de progreso. Por justicia, se entendía que entre sus funciones se hallaba la administración de justicia de menor cuantía. Y, por regimiento, la facultad que tenía de regir la vida de la ciudad, entre ellos los poderes de policía y la labor educativa que se llevaba a cabo por medio de las escuelas del rey.”¹⁶

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 85

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 85

El sistema francés se dio a consecuencia de la revolución francesa, creando una nueva forma de gobierno sin embargo "el régimen bonapartista, heredero a su pesar del absolutismo borbón, fue centralizante, y desde la sede del poder se nombraron los funcionarios de todas las estructuras de gobierno, incluidas las municipales. Así: en los departamentos, el Consejo General y el prefecto; en los distritos de una ciudad el concejo y el Subprefecto; y, en la comunas, el Concejo Municipal y el Alcalde."¹⁷

"Prefectos. Nombrados directamente por el primer cónsul, al cual presta juramente de fidelidad, lo prefectos constituyen el eje del esquema napoleónico de centralización. El Prefecto aparece como el eslabón central que conecta sin interrupción, a los ministros con los administrados, pasando a través de los prefectos, subprefectos y alcaldes, pues los prefectos se comunican directamente con los diferentes ministros y transmiten las órdenes de éstos a los niveles inferiores; niveles en relación con los cuales disponen de importantes poderes de dirección y de tutela. En virtud de este esquema, se afirma la función del prefecto en cuanto representante del poder ejecutivo (y, por tanto, como punto de referencia natural de los servicios departamentales del Estado) y, por otra parte, en cuanto agente del departamento (el cual es dotado de personalidad jurídica por la leyes de 1837-1838)."¹⁸

Las características del gobierno municipal de corte francés destacadas, son las siguientes:

¹⁷ Plaza de García Norma, **Sistemas de gobierno municipal**. Pág. 85

¹⁸ Luciano Vandelli, **El modelo administrativo, municipal y provincial: orígenes, fundamentos, perspectivas**. Pág. 185



- a) Aunque el gobierno municipal era local no era algo contradictorio al sistema dominante, al contrario funcionaba acorde al gobierno dominante.
- b) Se trató de hacer el menor número de fragmentación de municipios.
- c) La organización administrativa municipal fue uniforme, es decir tanto las funciones como cada una de su forma jerárquica de composición estaba basado en parámetros idénticos, solamente se diferenciaban en número de miembros dentro de la corporación, por lo tanto era un sistema del régimen municipal, uniforme.
- d) La elección de los miembros de este gobierno local estaba influenciado por la elección libre a través del sufragio universal, que al principio no inicio así, pero conforme las leyes que generaron la revolución francesa, fue implementándose la libre elección a través de la democracia.
- e) Funciones municipales propias que pertenecían a la corporación municipal y delegadas que provenía del Estado, que es la conexión que se tenía con el Estado. Mientras las decisiones autónomas del alcalde solo tenían relevancia para asuntos locales de poca importancia, las disposiciones delegadas u órdenes del Estado tenía que ver problemas o implementación de soluciones que sobresalían el territorio edil.

- f) El alcalde era considerado un agente de gobierno por las conexiones que tenía por delegación y además porque tenía una relación con un puesto dentro de la organización del Estado central.

- g) El Organismo Legislativo en la época ejercía un poder de tutela sobre la corporación municipal, si en dado caso sus actos afectaban el interés común o público, por lo tanto existía un constante control en la administración, al punto que si era necesaria su disolución se realizaba.

- h) Se realizó una nueva división geográfica para imponer los poderes locales a través de una corporación municipal, dejando atrás el patrón de control del régimen monárquico.

Este sistema se caracteriza por establecer un gobierno municipal colegiado, es decir las decisiones debe ser a través del consejo municipal, llamado también Ayuntamiento, sus miembros y el tratamiento de votos por mayoría o bien en consenso son los que toman las decisiones para implementar el control de la población bajo su poder, son elegidos mediante el sufragio en base a la opinión pública, tiene soberanía local. "...El Alcalde Mayor, es designado por el Concejo para presidirlo y llevar su representación, pero no goza de gran autoridad legal, pues carece de facultades para poder designar a los funcionarios y el derecho de veto. Tiene carácter de monarca representativo, es decir, no es un órgano independiente del gobierno y la superioridad se justifica más en la dignidad que en el poder. En este sistema, la gestión se encuentra a cargo del

Ayuntamiento, que la ejerce mediante las comisiones que nombra en cada una de materias.”¹⁹ Muy parecido al trabajo realizado por un legislatura.

El sistema de gobierno municipal en la República Federal de Alemania en la actualidad se caracteriza por ser parte del Estado como conjunto del gobierno del Estado, pero está dotada de autonomía y legitimación democrática propia.

“...La doctrina alemana actual identifica dos modelos en cuanto a forma en que las legislaciones de los *Länder* atribuyen las competencias a los entes locales: el modelo “dualista” (*Aufgabendualismus*) y el modelo “monista” (*Aufgabenmonismus*). De manera sintética, el primero distingue entre competencias propias o autónomas (*Selbstverwaltungsaufgaben*), que corresponderían al círculo de acción sobre asuntos propiamente locales (*eigener Wirkungskreis*), y competencias estatales (*Auftragsaufgaben*), aquéllas que inicialmente se encuentran fuera de este círculo de acción local, pero que les son delegadas por el *Land* (*übertragener Wirkungskreis*). Dentro de las competencias propias o autónomas, se diferencia al mismo tiempo entre las competencias obligatorias y las voluntarias.”²⁰

El sistema de gobierno en Guatemala, es conformado basado en el sistema de separación de poderes parecido al sistema francés, que conlleva también funciones propias y delegadas, la propias que por su autonomía puede ejercer libremente, sin embargo el gobierno central le delega otras funciones que tiene que cumplir como parte

¹⁹ Hugo Haroldo Calderón Morales, **Derecho administrativo**. Pág. 123

²⁰ Gracia Retortillo, Ricard, **El nivel supramunicipal de gobierno local en Alemania**. Pág. 107

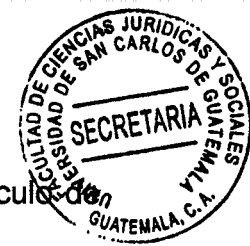


de todo el sistema de control administrativo. El alcalde es una figura unipersonal que tiene poder de decisión, sin embargo también se encuentra la figura del consejo municipal aunque sus funciones son de apoyo y no de decisión, como el caso del sistema de gobierno municipal alemán. A pesar del poder de decisión que tiene el Alcalde el consejo municipal es definido como: "...a máxima autoridad, es el responsable de ejercer la autonomía del municipio y tiene su sede en la cabecera municipal. Los miembros que conforman el Concejo Municipal son el Alcalde, Concejales y Síndicos, quiénes son popularmente electos, así como solidaria y mancomunadamente responsables por la toma de decisiones sobre asuntos municipales que se realicen dentro de dicho órgano."²¹

A pesar de que el consejo municipal en el sistema de Gobierno municipal en Guatemala es el órgano superior, la figura del alcalde tiene ciertos poderes que dentro del sistema inglés y alemán no existe para esta figura, ya que esta representa a la municipalidad y al municipio, es personero legal de la misma, el jefe del órgano ejecutivo y el presidente del consejo municipal, sus atribuciones van dirigida a la administración municipal, representa la institución, preside sesiones y es el jefe superior del recurso humano y la administración de la entidad, otra peculiaridad del alcalde es la autorización de matrimonios civiles gratuitos.

El sistema de gobierno municipal en Guatemala es el reconocimiento de alcaldías comunitarias y auxiliares: promoviendo "...alcaldía indígenas, comunitarias o auxiliares.

²¹ <http://www.muniguate.com/concejo-municipal/noticias/que-es-concejo-municipal/>, ¿Qué es un consejo municipal? (Consultado el 20 de mayo de 2020)



Estas son entidades representativa de las comunidades en especial como vínculo de relación con el gobierno municipal.”²²

Aunque el nombramiento de los alcaldes auxiliares y comunitarios es nombrado por el alcalde municipal su objetivo es acercarse y promover la participación de las comunidades indígenas. También tiene competencias propias y estas van desde el abastecimiento de agua, pavimentación de calles, regulación del transporte, el control de la educación pública del territorio que gobierna, parques, control forestal, servicio de policía de tránsito, entre otros.

En cuanto a las competencias delegadas sus funciones están destinadas al mantenimiento de caminos y accesos a otros municipios, el control sanitario, la educación en conjunto con el Ministerio de Educación, gestión de recursos naturales en conjunto con el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, construcción de edificios escolares, programas y proyectos de salud en Conjunto con el Ministerio de Salud y Asistencia Social.

1.4. Definiciones

Adolfo Posada citado por Antonio María Hernández, expuso tres conceptos del municipio, desde los puntos de vista sociológico, político y jurídico. En el primer aspecto definió al municipio “como el núcleo social de vida humana total, determinado o definido naturalmente por las necesidades de la vecindad”. Con respecto al segundo

²²https://prezi.com/v_ruys7xilm/administracion-municipal-de-la-republica-de-guatemala/, **Administración municipal de la república de Guatemala**. (Consultado el 20 de mayo de 2020)



dijo: "el municipio es, o debe ser, un organismo con su sistema de funciones para los servicios, que se concretan y especifican más o menos intensa y distintamente en una estructura: gobierno y administración municipales propios -autonomía-, desarrollados en un régimen jurídico y político más amplio: regional (estados de la Unión Americana, estados alemanes, etcétera) o nacional (Francia, España, Italia, entre otras)."²³

Y en relación al último punto de vista, escribió: "El municipio, legal y positivamente considerado, es una expresión de valor estrictamente histórico, aplicada a un fenómeno que se ha producido en los diferentes países de manera distinta, planteándose y resolviéndose su problema de modo muy diverso."²⁴

Daniel Hugo Martins, define jurídicamente al municipio como "...institución político-administrativa-territorial, basada en la vecindad, organizada jurídicamente dentro del Estado para satisfacer las necesidades de vida de la comunidad local, en coordinación con otros entes territoriales y servicios estatales."²⁵

La enciclopedia Espasa Calpe señala que el municipio es: "...Una sociedad necesaria, orgánica y total establecida en determinado territorio y que tiende, con personalidad jurídica definida, a la realización de aquellos fines público que trascendiendo de la

²³ Antonio María, Hernández, **Derecho municipal**. Pág. 187

²⁴ **Ibíd.** Pág. 187

²⁵ **Ibíd.** Pág. 187



esfera de la familia no llegan, sin embargo, a la en que se desenvuelven otras entidades de carácter político (provincias, regiones, Estados, Unión de Estados).²⁶

1.5. Elementos

El municipio se caracteriza por ser una "...persona jurídica de derecho público, compuesta por un grupo social humano interrelacionado por razones de vecindad al estar asentado permanentemente en un territorio dado, con un gobierno autónomo propio y sometido a un orden jurídico específico, con el fin de mantener el orden público, prestar los servicios públicos indispensables para satisfacer las necesidades elementales de carácter general de sus vecinos y realizar las obras públicas requeridas por la comunidad."²⁷

Los principios básicos y fundamentales que debe tener un municipio que esencialmente lo componen son: la población, el grupo de persona que gobierna, el órgano gubernamental, el consejo municipal y cada uno de los miembros de la organización, el orden jurídico, este es creado siempre mediante disposiciones legales y la finalidad o el fin por el cual se ha realizado. El Artículo ocho del Código Municipal dispone que los elementos del municipio se integren de la siguiente manera:

- a) La población
- b) El territorio

²⁶ Enciclopedia Universal Ilustrada Europea-Americana Espasa-Calpe, t. XXXVII. Pág.50

²⁷ Martínez Gil, El municipio, **Op. Cit.** Pág. 199



- c) La autoridad ejercida en representación de los habitantes tanto por el consejo municipal como por las autoridades tradicionales propias de las comunidades de su circunscripción.
- d) La comunidad organizada
- e) La capacidad Económica
- f) El ordenamiento jurídico municipal y el derecho consuetudinario
- g) El patrimonio del municipio.

