

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

**REGULAR AL BANCO DE GUATEMALA, ÓRGANO RECTOR DEL SISTEMA
FINANCIERO GUATEMALTECO COMO ENTE FIDUCIARIO Y FIDEICOMITENTE
ESPECIAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS ESTATALES**

JOSE LUIS ORTEGA GONZÁLEZ

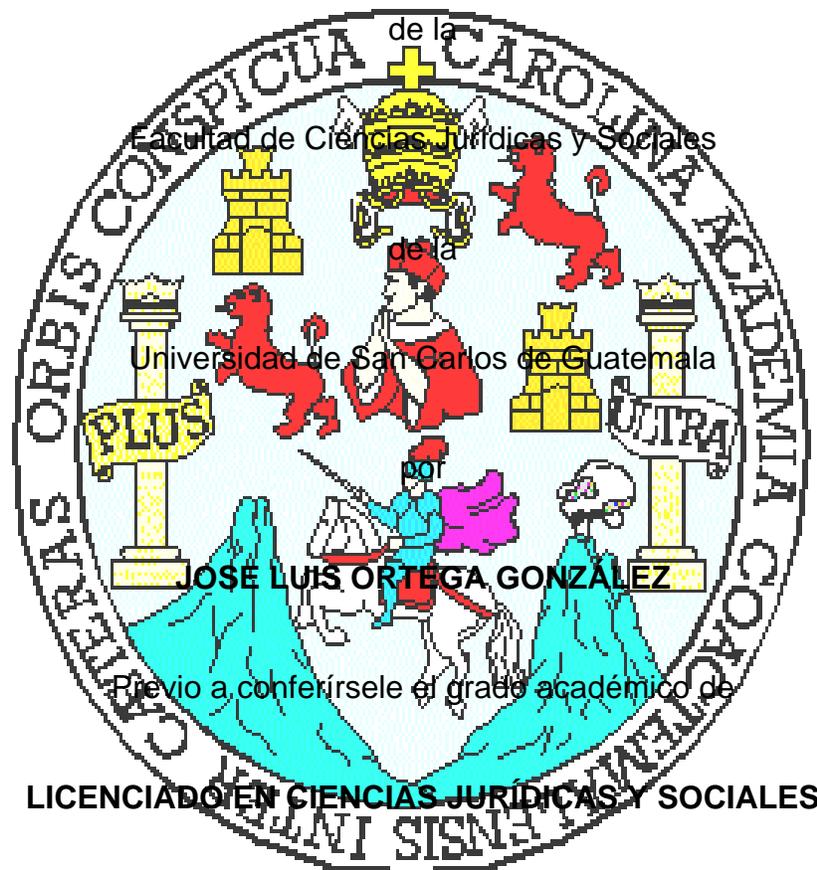
GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**REGULAR AL BANCO DE GUATEMALA, ÓRGANO RECTOR DEL SISTEMA
FINANCIERO GUATEMALTECO COMO ENTE FIDUCIARIO Y FIDEICOMITENTE
ESPECIAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS ESTATALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva



Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2009

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

DECANO	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Dimas Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda. Berta Aracely Ortiz Robles de Torres
Vocal:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
Secretario:	Licda. Alma Judith Castro Tejada

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia
Vocal:	Licda. Crista Ruiz de Juárez
Secretario:	Lic. Leonel Armando López Mayorga

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).

Licenciado
Carlos Iván Herrera Gil
21 Av. 1-13 Zona 3 Guatemala Ciudad
Teléfono 59178555
Col. 6898



Guatemala, 10 de Septiembre, 2008

Señor Jefe
De la Unidad de Tesis
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

Estimado Licenciado Castro Monroy:

Por este medio me dirijo a usted, con el propósito de informarle que de conformidad con el nombramiento que se hiciera para asesorar al bachiller JOSE LUIS ORTEGA GONZÁLEZ, procedí a emitirle mi opinión y los arreglos que el suscrito considero pertinentes, los cuales fueron atendidos por el Bachiller ORTEGA GONZÁLEZ, incluso en cuanto al título de su trabajo de tesis, el cual originalmente era "NECESIDAD DE REGULAR AL BANCO DE GUATEMALA, ORGANO RECTOR DEL SISTEMA FINANCIERO GUATEMALTECO COMO EL ÚNICO ENTE FIDUCIARIO PARA LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS ESTATALES", que ahora queda intitulado "REGULAR AL BANCO DE GUATEMALA, ORGANO RECTOR DEL SISTEMA FINANCIERO GUATEMALTECO COMO ENTE FIDUCIARIO Y FIDEICOMITENTE ESPECIAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS ESTATALES".

El trabajo desarrollado es interesante, por cuanto se refiere a un problema actual como lo es la situación del sistema financiero guatemalteco y su relación con la administración de fideicomisos en los que exista patrimonio del Estado, por lo que considero que el referido trabajo tiene un contenido científico y técnico y el Bachiller ORTEGA GONZÁLEZ utilizó la metodología y técnicas de investigación adecuadas, su redacción es congruente con los hallazgos y, encuentro aceptables las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía utilizada, por lo que considero que cumple con los requisitos que para el efecto establece el Artículo 32 del Normativo vigente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y emito el presente dictamen en forma favorable.

Atentamente,



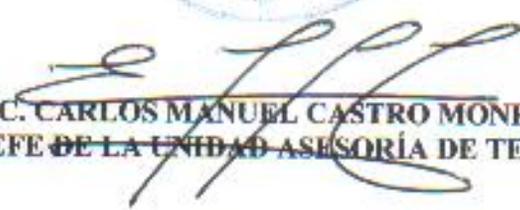
Lic. Carlos Iván Herrera Gil
Abogado y Notario



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecisiete de octubre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HUGO ROBERTO FIGUEROA RUIZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JOSE LUIS ORTEGA GONZÁLEZ, Intitulado: "REGULAR AL BANCO DE GUATEMALA, ÓRGANO RECTOR DEL SISTEMA FINANCIERO GUATEMALTECO COMO ENTE FIDUCIARIO Y FIDEICOMITENTE ESPECIAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS ESTATALES".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm

Licenciado
HUGO ROBERTO FIGUEROA RUIZ
hrfigueroa@hotmail.com
Avenida Reforma 1-64 zona 9 Oficina 203, Segundo nivel
Guatemala Ciudad
Teléfono 2361556-23317866
Col. 1612



Guatemala, 27 de Octubre de 2008

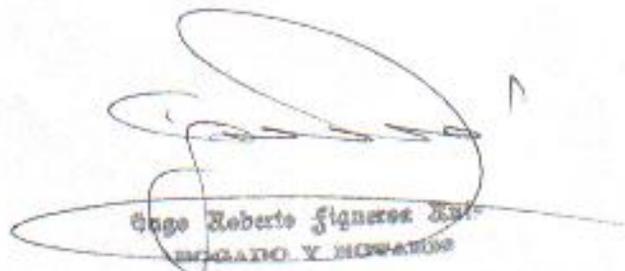
Señor Jefe de la Unidad de Tesis
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con el nombramiento que se hiciera, procedi a revisar el trabajo de tesis intitulado "REGULAR AL BANCO DE GUATEMALA, ORGANO RECTOR DEL SISTEMA FINANCIERO GUATEMALTECO COMO ENTE FIDUCIARIO Y FIDEICOMITENTE ESPECIAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS ESTATALES".

El trabajo desarrollado por el Bachiller JOSE LUIS ORTEGA GONZÁLEZ, se refiere a la propuesta de administración por parte del Banco de Guatemala, de fideicomisos en los que exista patrimonio del Estado, por lo que considero que el referido trabajo tiene un contenido científico y técnico, asimismo que, utilizó la metodología y técnicas de investigación apropiadas para este tipo de investigación, su redacción es congruente y, encuentro aceptables las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía utilizada, por lo que considero que cumple con todos los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, estimo que debe ser aprobado y, ordenarse la impresión del trabajo antes referido, sirviendo de base para el examen profesional correspondiente.

Atentamente,


Hugo Roberto Figueroa Ruiz
LICENCIADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, veintisiete de febrero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JOSE LUIS ORTEGA GONZÁLEZ. Titulado REGULAR AL BANCO DE GUATEMALA, ÓRGANO RECTOR DEL SISTEMA FINANCIERO GUATEMALTECO COMO ENTE FIDUCIARIO Y FIDEICOMITENTE ESPECIAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS ESTATALES. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público -

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS: Ser todopoderoso, arquitecto y guía de mi vida.
- A MI ABUELA: María Olimpia Carrera (Q.E.P.D). Madre que me brindó sus sabios consejos y su amor infinito.
- A MI MADRE: Sonia González Carrera (Q.E.P.D). Santa Madre que me brindó todo su apoyo, amor y buen ejemplo.
- A MIS HERMANOS: Jorge Vinicio y Nydia Olimpia. Con todo amor, cariño y respeto sincero.
- A MI ESPOSA: Claudia Fabiola Esteban López. Por su apoyo incondicional y su amor.
- A MIS HIJOS: Bryan Nicolás y Brandon Iván. Con todo mi amor y como un ejemplo a seguir.
- A MIS TÍOS Y PRIMOS:
- A MIS AMIGOS:
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, centro de sabiduría y enseñanza.
- A GUATEMALA: Patria bella.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El banco de Guatemala y el sistema financiero guatemalteco.....	1
1.1. Concepto de banca, evolución y generalidades.....	1
1.2. Orígenes del banco de Guatemala y del sistema financiero guatemalteco.....	10
1.3. Conformación e integración del sistema financiero guatemalteco.....	17
1.3.1. Junta monetaria.....	22
1.3.2. Banco de Guatemala.....	25
1.3.3. Superintendencia de bancos.....	27
1.3.4. Bancos y grupos financieros del sistema.....	29
1.3.5. Entidades financieras.....	32
1.3.6. Entidades aseguradoras.....	33
1.3.7. Entidades afianzadoras.....	34
1.3.8. Almacenes generales de depósito.....	34
1.4. Sistema financiero no regulado.....	35
1.5. Funciones del banco de Guatemala.....	36
1.6. Estructura administrativa del banco de Guatemala.....	41

CAPÍTULO II

2.	El fideicomiso.....	49
2.1.	Antecedentes y definición.....	49
2.1.	Características.....	53
2.3.	Elementos del fideicomiso.....	55
2.3.1.	Elementos formales.....	55
2.3.2.	Elementos personales.....	56
2.3.3.	Elemento formal.....	58
2.4.	Fin.....	58
2.5.	Clases de fideicomiso.....	59
2.6.	Plazo.....	66
2.7.	Extinción del fideicomiso.....	66
2.8.	Efectos al extinguirse el fideicomiso.....	68
2.9.	Responsabilidad del sujeto fiduciario.....	68

CAPÍTULO III

3.	Sistema Integrado de Administración Financiera del Estado -SIAF-.....	71
3.1	Elementos comunes de los sistemas de administración financiera.....	73
3.2.	Sistema Integrado de Administración Financiera en	

Guatemala –SIAF-.....75

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de modificación a la Ley Orgánica del Banco de
Guatemala y el Código de Comercio.....89

CONCLUSIONES.....95

RECOMENDACIONES.....97

BIBLIOGRAFÍA.....99

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se realiza, con el interés de proponer una solución al conflicto que se genera con la implementación de fideicomisos del Estado. Propicia analizar y estudiar la institución del fideicomiso principalmente el del Estado, su situación y proponer soluciones, como designar al Banco de Guatemala como órgano vigilante y administrador de los mismos, reformar la Ley Orgánica del Banco de Guatemala así como, el Código de Comercio.

Se ha dividido el estudio en cuatro capítulos, el primero trata sobre el Banco de Guatemala y la conformación del sistema financiero guatemalteco; el segundo, hace referencia a la institución jurídica del fideicomiso; en el capítulo tres, se desarrolla el tema del Sistema Integrado de Administración Financiera -SIAF-; por último, el capítulo cuatro trata sobre las modificaciones que se proponen a la ley y sus motivos.