Para efectos de la presente investigación solamente se hará referencia de los elementos esenciales que componen el municipio y son: el territorio, la población, el órgano gubernamental, el orden jurídico y la finalidad.

1.5.1. El territorio

Al municipio para ejercer su gobierno autónomo propio se le delega un territorio determinado, la ley puede tener la extensión territorial mínima para que un territorio pueda ser considerado como tal, según el Artículo 22 del Código Municipal establece la división territorio, describiendo que cuando convenga a los intereses del desarrollo y administración municipal o a solicitud de los vecinos, el Concejo Municipal podrá dividir el municipio en distintas formas de ordenamiento territorial internas, observando, en todo caso, las normas de urbanismo y desarrollo urbano y rural establecidas en el municipio, así como los principios de desconcentración y descentralización local.

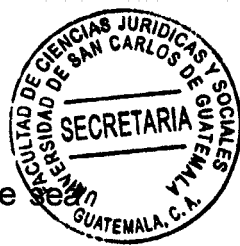
En ese mismo sentido el Artículo 23, describe que: "...Distrito municipal es la circunscripción territorial en la que ejerce autoridad un Consejo Municipal. La

circunscripción territorial es continua y por ello se integra con las distintas formas de ordenamiento territorial que acuerde el Consejo Municipal. La cabecera del distrito es el centro poblado donde tiene su sede la municipalidad.”

1.5.2. La población

La población es uno de los elementos que tienen mayor importancia para el municipio ya que sin población, no existen personas a quien gobernar; asimismo es la característica más importante de este tipo de población es que deben ser personas que habitan permanentemente en el mismo lugar y que estén constituidos como vecinos a través de la vecindad.

Los Artículos 11, 12 y 14 del Código Municipal al respecto de la población establecen: La población del municipio está constituida por todos los habitantes de su circunscripción territorial. La vecindad es la circunscripción municipal en la que reside una persona individual, y la calidad de vecino se adquiere por la permanencia continua en la circunscripción territorial que gobierna el municipio, esto se certifica a través de un documento que anteriormente era para mayores de edad la cedula de vecindad y para menores el certificado de la partida de nacimiento, actualmente se utiliza el Documento Personal de Identificación, a través del Código Único de Identificación que los menores de edad ya tienen también, extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República



Ahora respecto al mínimo de personas vecinas dentro de un municipio para que considerado municipio el Artículo 28 del Código Municipal establece que debe de ser un mínimo de 10,000 habitantes como mínimo o más.

1.5.3. El gobierno

"Al igual que el Estado, en el municipio el gobierno viene a ser un elemento esencial, con la diferencia de que no es soberano, sino autónomo. La historia y el derecho comparado registran diversas formas de gobierno municipal, que incluye órganos monocráticos y colegiados; en ellas descuellan el sistema colegiado de asamblea, el esquema colegiado de comisión, el sistema monocrático de gerente y el sistema mixto de binomio alcalde-consejo."²⁸

Respecto a Guatemala, el Artículo tres del Código Municipal establece lo referente a la autonomía, garantizada por la constitución Política de La República, éste elige a sus autoridades y ejercer por medio de ellas, el gobierno y la administración de sus intereses, obtiene y dispone de sus recursos patrimoniales, atiende los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción, su fortalecimiento económico y la emisión de sus ordenanzas y reglamentos. Para el cumplimiento de los fines que le son inherentes coordinará sus políticas con las políticas generales del Estado y en su caso, con la política especial del ramo al que corresponda. Ninguna ley

²⁸ *Ibíd.* Pág. 199

o disposición legal podrá contrarias, disminuir o tergiversar la autonomía municipal establecida en la Constitución Política de la República.

El tipo de gobierno municipal guatemalteco es colegiado, esto regulado en el Artículo nueve del Código Municipal, donde establece: "...Del concejo y gobierno municipal. El Concejo Municipal es el órgano colegiado superior de deliberación y de decisión de los asuntos municipales cuyos miembros son solidaria y mancomunadamente responsables por la toma de decisiones y tiene su sede en la cabecera de la circunscripción municipal. El gobierno municipal corresponde al Concejo Municipal, el cual es responsable de ejercer la autonomía del municipio. Se integra por el alcalde, los síndicos y los concejales, todos electos directa y popularmente en cada municipio de conformidad con la ley de la materia. El alcalde es el encargado de ejecutar y dar seguimiento a las políticas, planes, programas y proyectos autorizados por el Concejo Municipal."²⁹

1.5.4. El orden jurídico

El orden jurídico es otro elemento esencial del municipio, está compuesto por un sistema de leyes o conjunto de disposiciones legales que permiten que el municipio pueda desarrollar su autoridad principalmente en la imposición de multas, cobros, tasas, etc., así como la resolución de conflictos y trámites de autorización.

²⁹ *Ibíd.* Pág. 199

1.5.5. La finalidad

Como toda organización social, "...el municipio tiene un fin, que para unos es determinado por la condiciones históricas; para otros consiste en el bien común; a juicio de otros más, en la realización de los valores individuales y sociales de la persona humana o en el bien público temporal."³⁰

Dentro del Código Municipal los fines del municipio no son definidos claramente por una disposición legal en especial por lo tanto se tomara en cuenta los descritos para la municipalidad de Villa Nueva, departamento de Guatemala, donde hace una clasificación de su finalidad En primer lugar menciona que los fines del municipio son los mismo que el Estado de Guatemala tiene y estos son:

- a) "Proteger a la persona y la familia.
- b) Garantizar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos individuales y sociales.
- c) Promover el desarrollo económico.
- d) Velar por la conservación del medio ambiente."³¹

También toma en consideración los fines supremos del Estado, que es los bien comunes contenidos en los Artículos 1,2 y 119 de la Constitución Política de la República. Respecto a sus fines propios esta municipalidad menciona:

- a) "Ejercer y defender la autonomía municipal.
- b) Impulsar permanentemente el desarrollo integral de todos sus habitantes.

³⁰ **Ibíd.** Pág. 199

³¹ <https://www.villanueva.gob.gt/fines-de-un-municipio>, **Fines de un municipio.** (Consultado el 20 de mayo d 2020)

- c) Velar por su integridad territorial y el fortalecimiento de su patrimonio económico, cultural y natural.
- d) Promover, de manera permanente y sistemática, la participación efectiva, voluntaria y organizada de los habitantes en los asuntos municipales.”³²

1.5.6. Clasificación del municipio

Los municipios se pueden clasificar como rurales, semiurbanos, urbanos. El municipio rural se caracteriza por la falta de maquinaria y equipo dentro de su territorio para poder llevar a cabo su actividad económica, la agricultura es realizada con herramientas no industrializadas, al igual que la ganadería, pesca y minería, su población es mínima y suelen emigrar a ciudad o lugares industrializados. “Actualmente existe una propuesta para reconocer la figura dl municipio indígena, que hace referencia a los municipios en los que su población se dedica principalmente a actividades productivas rurales, en los que existe forma comunitaria de vida y de gobierno y una identidad étnica y cultural particular.”³³

Al respecto el Código Municipal establece en su Artículo 20: “...Comunidades de los pueblos indígenas. Las comunidades de los pueblos indígenas son formas de cohesión social natural y como tales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, debiendo inscribirse en el registro civil de la municipalidad correspondiente, con respeto de su organización y administración interna que se rige de conformidad

³² **Ibíd.**

³³ Martínez Gil, El municipio, **Op. Cit.** Pág. 199

con sus normas, valores y procedimientos propios, con sus respectivas autoridades tradicionales reconocidas y respetadas por el Estado, de acuerdo a disposiciones constitucionales y legales.”

En cuanto a los municipios semiurbanos, aunque su población es pequeña pero un poco mayor que la del municipio urbano, puede establecerse que sus "...actividades productivas mixtas, relacionadas con los sectores de una economía en proceso de transición de lo rural a lo urbano; predominan las actividades agropecuarias, forestal y pesquera en combinación con la pequeña industria, artesanía, comercios y servicios.”³⁴ Este tipo de municipios en la República de Guatemala son muy comunes ya que sus áreas industrializadas son muy pocas.

En cuanto a los municipios urbanos: "...este tipo de municipio se caracteriza porque las principales actividades económicas que se realizan en su territorio son industriales, de comercio y servicios. Por lo general, son receptores de las migraciones que proceden del medio rural, y en algunos casos presentan elevadas tasas de crecimiento demográfico. Son espacios urbanos que cuentan con infraestructuras necesarias para disponer de servicios públicos básicos, así como equipamientos (de salud, educativos, etcétera) de cobertura estatal y regional. Estos municipios reciben migrantes del medio rural, que se localizan en los mismos tras la búsqueda de mejores oportunidades de empleo y de mejores condiciones de vida para sus familias.”³⁵

³⁴ **Ibíd.** Pág. 199

³⁵ **Ibíd.** Pág. 199



CAPÍTULO II

2. Contrato de fideicomiso

El contrato de fideicomiso es el instrumento jurídico que en los últimos años las comunas municipales en el país han tomado como método financiero para poder desarrollar sus proyectos, sin embargo la falta de información en su constitución y los intereses personales, han superado muchas veces los objetivos para poder alcanzar los fines del municipio. Siendo necesario conocer dicho contrato para establecer su naturaleza doctrinaria y jurídica, determinando su correcta aplicación en la práctica.

2.1. Antecedentes

El contrato de fideicomiso así como se conoce en la actualidad, tiene antecedentes muy recientes, sin embargo al buscar dentro del Derecho Romano podemos encontrar que existe indicios respecto a este negocio jurídico, también es importante mencionar que no existe en la doctrina unanimidad respecto al origen de esta figura contractual.

Dos son las corrientes que determinan el origen del contrato de fideicomiso uno de ellos es el Derecho Romano, y el otro es el derecho anglosajón, respecto al primero se establece que: "...se señalan como negocios fiduciarios el llamado *fideicommissum*, que era un acto por el cual el testador transmitía de transmitirlos a un tercero. Esto obedecía al hecho de que este tercero, por limitaciones en su capacidad de adquirir, no podía aparecer como parte en un contrato de enajenación. El acto se basaba en la

confianza que existía entre las partes, de ahí que el mismo nombre del negocio forme del latín *fides* que significa fe y *commissus* que indica comisión. El negocio estuvo en principio fuera de las normas vigentes del derecho romano; pero al irse asentando como práctica jurídica y presentarse conflictos de intereses debido al incumplimiento de la comisión, se instituyó el funcionamiento de un Pretor específico para velar por la efectividad del *fideicommissum*. Existieron también los llamados pactos fiduciarios que se basaban siempre en la confianza entre las partes, con la diferencia de que eran realizados entre vivos. La fiducia *cumers ditore*, era un pacto por el que se transmitía un bien para garantizar una obligación; si éste no se cumplía, el bien podía ser retenido o vendido para pagar la deuda. Por su lado, la fiducia *cumiamico* permitía trasladar el dominio sobre un bien, en forma parecida al depósito o el comodato, con el fin de que fuera devuelto oportunamente. Por lo regular se recurría a este pacto cuando se temía perder la propiedad por disposiciones del poder público. Como vemos, la forma testamentaria de constituir el fideicomiso de garantía o el de administración, encuentran sus raíces en esos pactos que vienen desde el derecho romano.”³⁶

Respecto al antecedente más próximo del fideicomiso latinoamericano, especialmente el que se encuentra contenido en el Código de Comercio de Guatemala, es el contrato Trust norteamericano, donde sus funciones más básicas van dirigidas a que una persona que propietaria o dueño de un bien lo administra con el objetivo de que el resultado de esa administración beneficie a otra persona.

³⁶ Villegas Lara, René Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 234



La primera regulación legal del fideicomiso en Guatemala se encuentra descrita en la Constitución de la República de Guatemala del año 1945, también tuvo parte dentro del Código Civil, como un negocio de naturaleza civil, dentro del Decreto Ley 106 del Jefe de Estado. Posteriormente al emitirse un Código de Comercio se separan todos los contratos de naturaleza mercantil, describen en el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, dentro de los artículos 766 al 793.

2.2. Definición

El Artículo 766 del Código de Comercio de Guatemala, establece una definición del fideicomiso de forma generalizada, porque de la aplicación este contrato surgen muchas variantes, pero su base conceptual se encuentra en dicho artículo estableciendo 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."

2.3. Características

El Código de Comercio de Guatemala describe las características del contrato de fideicomiso en el Artículo 766, sin embargo, estas peculiaridades son los elementos que conforman la definición del contrato de fideicomiso, pero este contrato



doctrinariamente cuenta con otras características distintas a los elementos de definición, las cuales pueden ser:

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

- b) Es un negocio oneroso. Esta característica deviene de la misma naturaleza mercantil del fideicomiso y se confirma en el artículo 793 del Código de Comercio, en donde se prescribe que el fiduciario tiene derecho a honorarios en compensación por sus servicios, los que serán por cuenta del fideicomitente, del fideicomisario y de ambos a la vez. Para tal efecto, el fiduciario tiene preferencia frente a otros acreedores en resguardo de su derecho;

- c) Es un negocio nominado legislativamente;

- d) Es un negocio típico mercantil;

- e) Es formal *ad solemnitatem*. Debe constar necesariamente en escritura pública en las dos formas de presentarse la constitución. La ausencia de esa formalidad, hace inexistente el vínculo;

- f) Es de tracto sucesivo porque la consumación del negocio se prolonga en el tiempo. Así el artículo 787 inciso siete del Código de Comercio de Guatemala, establece

que fideicomiso tiene un plazo máximo de 25 años, salvo que se pacte en favor de un incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, en donde no opera dicho límite. Puede suceder que en el instrumento se establezca un límite mayor; en esa circunstancia el vínculo comercial existe, pero el plazo se reduce al límite legal; y

- g) Es consensual cuando se formaliza mediante contrato. Esta característica no tiene razón de ser cuando proviene de una declaración unilateral de voluntad.”³⁷

2.4. Elementos

Según los Artículos 767 al 769 del Código de Comercio de Guatemala establecen los elementos que participan en la constitución de un contrato de fideicomiso, siendo el fideicomitente, fiduciario, y fideicomisario, la actuación de cada una es la siguiente:

- a) El fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes, y el fideicomisario, para adquirir el provecho del fideicomiso. El que no puede heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario. Por los menores, incapaces y ausentes, pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial. Puede también constituirse por apoderado con facultad especial.

³⁷ *Ibíd.* Pág. 234



- b) Respecto al Fiduciario sólo podrán ser los bancos establecidos en el país. instituciones de crédito podrán asimismo actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria.
- c) Fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior. El fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso.

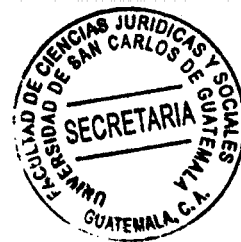
2.5. Forma del fideicomiso

La forma del fideicomiso según el Código de Comercio de Guatemala se constituye a través de escritura pública, al respecto el Artículo 771 del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala establece que dentro del "...contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de los bienes." Al constituirse plenamente el fideicomiso este surte efectos frente a terceros, esto se encuentra contenido dentro del Artículo 776 del cuerpo legal antes mencionado, describiendo lo siguiente:



El fideicomiso surte efectos contra terceros:

- a) Desde el momento de la presentación del documento constitutivo al Registro de la Propiedad, si se tratara de inmuebles, derechos reales y demás bienes sujetos a inscripción.
- b) Desde que la traslación se perfeccione de acuerdo con el documento constitutivo de la obligación o la ley, si se tratara de créditos u obligaciones no endosables.
- c) Desde la fecha del endoso o registro, en su caso, si se tratara de títulos a la orden o nominativos, o de bienes muebles sujetos a registros o inscripción.
- d) Desde la fecha del documento constitutivo del fideicomiso si se tratara de bienes muebles no sujetos a registro.
- e) Desde que se efectúa la tradición si se tratara de títulos al portador.
- f) Desde que se efectúa la publicación de un edicto en el Diario Oficial, notificándolo a los interesados, si se tratara de empresas industriales, comerciales o agrícolas.



2.6. Clases o tipos

El fideicomiso es uno de los contratos que tienen diversas tipologías en su práctica, sin embargo legalmente solo se encuentra legislado el fideicomiso en garantía dentro del Código de Comercio de Guatemala. Aunque existe una diversidad muy grande fideicomisos los más utilizados son: el de garantía, el de administración y el de inversión.

El fideicomiso en garantía se encuentra regulado en el Artículo 791 del Código de Comercio de Guatemala, estableciendo que: "...Si se tratare de fideicomisos de garantía, en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante Notario, siendo nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta. Las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilarán a los créditos con garantía real. El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor."

Respecto al fideicomiso de administración es "...el instrumento a través del cual el fideicomitente transmite bienes a un fideicomiso, que están afectos a la realización del encargo fiduciario. El encargo fiduciario puede ser hacer pagos por cuenta del fideicomitente, otorgar créditos, trasladar fondos a las cuentas que requiera el fideicomitente, invertir los fondos, entre otros. Todo ello, de acuerdo a las directrices indicadas por el fideicomitente. Para la mejor administración del Fideicomiso,



usualmente se designa un Comité Técnico, que es el órgano colegiado, asesor del fiduciario, para la toma de decisiones respecto a la administración y erogación de los fondos fideicometidos.”³⁸

El fideicomiso de inversión consiste en que “...el Fiduciario invierte el patrimonio transmitido en títulos valores y otros instrumentos de renta según instrucciones del Fideicomitente, dentro de los principales productos están: Fondos de Pensión, Fondos de ahorro para empresas y empleados bajo el sistema de capitalización individualizada.”³⁹ Otros tipos de fideicomisos son:

- a) Fideicomiso traslativo de la propiedad o de dominio: Se da comúnmente dentro de la adjudicación de bienes inmueble entre familiares, caso especial cuando un padre desea dejarle un bien a su hijo una propiedad hasta la mayoría de edad, mientras tanto se encuentra en administración por un tercero quien se compromete a dárselo.
- b) Fideicomiso de seguros: Este contrato va dirigido a la administración del dinero que se reciba de un seguro, para que la persona que lo reciba lo administre correctamente y no lo malgaste, es decir el asegurado nombra como beneficiario a un fiduciario para que lo administre, siendo los bancos facultados para ello, para que el importe del seguro lo administre la entidad financiera que lo administre y lo de al beneficiario según las condiciones estipuladas en el contrato de fideicomisos.

³⁸ <https://www.corporacionbi.com/GT/BANCOINDUSTRIAL/fideicomisos-de-administracion>, **Contrato de fideicomiso**, (Consultado el 2 de septiembre de 2020)

³⁹ **Ibíd.**

- c) Fideicomiso inmobiliario: el objeto de este contrato es realizar una obra inmobiliaria es decir el fideicomitente encomienda al fiduciario la administración de bienes, servicios y dinero con el fin de la creación de un proyecto inmobiliario, que al finalizar la obra será entregada a un beneficiario.
- d) Fideicomiso testamentario: Este fideicomiso se da como un acto de última voluntad, donde el fideicomitente encomienda al fiduciario a que administre bienes o títulos valores, porque los herederos están incapacitados o no tienen el conocimiento para poder administrarlo. La ejecución del contrato se da cuando fallece el fideicomitente.
- e) Fideicomiso financiero: se dan cuando el banco es el fideicomitente y el fiduciario donde teniendo títulos valores, se encarga de su administración y los beneficiarios son los titulares de dichos documentos.
- f) Fideicomisos mixtos: Este fideicomiso se presenta cuando se hacen una combinación de los elementos y peculiaridades que presentan los fideicomisos anteriores.