Los objetivos que se plantearon, versaron, el general, sobre la propuesta de una reforma a la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, atribuyéndole la administración de fideicomisos estatales; los específicos, en generar la obligación que el Banco de Guatemala ejecute el manejo de los fideicomisos de acuerdo con los fines de su constitución, derivado que son recursos financieros provenientes de ingresos públicos; así como, crear el respectivo órgano en el Banco de Guatemala que sea administrador de los fideicomisos estatales que se

encargue de velar por su cumplimiento y verificación; siendo la hipótesis la inexistencia de un ente estatal que vigile los fideicomisos estatales, lo que ha dado lugar a la malversación de los fondos públicos que se invierten mediante este instituto jurídico.

Se aplicó las técnicas de investigación bibliográfica a través del fichaje de textos y del material escrito relacionado con el tema incluyendo información de internet, utilizando para su análisis el método inductivo y deductivo que permitió interrelacionar las teorías y doctrinas acerca del fideicomiso, de las operaciones del Banco de Guatemala como de las instituciones estatales para inferir conclusiones, dando como resultado el presente trabajo, que se espera, sirva a los futuros estudiantes del derecho.

CAPÍTULO I

1. El banco de Guatemala y el sistema financiero guatemalteco

1.1. Concepto de banca, evolución y generalidades

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española de 1994, la palabra **banca**, viene del germano “bank”, que significa asiento y, del italiano **banca**, que era la mesa de los cambistas. Se refiere a un asiento de madera, sin respaldo y a modo de mesilla baja. El negocio y los servicios bancarios se han desarrollado gradualmente a través de los siglos, en Asiria y Babilonia se utilizaron los pagares y letras de cambio antes que las monedas, en Grecia ya se tenían monedas e instrumentos de crédito, proviniendo de ellos el sistema de depósitos.

Fue hasta la edad media, en que el negocio bancario vuelve a surgir tal como se conceptualiza actualmente, empezando con los cambistas de moneda en las ferias de Italia.

Los cambistas surgieron por la necesidad de cambiar moneda derivada de la diversidad de monedas de los estados primitivos italianos, quienes desarrollaron el negocio de cambiar la moneda extranjera por la local y luego devolverla a su lugar de origen. En algunos casos, los cambistas tenían personas conocidas en otras ciudades con las que tenían relaciones regulares de manera que, para evitar el riesgo y el costo

de transportar dinero, podían emitir órdenes de pago para que una persona pudiera hacerlas efectivas cuando se las presentaran para su cobro en otra ciudad.

Posteriormente, a mediados del siglo XVI los orfebres ingleses, como disponían de cajas fuertes, agregaron a sus operaciones tradicionales la de trabajar el oro, la custodia de los depósitos de metales preciosos para su conservación y guarda, cobrando una cantidad por el servicio de custodia y, dando **recibos o títulos de propiedad** por el importe de metal que se les confiaba en depósito.

Cuando los orfebres descubrieron que, los propietarios de los metales en custodia nunca se presentaban con frecuencia a retirar sus metales o al mismo tiempo para redimir su documento, empezaron a prestar oro sin temor de agotarlo.

Como los recibos permanecían durante un buen tiempo en circulación, esos mismos recibos principiaron a funcionar como papel moneda, ya que sus poseedores los podían ofrecer como medio de pago y eran aceptados por el derecho incorporado; es decir, que los recibos eran tan buenos como el oro mismo, por lo que podían emitir cuantos recibos fueran necesarios para otorgar créditos, lo que les permitió obtener utilidades por los depósitos que recibían, siendo con esta actividad los precursores de los bancos o los banqueros como se conciben actualmente.

Conforme ha transcurrido la historia, el negocio bancario llevado a cabo por las personas e instituciones bancarias ha evolucionado paralelamente al desarrollo

industrial y tecnológico, adquiriendo cada vez el carácter de actividad económica, caracterizada por ser todo un sistema financiero o de actividades financieras, donde se incluyen desde las más sencillas de captación de recursos hasta las más complejas que diversifican su oferta de servicios, como las enfocadas a realizar operaciones bancarias electrónicas a nivel mundial e incluso aquellas que, desde los hogares realizan los clientes.

Entonces, ¿qué es la banca y qué es un banco?, se entiende la banca como un conjunto de bancos o instituciones financieras, mientras que banco es una institución facultada por la ley para captar recursos del público que luego distribuye a través del otorgamiento de créditos y/o préstamos.

¿Qué es un sistema financiero?, se le conoce así, al complejo proceso de operaciones y sistemas que, realizan las personas y el conjunto de instituciones bancarias de un territorio determinado, dentro de un marco jurídico compuesto por leyes generales y específicas que establecen sus lineamientos y operaciones, bajo la égida del Estado y el control de la banca central, propiciando un beneficio colectivo, sin dejar de lado los intereses y beneficios de los bancos como de las personas que intervienen en sus operaciones.

¿Qué es la banca central?, es una institución especializada creada por la ley, sin objetivo de lucro, que cumple la función de controlar las actividades monetarias,

crediticias y cambiarias en un país, fomentando la estabilización interna y externa del dinero.

Por su naturaleza, los bancos centrales son instituciones autónomas y descentralizadas que se rigen por sus propias leyes que los crean, generalmente son bancos estatales (pueden ser privados o mixtos) y forman parte de la política pública.

Tienen las siguientes características, concedidas por la ley:

- Generalmente son de propiedad estatal: Son estatales porque su capital inicial lo ha aportado el Estado y, aunque sean entidades descentralizadas y autónomas (su autonomía es relativa), son parte del sector público, por lo que los gobiernos se valen de esta institución para ejecutar la política monetaria, crediticia y cambiaria de un país.
- Tienen el monopolio de la emisión monetaria: Emitir con exclusividad los billetes y monedas así como su circulación es la característica más importante de un banco central y su principal diferencia con los bancos privados.
- Es el banquero y asesor financiero del Estado: Lo normal es que haya una estrecha relación entre un banco central y el gobierno de un país, tal como sucede con un banco privado y sus clientes, por lo que asesora al gobierno en

materia de política monetaria, cambiaria y crediticia así como en estabilización monetaria interna y externa.

- Regulador de las actividades financieras: Los bancos centrales son los órganos rectores del sistema monetario y financiero de un país, con lo que aseguran el buen funcionamiento de la actividad económica.
- Administrador y guardián de las reservas monetarias internacionales: Es la institución que tiene el control absoluto de las divisas que ingresan a un país.
- Banco de bancos: Proporciona servicios bancarios a los demás bancos del sistema como intermediario entre los mismos bancos, entre los bancos y los bancos del exterior o entre los bancos y el gobierno de otro país.
- Préstamista de última instancia:
El banco central proporciona facilidades de préstamos a los bancos o instituciones bancarias que en determinados momentos ya no tienen otra alternativa de captar recursos.

Una de las principales características del banco central es que tiene como función controlar las actividades relacionadas con las políticas monetarias, cambiaria, crediticia y de estabilización monetaria interna y externa, asesorando al gobierno en éstas.

¿Qué se entiende entonces como política monetaria, crediticia y cambiaria de un país?

¿Qué es estabilización monetaria interna y externa?

Para comprender las características y funciones que realiza un banco central, debe entenderse que, se interrelacionan con las funciones que realizan los gobiernos, las que deben armonizar y concordar con el fin primordial de todo Estado que es obtener el bien común y bienestar para todos sus ciudadanos.

Todo Estado aplica políticas para incentivar el crecimiento económico, promoviendo el aumento de la producción que además de crear empleo, permita mayores niveles de ingreso, consumo, de ahorro y bienestar generalizado para sus ciudadanos, lo que a su vez redundará en mayores ingresos fiscales. En el mismo sentido debe complementar la producción, ya que hay cierto tipo de bienes que no son ofrecidos en cantidad suficiente por la iniciativa privada. Debe a su vez lograr una equidad distributiva, redistribuyendo la producción y la renta, ya que el libre juego de la oferta y demanda de bienes y servicios tiende a provocar desigualdades económicas entre individuos, entre regiones, entre sectores productivos. La intervención del Estado puede corregir esas desigualdades.

Asimismo, el Estado procura lograr estabilidad económica. Procurar la estabilidad del sistema económico implica oponerse a los procesos inflacionistas y a los cambios cíclicos que provocan bruscas alteraciones en la producción y el empleo, asegurando

sostenibilidad; es decir, que las actividades económicas y las rentas obtenidas por las generaciones presentes no pongan en peligro a las generaciones futuras. La sostenibilidad puede ser entendida como equidad intergeneracional.

Para la consecución de esos objetivos todo Estado dispone de **potestad para la regulación legal**, para la coacción sobre la actividad económica así como de la **política económica**, que es la estrategia que utilizan los gobiernos o Estados para conducir sus economías, existen varias políticas pero, las que más se destacan son la fiscal y la monetaria.

Se llama **política fiscal** a las intervenciones del Estado en el sistema económico utilizando instrumentos fiscales.

Se llama **política monetaria** a las intervenciones del Estado en el sistema económico mediante instrumentos monetarios, normalmente como funciones de **la autoridad monetaria o banco central** con el fin de asegurar la estabilidad económica y plena ocupación o mayor cantidad de empleo. El banco central no puede influir directamente sobre la cantidad de dinero ni sobre la tasa de interés, pero, actúa en el sistema económico mediante otras formas de cambiar la cantidad de dinero en circulación: variando el tipo de interés, variando el coeficiente de caja o encaje bancario, realizando operaciones de mercado abierto, etc. También, utiliza la política cambiaria para influir en la tasa de cambio de las monedas; es decir, en el ingreso de divisas y, la política crediticia, para establecer condiciones, para determinar el destino de los

recursos financieros dirigidos a los diferentes agentes económicos en forma de créditos, induciendo el desarrollo de áreas o sectores económicos prioritarios y estratégicos, así como controles de riesgo.

Las funciones que realiza un banco central, son esencialmente monetarias, crediticias, cambiarias y de estabilidad, entre otras que también se consideren y que complementen el fin primordial del banco central, como se dijo, deben estar en armonía con las políticas económicas generales y particulares de todo Estado de donde emanan, entre éstas, se pueden mencionar las siguientes:

- Poner en circulación billetes y monedas de curso legal, retirando los deteriorados, garantizando un suministro de efectivo adecuado a las necesidades de las transacciones comerciales.
- Elaborar informes y publicaciones periódicas de carácter estadístico. Sus informes sobre la situación económica del país tienen gran efecto sobre las expectativas empresariales y las previsiones del gobierno, influyendo en las decisiones de inversión privada y de gasto público.
- Analizar la situación económica del país y, como conclusión de ese análisis, diseñar estrategias de política monetaria con el objetivo principal de garantizar la estabilidad monetaria, a través de variables económicas que pueden ser

- Custodiar y determinar los coeficientes y volumen de reservas legales de la banca privada, así como, controlar el porcentaje de depósitos que debe destinar a esas reservas y, los préstamos que los bancos privados se conceden entre sí.
- Coordinar e intervenir el mercado financiero.
- Autorizar y conocer las operaciones de los bancos del sistema, así como la apertura y operación de nuevos bancos
- Determinar las condiciones generales sobre las cuales se otorgan créditos y captan recursos.
- Prestar dinero a la banca privada en cantidad y a tipo de interés que se determina en función de las estrategias de la política monetaria de cada país.
- Centralizar las reservas de divisas, que incluyen monedas y billetes emitidos en el extranjero, cuentas en instituciones bancarias y, efectos a cobrar en el exterior. Gestionan cambios de divisas, controlan cobros y pagos internacionales, se encargan de controlar y elaborar la balanza de pagos.

1.2. Orígenes del banco de Guatemala y del sistema financiero guatemalteco

La primera circulación monetaria que se dio en Guatemala fue en 1874 y, se derivó de billetes emitidos por el Banco Nacional de Guatemala -primer banco guatemalteco-, que se fundó con fondos provenientes del producto de propiedades confiscadas a la Iglesia Católica en 1873 por parte del gobierno. No está demás indicar que la Iglesia Católica había acumulado gran cantidad de bienes derivado de la ejecución de garantías hipotecarias por préstamos otorgados.