Asimismo; otra tipología del fideicomiso es el público, sin embargo por la importancia del mismo se ampliara en el siguiente título.



2.7. El fideicomiso público

El fideicomiso público es el realizado por una institución estatal o con una inversión del Estado a través de sus entidades, como fideicomitente, para entregarlo a una entidad financiera y lo administre, siendo el beneficiario el bien común de la población a la que va dirigida las ganancias o los beneficios que pueda obtener por la creación de una obra o la realización de un proyecto y también el propio ente estatal.

El fideicomiso público está compuesto por elementos de forma y personales, el primero es a través de un contrato que se rige por las leyes de Guatemala a través del Código de Comercio y el Código de Notariado que determinan que debe ser a través de Escritura Pública. El Ministerio de Finanzas Públicas los clasifica de la siguiente manera:

- A. "Contrato: Los fideicomisos se constituyen mediante escritura pública, en la cual se plasman las condiciones que regirán el mismo.

- B. Elementos Personales: Son las personas individuales o jurídicas que otorgan la escritura pública de fideicomiso:
 - a) Fideicomitente: Para las entidades de la administración central, es el Estado de Guatemala, representado por el Ministro que corresponda, quien actúa como



Mandatario del mismo; o una entidad descentralizada o autónoma, a través de su autoridad superior.

b) Fiduciario: Bancos del Sistema o entidad financiera.

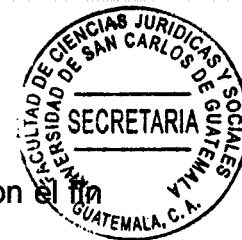
c) Fideicomisario: Generalmente es el Estado de Guatemala, la entidad descentralizada o autónoma o algún sector específico beneficiado con los programas y proyectos a ejecutar a través del fideicomiso.

C. Fines u Objetivos: Fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de los recursos públicos que serán administrados por una institución fiduciaria y así dar seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común.

D. Patrimonio Fideicometido: Conjunto de bienes y derechos transmitidos al fiduciario que son afectos a fines u objetivos determinados.”⁴⁰

Respecto a los elementos personales son el fideicomitente que es la institución estatal a través de su representante legal, el fiduciario que será la entidad financiera o banco que se encargara de administrar el bien o el importe económico, y el fideicomisario este generalmente es el Estado, puede ser una entidad autónoma o descentralizada, como

⁴⁰ <https://www.minfin.gob.gt/index.php/fideicomisos>, **Fideicomisos**. (Consultado el 10 de septiembre de 2020)



las municipalidades, beneficiando con los proyectos a la población general, o con el supremo constitucional que es el bien común.

Otros aspectos relevantes de los elementos del fideicomiso público son los fines u objetos, con esto tratan de hacer una promoción sobre el desarrollo económico-social, de un país determinado a través de una administración bancaria, con el fin de que programas, proyectos puedan alcanzar el bien común. El último elemento es el material y es el patrimonio fideicometido, siendo los bienes y derechos que se dan al fiduciario, los cuales con la administración de los mismos se cumplan fines y objetivos, constituyendo un patrimonio totalmente separado del fideicomitente.

El fideicomiso público también está sub clasificado por otro tipo de fideicomisos, es decir pueden constituirse fideicomisos en garantía, en administración y en inversión, también se encuentran los de asistencia crediticia, financiamiento no reembolsable y mixtos. Por otro lado existen causas de la extinción de este negocio jurídico, siendo las siguientes:

- a) "Vencimiento del plazo para el que fue constituido.
- b) Por la realización de bien para el que fue constituido.
- c) Por la imposibilidad de verse realizado.
- d) Por convenio o acuerdo entre el fideicomitente o fideicomisario.
- e) Por muerte o incapacidad del fiduciario."⁴¹

⁴¹ <https://www.centraalfiduciaria.com/blog/los-fideicomiso-publico-en-que-consisten/>, **Fideicomiso público**. (Consultado el 5 de septiembre de 2020)

Por otra parte los fideicomisos pueden clasificarse como:

- a) "Reembolsables: los que recuperan el capital invertido. Generalmente se constituyen para brindar y facilitar crédito a determinados sectores de la población.
- b) No Reembolsable: los que no recuperan los recursos invertidos. Se utilizan para ejecutar programas y proyectos.
- c) Mixto: los que se ejecutan con las dos formas anteriores.
- d) Garantía: cuyo patrimonio garantiza el pago de una obligación."⁴²

Los fideicomisos públicos tienen un ciclo de vida, determinados dentro de las condiciones contractuales, el Ministerio de Finanzas Públicas describe el siguiente:

- a) "Autorización: Se realiza mediante Acuerdo Gubernativo o Decreto Legislativo.
- b) Constitución: Se formaliza mediante un contrato (escritura pública), en la cual se establecen las condiciones y características específicas para determinado fin.
- c) Modificación: Se permite mediante la alteración de las condiciones establecidas en el contrato. Requiere nueva autorización.
- d) Extinción: Es el momento en que el fideicomiso deja de tener vida jurídica y ya no proceden actos de administración.
- e) Liquidación: Es el momento en que se realizan los saldo de las cuentas, en caso de excedentes se devuelven al fideicomitente, se saldan las obligaciones y se otorgan un finiquito al fiduciario."⁴³

⁴²<https://www.minfin.gob.gt/index.php/fideicomisos>, **Fideicomisos**. (Consultado el 10 de septiembre de 2020)

⁴³ **Ibíd. Pág. Web:** <https://www.minfin.gob.gt/index.php/fideicomisos>



Para la supervisión de los fideicomisos públicos, son tres las instituciones estatales encargadas para el efecto, la cuales son:

- a) Contraloría General de Cuentas, dentro del Decreto 32-2002, establece que de conformidad con la ley corresponde a esta institución la función fiscalizadora del Estado, velar por la probidad, transparencia y honestidad de la administración pública; y promover y vigilar la calidad del gasto público.

- b) Ministerio de Finanzas Pública -MINFIN- se establece en el Decreto 114-97, Acuerdo Gubernativo 394-2008, que es deber de ellos: Gestionar la constitución, reglamentar, registrar y controlar la operación de los fideicomisos públicos, requerir y recibir informes relacionados con los fideicomisos públicos, cuando corresponda, proporcionar la información disponible relacionada con los fideicomisos en donde haya comparecido como representante del estado como fideicomitente.

- c) Superintendencia de Bancos, en el Decreto 18-2002 se determina que como parte de la funciones de vigilancia e inspección que ejerce sobre las entidades que actúen a los fines y condiciones establecidos en los respectivos contratos de fideicomiso y por qué tales entidades mitiguen adecuadamente los riesgos que se deriven de su ejecución.

2.8. Nulidad

Respecto a la nulidad del contrato de fideicomiso el Artículo 789 del Código de Comercio de Guatemala, establece dos casos, el primero es cuando se constituyen en



forma secreta, un ejemplo de ello es cuando son constituidos en documento privado no a través de escritura pública. El segundo se encuentra en su numeral dos que determina que son aquellos en los cuales el beneficio se otorgue a diversas personas, sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo que la sustitución se efectúe en favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

2.9. Extinción

La extinción del fideicomiso se determina a través del Artículo 787 del Código de Comercio de Guatemala, las cuales son:

- a) Por realizarse el fin para el que fue constituido;
- b) Por hacerse imposible su realización;
- c) Por haberse realizado la condición resolutoria a que hay quedado sujeto;
- d) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario;
- e) Por revocatoria cuando el fideicomitente se hay reservado ese derecho en el instrumento constitutivo;
- f) Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo;
- g) Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, salvo que se refiera a la excepción que estable la ley; y por sentencia judicial.



Al terminar el fideicomiso, los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario deberán ser entregados a quien corresponda, según las disposiciones del documento constitutivo o sentencia judicial, en su caso; y en su defecto, al fideicomitente o sus herederos, en los casos señalados en los incisos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 787 de este Código y al fideicomisario, en los casos señalados en los incisos 1º y 7º del mismo artículo. (Artículo 788 Decreto número 2-70)





CAPÍTULO III

3. Caso de fideicomiso de la municipalidad de Zacapa

El caso concreto de Fideicomiso de la municipalidad de Zacapa es consecuencia de una denuncia ante el Ministerio Público, del alcalde que tenía funciones desde el año 2017, quien compareció hacer del conocimiento que los integrantes de las corporaciones municipales, que ejercieron sus cargos en los períodos comprendidos del quince de enero del año 1996 al catorce de enero del 2016, inclusive, causaron grandes perjuicios económicos a la comuna por someterlo a una contratación fiduciaria leonina y que no ha cumplidos sus actividades.

La denuncia es en contra de los integrantes de las corporaciones municipales de los periodos comprendidos de 1996 al 2000, 2000 al 2004 al 2008, 2008 al 2012, 2012 al 14 de enero de 2016. Se solicitó a la Contraloría General de Cuentas la realización de una auditoría que examine las operaciones y transacciones financieras-administrativas desde la constitución del fideicomiso para la construcción del mercado municipal de Zacapa "FIDEZACAPA", emitiendo el informe respectivo para determinar si el proyecto y el fideicomiso en mención fue constituido bajo los criterios de probidad, transparencia, economía y calidad del gasto público. También se consideró en la denuncia iniciar persecución penal por los delitos de usura, peculado, concusión, fraude, caso especial de estafa y simulación.



3.1. Antecedentes

En fecha 21 de noviembre de 1997, por medio de Escritura Pública se crea el Fideicomiso para la construcción del Mercado Municipal de Zacapa "FIDEZACAPA", en el que se constituye como Fideicomitente la misma persona que fue la Fideicomisaria. Aportando para la constitución de este fideicomiso la cantidad de diez mil quetzales (Q.10, 000.00), para luego dar un crédito a la municipalidad de Zacapa por veintidós millones de quetzales (Q. 22, 000,000.00) a través de un fideicomiso en donde la misma persona es beneficiaria. El Fiduciario es la entidad Primer Banco de Ahorro y Préstamo Para La Vivienda, Sociedad Anónima, de nombre comercial VIVIBANCO. Los fines del Fideicomiso son los de proporcionar financiamiento a la municipalidad de Zacapa, establecimiento de crédito de Q.12, 000,000.00, para la construcción de un mercado. El plazo era por seis años con un periodo de gracia de un año, y la municipalidad de Zacapa daba en garantía:

- a) La cesión de los contratos de los inquilinos del mercado;
- b) Cobro y montos del Impuesto Único Sobre Inmuebles (IUSI) y
- c) El Impuesto de Circulación de Vehículos.
- d) Así mismo esta una garantía especial otorgaban el importe del situado Constitucional de la siguiente forma "La municipalidad deberá de otorgar una orden irrevocable autorizada por el situado municipal, para que en caso de incumplimiento del préstamo los fondos que ingrese y en derecho constitucional deberán de ser enviado al banco para que sean utilizados para cubrir mora, si la hubiese, acreditado el resto en la cuenta respectiva de la municipalidad.



“El Situado Constitucional responde a uno de los compromisos planteados en la Constitución Política de la República de Guatemala, se refiere al porcentaje que el Organismo Ejecutivo debe incluir anualmente en el Presupuesto General de Ingresos Ordinarios del Estado, para asignar a las municipalidades del país. Este porcentaje es distribuido según lo establece el Código Municipal. Su objetivo es destinar por lo menos un noventa por ciento del porcentaje para programas y proyectos de educación, salud preventiva, obras de infraestructura y servicios públicos que mejoren la calidad de vida de los habitantes; el otro diez por ciento restante, podrá ser utilizado para financiar gastos de funcionamiento.”⁴⁴

Asimismo; y en la misma fecha, 21 de noviembre de 1997, por medio de Escritura Pública VIVIBANCO actuando como entidad fiduciaria de FIDEZACAPA, celebra con la municipalidad de Zacapa contrato de Crédito Garantizado con Prenda, bajo la condiciones relacionadas anteriormente, por la cantidad Q.12,000,000.00, llamando ampliamente la atención la garantía prendaria sobre una parte del importe del Situado Constitucional, así como la cesión de cobro a la entidad fiduciaria y la recolección de los mencionados pagos (Impuesto Único Sobre Inmuebles y el Impuesto de Circulación de Vehículos).

En fecha 19 de agosto de 1998, por medio de escritura pública el fideicomiso acuerda ampliar para rectificar el crédito a la municipalidad de Zacapa por diez millones noventa y nueve mil treinta y un quetzales con treinta y nueve centavos de quetzal, (Q. 10,

⁴⁴ <https://www.segeplan.gob.gt/nportal/index.php/situado-constitucional>, ¿Qué es situado constitucional? (Consultado el 14 de septiembre de 2020)



099,031.39), la cual posteriormente ascendió a la suma de veintidós millones noventa y nueve mil treinta y un quetzal con treinta y nueve centavos de quetzal, de manera que el crédito ascendió a la suma de veintidós millones, noventa y nueve mil, treinta y un quetzales con treinta y nueve centavos de quetzales, (Q. 22, 099,031.39).

En fecha 8 de julio de 2003, por medio de la Escritura Pública el fideicomiso acuerda ampliar el objeto del fideicomiso, para que se pueda invertir en otras obras y no solo en la ampliación del mercado.

En el punto sexto del Acta 53-2004 de fecha 1 de julio de 2004 el Consejo Municipal, acuerda facultar al Alcalde para negociar con el acreedor y el Instituto de Fomento Municipal, -INFOM- la restructuración del préstamo. Mediante el punto cuarto de Acta 65-2004 de la sesión Extraordinaria del Concejo Municipal celebrada el 10 de agosto de 2004 por medio del cual la municipalidad de Zacapa se reconoce deudora de la entidad VIVIBANCO por la cantidad cuarenta y dos millones de quetzales, (Q. 42,000,000.00), y aprueba realizar un convenio por el plazo de veinticinco años, comprometiendo la municipalidad de Zacapa parte del aporte constitucional, más la cesión de cobro de ingresos propios, incluido el Impuesto Único Sobre Inmuebles IUSI, lo cual contraviene el principio de legalidad, delegación otorgada por el Ministerio de Finanzas Pública, el cual es una obligación adquirida por la municipalidad regulado en el Artículo 2 literal d) de la Ley del Impuesto Único sobre Inmuebles. Al tener de dicha norma, las atribuciones de recaudación administran.



En fecha 17 de septiembre de 2004, por medio de Escritura Pública, el Fideicomiso autoriza reestructurara la deuda que según VIVIBANCO era de 100 millones de quetzales a 42 millones de quetzales por un plazo de 25 años, comprometiendo la municipalidad de Zacapa parte del aporte constitucional, más la cesión del cobro de ingresos propios, incluido el Impuesto Único Sobre Inmuebles IUSI, lo cual contraviene el principio de legalidad delegación otorgada por el Ministerio de Finanzas Públicas, lo cual es una obligación adquirida por la municipalidad regulado en el Artículo 2 literal d) de la Ley del Impuesto Único sobre Inmuebles. Al tenor de dicha norma, las atribuciones de recaudación administración de dicho impuesto son indelegables por parte de la municipalidad de Zacapa en virtud que la citada ley no permite a ninguna municipalidad que pueda delegar en personas jurídicas tales atribuciones.

Finalmente, VIVIBANCO se queda aproximadamente con el 9% del importe situado constitucional, lo que apareja problemas financieros para la municipalidad de Zacapa y ha tenido como consecuencia, entre otras, la imposibilidad material de realizar una serie de cantidad de proyectos de inversión que mejore en la calidad de los vecinos del municipio. Adicional a lo anterior, VIVIBANCO en su calidad de fiduciario cobra diversas comisión que representa aproximadamente el 4% del monto fideicometido o capital, adicional a los de interés (al día de hoy 23.5%) y el 15% del fondo de garantía, contraviniendo con ella los Artículos 1947 y 1948 del Código Civil.

Por otro lado, se consuma el tipo penal establecido en el Artículo 276 del Código Penal, que establece la comisión del delito de usura este se da cuando, se "...exige de su



deudor, en cualquier forma, un interés mayor que el tipo máximo que fije la ley evidentemente desproporcionado con la prestación, aun cuando los réditos se encubran o disimulen bajo otras denominaciones. El responsable de usura será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos quetzales a dos mil quetzales”, porque en dicho préstamo se pagará tres veces más del monto de la deuda controlada, en virtud de los intereses y comisiones pactadas.

De conformidad con el Decreto 58-88 del Congreso de la República (Código Municipal vigente al momento de la suscripción del crédito) la municipalidad debió de obtener el Dictamen del Concejo de Desarrollo Urbano y Rural de la Región Nor Oriente, extremo que se hace constar ni en el contrato de fideicomiso ni tampoco en el contrato de crédito, con lo cual se violó el Artículo 89 del citado cuerpo legal, que establece: “...Préstamos. Los préstamos que obtenga la municipalidad en bancos y otras entidades financieras de crédito autorizadas para operar en Guatemala, no requieren autorización ni aprobación del Ejecutivo ni dictamen favorable de la Junta Monetaria, bastando únicamente, el dictamen del Consejo de Desarrollo Urbano y Rural de la región.”

En tal sentido, hago constar que en el momento de tomar posesión del cargo de alcalde municipal el 15 de enero de 2016 en los archivos de la municipalidad no se encontró expediente administrativo correspondiente a la construcción del mercado municipal del cual deriva el crédito, en donde debe constar necesariamente el estudio de factibilidad



respectivo, violando con ello el Artículo 91 del Código Municipal vigente a esa fecha que describe:

“...Otros requisitos y condiciones de los préstamos y empréstitos. En la contratación de préstamos y empréstitos, además, es necesario: a) Que el producto se destine exclusivamente a financiar la planificación, programación y ejecución de obras o servicios públicos municipales, o a la ampliación, mejoramiento y mantenimiento de los existentes. b) Que sea acordada con el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Corporación Municipal. En los empréstitos actuará como agente financiero de la municipalidad el Instituto de Fomento Municipal, que como tal asegurará el debido y puntual pago del servicio de la deuda. c) Que las obras y servicios sean autofinanciables, y que las tasas, derechos y demás contribuciones alcancen a cubrir su operación, administración y mantenimiento, así como el pago del servicio de la deuda.”

Únicamente se encontraron las planillas de empleados municipales correspondientes al periodo de febrero de 1998 a noviembre de 1998, con lo cual se demuestra que el mercado municipal fue construido utilizando empleados municipales y no por empleados pertenecientes a las constructoras contratadas para el efecto, con lo que se afectó doblemente los fondos municipales. Siendo ello constitutivo de los delitos de Peculado, tipificado en el artículo 445; concusión, tipificado en el artículo 449, fraude, contenido el artículo 450; Caso especial de estafa, establecido en el artículo 264; todos ellos del Código Penal. Es importante mencionar que, al día de hoy, VIVIBANCO no ha



cumplido con su obligación de enviar reportes o estados de cuenta mensuales sobre el estado del crédito, por lo que no se tiene conocimiento las cantidades que han cobrado en concepto de comisiones.

En cuanto al contrato de fideicomiso se observó por el ente investigador, (Ministerio Público) lo siguiente:

- a) Se constituyó con una persona particular, que no tiene ni ha tenido relación laboral, contractual, ni como mandataria alguna con la municipalidad de Zacapa, y VIVIBANCO como fiduciario, siendo la misma también fideicomitente y fideicomisaria a la vez.
- b) FIDEZACAPA suscribe un contrato de crédito con mi representada, lo cual viola el Artículo 92 del Código Municipal vigente a esa fecha pues solo podía haberlo por intermedio del Ministerio de Finanzas Públicas y no con una persona de derecho privado.
- c) Se constituyó por una persona que al año 1997 tenía solamente 22 años de edad; entonces, como una persona de esa edad constituye un fideicomiso con diez mil quetzales, (Q.10, 000.00), para luego dar un crédito a la municipalidad de Zacapa por veintidós millones de quetzales, (Q.22, 000,000.00) a través de un fideicomiso en donde ella misma es beneficiaria.



d) El proyecto mercado municipal en la forma en que fue concebido incumplió en que estaba establecido en el Artículo 91 del Código Municipal, Decreto 58-88 del Congreso de la República, vigente en esas fechas, pues no era sostenible en virtud de que no se concibió como un proyecto autofinanciable.

De conformidad con lo que establece el Código municipal y la ley orgánica del presupuesto las corporaciones denunciadas carecían de facultades para comprometer el situado constitucional de la municipalidad de Zacapa por un plazo de 25 años, así mismo, es ilegal garantizar el pago de un crédito por medio de la cesión del cobro del Impuesto Único Sobre Inmuebles y la entrega total del situado constitucional, siendo procedente que dicha Institución se audite para determinar tales extremos y si existe un incumplimiento a su ley y si el contrato suscrito se revise de alguna nulidad, y si en constitución se realizara actividades tipificadas en la ley penal.