En 1877 se fundó el Banco Internacional, luego en 1878 surgió el Banco Colombiano y en 1881 en Quetzaltenango se funda el Banco de Occidente, que se caracterizó por ser uno de los más duraderos hasta que fuera absorbido en el 2004 por el Banco Industrial.

Todos los bancos antes mencionados tenían dentro de sus facultades emitir billetes que no tenían curso legal sino que eran redimibles a su simple presentación; es decir, que debían ser transformados en oro y plata que era su respaldo principal.

En 1897, el presidente Reina Barrios solicitó un préstamo de un millón y medio de pesos de los bancos, con el objeto de pagar el sueldo de los empleados públicos que no había cancelado durante cinco meses, coincidiendo con el préstamo emitió un Decreto relevando a los bancos de la obligación de mantener los pagos en moneda de plata u oro, con lo que se dio origen al papel moneda irredimible.

En el gobierno de Estrada Cabrera, para pagar la deuda del gobierno a los bancos, se emitió un Decreto en que los billetes tenían la garantía del gobierno, por lo que se consideraban como moneda metálica y debían ser aceptados para todas las obligaciones.

En 1921 llegó al poder ejecutivo el general José María Orellana, quien conduciría al país a su primera reforma monetaria.

“Los orígenes legales e institucionales del actual sistema de banca central en Guatemala se remontan al período de la reforma monetaria y financiera de 1924-1926. Entonces, fue creado el Banco Central de Guatemala como establecimiento de emisión, giro y descuento, de carácter privado y con participación del Estado como accionista.

El origen de esta reforma se vincula a los graves desequilibrios monetarios y financieros que ocasionó el régimen monetario anterior, basado en la existencia legal de un oligopolio de bancos emisores reglado por el gobierno de Manuel Estrada Cabrera, que generó una gigantesca deuda del gobierno para con esos bancos. En 1919, el propio gobierno de Estrada Cabrera invitó al profesor Kemmerer para estudiar las condiciones monetarias del país y hacer las recomendaciones que el caso ameritara para emprender la reforma. Kemmerer recomendó, entre otras medidas, el establecimiento de un banco central que sería el agente fiscal del gobierno y que tendría el derecho exclusivo de emitir billetes.

Ese intento de reforma se vio frustrado por una serie de eventos políticos y económicos (como los derrocamientos de los presidentes Estrada Cabrera y Manuel Herrera). No fue sino hasta en 1924 cuando el presidente Orellana invitó de nuevo al profesor Kemmerer a visitar el país y proponer un plan de reforma financiera. Antes de ello, en 1923, Orellana había promulgado un decreto que establecía una "Caja Reguladora" para estabilizar los tipos de cambio, la cual se convertiría en el embrión del Banco Central de Guatemala. En noviembre de 1924 fue promulgada la Ley Monetaria de la República de Guatemala, que daba vida a la nueva unidad monetaria, el Quetzal, bajo el régimen del patrón oro clásico. En 1925, el gobierno publicó las bases de lo que debería ser el banco central y solicitó propuestas de redacción de la ley correspondiente a los diferentes sectores interesados. Finalmente, mediante Acuerdo Gubernativo del 30 de junio de 1926, se fundó el Banco Central de Guatemala, que coronó la obra de la reforma económica del Gobierno de Orellana.

Las reformas emprendidas pusieron fin a la emisión monetaria desordenada, crearon un respaldo real a la moneda nacional, estabilizaron su paridad e instauraron el orden en los flujos bancarios y financieros del país.”¹

Derivado de la gran depresión que sucedió en los Estados Unidos de América (1929-1933), la cual tuvo consecuencias a nivel mundial, la economía guatemalteca vio afectada su política monetaria basada en el patrón oro clásico y, sometió a una difícil prueba al Banco Central, que hizo necesario impulsar la reforma monetaria y bancaria

¹ www.banguat.gob.gt. 5 de julio de 2008.

de 1944-1946, mediante la cual se creó el Banco de Guatemala como heredero del antiguo Banco Central de Guatemala.

“Esta reforma se culminó durante el gobierno revolucionario del Doctor Juan José Arévalo, y fue conducida bajo el liderazgo del Doctor Manuel Noriega Morales (Ministro de Economía y, posteriormente, primer presidente del Banco de Guatemala), cuyo equipo de trabajo contó con la asesoría del Doctor Robert Triffin y de David L. Grove, economistas del sistema de la Reserva Federal de los Estados Unidos de América.

La reforma, impulsada por los aires renovadores de la Revolución de Octubre de 1944, consistió en otorgarle al Banco de Guatemala la calidad de banco estatal y la facultad de realizar una política monetaria, cambiaria y crediticia encaminada a crear las condiciones propicias para el crecimiento ordenado de la economía nacional. Para ello se dotó al Banco Central de instrumentos que le daban un mayor control sobre la oferta de dinero (manejo de las tasas de interés y descuento, y facultad para establecer encajes), así como una participación en el crédito de fomento (designación de cupos de crédito en determinadas actividades sectoriales), acorde esta última función a la tesis prevaleciente de basar el desarrollo en el modelo de sustitución de importaciones. Como uno de los grandes legados de la Revolución de Octubre, la Ley Orgánica del Banco de Guatemala (Decreto 215 del Congreso de la República, del 11 de diciembre de 1945) le confería a éste la calidad de entidad autónoma dotada de amplias facultades en el uso de instrumentos de política para contrarrestar los vaivenes cíclicos de la economía.

Conjuntamente con la Ley Monetaria (Decreto 203) y la Ley de Bancos (Decreto 315 del Congreso de la República), la Ley Orgánica del Banco de Guatemala conformaba un cuerpo armonioso de legislación financiera que dotaba al país de un marco legal a la altura de las que entonces eran las más modernas teorías y técnicas financieras, tal como fue el caso en muchos países de Latinoamérica que alrededor de esas épocas adoptaron también regímenes legales similares al guatemalteco, inspirados en las nuevas tendencias provenientes de Bretton Woods.”²

El Banco Central de Guatemala constituido en 1945, representó un organismo económico público, propiedad del Estado. Su precedente más inmediato había sido el Banco Central de Guatemala fundado en 1926, creado para ejercer el monopolio de la emisión de moneda. Desde su fundación, la administración del Banco de Guatemala quedó a cargo de una Junta Monetaria integrada por un presidente y un vicepresidente (nombrados ambos por el presidente de la república), los ministros de economía y hacienda y, dos miembros designados por los bancos y la Universidad de San Carlos.

El órgano ejecutivo del Banco queda a cargo del presidente y vicepresidente, así como de un gerente designado por la Junta Monetaria.

Los aspectos mas importantes a destacar de la segunda reforma monetaria fue la creación de una nueva Ley Monetaria, contenida en el Decreto número 203 del Congreso de la República, así como la Ley Orgánica del Banco de Guatemala y la Ley

² **Ibid**

de Bancos, Decretos números 215 y 315 del Congreso de la República, respectivamente.

“La Junta Monetaria en el año de 1993 aprobó el Programa de Modernización del Sistema Financiero Nacional para actualizar el marco regulatorio vigente, buscando reformas que favorecieran la estabilidad macroeconómica y que propiciaran una mayor apertura del mercado financiero, así como un mayor papel de las señales del mercado como asignadoras de los flujos financieros; todo ello mediante el impulso de modificaciones reglamentarias y legales, las cuales no pretendían la derogación completa de las leyes vigentes sino, más bien, su adecuación a los nuevos tiempos.

De hecho, el programa había dado inicio en 1989 con la adopción, por parte de la Junta Monetaria, de la liberalización de las tasas de interés para los intermediarios financieros regulados y de la eliminación del tipo de cambio de carácter regulado. Estas medidas estaban contempladas como una posibilidad dentro de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, pero lo estaban como situaciones de carácter excepcional respecto de la regla general.

Del proceso de reflexión y análisis generado en torno a la implementación del Programa de Modernización a lo largo de la década de los noventa resultó evidente que, para consolidar los logros obtenidos y profundizar la modernización completa del marco regulatorio del sistema financiero nacional, era necesaria una reforma aún más profunda de la legislación vigente, la cual debería tener un carácter integral. Lo anterior

implicaba reformar todo el conjunto de normas y leyes que regían al sistema de banca central y a la intermediación financiera.

- a) Ley Orgánica del Banco de Guatemala. Orientada a favorecer la estabilidad macroeconómica que permita a los agentes económicos la correcta toma de decisiones referentes al consumo, al ahorro y a la inversión productiva, también al sector financiero, para cumplir con su misión de asignar eficientemente el crédito, para lo cual debía definir claramente el objetivo fundamental del Banco Central, fortalecer su autonomía financiera, y exigirle transparencia y rendición de cuentas ante la sociedad.

- b) Ley Monetaria. Ésta debía complementar a la anterior, estableciendo las responsabilidades de la emisión monetaria, la definición de reservas internacionales y la determinación de las especies monetarias.

- c) Ley de Bancos y Grupos Financieros. Orientada a propiciar la estabilidad del sistema financiero, permitir una mayor eficacia en la canalización del ahorro, fortalecer el sistema de pagos y aumentar la solidez y solvencia del sistema financiero. Para el efecto debía establecer un marco general, ágil y flexible para el funcionamiento de los grupos financieros, que permitiera la supervisión consolidada, favoreciendo la administración de riesgos y la salida ágil y ordenada de bancos con problemas.

- d) Ley de Supervisión Financiera. Orientada a favorecer la solidez y solvencia del sistema financiero, promover el ahorro al propiciar la confianza del público en el sistema bancario y viabilizar la estabilidad del sistema financiero. Para ello se debía fortalecer a la Superintendencia de Bancos, otorgándole independencia funcional, y dándole facultades para ejercer, con efectividad, la vigilancia e inspección de las entidades financieras del sistema.

Las cuatro leyes fundamentales, cuya vigencia inicia el 1 de junio de 2002, en conjunción con la Ley de Libre Negociación de Divisas, que cobró vigencia en mayo de 2001, constituyen un cuerpo integral y consistente de regulación financiera que atiende la delegación que el Estado, por mandato constitucional, hace al sistema de banca central de ejercer vigilancia sobre todo lo relativo a la circulación de la moneda.”³

1.3. Conformación e integración del sistema financiero guatemalteco

Todo sistema financiero en general, se caracteriza por ser un conjunto de personas, tanto naturales como jurídicas, públicas o privadas e, instituciones bancarias estructuradas jerárquicamente en un sistema de banca central que, realizan operaciones y sistemas relacionados con la administración y dirección de la oferta y demanda de dinero y valores de toda clase, tanto en moneda nacional como extranjera así como, del ahorro y la inversión, dentro de una unidad territorial y, en el marco de una legislación que regula las transacciones de activos financieros así como los

³ **Ibid.**

mecanismos e instrumentos que permiten la transferencia de esos activos entre ahorrantes, inversionistas o los usuarios del crédito .

La función de cualquier sistema financiero consiste en la creación, intercambio, transferencia y liquidación de activos y pasivos financieros. No es más que una actividad económica, que en vez de producir bienes, produce servicios financieros demandados por la población.

Generalmente los sistemas financieros se clasifican en regulados por la ley y no regulados; es decir, en los regulados existe una institución de banca central que cumple la función de regir, controlar y vigilar todo el sistema, de conformidad con una normativa financiera, mientras que en los no regulados no existe control ni vigilancia del órgano central ni de la ley, la intermediación financiera generalmente se da con un nivel de riesgo más elevado.

En Guatemala, también el sistema financiero se clasifica en los dos subsistemas indicados; es decir que también coexisten el **sistema financiero regulado** y el **sistema financiero no regulado**, el primero como se dijo, denominado así, porque las instituciones que lo conforman están sujetas al control del Banco de Guatemala como institución de banca central rectora que ejerce funciones de controlar el sistema monetario, cambiario y crediticio en forma ordenada, fomentando la estabilización monetaria, sin fines de lucro y tomando siempre en cuenta los intereses generales del

país; igualmente, se sujetan a la normativa bancaria que las crea o constituye y, a la supervisión de la Superintendencia de Bancos como entidad auxiliar de banca central.