Aunado a lo anterior, la entidad VIVIBANCO nunca se pagó monto alguno sobre la deuda contraída por la municipalidad de Zacapa en el año 1997, por cantidad de doce millones de quetzales, (Q. 12,000,000.00), sin embargo, en el año 1998, el fideicomiso amplia para rectificar el crédito y le confiere a la municipalidad de Zacapa diez millones noventa y nueve mil, treinta y un quetzales, con treinta y nueve centavos de quetzal, (Q.10,099,031.39), es decir que aumenta la deuda de veintidós millones novecientos noventa mil, treinta y un quetzales, con treinta y nueve centavos de quetzal (Q. 22, 990,0031.39), solo de capital, más los intereses "pactados". Dicho monto comienza a correr de los años aumento llegando a ser una deuda según el banco casi de cien millones de quetzales, (Q. 100, 000,000.00), es decir, una cantidad ridícula e imposible

de pagar para una municipalidad como la de Zacapa, dejando a la misma básicamente en quiebra.

En virtud de los hechos relatados, se ha visto seriamente afectado porque la condiciones leonina del crédito dejan claro que del capital adeudado únicamente se han pagado son ocho millones trescientos trece mil ciento seis quetzales con noventa y siete centavos de quetzal, (Q. 8,313,106.97), en concepto de capital y de intereses se ha cancelado cuarenta y ocho mil millones, trescientos treinta y tres mil, trescientos noventa y cuatro quetzales, con ochenta y tres centavos de quetzal, (Q.48,333,394.83) y queda atada por 12 años más por un monto estimado de sesenta y tres millones, cuatro mil, cuatrocientos setenta quetzales con veinte centavos de quetzal, (Q.63,004,470.20) adicionales, haciendo un gran total estimado de ciento diecinueve millones, seiscientos cincuenta mil novecientos setenta y dos quetzales, (Q.119,650,972.00), lo cual ha impactado seriamente en la ejecución de proyectos que benefician a la población y lo más dramático del caso es que es una deuda por un proyecto que no está en funcionamiento en virtud del incendio acaecido en el año 2005.

3.2. Objetivo y fines del fideicomiso

Al ser el municipio una institución autónoma de derecho público, la ley la ha dotado también con una personalidad jurídica, lo que la hace un ser ficticio con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, con el objeto de cumplir los fines por los cuales ha sido creada, en Guatemala puede determinarse que es una organización con



características multiétnicas, pluriculturales y multilingües. Es así que los habitantes del territorio que ocupa el municipio están bajo la representación política de un Concejo Municipal, integrado por el Alcalde, Síndicos y Concejales, electos por medio del voto secreto, para un periodo de gobierno de cuatro años.

Asimismo; el Alcalde como representante legal, es el encargado de ejecutar y dar seguimiento a las políticas, planes, programas y proyectos autorizados por el Concejo Municipal, para la gestión de sus intereses, en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades económicas, sociales, culturales, ambientales y prestar cuantos servicios contribuyan a mejorar la calidad de vida, a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la población del municipio.

Entre las competencias propias del municipio relacionados a la constitución de un fideicomiso son: "...formular y coordinar políticas, planes y programas relativos al abastecimiento domiciliario de agua, alcantarillado; alumbrado público; mercados; rastros; administración y autorización de cementerios; limpieza y ornato; al tratamiento de desechos y residuos sólidos; pavimentación de vías urbanas y su mantenimiento; regulación del transporte; gestión de biblioteca, parque y farmacias municipales; servicio de policía municipal; generación de energía eléctrica; delimitación de áreas para el funcionamiento de ciertos establecimiento comerciales; reforestación para la protección de la vida, salud, biodiversidad, recursos naturales, fuentes de agua y luchar

contra el calentamiento global; y otras que le sean trasladadas por el Organismo Ejecutivo.”⁴⁵

El fideicomiso constituido por la municipalidad de Zacapa, fue precisamente para poder desarrollar sus funciones, en el texto de la escritura pública que le dio vida describe que los fines y destino es que: se constituye con la finalidad de proporcionar financiamiento a la municipalidad de Zacapa, departamento de Zacapa, para la ejecución y desarrollo de obras de infraestructura que directa o indirectamente contribuyan a mejorar las urbanizaciones, lotificaciones y núcleos habitacionales que dicha municipalidad tiene bajo su jurisdicción que incluyen y no se limitan a la construcción, pavimentación, bacheo y mantenimiento de las calles y villas de acceso y a la prestación de toda clase de servicios municipales. Como puede apreciarse se varia la finalidad última del fideicomiso mencionado en el punto de acta del consejo de administración de VIVIBANCO que como se indicó dice "...Que directa o indirectamente contribuyan a mejorar las condiciones de las viviendas de los vecinos del municipio".

3.3. Elementos que participaron en el fideicomiso

Se considera que el fideicomiso es un contrato donde una persona ya sea jurídica o física llamada fideicomitente destina bienes para poder realizar un propósito o fin determinado, encomendado a una institución financiera, en el caso de Guatemala se hace a través de bancos del sistema, denominado fiduciario o administrador, para el

⁴⁵ Contraloría General de Cuentas, **Municipalidad de Zacapa, del departamento de Zacapa, Auditoría financiera y presupuestaria período auditado del 01 de enero al 31 de diciembre 2012.** Pág.2



cumplimiento de un fin, destinado a un beneficiario o beneficio. Cuando se ejecuta en fondos públicos es un fideicomiso público.

Es decir el fideicomitente da recursos y es el encargado de decidir cuál será el fin, el fiduciario lo administra, y alguien más se beneficia de ello, quien es el fideicomisario, aunque el fideicomitente puede ser también fideicomisario, pero nunca el administrador lo puede ser.

“Los fideicomisos públicos son instrumentos jurídicos creados por la administración pública para cumplir con una finalidad lícita y determinada, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de los recursos públicos administrados por una institución fiduciaria. Asimismo, mediante el contrato de fideicomiso se da seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común. Los fideicomisos públicos deberán contar con una unidad ejecutora responsable.”⁴⁶ Sus elementos son:

- A. Contrato: Los fideicomisos se constituyen mediante escritura pública, en la cual se plasman las condiciones que regirán el mismo.

- B. Elementos Personales: Son las personas individuales o jurídicas que otorgan la escritura pública de fideicomiso:

⁴⁶ <https://www.minfin.gob.gt/index.php/fideicomisos>, **Fideicomisos**. (Consultado el 10 de septiembre de 2020)

a) Fideicomitente: Para las entidades de la administración central, es el Estado de Guatemala, representado por el Ministro que corresponda, quien actúa como Mandatario del mismo; o una entidad descentralizada o autónoma, a través de su autoridad superior. En el caso de la municipalidad de Zacapa debe ser el Alcalde, pero en el caso que se analiza, fue una persona particular sin ninguna relación laboral con la entidad.

b) Fiduciario: Bancos del Sistema o entidad financiera. En el caso que se analiza si cumple con este elemento, al ser un banco del sistema.

c) Fideicomisario: "Generalmente es el Estado de Guatemala, la entidad descentralizada o autónoma o algún sector específico beneficiado con los programas y proyectos a ejecutar a través del fideicomiso."⁴⁷ En el presente caso debe ser la población o bien la municipalidad, sin embargo la figura de beneficiario se volvió a dar a la misma persona particular que fue el fideicomitente. Aunque el proyecto era para la creación de un mercado, no era la municipalidad el beneficiario directo, esto podía provocar la privatización del mercado en el futuro al no tener claro el fideicomisario.

En relación al casos objeto de análisis fue un fideicomiso de la administración e inversión denominado fideicomiso para la construcción del mercado municipal de Zacapa, que se abrevio "FIDEZACAPA", en el que se constituye como Fideicomitente a una persona particular, siendo ella misma la Fideicomisaria El Fiduciario es la entidad

⁴⁷ *Ibíd.*



bancaria. En el texto de la escritura en ningún momento comparece un representante de la municipalidad de Zacapa (que conforme el Código Municipal, Decreto 58-88 del Congreso de la República, cuerpo legal vigente en ese momento, podía ser el alcalde municipal, cualquiera de los dos síndicos integrante del Consejo Municipal y/o un mandatario debidamente nombrado conforme lo estipula la Ley del Organismo Judicial, cuyo primer requisito esencial es ser abogado colegiado activo).

La única mención que se hace de la municipalidad de Zacapa en cuanto a su "comparecencia" y/o origen del negocio jurídico aparece como solicitante, VIVIBANCO no hace constar en ningún momento la autorización de un acuerdo o resolución del concejo municipal de Zacapa que facultara a dicho banco y/o a la persona particular a constituir un fideicomiso de administración e inversión en el que se imponen cargas sumamente gravosas a las finanzas del municipio de Zacapa.

3.4. Garantías prestadas en el fideicomiso

Al ser un fideicomiso de inversión y garantía, en el plazo que era por seis años inicialmente, pero este se prolongó hasta 25, traspasando más de un periodo de gobierno, heredando esta deuda a los subsiguientes gobiernos municipales, dando como prenda lo siguiente:

- a) La cesión de los contratos de los inquilinos del mercado;
- b) El cobro y montos del Impuesto Único Sobre Inmuebles IUSI;



- c) El impuesto de Circulación de Vehículos;
- d) El dieciséis por ciento (16%) de los ingresos que perciba la municipalidad de Zacapa por concepto de servicio de agua potable que cancelen los usuarios a la municipalidad. Nótese que aquí se comprometen recursos de otro servicio público municipal como lo es el de agua potable; con lo cual se pone en peligro dicho servicio y por ende la salud de los vecinos del Municipio.; y,
- e) garantía especial otorgaba el importe del situado constitucional, otorgada como una orden irrevocable autorizada por el concejo municipal, para que en caso de incumplimiento del préstamo los fondos que ingresen por derecho constitucional deberán de ser enviados al banco para que sean utilizados para cubrir la mora, si la hubiese, acreditando el resto en la cuenta respectiva de la municipalidad.

Mediante ese mecanismo de pago se estaba pignorando la totalidad del aporte constitucional y la totalidad de la transferencia del Impuesto al Valor Agregado derivado de las firmas de Paz, (IVA-PAZ), asignada a la municipalidad de Zacapa, ya que en ningún momento se habla de porcentajes de tales transferencias. El Impuesto al Valor Agregado derivado de las firmas de Paz IVA-PAZ por mandato del Artículo 10 del Decreto 27-92, reformado por el Artículo 1 del Decreto 66-2002 en su numeral 1) establece que "Las municipalidades podrán destinar hasta un máximo del 25% de la asignación establecida conforme a este artículo, para gastos de funcionamiento y atención del pago de prestaciones y jubilaciones, 75% restante se destinará con exclusividad para inversión, y en ningún caso, podrán pignorar ni adquirir compromisos



financieras que comprometan las asignaciones que les correspondería percibir de este concepto con posterioridad a su periodo constitucional”.