El otro sistema se encuentra fuera del control del banco central así como de la regulación bancaria y supervisión de la Superintendencia de Bancos.

El sistema financiero guatemalteco regulado, se encuentra integrado por el Banco de Guatemala como entidad de banca central rectora, cuya dirección suprema, por disposición constitucional, es ejercida por una entidad intangible, conocida como Junta Monetaria, por la Superintendencia de Bancos que también es una institución de banca central pero con funciones de vigilancia e inspección, 20 instituciones bancarias, 16 sociedades financieras, 15 compañías almacenadoras, 17 compañías de seguros, 11 compañías de fianzas, 1 casa de cambio, 10 entidades fuera de plaza (off shore), 14 casas de bolsas y 9 entidades de tarjetas de créditos.

No está demás indicar que de conformidad con la Ley de Bancos y Grupos Financieros, éstas entidades pueden interrelacionarse entre sí, de las que una debe ser banco, existiendo ya en el país varios grupos financieros, entre los que se pueden mencionar al Grupo Financiero G&T Continental y Grupo BANRURAL, por ejemplo.

En el sistema financiero guatemalteco no regulado se incluyen prestamistas particulares, entidades exportadoras, cooperativas de ahorro, casas de empeño así como entidades no gubernamentales, conocidas como ONG'S.

En años recientes dentro del sistema financiero guatemalteco se han dado actividades de fusiones y adquisiciones, que ha llevado a que existan bancos más grandes, capaces de competir y satisfacer exigencias de clientes más grandes.

Al mismo tiempo, se ha consolidado el sistema, bancos pequeños y medianos se han especializado para atender mercados más pequeños. Hoy, se cuenta con grupos financieros ofreciendo servicios de categoría mundial en áreas especializadas como factoraje, comercio internacional, inversiones especializadas, microcrédito, entre otros.

La mayoría de grupos financieros, bancos y/o entidades financieras cuentan con varios corresponsales en E.E.U.U., Panamá, México, Suiza entre otros. Bancos extranjeros también operan directamente en Guatemala, como es el caso de Citibank, Banco Cuscatlán y, el BAC, entre otros.

Tal como se establece en la Ley Monetaria, la moneda que circula es el quetzal, que por ley, se emite con exclusividad por el Banco de Guatemala.

Existe a su vez un sistema de cambio flotante; es decir, en base al sistema de oferta y demanda de las divisas, cuyos límites son establecidos por el Banco de Guatemala quien publica el tipo de cambio oficial.

También, por disposición de la Ley de Libre Circulación de Divisas, otras monedas pueden circular legalmente como moneda transaccional, en muchos casos se utiliza el

dólar como medio de pago y como base para contratos y transacciones internacionales. Todas las personas pueden abrir cuentas bancarias en quetzales, dólares o euros.

El marco legal específico que rige el sistema financiero guatemalteco, está conformado por las siguientes leyes principales:

- Decreto número 16-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Banco de Guatemala.
- Decreto número 19-2002 del Congreso de la República, Ley de Bancos y Grupos Financieros.
- Decreto número 17-2002 del Congreso de la República, Ley Monetaria.
- Decreto número 18-2002 del Congreso de la República, Ley de Supervisión Financiera.

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 132, “es potestad exclusiva del Estado de Guatemala, emitir y regular la moneda, así como, formular y realizar las políticas que tiendan a crear y mantener condiciones cambiarias y crediticias favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional.”

“Las actividades monetarias, bancarias y financieras, se encuentran organizadas bajo el sistema de banca central, el cual ejerce vigilancia sobre todo lo relativo a la circulación de dinero y a la deuda pública. Dirige este sistema la Junta Monetaria, de la que depende el Banco de Guatemala, entidad autónoma con patrimonio propio, que se rige por su Ley Orgánica y la Ley Monetaria.”

A continuación se hace un esbozo de las instituciones que conforman el sistema financiero guatemalteco así como de sus principales funciones, tomando en consideración que el papel principal lo realiza el Banco de Guatemala como banco central del país, al final, se hace una exposición más detallada de las funciones del mismo, así como de su estructura administrativa.

1.3.1. Junta monetaria

Tiene a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país; así como, la dirección suprema del Banco de Guatemala. La Junta Monetaria, se integra de la siguiente forma:

- Presidente y Vicepresidente nombrados por el Presidente de la República, que a su vez lo son del Banco de Guatemala.

- Los Ministros de Finanzas Públicas, Economía y de Agricultura.

- Un miembro por el Congreso de la República.
- Un miembro por los bancos privados.
- Un miembro por las Asociaciones y Cámaras Comerciales, Industriales, Agrícolas y Ganaderas (CACIF).
- Un miembro por la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC).

Las atribuciones de la Junta Monetaria se pueden resumir de la siguiente manera:

- Determinar y evaluar la política monetaria, cambiaria y crediticia del país, tomando en cuenta el entorno económico nacional e internacional.
- Cumplir y hacer cumplir la política general y los deberes asignados al Banco de Guatemala.
- Velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional.
- Reglamentar los aspectos relativos al encaje bancario y al depósito legal, así como de la cámara de compensación bancaria o cualquier otro instrumento o mecanismo que persiga los mismos fines de aquélla.

- Acordar, interpretar y reformar los reglamentos del Banco de Guatemala, aprobar las disposiciones, normas o instrumentos legales que someta a su consideración la Superintendencia de Bancos o, en su caso, el Banco de Guatemala.

- Acordar el presupuesto del Banco de Guatemala y la Superintendencia de Bancos.

- Nombrar y remover al gerente del Banco de Guatemala y aprobar las disposiciones, normas o instrumentos legales que someta a su consideración la Superintendencia de Bancos o, en su caso, el Banco de Guatemala.

- Fijar y modificar los encajes de los bancos.

- Fijar y modificar las tasas de interés del Banco de Guatemala.

- Fijar las tasas máximas de interés en operaciones pasivas y activas de los bancos y regular el crédito bancario de acuerdo con la ley.

Las atribuciones anteriores se deben ejercer sin menoscabo de alcanzar el objetivo fundamental que tiene el Banco de Guatemala.

1.3.2. Banco de Guatemala

De conformidad con el Decreto número 16-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Banco de Guatemala, se establece en el Artículo 2 que: “El Banco de Guatemala, como Banco Central de la República, ..., es una entidad descentralizada, autónoma, con personalidad jurídica, patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, de duración indefinida y con domicilio en el Departamento de Guatemala.”

En el Artículo 1 se establece el objeto de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala: “La presente Ley tiene por objeto normar lo atinente a la estructura y funcionamiento del Banco de Guatemala a que se refiere el Artículo 132 de la Constitución Política de la República de Guatemala”.

Como se ha expuesto, el Banco de Guatemala es el banco central del país que rige todo el sistema financiero, es asesor y agente financiero del Estado, que tiene por objeto principal, promover la creación y el mantenimiento de las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables al desarrollo ordenado de la economía del país. Funciona con carácter autónomo y descentralizado. Es la única entidad bancaria que puede emitir billetes y monedas en el territorio nacional, funciona bajo la dirección general de la Junta Monetaria.

En el Artículo 3 de su Ley Orgánica se establece que tiene como objetivo fundamental: “... contribuir a la creación y mantenimiento de las condiciones más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional, para lo cual, propiciará las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias que promuevan la estabilidad en el nivel general de precios.”

La Junta Monetaria, conforme al Artículo 132 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 13 del Decreto número 16-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Banco de Guatemala, ejerce la dirección suprema del Banco de Guatemala.

La presidencia del Banco de Guatemala está conformada por el presidente y el vicepresidente, quienes a su vez también lo son de la Junta Monetaria. Entre las atribuciones del presidente están la de proponer a la Junta Monetaria la política monetaria, cambiaria y crediticia, incluyendo las metas programadas; y, velar por la correcta ejecución de la política referida.

El Banco de Guatemala tiene como funciones, entre otras que determina su Ley Orgánica, las siguientes: Ser único emisor de la moneda nacional, el quetzal, procurar un nivel adecuado de liquidez del sistema financiero, mediante la utilización de los instrumentos previstos en su Ley Orgánica; así como, el buen funcionamiento del sistema de pagos, recibir en depósito los encajes bancarios y los depósitos legales a que se refiere su Ley Orgánica, administrar las reservas monetarias internacionales, de

acuerdo con los lineamientos que dicte la Junta Monetaria y, las demás funciones compatibles con su naturaleza de Banco Central que le sean asignadas por mandato legal.

Las funciones que le establece su Ley Orgánica se ejercen sin menoscabo de alcanzar el objetivo fundamental establecido en el Artículo 3 de su propia ley.

1.3.3. Superintendencia de bancos

Es una entidad de banca central auxiliar, con carácter técnico especializada que realiza funciones fiscalizadoras y ejerce vigilancia e inspección tanto del órgano rector del sistema financiero (Banco de Guatemala) como de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.

Su principal objetivo lo constituye el obtener y mantener la confianza del público en el sistema financiero y en las entidades sujetas a su control, vigilando porque éstas mantengan solidez económica y liquidez apropiada para atender sus obligaciones, que cumplan con sus deberes legales, y que presten sus servicios adecuadamente a través de una sana y eficiente administración.

Se encuentra regulada por la Ley de Supervisión Financiera, contenida en el Decreto número 18-2002 del Congreso de la República, que en su Artículo 1 establece:

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

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

La Superintendencia goza de la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines y para velar porque las entidades sujetas a su vigilancia e inspección, cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuando a liquidez, solvencia y solidez patrimonial.

El Superintendente de Bancos, es nombrado por el presidente de la república. No obstante la comunicación y dependencia directa del presidente, actúa dentro del ámbito de acción del sistema de banca central, bajo la dirección general de la Junta Monetaria. Además, es asesor permanente de dicha junta.

1.3.4. Bancos y grupos financieros del sistema

Su funcionamiento se encuentra regulado por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, contenida en el Decreto número 19-2002 del Congreso de la República, la que tiene por objeto regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de bancos y grupos financieros, así como al establecimiento y clausura de sucursales y de oficinas de representación de bancos extranjeros.

Solamente las entidades debidamente autorizadas de conformidad con la ley, pueden efectuar, dentro del territorio de la república, intermediación financiera bancaria, consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos.

La denominación **banco** es la que comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros establecidas.

La denominación **grupo financiero** comprende la agrupación de dos o más personas jurídicas que realizan actividades de naturaleza financiera, de las cuales una de ellas deberá ser banco, entre las cuales existe control común por relaciones de propiedad,

administración o uso de imagen corporativa, o bien, sin existir estas relaciones, según acuerdo, deciden el control común. De esa cuenta pueden existir entidades financieras, aseguradoras, afianzadoras, que pueden actuar en forma independiente o adscrita a un grupo financiero.

Los bancos o instituciones bancarias y los grupos financieros, son de carácter privado o mixto que deben constituirse como sociedades anónimas, su capital social estará dividido y representado por acciones, las cuales deben ser nominativas. Los bancos nacionales del Estado que ejerzan actividades bancarias se constituirán en la forma que establezcan las leyes que regulen su organización.

Los bancos y grupos financieros realizan diferentes operaciones financieras con el objetivo de cumplir sus fines, entre ellas se pueden mencionar:

- Operaciones activas: Son las que realizan y, surgen como un derecho a su favor y en contra de terceras personas, independientemente de la forma jurídica de formalización e instrumentación o del registro contable que se adopte, entre las que se pueden mencionar: Otorgar créditos, descuento de documentos, financiamiento en operaciones de cartas de crédito, anticipos para exportación, emitir y operar tarjetas de crédito, arrendamiento financiero, factoraje, invertir en títulos valores, emitidos y/o garantizados por el Estado o por los bancos autorizados de conformidad con la ley o por entidades privadas, adquirir y conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles, siempre que sean para

su uso, constituir depósitos en otros bancos del país y en bancos extranjeros y, operaciones de contrato de reporto como reportador.

- Operaciones pasivas: Son las que realizan y de las cuales nace mediata o inmediatamente un deber u obligación para el banco y que ofrecen explícita o implícitamente cualquier tipo de seguridad o garantía, ya sea en cuanto a su recuperabilidad, mantenimiento de valor, rendimiento, liquidez y otros compromisos que impliquen la restitución de fondos, se puede decir que son las actividades de captación de recursos económicos para ser colocados posteriormente, se pueden mencionar: Recibir depósitos monetarios, a plazo y, ahorro, crear y negociar bonos y/o pagarés previa autorización de la Junta Monetaria, obtener financiamiento del Banco de Guatemala, conforme la Ley Orgánica de éste, obtener créditos de bancos nacionales y extranjeros, crear y negociar obligaciones convertibles, así como obligaciones subordinadas, operaciones de contratos de reporto como reportado.

- Operaciones de confianza: Son los servicios que realizan por cuenta de terceros, como: Cobrar y pagar por cuenta ajena, recibir depósitos con opción de inversiones financieras, comprar y vender títulos valores por cuenta ajena, servir de agente financiero, encargándose del servicio de la deuda, pago de intereses, comisiones y amortizaciones.

- Pasivos contingentes: Otorgar garantías y fianzas, prestar avales y emitir o confirmar cartas de crédito.
- Servicios: Actuar como fiduciario, comprar y vender moneda extranjera, tanto en efectivo como en documentos, apertura de cartas de crédito, efectuar operaciones de cobranza, realizar transferencia de fondos y arriendo de cajillas de seguridad.

1.3.5. Entidades financieras

Instituciones que generalmente son de carácter privado, -aunque existe una de carácter estatal, como es la Corporación Financiera Nacional-, deben constituirse como sociedades anónimas, actúan como intermediarios especializados en operaciones de banco de inversión, promoviendo la creación de empresas productivas mediante la captación y canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazo que invierten en estas empresas (industriales, agrarias o ganaderas) ya sea, en forma directa adquiriendo acciones o participaciones, o en forma indirecta, otorgándoles créditos para su organización, ampliación, modificación, transformación o fusión, también pueden realizar otras, siempre y cuando promuevan el desarrollo y diversificación de la producción.

1.3.6. Entidades aseguradoras

Instituciones que, pueden ser de carácter privado, constituidas como sociedades anónimas o de carácter estatal creadas por ley, actúan promoviendo el contrato de seguro y reaseguro, mediante los cuales se obligan a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al realizarse la eventualidad prevista y el asegurado o tomador del seguro, se obliga a pagar la prima correspondiente, disponiendo de toda un diversidad de contratos de seguro, entre los que se pueden mencionar: Seguros de personas, seguro de vida individual, seguro de vida colectivo, seguros de accidentes personales, seguros de hospitalización y gastos médicos, seguros de bienes o cosas (daños a la propiedad) que cubren los riesgos (patrimonio) de una persona natural o jurídica, seguro contra incendio, seguro de vehículos, seguro de transporte, seguro de responsabilidad civil, seguro contra todo riesgo de construcción (técnico), seguro de computadoras y equipos electrónicos, seguro de robo, etc.

También, pueden realizar contratos de seguro de hipotecas, esta actividad inicialmente era exclusiva del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas –FHA-, pero con la emisión del Decreto número 120-96 del Congreso de la República, Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos, se descentraliza tal función, que la podrán realizar las aseguradoras y afianzadoras autorizadas.

1.3.7. Entidades afianzadoras

Son empresas que se dedican a la venta de contratos de fianzas. Se entiende el contrato de fianza como la obligación por escrito que compromete a una o más partes como fiadores de otra u otras. Emiten las siguientes: De fidelidad, judiciales, administrativas de gobierno y administrativas de particulares.

1.3.8. Almacenes generales de depósito

Empresas que tienen el carácter de instituciones auxiliares de crédito, se deben constituir como sociedades anónimas, tienen como objeto el depósito, conservación y custodia, así como el manejo y distribución, compra y venta por cuenta ajena de mercancías o productos de origen nacional o extranjero. También están facultadas para la emisión de títulos-valor o títulos de crédito.

Únicamente estas empresas pueden emitir certificados de depósito y bonos de prenda; mediante el primero, se acredita la propiedad y depósito de la mercadería o producto y, los bonos de prenda representan garantía de las mercancías o productos depositados, confiriendo por sí mismos derechos y privilegios de un crédito prendario.

1.4. Sistema financiero no regulado

Dentro de este sistema se consideran las instituciones que no están autorizadas por la Junta Monetaria como instituciones financieras y como consecuencia, no son fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos, su autorización responde a una cobertura legal basada en el Código de Comercio y la legislación general.

Pueden clasificarse como: Cooperativas de ahorro, organizaciones no gubernamentales, empresas exportadoras, casas de empeño y prestamistas particulares.

Las cooperativas de ahorro y crédito son entidades que obtienen recursos de sus asociados por medio de ahorros periódicos, para poder realizar diferentes operaciones comerciales con el objeto de obtener un rendimiento colectivo en beneficio de sus afiliados.

Las organizaciones no gubernamentales, son conocidas como ONG's, se dedican a la captación de recursos internacionales, cuyo origen principalmente son donativos, que serán destinados básicamente para un fin social. Los fondos son fiscalizados por los mismos entes internacionales que otorgan los aportes. Esas organizaciones se encuentran ubicadas especialmente en el área rural y surgen por la ineficiencia del Estado en canalizar las donaciones para el fin propuesto.

Las empresas exportadoras, son entidades que se dedican a canalizar la producción de mercancías nacionales para su exportación, adquieren la mercadería de los propios productores para ser vendida en el extranjero. En algunos casos los mismos productores son los que exportan sus productos.

Las casas de empeño, son empresas que se dedican a proporcionar financiamiento a cambio de recibir bienes muebles en garantía del préstamo proporcionado.

Los prestamistas particulares, son personas individuales que de sus propios fondos ofrecen crédito sin mayores trámites a particulares y/o empresas, con el objetivo de tener una mayor rentabilidad.

1.5. Funciones del banco de Guatemala

Tal como se expuso, todo banco central realiza funciones con el objeto de mantener una estabilidad económica, en ese sentido el Banco de Guatemala por regulación legal realiza las siguientes:

- a) Está facultado para realizar operaciones de crédito en su papel de prestamista de última instancia, otorgando crédito a los bancos del sistema, pero, eso sí, únicamente para solventar deficiencias temporales de liquidez, siempre y cuando exista un informe que sobre la situación patrimonial y de cartera del

banco solicitante le presente el Superintendente de Bancos. Las condiciones sobre las que se proporcione dicho crédito deben ser:

- Que no puede ser superior al cincuenta por ciento (50%) del equivalente del patrimonio computable del banco de que se trate, garantizando con prenda de créditos o hipoteca.
- El plazo no puede ser mayor de treinta (30) días calendario, que puede ser prorrogado por la mitad del plazo original.
- La tasa de interés aplicada al crédito deberá ser superior a la que en promedio aplique el banco de que se trate.
- Únicamente se puede otorgar al mismo banco, dos (2) créditos en un período de doce (12) meses, siempre que los mismos se otorguen en dos meses no consecutivos dentro de tal período.
- Por último, la Superintendencia de Bancos debe informar a la Junta Monetaria, en un plazo que no exceda de diez (10) días hábiles después del crédito, las causas que originaron las deficiencias de liquidez, así como la calidad y situación en que se encuentran las garantías que respaldan el crédito.

- b) Realiza operaciones internacionales, suscribiendo acuerdos de cooperación y acuerdos de integración monetaria con bancos centrales, asociaciones de bancos centrales u otros entes similares, realizando las operaciones que le correspondan de acuerdo con los convenios internacionales suscritos, ratificados por Guatemala, pero cuando alguna de las operaciones implique asumir créditos u otras formas de deudas, deberá contar con la aprobación previa del Congreso de la República.
- Cumpliendo con la característica de banco central como banco de bancos, realiza operaciones de corresponsalía actuando como agente o corresponsal de otros bancos centrales, de instituciones bancarias internacionales y, de instituciones financieras extranjeras, quienes a su vez actúan como sus agentes o corresponsales en el exterior.
- c) Cumpliendo con la característica de ser asesor y agente financiero del Estado guarda estrecha relación a través de ejercer la función de consejero, en materia de su competencia, así como de agente financiero del Estado, realizando las siguientes operaciones:
- Las operaciones bancarias oficiales del Organismo Ejecutivo, las instituciones autónomas y descentralizadas y, en general, las entidades y dependencias del Estado, salvo disposición legal en contrario, deben efectuarse por su medio, ya sea en moneda nacional como extranjera, dentro del país o en el exterior.

- Los recursos financieros del Organismo Ejecutivo, instituciones autónomas y descentralizadas y, en general, de las entidades y dependencias del Estado provenientes del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado, salvo disposición legal en contrario, deben depositarse en el Banco de Guatemala, se incluyen también los depósitos de garantía en favor del Estado o de cualesquiera de sus dependencias y toda clase de depósitos judiciales, salvo disposición legal en contrario. La Contraloría General de Cuentas, debe velar porque los entes del Estado bajo su jurisdicción cumplan con lo anterior.

- Sin embargo, cualquier ente del Estado que conforme la ley pueda administrar sus recursos financieros fuera del Banco de Guatemala, debe coordinar su política de inversiones con éste, para coadyuvar al logro del objetivo fundamental de la política monetaria.

- Puede custodiar títulos, documentos y objetos de valor, pertenecientes al Estado.

- Maneja la cuenta general de tesorería nacional, en la que se acreditan las disponibilidades del Organismo Ejecutivo. Los traslados de fondos de esta cuenta a otras cuentas se autorizan por orden de funcionario competente, con visa de la Contraloría General de Cuentas.

- La Junta Monetaria emite opinión para que el Organismo Ejecutivo o cualquier ente público realicen operaciones crediticias en el extranjero, o cuando gestionen la contratación de empréstitos en el interior del país, la que se funda en la incidencia de la operación contemplada sobre la balanza de pagos, medio circulante y sobre la consecución, en el mediano y largo plazos, del objetivo fundamental del banco central.

- Recibir la información de los entes del Estado, que les requiera y dentro del plazo que señale, la información o documentación sobre el flujo de caja y sobre otras variables relevantes para el período que la Junta Monetaria señale, a fin de facilitar el manejo de la liquidez monetaria por parte del Banco de Guatemala.

El Banco de Guatemala, como ente del Estado, autónomo y descentralizado, cumple funciones importantísimas para la estabilidad general y crecimiento económico de Guatemala, las políticas económicas que dicta o aplica son de capital importancia, por lo que se considera que es una institución sólida, que tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, de duración indefinida, con la garantía del estado para llevar a cabo cualquier otra función financiera o bancaria que, sin estar prohibidas fueren compatibles con su naturaleza de banco central y, necesarias para el cumplimiento de su objetivo fundamental.

1.6. Estructura administrativa del banco de Guatemala

La Ley Orgánica del Banco de Guatemala, dispone que la Junta Monetaria al ejercer la dirección suprema del Banco de Guatemala, es la que aprueba o modifica su estructura administrativa a propuesta del gerente general, quien es el responsable de la administración, respondiendo ante el presidente del banco y la junta, del correcto y eficaz funcionamiento.

Para cumplir su objetivo fundamental de contribuir a la creación y al mantenimiento de las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional y promover la estabilidad en el nivel general de precios así como de sus funciones, cuenta con la siguiente estructura administrativa:

- a) **Junta Monetaria:** Ejerce la dirección suprema del Banco de Guatemala.