A la presente fecha, VIVIBANCO se queda aproximadamente con el 9% del importe del situado constitucional, lo que apareja problemas financieros para la municipalidad de Zacapa y ha tenido como consecuencia, entre otras, la imposibilidad material de realizar mayor cantidad de proyectos de inversión que mejoren la calidad de vida de los vecinos del municipio. Como puede apreciarse en esta cláusula de constitución de fideicomiso, la municipalidad renunció a su derecho de administrar el cien por ciento de su aporte constitucional ya que facultaba la totalidad de dichos fondos, fueran enviados a VIVIBANCO, y si hubiere un resto (saldo), este si ingresaría a la cuenta respectiva de la municipalidad.

Sobre los derechos de crédito por impuestos de: a) Impuesto de Circulación de Vehículos; b) el Impuesto Único Sobre Inmuebles (IUSI), por medio de orden irrevocable de pago. La municipalidad de Zacapa autoriza a VIVIBANCO para que retenga el cincuenta por ciento, de la totalidad de los ingresos que se perciban por concepto del impuesto único sobre inmuebles, y para que los aplique a la amortización del crédito o el pago de los intereses en caso de mora, como puede apreciarse en una primera parte, la garantía prendaria era legal si esta provenía exclusivamente de las rentas, tasas y demás derechos provenientes de la obra a financiar (el mercado municipal de Zacapa). Sin embargo agregaron otras garantías que no tenían ninguna relación con el objeto del contrato.



CAPÍTULO IV

4. Incidencias jurídico-financieras de fondos privativos municipales por los compromisos adquiridos a través de un fideicomiso en garantía prendaria futura

Como se desarrolló en el capítulo anterior, respecto a la denuncia realizada en contra de un fideicomiso en garantía otorgado a la municipalidad de Zacapa, puede verificarse claramente cuáles han sido los efectos jurídicos-financieros que han provocado al utilizar este instrumento jurídico de forma dolosa, es por ello que es necesario analizar los siguientes aspectos:

4.1. Desviación dolosa de fondos municipales por la infracción de diversas leyes

En el presente título se hará un estudio del planteamiento de la existencia de anomalías contractuales en fideicomisos en garantía prendaria, principalmente cuando el dinero que se administra son fondos privativos futuros municipales, desviándolos dolosamente a través de la creación de cláusulas compromisorias con artificio y engaño induciendo a error y manteniendo en los gobiernos municipales futuros sobre sus fondos privativos, para beneficiar a personas particulares. Esto conlleva a la infracción de varias las leyes que han sido transgredidas en la constitución del fideicomiso FIDEZACAPA, que entre ella se encuentra el Código Municipal y la Ley Orgánica del Presupuesto, además, las leyes que hasta el momento se ha encontrado su transgresión son las siguientes:



4.1.1. **Ley Orgánica del Presupuesto**

La Ley tiene por objeto establecer normas para la constitución de los sistemas presupuestarios, de contabilidad integrada gubernamental, de tesorería y de crédito público, para poderlo repartir a todas las instituciones públicas centralizadas, descentralizadas y autónomas para el cumplimiento de sus objetivos y fines por los cuales han sido creadas. En el caso del Fideicomiso FIDEZACAPA, al dar el situado constitucional que le corresponde a la municipalidad o parte deja a la municipalidad de Zacapa incapacitada para alcanzar su finalidad.

De conformidad con lo que establece el código municipal y la ley orgánica del presupuesto, las corporaciones denunciadas carecía de facultades para comprometer el situado constitucional de la municipalidad de Zacapa por un plazo de 25 años, así mismo, es ilegal garantizar el pago de un crédito por medio de la cesión del cobro del Impuesto Único Sobre Inmuebles y la entrega total del situado constitucional.

4.1.2. **Código Municipal**

Una de las leyes más transgredidas dentro del caso de fideicomiso FIDEZACAPA es el Código Municipal, Decreto No. 58-88 del Congreso de la República de Guatemala, vigente al momento del incumplimiento de las normas las disposiciones afectadas fueron las siguientes:

- a) Lo contenido en el Artículo 91 inciso c, del Código Municipal describe en otros requisitos y condiciones de los préstamos y empréstitos. En la contratación de préstamos y empréstitos, además, es necesario que las obras y servicios sean



autofinanciables, y que las tasas, derechos y demás contribuciones alcancen a cubrir su operación, administración y mantenimiento, así como el pago del servicio de la deuda.

El proyecto del mercado municipal en la forma en que fue concebido incumplió en lo que estaba establecido en el Artículo 91 de Código Municipal, Decreto 58-88 del Congreso de la República de Guatemala, vigente en esas fechas, pues no era sostenible en virtud de que no se concibió como un proyecto autofinanciable de manera que las tasas, derechos, y rentas derivadas de su funcionamiento alcanzaran a cubrir su operación, administración y mantenimiento, así como al pago del servicio de la deuda contraída.

- b) Discrecionalidad en el gasto del dinero invertido, VIVIBANCO decide en donde invertir fondos del fideicomiso a su entera discreción con lo cual se hace nula las obligaciones estipuladas en el Código Municipal vigente a ese año (Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala) que en sus artículos 142 y 147 ordenan a las municipalidades formular y ejecutar planes de ordenamiento territorial y de desarrollo integral de sus municipios.
- c) Al momento de tomar posesión del cargo de alcalde municipal el 15 de enero de 2016 en los archivos de la municipalidad no se encontró expediente administrativo correspondiente a la construcción del mercado municipal del cual deriva el crédito, en donde debe constar necesariamente el estudio de factibilidad respectivo, violando con ello el artículo 91 del Código Municipal vigente a esa fecha. Y en la



reestructuración de la deuda realizada en el año dos mil cuatro se violaron disposiciones contenidas en el Artículo 113 del Código Municipal vigente desde el año dos mil dos a la presente fecha.

- d) Otra anomalía e incumplimiento del Código Municipal la parte deudora se obliga en forma expresa e irrevocable a obtener y presentar a VIVIBANCO dictamen favorable emitido por el Consejo Regional de Desarrollo de la Región, se realizó una ampliación del crédito sin contar con el dictamen del Consejo de Desarrollo Urbano y Rural de la región con la que se violó el Artículo 89 del Código Municipal vigente en ese momento (Decreto 58-88 del Congreso de la República de Guatemala).

Se pretendió cumplir con el requisito exigido por el Artículo 89 del Decreto 58-88 del Congreso de la República de Guatemala, Código Municipal vigente en ese momento pero el dictamen menciona un banco diferente ya que dice "Banco de la Vivienda -VIVIBANCO" y el contrato de crédito garantizado con prenda comparece el gerente general del "PRIMER BANCO DE AHORRO Y PRESTAMO PARA LA VIVIENDA FAMILIAR, SOCIEDAD ANÓNIMA, de nombre comercial VIVIBANCO" que sería una entidad bancaria diferente a la entidad mencionada en el dictamen del Consejo Regional del Desarrollo que emitió el dictamen transcrito. El referido dictamen favorable fue otorgado para un préstamo solicitado al Banco de la Vivienda -VIVIBANCO- en ningún momento facultó a la municipalidad para realizar el préstamo o negociación ante un fideicomiso que como ya se indico es de naturaleza privada por las razones ya expuestas dado que para ellos se hubiere necesitado cumplir otro procedimiento y se presumiría que el dictamen del Consejo Regional de Desarrollo no hubiere sido

favorable. Aunado a lo anterior se presumiría que el dictamen del Consejo Regional Desarrollo no hubiere sido favorable.

e) La persona que suscribió el fideicomiso FIDEZACAPA suscribe un contrato de crédito, lo cual viola el Artículo 92 del Código Municipal vigente a esa fecha pues solo podía haberlo hecho por intermedio del Ministerio de Finanzas Pública y no con una persona de derecho privado.

4.1.3. Código Civil

Respecto a los preceptos jurídicos transgredidos del Código Civil, el fideicomiso constituido por la municipalidad de Zacapa y VIVIBANCO en su calidad de fiduciario cobra diversas comisiones que representan aproximadamente el 4% del monto fideicometido o capital, adicional a la tasa de interés (al día de hoy 23.5%) y del 15% del fondo de garantía, contraviniendo con ellos los artículos 1947 y 1948 del Código Civil.

4.1.4. Impuesto Único Sobre Inmuebles

En lo que respecta al Impuesto Único Sobre Inmuebles regulado en el Decreto 15-98 del Congreso de República de Guatemala, en su Artículo 2 literal d) faculta al Ministerio de Finanzas Pública, para trasladar a las municipalidades que manifestaran poseer la capacidad técnica y administrativa las atribuciones para administrar y recaudar el citado impuesto. Es decir en ningún momento esta norma faculta a alguna municipalidad para que delegue "o ceda" tales funciones a una persona diferente, ya que el titular de



dichas atribuciones es el Ministerio de Finanzas Públicas conforme la citada ley que en todo caso debió haber dado la autorización a la municipalidad de Zacapa para cederle al Fideicomiso FIDEZACAPA hubiera podido realizar la recaudación y administración del Impuesto Único Sobre Inmuebles IUSI si, y solo si, en su constitución hubiera comparecido la municipalidad de Zacapa.

La cesión del cobro de ingresos propios, incluido el Impuesto Único Sobre Inmuebles, (IUSI), lo cual contraviene el principio de legalidad y la delegación otorgado por el Ministerio de Finanzas Públicas, lo cual es una obligación adquirida por la municipalidad regulado en el Artículo 2 literal d) de la Ley del Impuesto Único Sobre Inmuebles. Al tenor de dicha norma, las atribuciones de recaudación y administración de dicho impuestos son indelegables por parte de la municipalidad de Zacapa; en virtud que la citada ley no permite a ninguna municipalidad que pueda delegar en otras personas jurídicas tales atribuciones.

4.1.5. Ley del Impuesto sobre Circulación de Vehículos Terrestres, Marítimos y Aéreos

La Ley del Impuesto Sobre Circulación de Vehículos Terrestres, Marítimos y Aéreos Decreto número 70-94 del Congreso de la República de Guatemala, en su considerando segundo indica que es importante y adecuado descentralizar los recursos que se perciben por este impuesto, a efecto que todas las municipalidades del país puedan utilizar parte de estos recursos en el mantenimiento de las calles y aceras de sus respectivas cabeceras y municipios. Indicando en sus Artículos 6 párrafo final, y 7 párrafo final, 8 párrafo final que un porcentaje del impuesto se destinará a las

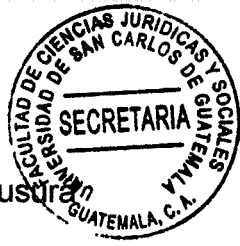


municipalidades, con destino exclusivo al mantenimiento, mejoramiento, construcción y/o ampliación de calles, puestos y bordillos de las cabeceras y demás poblados de los municipios ampliando el artículo ocho de la citada ley el destino del impuesto proveniente de vehículo marítimos para el mantenimiento, mejoramiento, construcción y/o mejoramiento, construcción y/o aplicación de las fuentes de agua potable y drenajes de las cabeceras y demás poblados de los municipios; y el artículo nueve en relación al impuesto proveniente de los vehículos aéreos amplía el destino al mantenimiento, mejoramiento, constitución o ampliación del sistema eléctrico de las cabeceras y demás poblados de los municipios. Como puede apreciarse en ningún momento faculta a las municipalidades a utilizar la transferencia proveniente del Impuesto de Circulación de Vehículos para financiar una obra como lo es un mercado municipal.