- b) **Presidencia:** Conformada tanto por presidente como por un vicepresidente del banco, quienes a su vez también lo son de la Junta Monetaria. Son nombrados por el presidente de la república para un periodo de 4 años. Las atribuciones principales del presidente son las de proponer a la Junta Monetaria la política monetaria, cambiaria y crediticia incluyendo las metas programadas, velar por la correcta ejecución de la política referida, así como, atender las relaciones con las autoridades y organismos del Estado, particularmente con el Organismo Ejecutivo, procurando la coordinación de las políticas económica, financiera y

fiscal del Estado con la política monetaria, cambiaria y crediticia del Banco de Guatemala, para lo cual asiste al gabinete general de gobierno y a los específicos a que sea convocado.

- c) **Secretaría del Comité de Ejecución:** Tiene como responsabilidad la convocatoria de las sesiones del comité, preparación de documentos y, elaboración de las actas en las cuales, se hará constar las actuaciones del comité de ejecución en el cumplimiento de su función principal, la ejecución de la política monetaria, cambiaria y crediticia.

- d) **Gerencia General:** Tiene como responsabilidad la administración del Banco de Guatemala, responde ante el presidente del banco y la Junta Monetaria del correcto y eficaz funcionamiento. Cuenta con la asesoría a nivel staff de la auditoría interna.

- e) **Auditoría Interna:** Asesora a la administración en la implementación de una adecuada estructura de control interno, proporcionando análisis, evaluaciones, opiniones y recomendaciones respecto de las actividades y operaciones del Banco de Guatemala, tanto en el área contable, financiera, administrativa, control interno y de sistemas. Cuenta con las unidades administrativas siguientes:
 - Unidad de Auditoría de Riesgo y Control.

- Unidad de Auditoría de Estudios.
 - Unidad de Auditoría de Sistemas.
 - Unidad de Auditoría Financiera.
 - Unidad de Auditoría Operativa.
- f) **Gerencia Económica:** Tiene a su cargo el diseño, seguimiento y evaluación periódica de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país, identificación de principales macro tendencias económicas, análisis, interpretación e incidencia en el esquema monetario interno, preparación de las principales estadísticas económicas para la toma de decisiones en materia de política monetaria, así como proporcionar asesoría a las autoridades en las relaciones con organismos financieros internacionales. Cuenta con las dependencias siguientes:
- Unidad de Relaciones Internacionales.
 - Departamento de Estudios Económicos, que tiene las secciones siguientes:
Sección de Programación Financiera, Sección de Balanza de Pagos y Sección de Finanzas Públicas.

- Departamento de Investigaciones Económicas.
 - Departamento de Estadísticas Económicas, que tiene las secciones siguientes: Sección de Cuentas Nacionales, Sección de Estadísticas Cambiarias, Sección de Análisis de Mercados y Comercio Exterior.
 - Departamento de Análisis Bancario y Financiero, que cuenta con las secciones siguientes: Sección de Análisis del Sistema Financiero, Sección de Estadísticas Bancarias y Financieras y Secretaría del Consejo Técnico
- g) **Gerencia Financiera:** Tiene a su cargo la coordinación de la administración y puesta en ejecución de la política monetaria, por medio de las operaciones de estabilización monetaria, atención de operaciones en moneda extranjera del sector público, ejecución de los programas anuales de emisión, amortización y destrucción de numerario, atención de las operaciones de depósito, retiro y canje de numerario con bancos del sistema y entidades del sector público, administración de las reservas monetarias internacionales -RMI-, incluido el análisis de riesgo asociado a la gestión de dichas reservas, registro contable de los eventos económico-financieros que afectan el patrimonio del banco, implementación de las acciones que permitan contribuir al fortalecimiento del sistema de pagos nacional. Cuenta con las dependencias siguientes:
- Unidad de Análisis de Riesgo de Reservas Monetarias Internacionales.

- Departamento de Operaciones de Estabilización Monetaria: Este departamento ejecuta la política monetaria, cambiaria y crediticia determinada por la Junta Monetaria, de conformidad con los lineamientos del comité de ejecución, así como realiza las actividades derivadas de la función que le corresponde al Banco de Guatemala como agente financiero del Estado, está integrado por las secciones siguientes:
 - Sección de Operaciones de Mercados Financieros.
 - Sección de Análisis de Mercados Financieros.
 - Sección de Liquidación de Valores.
 - **Sección de Fideicomisos y Administración de Cartera: Por medio de esta sección el Banco de Guatemala lleva a cabo funciones de control de fideicomisos estatales que tiene a su cargo, actuando como fiduciario y fideicomitente.**
- Departamento Internacional, que tiene las secciones siguientes: Sección de Inversión de Reservas Monetarias Internacionales y Sección de Operaciones Extranjeras.

- Departamento de Contabilidad, con las secciones siguientes: Sección de Sistema de Pagos, Sección de Registro de Operaciones y Estados Financieros y Sección de Registro de Reservas Monetarias Internacionales.

- Departamento de Emisión Monetaria, cuenta con las secciones siguientes: Sección de Emisión, Sección de Tesorería y Operaciones con Bancos.

- h) **Gerencia Administrativa:** Atiende la coordinación de las funciones administrativas y de servicios internos. Sus funciones administrativas están enmarcadas, principalmente en la administración del recurso humano y el análisis organizacional; los sistemas informáticos; la proveeduría de bienes y servicios y la seguridad. Está integrada por las dependencias siguientes:
 - Departamento de Comunicación y Relaciones Institucionales, cuenta con las secciones siguientes: Sección de Bibliotecas, Sección de Protocolo y Sección de Divulgación.

 - Departamento de Recursos Humanos, cuenta con las secciones siguientes: Sección de Administración de Remuneraciones y Prestaciones del Personal, Sección de Planificación y Relaciones Laborales, Sección de Desarrollo de Recursos Humanos, Centro de Capacitación, Adiestramiento y Desarrollo del Personal y Sección de Análisis Organizacional.

- Departamento de Servicios Administrativos y Seguridad, cuenta con las secciones siguientes: Sección de Servicios Auxiliares, Sección de Mantenimiento, Sección de Secretaría Administrativa, Sección de Investigaciones Especiales, Sección de Seguridad Especial y Sección de Seguridad.

- Departamento de Tecnologías de Información, cuenta con las secciones siguientes: Sección de Infraestructura Tecnológica y Bases de Datos, Sección de Proyectos Informáticos, Sección de Servicios Informáticos y Sección de Gestión y Calidad Tecnológica.

- i) **Gerencia Jurídica:** Se especializa en materia legal, encargada de asesorar a la Junta Monetaria, autoridades y funcionarios del Banco de Guatemala. Asimismo, responderá por la buena administración de la secretaría de la Junta Monetaria. Para ello cuenta con las dependencias siguientes:
 - Asesoría Jurídica, su misión es asesorar en materia legal a la Junta Monetaria, autoridades y funcionarios del Banco de Guatemala y hacerse cargo de los aspectos técnicos y administrativos de la asesoría jurídica.

 - Secretaría de la Junta Monetaria, su misión es preparar, convocar y atender las sesiones de Junta Monetaria, elaborar los documentos que se deriven de dichas sesiones, servir de enlace entre la Junta Monetaria, las autoridades y

funcionarios del Banco de Guatemala, el sistema financiero y público en general, en los aspectos relacionados con las decisiones que emanen de dicha junta y, comunicar en forma oportuna las resoluciones que se hayan adoptado.

CAPÍTULO II

2. El fideicomiso

2.1. Antecedentes y definición

El fideicomiso, es una palabra que se deriva de las palabras en latín "fides", que significa fe y, "commissus", que significa, comisión.

En el derecho romano se realizaron negocios jurídicos conocidos como "fideicommissum", que era el acto de fe o confianza por el cual el testador transmitía sus bienes a un heredero que a su vez adquiriría la obligación de transmitirlo a un tercero, pero, con la práctica se presentaron conflictos de interés, por lo que el derecho romano instituyó un pretor específico para el cumplimiento del fideicommissum.

Existieron también los llamados pactos fiduciarios basados en la confianza entre las partes, pero con la diferencia que eran realizados entre vivos.

En el derecho anglosajón, se conoció el negocio denominado "trust", que era el negocio basado en la buena fe, por la que una persona transfería un bien en beneficio de otra.

El fideicomiso es un negocio jurídico que constituye toda una institución, que sirve para conseguir diferentes propósitos u objetivos, de conformidad con su constitución.

Surgió en Guatemala con la Constitución Política de la República de 1945, luego se legisló ordinariamente en el Decreto Ley número 106, Código Civil, pero al emitirse el Decreto número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio, se reguló en este último por considerarse un negocio bancario, correspondiente al derecho mercantil.

El Dr. Villegas Lara define al fideicomiso de la siguiente forma: “El fideicomiso es un negocio por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.⁴

Guillermo Cabanellas lo define así: “Disposición de última voluntad en virtud de la cual el testador deja sus bienes o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir ésta a su vez, o al cumplirse determinadas condiciones o plazos transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se le señale”.⁵

Los tratadistas Puente y Calvo, en su definición, integran un concepto muy importante como es la institución fiduciaria: “Es un contrato por el cual una persona destina ciertos

⁴ Villegas Lara, Arturo. **Derecho mercantil**, volumen III. Pág. 148.

⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, tomo II. Pág. 196.

bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”.⁶

A su vez el tratadista Julián Bojalil, afirma que el fideicomiso es: “una operación netamente bancaria que permite a una persona llamada fideicomitente, destinar ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”.⁷

El Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, no proporciona una definición, estableciendo unicamente en los Artículos 766, 770 y 771, lo siguiente:

- El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario para fines determinados, por lo que el fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio de llevar a cabo únicamente los actos que cumplan los fines del fideicomiso.

- Que el fideicomiso puede constituirse ya sea por contrato o bien instituirse por testamento.

⁶ Paz Álvarez, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. Pág. 105.

⁷ Bojalil, Julián. **Fideicomiso**. Pág. 43.

- Que al momento de suscribirse, debe formalizarse en escritura pública, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto así como consignarse el valor estimativo de los bienes.

Asimismo, indica que únicamente podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país, pudiendo las instituciones de crédito actuar como fiduciarios, siempre y cuando estén autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria, que el fideicomisario puede ser cualquier persona que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo. Permite que el fideicomitente pueda designarse a sí mismo como fideicomisario, mas el fiduciario no puede ser fideicomisario dentro del mismo fideicomiso.

El licenciado Colindres Roca establece que el fideicomiso es: “Un acto jurídico, contractual o testamentario, por cuyo medio una persona, llamada fideicomitente transmite a otra, llamada fiduciario, bienes destinados a la consecución de un fin lícito, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario, que puede ser perfectamente determinado o indeterminado, formando los bienes un fideicomiso a favor de otra persona”.⁸

Interpretando las definiciones anteriores, se puede decir que se entiende al fideicomiso como el negocio jurídico que consta en un contrato, por el cual una persona llamada

⁸ Colindres Roca, Ronald Manuel. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala**. Pág. 142.

fideicomitente (sea persona natural o jurídica) entrega a un tercero, el fiduciario (en general solo puede ser un banco), la administración de cualesquiera bienes, de acuerdo con las instrucciones establecidas en el contrato, a favor de uno o más beneficiarios. El fideicomiso aporta al fideicomitente como beneficio, la garantía que su patrimonio va a ser administrado de acuerdo a las instrucciones previas que él realice.

En general los beneficiarios (fideicomisarios) recibirán los pagos correspondientes según las instrucciones, aunque el fideicomitente deje de existir, por lo que son una forma muy eficiente para asegurar la administración de fondos de retiro, por ejemplo o de manejo de testamentos, etc.

2.2. Características

Se pueden establecer como características del fideicomiso, las siguientes:

- Es un negocio que puede realizarse como acto unilateral o bilateral, ya sea por testamento o por contrato, respectivamente.
- Es formal, ya que en ambas formas, unilateral o bilateral, debe constar en escritura pública.

- Es un negocio jurídico nominado ya que se encuentra establecido en la legislación. Para su validez, precisa de capacidad legal de los sujetos que declaran su voluntad, consentimiento de éstos y de objeto lícito.
- El fiduciario es el titular del patrimonio fideicometido, ya que es quien debe ejercer la administración y llevar a cabo las acciones necesarias para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que de ese patrimonio se deriven; siendo necesario que ese patrimonio no se confunda con el suyo propio, por el hecho de estar destinado para la realización de un fin determinado.
- Es un negocio de tipo mercantil, realizado como actividad bancaria, pues solamente los bancos o instituciones de crédito debidamente autorizadas pueden ser fiduciarios.
- Es un negocio generalmente oneroso, ya que el fiduciario se obliga a realizar los actos necesarios para cumplir los fines del fideicomiso a cambio de una remuneración por sus servicios, habida cuenta que la tarea primordial del fiduciario es administrar o invertir los bienes para que produzcan renta en beneficio del fideicomisario.
- Es de ejecución continuada, porque sus efectos no se agotan en un solo momento sino que se establece un vínculo continuo durante cierto tiempo, hasta un plazo máximo de 25 años, salvo que se pacte a favor de una persona que

necesite asistencia, en virtud del cual el fiduciario debe realizar, los actos tendientes a la consecución de los fines para los cuales se constituyó, aunque el plazo se reduce o considera hasta el límite legal.

- El negocio de fideicomiso realizado mediante contrato es consensual.

2.3. Elementos del fideicomiso

Los elementos que integran un fideicomiso son: los personales, los reales y los formales.

En el caso de los primeros, se tiene a los sujetos; en cuanto a los elementos reales, están constituidos por el objeto mismo del fideicomiso que como se vió, puede ser cualquier bien cuya transmisibilidad no esté prohibida por la ley.

En tercer lugar se tiene a los elementos formales; es decir, la forma en que se constituye el fideicomiso, su solemnidad.

2.3.1. Elementos formales

En cuanto a los elementos formales, basta hacer la siguiente cita legal: “El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo

constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de los bienes.” (Artículo 771 del Código de Comercio).

A pesar de que está regulada la constitución de un fideicomiso en escritura pública, como se ha señalado anteriormente, el fideicomiso según la especie de que se trate, puede constituirse también en documento privado así como sus modificaciones, conforme lo establecido en el artículo 76 del Decreto número 34-96 del Congreso de la República, Ley del Mercado de Valores y Mercancías. El valor es el que consta en el documento, el cual no podrá ser inferior al que conste en los registros públicos, matrículas, catastros o en los listados oficiales.

2.3.2. Elementos personales

Corresponde a los sujetos del fideicomiso, es decir, quien lo constituye, a quien se le confía su objeto y, la persona que se beneficia.

Se establecen como sujetos del fideicomiso, los siguientes:

- Se le llama fideicomitente a la persona que otorga o confía los bienes para su administración, que como se establece, puede ser un testador o cualquier otra persona; es decir, la persona bajo cuya voluntad se constituye el fideicomiso.

- Recibe el nombre de fiduciario, la persona que recibe los bienes y, se compromete a cumplir el encargo de administración y/o inversión y posterior entrega; recibe el nombre de fiduciario, tal como se indicó, por lo general y de conformidad con la ley, es una institución bancaria, pero también lo puede ser una institución de crédito que se encuentre autorizada para el efecto por la Junta Monetaria.

- El fideicomisario es el nombre que se le da a la persona en cuyo favor se administran o invierten los bienes fideicometidos.

- De conformidad con la ley, estos tres sujetos, cuando intervienen en el fideicomiso, deben tener un status jurídico para el desempeño de sus funciones en relación a:
 - El fideicomitente, como es la persona que transfiere bienes, puede declarar su voluntad ya sea por sí mismo o por medio de apoderado con facultad especial para constituir el fideicomiso; como dispone de su patrimonio, debe tener capacidad legal para enajenar. Si un fideicomitente fuere un menor, un incapaz o un ausente, sus representantes lo pueden realizar con autorización judicial.

 - El fiduciario, únicamente pueden ser bancos o instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria. Tiene prohibido o nunca podrá tener la calidad de fideicomisario en el fideicomiso en que tenga la administración.

Cuando el fideicomiso se instituye por contrato se nombra al fiduciario específico pero, cuando es por testamento, puede suceder que se omita esa nominación, por lo que a propuesta del fideicomisario o por iniciativa judicial se nombra quien va a tener esa calidad. Al fiduciario, derivado del fideicomiso, le surgen ciertos derechos y obligaciones los cuales se mencionan mas adelante.

- El fideicomisario, para ser beneficiario del fideicomiso, debe tener plena capacidad para adquirir derechos, su designación puede aparecer en el instrumento constitutivo o por lo menos darse los parámetros para determinarlos.

2.3.3. Elemento formal

Se refiere precisamente al tipo de patrimonio del cual es objeto el fideicomiso, como ya se ha mencionado, pueden ser toda clase de bienes cuya transmisibilidad no esté prohibida por la ley; por ejemplo, bienes inmuebles, muebles, derechos de autor, derechos de edición, derechos intelectuales, patentes, derechos marcarios e inclusive, sobre frutos futuros como nombra el Código Civil a las cosechas, entre otros.

2.3. Fin

Este es un punto importante para comprender la institución del fideicomiso. Los fines que puede tener la constitución de un fideicomiso son tres:

- Garantizar el debido cumplimiento de una obligación.
- Asegurar la adecuada administración de bienes.
- Invertir los recursos.

“A cada uno de estos fines, resulta lógico que también corresponda una clase de fideicomiso. Por tanto, generalmente las clases de fideicomisos que podemos encontrar son los de garantía, administración y de inversión.”⁹

2.4. Clases de fideicomiso

Por función o finalidad inmediata de los bienes fideicometidos y la función que en relación a ellos cumple el fiduciario, se puede resumir su clasificación en la doctrina de la siguiente forma:

- De inversión: El fideicomitente transfiere bienes destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso. El Artículo 784 del Código de Comercio sirve de asidero jurídico al objeto fundamental de este tipo de fideicomisos, cuando establece: “Salvo autorización expresa en contrario, dada por el fideicomitente en el documento constitutivo, el fiduciario únicamente podrá hacer inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez, cometidos o garantizados

⁹ Paz Álvarez, Roberto **Negocio jurídico mercantil**. Págs. 108 y 109.

por el Estado, las entidades públicas, las instituciones financieras, los bancos que operen en el país y las empresas privadas cuyas emisiones califique como de primer orden la Comisión de Valores”. Además el Artículo 76 de la Ley de Mercados de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, contempla la inversión de bienes fideicometidos para efectos bursátiles; es decir, colocación de fondos en bolsa de valores.

- De garantía: Se instituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. En caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario. El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor. El fundamento legal para esta clase de fideicomisos se encuentra en el Artículo 791 del Código de Comercio, el que estatuye en su parte conducente: “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”.

- De administración: El fiduciario administra los bienes. Es decir, el fiduciario puede encargarse de los arrendamientos del patrimonio fideicometido con la prohibición de no enajenarlos. Todo esto queda contemplado en el Artículo 41 de la Ley de Bancos, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de

Guatemala, que establece: “Los bancos autorizados conforme esta ley, podrán efectuar las operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar los servicios siguientes: ...realizar arrendamientos”. Además de ello, el Artículo 771 señala que: “Los jueces de primera instancia del Ramo Civil, a solicitud de parte y con opinión favorable del Ministerio Público (debe entenderse que es la Procuraduría General de la Nación¹⁰), podrán constituir fideicomisos en los casos en que por la ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes. El fiduciario nombrado judicialmente sólo será administrador de los bienes”.

- **Mixtos:** No existe un fideicomiso puro, sino más bien, éstos resultan de una combinación de especies. Por ejemplo, se puede presentar la posibilidad de que la entidad fiduciaria pueda no sólo invertir los bienes fideicometidos sino además también pueda administrar la actividad resultante de tal inversión. Esto también queda autorizado para las entidades bancarias, tal el caso de la Ley de Bancos y Grupos Financieros que en su artículo 41 establece: “actuar como fiduciario y ... realizar arrendamientos financieros”.

En las legislaciones de Colombia y México, se establece la siguiente clasificación doctrinaria, la cual se menciona a manera de ejemplo y, que ilustra que existan más clases de fideicomiso:

¹⁰ Así es como lo establece el Decreto 25-97 del Congreso de la República de Guatemala.

- Fideicomiso de administración.

- Fideicomiso de inversión.

- Fideicomiso de garantía.

- Fideicomiso testamentario.

- Fideicomiso de seguros.

- Fideicomiso de desarrollo.

- Fideicomiso inmobiliario.

- Fideicomiso de prestaciones o de fondos de pensión.

- Fideicomiso del Estado.

- Fideicomiso de voto.

- Fideicomiso a favor de instituciones culturales, deportivas, sociales, artísticas etc.

A propósito de la mención del fideicomiso del Estado en esta última clasificación, es preciso diferenciar el fideicomiso público del privado.

El fideicomiso del estado, estatal o público no se encuentra regulado en una ley específica, pero es debido a su falta de tratamiento en la doctrina y sobre todo, porque los autores nacionales no lo incluyen como una clasificación en este instituto de derecho.

De conformidad con las definiciones que se han indicado, se puede entender al fideicomiso público como aquél por el cual el Estado transmite a un fiduciario bienes de dominio público o privado o afecta fondos o recursos públicos para llevar a cabo un fin lícito de interés público.

De conformidad con el autor Manuel C. Gómez de La Lastra, esta clase de fideicomiso tiene su origen en México, específicamente por lo contenido en la Ley Orgánica de la Administración Pública y Ley Federal de Entidades Paraestatales que lo norma.

Tiene como características especiales que:

- El Estado es el fideicomitente.

- Los gobiernos deben necesariamente intervenir en su constitución.

- El patrimonio se conforma con bienes del Estado, (que pueden ser bienes muebles e inmuebles y recursos financieros) y consecuentemente, la finalidad del fideicomiso deber ser de interés público.

- Como negocio juridico, implica las actividades y relaciones que se dan en el fideicomiso en general o privado, pero, con los siguientes matices: como el fideicomitente es siempre el Estado, los fines que se establecen deben ser de interés público; es decir, que debe pensarse en una aplicación a las actividades realizadas por el sector público, que involucran elevar el nivel de empleo y crecimiento económico de un Estado o país.

- Debe dársele suma importancia a quien se le otorga la investidura de fiduciario, dado que es la idoneidad de éste la que permitirá la satisfacción del interés público que se persigue satisfacer.

- La confianza, es el fundamento de la misión encomendada a un fiduciario, que debe ser por su capacidad específica y neutralidad, vinculada a los objetivos perseguidos.

- No debe dejar de tomarse en cuenta que el fiduciario desempeña un rol de casi propietario y administrador, por lo que su designación es importante.

Conforme lo indica el citado autor, la designación de un fiduciario bien puede ser una institución bancaria privada, aunque esto, tampoco resta mérito a la posible conveniencia que una entidad financiera estatal asuma el carácter administrador y, sea la depositaria de los recursos públicos involucrados, aunque el autor, critica que genera mayor burocracia y el Estado contrata consigo mismo, ya que es una entidad que forma parte del mismo.

Se considera que mas que valorizar un incremento de la burocracia, debe destacarse al contratar como fiduciario a una entidad financiera estatal, que tanto ésta como la administración pública tienen intereses sociales, comunes y homogéneos, de conseguir estabilización interna y externa en la economía así como de lograr el crecimiento económico, mayor empleo e inversión, con el consiguiente bienestar para toda la población.

Otro aspecto muy importante a considerar es que aunque al contratar como fiduciario a una financiera estatal signifique mayor burocracia se compensaría con menor costo administrativo (al pagar comisión u honorarios mas bajos), se obtendría seguridad y confianza en la administración del patrimonio y realización de los fines del fideicomiso, tomando en cuenta el carácter social y de desarrollo de la entidad financiera, y que su funcionamiento y creación devienen de su naturaleza y carácter operativo descentralizado y autónomo que le permite libertad y responsabilidad en la toma de decisiones, dado a que cuenta con personalidad jurídica que le permite adquirir derechos y obligaciones pero, siempre enfocadas con su objetivo primordial.