Al poner como garantía el impuesto de circulación de vehículos, lo cual como ya se indicó viola la ley de la materia dado que dicho impuesto tiene destino asignado por la misma para programas y proyectos de mejoramiento de la red vial del municipio y no para financiar la construcción de un mercado; Y en su literal "b" el cincuenta por ciento (50%) del Impuesto Único Sobre Inmuebles.

4.1.6. Código Penal

Los delitos relacionados han provocado la constitución y administración del fideicomiso FIDEZACAPA, son los siguientes:



- a) Derivado de la transgresión al Código Civil, consume el tipo penal de usura establecido en el Artículo 276 del Código Penal. La integración de la deuda, en la cual se concluye que dicho préstamo se pagará tres veces más del monto de la deuda contraída, en virtud de los intereses y comisiones pactadas.
- b) Respecto a la falta de participación de una constructora, que debía ser la responsable únicamente se han encontrado las planillas de empleados municipales correspondientes al periodo de febrero de 1998 a noviembre de 1998, con lo cual se demuestra que el mercado municipal fue construido utilizando empleados municipales y no por empleados pertenecientes a las constructoras contratadas para el efecto, con lo que afectó doblemente los fondos municipales. Siendo ello constitutivo de los delitos de Peculado, tipificado en el Artículo 445; concusión, tipificado en el Artículo 449; fraude contenido el Artículo 450; Caso especial de estafa, establecido en el Artículo 264; todos ellos del Código Penal. Además de los ilícitos de malversación y abuso de autoridad.

4.2. Mecanismos de control para la transparencia y los procesos de toma de decisiones financieras

Al establecer las diferentes anomalías cometidas por la constitución del fideicomiso FIDEZACAPA, es necesario ver qué medidas deben tomarse para evitar que vuelvan a comprometer las finanzas de la municipalidad, con contrataciones leoninas que puedan perjudicar el futuro de una institución y del bienestar común del territorio que gobiernan. Habiendo determinado donde se encuentran las transgresiones legales, puede



establecerse que hubo deficiencia en la prevención, participación y control, por lo tanto estos aspectos son los que deben ser atendidos para que en un futuro, sea imposible la flexibilidad de obtener créditos que afecte el patrimonio y los ingresos propios o constitucionales de las municipalidades del país.

4.2.1. **Prevención**

Para poder evitar en la medida de lo posible contratos leoninos derivados de la constitución de fideicomisos, es importante reducir las probabilidades que le permitan a una entidad pública, adquirir préstamos de cualquier índole, sin una debida autorización y precalificación del préstamo por parte de entidades estatales que tiene a su cargo dicho control; con el propósito de enumerar que bienes e ingresos pueden comprometer como garantía, aunque la ley ya establece que las garantías deben ser acordes al proyecto, sin embargo no existe ningún control preventivo sobre ello.

Este control preventivo debe ser a través de autorización que la entidad municipal debe obtener, tanto de la Contraloría General de Cuentas, así como del Ministerio de Finanzas Publicas, quienes tienen como funciones el control de la ejecución de fideicomisos y los bancos que prestan como fiduciarios deben pedir autorización a la Superintendencia de Bancos y al Banco de Guatemala, para que previo a comprometer la institución, pueda estar acorde a los mandatos legales, cada préstamo y garantía.

4.2.2. **Participación**

Dentro del presente estudio el Ministerio Público estableció que las leyes transgredidas tenían que ver con la falta de cumplimiento de normas de carácter administrativo,



principalmente en la participación del Ministerio de Finanzas Pública, el Consejo Municipales de Desarrollo Urbano y Rural en este caso fue mencionado, pero no se determinó que estuvieran de acuerdo con la constitución, por lo que el Ministerio Público presume que no existió dictamen de aprobación de esta entidad. Por su parte la Contraloría General de Cuentas sabía y fiscalizaba dicho fideicomiso, pero en ningún momento realizó la denuncia correspondiente, porque quien la realizó fue el alcalde de turno.

También no existe participación legal a la Superintendencia de Bancos y Banco de Guatemala en el control y fiscalización de fideicomisos, esta principalmente debe ser dirigida a los fiduciarios o bancos del sistema que realizan estas operaciones financieras.

Derivado de lo anterior y para evitar transacciones sospechosas en los fideicomiso que transgreden diversas normas legales; (administrativas, civiles, penales, constitucionales, laborales, etc.); Es necesario la creación de un consejo de control, fiscalización y participación interinstitucional para la autorización de la constitución y administración de un fideicomiso público, con el objeto de que antes, durante y después, las instituciones del Estado puedan evitar que una municipalidad cometa hechos ilícitos y den en garantía los ingresos propios o el situado constitucional de la entidad; además, que no tengan nada que ver con el proyecto que se pretende financiar.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Una de las principales características de un municipio es la declaración de autonomía local legal que posee, en relación a su administración, la Constitución Política de la República de Guatemala, se limita a enumerar, como gastos preferentes del municipio, los programas y proyectos de educación, la salud preventiva, las obras de infraestructura y los servicios públicos que mejoren la calidad de vida de los habitantes, pero sin clarificar que dichas materias son de competencia municipal u obligaciones mínimas de los municipios, que puedan exigir sus ciudadanos. Por otro lado, el fortalecimiento institucional municipal, no pueden ser alcanzados si el presupuesto futuro de la comuna se encuentra comprometido por deudas fiduciarias, que han sido implementadas de forma dolosa, los más afectados son los objetivos, fines de la entidad y los vecinos ya que los servicios con el tiempo bajarían de calidad y no podría tener un mantenimiento adecuado por falta de recursos económicos.

A pesar que existen instituciones encargadas del control de la constitución de fideicomisos como la Contraloría General de Cuentas, el Ministerio de Finanzas Pública y la Superintendencia de Bancos, no lograron el control preventivo de la constitución y desarrollo del fideicomiso realizado por la municipalidad de Zacapa, aunque estaban enterados sus funciones no detectaron las innumerables transgresiones. Por lo tanto, se deben implementar una serie de medidas dirigidas para prevenir, controlar y una adecuada participación de todas las entidades estatales relacionadas, para evitar en lo posible que los bancos del sistema puedan gravar todos los ingresos propios y constitucionales de una municipalidad a través de un fideicomiso público en garantía.





BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo, **Derecho administrativo**. Guatemala: Ed. Mayte, 1995

Contraloría General de Cuentas, **Municipalidad de Zacapa, del departamento de Zacapa, Auditoría financiera y presupuestaria período auditado del 01 de enero al 31 de diciembre 2012**, Guatemala: Ed. CGC, 2013

COROMINAS, Joan y Pacual, José A. **Diccionario crítico y etimológico castellano e hispánico**. España: Ed. GREDOS, 2000

DOGER Guerrero Enrique, **Gobierno municipal**. México: Ed. MAPorrúa, 2013

Enciclopedia Universal Ilustrada Europea-Americana t. XXXVII. España: Ed. Espasa-Calpe, 1860

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, y Germán Cisnero Farias, Filiberto Otero Salas, **Régimen jurídico del urbanismo, memoria del primer congreso de derecho administrativo mexicano, artículo escrito por: Gil Martínez, Pablo, el municipio, la ciudad y el urbanismo**. México: Ed. UNAM, 2009

GRACIA RETORTILLO, Ricard, **El nivel supramunicipal de gobierno local en Alemania**. Barcelona, España: Ed. REAF, 2010

HERNÁNDEZ, Antonio María, **Derecho municipal**. México, Ed: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003

<http://www.muniguate.com/concejo-municipal/noticias/que-es-concejo-municipal/>. **¿Qué es el consejo municipal?** (Consultado el 20 de mayo de 2020)

<https://herencia.net/2006-02-02-que-es-una-carta-puebla/>, **¿Qué es una Carta-Puebla?** (Consultado el 20 de mayo de 2020)



https://prezi.com/v_ruys7xilml/administracion-municipal-de-la-republica-de-guatemala/
Administración Municipal de la República de Guatemala. (Consultado el 20 de mayo de 2020)

<https://www.centrafiduciaria.com/blog/los-fideicomiso-publico-en-que-consisten/>,
Fideicomiso público. (Consultado el 5 de septiembre de 2020)

<https://www.corporacionbi.com/GT/BANCOINDUSTRIAL/fideicomisos-de-administracion>, **Fideicomisos.** (Consultado el 2 de septiembre de 2020)

<https://www.minfin.gob.gt/index.php/fideicomisos>, **Fideicomisos.** (Consultado el 10 de septiembre de 2020)

<https://www.gob.gt/nportal/index.php/situado-constitucional>, **¿Qué es situado constitucional?** (Consultado el 14 de septiembre de 2020)

<https://www.villanueva.gob.gt/fin-de-un-municipio>, **Fines del municipio.** (Consultado el 20 de mayo d 2020)

HUERTA BARRERA, Teresita Rendón, **Derecho municipal.** México: Ed. UNAM 1985

PLAZA DE GARCÍA, Norma, **Sistemas de Gobierno Municipal.** Guayaquil, Ecuador: s.e., 2007

VANDELLI, Luciano, **El modelo administrativo, municipal y provincial: orígenes, fundamentos, perspectivas.** Italia: Ed. Universidad de Bolonia, 1989

VILLEGAS LARA, Rene Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco.** Guatemala: Ed. Universitaria, 2001



Legislación:

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

Código Civil, Jefe del Gobierno de la República, Decreto Ley 106. 1963

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

Código Municipal, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 58-88, 1988.

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

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

Ley del Impuesto Único Sobre Inmuebles, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 15-98, 1998

Ley del Impuesto sobre Circulación de Vehículos Terrestres, Marítimos y Aéreos, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 70-94, 1994

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

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

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 31-2022, 2002

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



Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Pública, Presidente de la
República, Acuerdo Gubernativo Número 394-2008, 2008