2.5. Plazo

El plazo para un fideicomiso se encuentra dentro de la esfera de decisiones que pueden acordar las partes que se obligan, puede ser determinado cuando se constituye para cierto tiempo; sin embargo, la voluntad de las partes no puede exceder del máximo legal establecido en la ley que lo fija en veinticinco años, salvo que el mismo se haya constituido en beneficio de una entidad estatal, o una institución de asistencia social, científica o artística con fines no lucrativos o bien a beneficio de un incapaz o un enfermo incurable, etc.

2.6. Extinción del fideicomiso

De conformidad con la legislación, el fideicomiso puede extinguirse por las razones siguientes:

- Por realizarse el fin para el cual fue constituido. Como el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados, se colige que, si el fideicomiso se crea con un fin determinado, al dársele cumplimiento, el mismo debe extinguirse.
- Por hacerse imposible su realización. Se extingue cuando se hace imposible continuar con la realización del fin para el que fue constituido.

- Por realizarse la condición resolutoria a que haya quedado sujeto. En su constitución puede establecerse el acaecimiento de un evento futuro e incierto; por lo tanto, si la condición a que se sujeta es suspensiva, éste nacerá a la vida jurídica en el momento en que aquélla ocurra y por el contrario si su constitución quedó sujeta a una condición de carácter resolutoria, el acaecimiento de la misma lo extingue o impide su nacimiento a la vida jurídica.
- Por convenio expreso. Si las partes de común acuerdo convienen en su nacimiento o constitución también pueden ponerle fin de forma anticipada.
- Por revocatoria hecha por el fideicomitente. Podrá llevarse a cabo siempre y cuando el fideicomitente se haya reservado el derecho de revocarlo en el documento constitutivo o en el instrumento público de constitución.
- Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, a menos que la sustitución de éste lo haga imposible.
- Por sentencia judicial. Si el fideicomitente o cualquier otra persona interesada, (verbigracia la acción pauliana), impugna el contrato de fideicomiso, el mismo queda extinguido por sentencia judicial.
- Por cumplimiento del plazo, aunque es factible prorrogarlo.

2.7. Efectos al extinguirse el fideicomiso

Al extinguirse los bienes deben entregarse (en el caso de que los bienes deban trasladarse al fideicomisario) o devolverse (o bien que los bienes deban devolverse al fideicomitente), lo cual se hace según se haya dispuesto en el documento constitutivo, ya que el fiduciario solamente adquiere la titularidad de los bienes, no así la propiedad plena, por lo que a la extinción de éste debe entregarlos a la persona designada en el documento o instrumento público de constitución.

Estos hechos establecen una obligación contractual y legal para el fiduciario toda vez que, de no cumplir con tal obligación, faculta a los herederos o interesados que tengan legítimos derechos sobre los bienes, a exigir judicialmente su devolución y, también se evidencia una responsabilidad penal, puesto que el fiduciario estaría en tal caso, apropiándose o reteniendo indebidamente de un bien que ya no le corresponde por haberse extinguido el negocio jurídico que le facultaba a poseerlo.

2.9. Responsabilidad del sujeto fiduciario

El fiduciario incurre en daños y perjuicios y posiblemente en responsabilidad penal, si no cumple con las conductas a las que se obliga en el contrato de fideicomiso, de tal manera que, el sujeto fiduciario debe cumplir con cada una de las obligaciones acordadas en el acto que dio origen al fideicomiso.

El documento constitutivo de fideicomiso y la traslación de bienes en fideicomiso, al fiduciario, estarán libres de todo impuesto. Igualmente, queda exonerada de todo impuesto la devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente, a la terminación del fideicomiso, salvo que dichos bienes deban ser entregados a personas distintas de las que han participado en el contrato, en cuyo caso el traslado queda afecto al impuesto al valor agregado (IVA).

CAPÍTULO III

3. Sistema Integrado de Administración Financiera del Estado -SIAF-

Al igual que para un banco central, cuyo objetivo es controlar las actividades monetarias, crediticias y cambiarias en un país, fomentando la estabilización interna y externa del dinero y la economía, para la administración pública, tanto en Guatemala, como en cualquier país o Estado del mundo, uno de los objetivos de la política económica más importantes es la administración de los recursos financieros que percibe el Estado como producto de las contribuciones realizadas por las personas tanto naturales como jurídicas, sean públicas o privadas, por actividades productivas.

Estos recursos circulan y forman parte de las actividades controladas por el sistema financiero.

La administración de los recursos financieros pertenecientes a cualquier Estado, también se realiza a través de un sistema, que es conocido como Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF), medio por el cual se lleva a cabo la planificación, obtención, asignación, utilización, registro, información y control interno de los recursos financieros del Estado, para la satisfacción de las necesidades colectivas y, cuya captación puede permitir que cualquier estado disponga en mayor o menor medida de caudales para incentivar el crecimiento económico, que redundará en crear empleo,

mayores niveles de ingreso, consumo, de ahorro y bienestar generalizado para los ciudadanos; es decir, desarrollo económico y social.

Engloba la totalidad de las rentas y los gastos públicos, cualesquiera sea su naturaleza, origen o destino, por lo tanto, abarca rentas y gastos de todas las instituciones del sector público, sean éstas centralizadas, descentralizadas, autónomas, regionales o seccionales.

La característica principal del sistema de administración financiera es la centralización normativa y la descentralización operativa.

Los componentes del sistema integrado de administración financiera son los siguientes:

- Presupuesto

- Tesorería

- Crédito público

- Contabilidad

3.1. Elementos comunes de los sistemas de administración financiera

- Régimen jurídico y normativo: La aplicación del principio de legalidad al sistema de la administración financiera se sustenta en un ordenamiento jurídico básico, claro, sencillo, congruente, armónico y jerárquico, que debería implementarse siempre en base o a través de la aprobación y expedición de una Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público que, supeditada al precepto constitucional, integre los sistemas de presupuesto, tesorería, crédito público y contabilidad, a fin de que la administración pública sea un instrumento eficaz para el funcionamiento del Estado. La ley aludida debe contener principalmente, criterios doctrinarios y principios sobre los sistemas que integran la administración financiera, confiriéndole una relativa permanencia que torne innecesaria su frecuente y fragmentaria modificación así como hacer posible su vigencia y aplicación obligatoria en todas las entidades y organismos del sector público. La reglamentación y la normativa secundaria, debido a su condición subalterna debe ser expedida por órganos institucionales de menor jerarquía. Esta modalidad confiere al sistema un grado de adaptabilidad a las exigencias particulares, las necesidades de las instituciones y la incorporación de nuevas tecnologías, a medida que éstas se desarrollen.

- Organización: La organización está referida a la estructura administrativa y a las atribuciones, competencias y funciones de los sistemas de administración financiera. La responsabilidad central por el funcionamiento del sistema de

administración financiera debe recaer en el titular de la función ejecutiva y en el Ministerio de Hacienda, de Finanzas o Economía según el país de que se trate. Dicho Ministerio debe contar con una jefatura común, con órganos centrales rectores de los sistemas de presupuesto, tesorería, crédito público y contabilidad, a los cuales les compete emitir políticas, normas y directrices que coordinan los diferentes elementos. A nivel de una institución pública, la responsabilidad por el funcionamiento de la administración financiera radica en el ejecutivo titular y en la unidad financiera, así como en las subunidades que la conforman.

- Información: La información está llamada a dar a conocer en todo momento la realidad y los factores que la condicionan, constituye el soporte imprescindible del proceso decisorio que tiende a modificar esa realidad y orientarla hacia las metas y objetivos institucionales. La información financiera es el principal producto del sistema y ofrece mayor seguridad debido al rigor metodológico que emplea. La información administrativa, dentro de lo posible, debe compatibilizarse con la financiera. La utilización de herramientas informáticas facilitan en gran medida las labores de información, constituyendo en la actualidad un requisito fundamental para el funcionamiento eficiente y efectivo del sistema de administración financiera del sector público.

3.2. Sistema Integrado de Administración Financiera en Guatemala -SIAF-

El Gobierno de Guatemala entendido éste, como el Organismo Ejecutivo en conjunto con sus dependencias descentralizadas y autónomas, derivado de sugerencias de organismos financieros internacionales y, buscando primordialmente el beneficio de los ciudadanos y la economía guatemalteca, implementó normas y reglamentos con el objeto de integrar en forma eficiente las instituciones que conforman la administración central como encargadas de administrar las finanzas públicas.

Tal como se mencionó, el proceso contó desde el inicio con la asistencia del Banco Mundial, mediante un diagnóstico integral y un diseño conceptual del sistema de administración financiera guatemalteco, elaborado por expertos internacionales en las áreas de presupuesto, contabilidad, tesorería, crédito público, auditoría y adquisiciones, el cual forma parte de la modernización realizada por diversos gobiernos de Latinoamérica para hacer más eficiente la recaudación y el uso de los recursos financieros públicos.

La reforma de la administración financiera en Guatemala se inició a mediados de la década de los noventas, teniendo dos objetivos principales: Mejorar la eficiencia y transparencia de los recursos públicos y, mejorar la entrega de servicios públicos mediante la desconcentración en las entidades públicas, de la administración de sus recursos financieros.

La base legal de la reforma es el Acuerdo Gubernativo número 217-95, de fecha 17 de mayo de 1995, mediante el cual se creó el Proyecto de Reforma de la Administración Financiera, denominado Sistema Integrado de Administración Financiera y Control (SIAF-SAG), por el cual el Ministerio de Finanzas Públicas como órgano rector de dicho sistema, es responsable de prescribir, mantener y ponerlo en funcionamiento en todo el ámbito del sector público no financiero, dictando las normas para la formulación, programación de la ejecución, modificaciones y evaluación de los presupuestos de las entidades públicas.

Dicho Acuerdo regula en el Artículo 1, lo siguiente: “Proyecto de Reforma de Administración Financiera. El Ministerio de Finanzas Públicas, desarrollará el Proyecto de Reforma de Administración Financiera del Estado, denominado Sistema Integrado de Administración Financiera y Control, cuyas siglas son SIAF y SAG, que comprende los subsistemas de presupuesto, contabilidad, tesorería, crédito público, adquisiciones y auditoría, cuya ejecución se realizará en todas las dependencias del sector público no financiero.”

Asimismo en su Artículo 2 dispone: “Comité Ejecutivo. Se crea el Comité Ejecutivo del Sistema Integrado de Administración Financiera y Control, (CSIAFyC) el cual queda integrado de la manera siguiente: a) El Ministro de Finanzas como miembro titular; el segundo Viceministro de Finanzas como miembro suplente; b) El Contralor General de Cuentas de la Nación como, miembro titular; el Subcontralor General de Cuentas de la Nación, como miembro suplente; c) El Director Nacional del Proyecto; d) El Director

Internacional del Proyecto. Corresponderá al Ministerio de Finanzas y al Contralor General de Cuentas, resolver en los asuntos de sus respectivas competencias, sin perjuicio de las discusiones y recomendaciones que respecto a dichos asuntos tengan lugar en el seno del CSIAFyC.”

Bajo el principio de centralización normativa y desconcentración operativa, se transfirió la responsabilidad directa de la administración de los recursos financieros a los Ministerios, con lo cual asumieron mayor control sobre su presupuesto, pero permitió crear en cada entidad una Unidad de Administración Financiera, con el objetivo de realizar las funciones operativas de presupuesto, contabilidad y tesorería que estaban concentradas en el Ministerio de Finanzas Públicas.

Las principales razones para su implantación son:

- Las autoridades de gobierno no disponían de información financiera precisa, oportuna y relevante para apoyar la toma de decisiones;
- Los Ministerios carecían de control y responsabilidad sobre sus operaciones financieras;
- Existían deficiencias administrativas relativas a la formulación y ejecución del presupuesto que generaban altos costos en términos de eficiencia y transparencia.

Las autoridades de gobierno de Guatemala, con el paso del tiempo han buscado generar una mejor administración de los recursos públicos, lo cual se ha logrado, por lo que se puede mencionar como logros importantes que devienen como consecuencia de la implantación del sistema integrado de administración financiera, los siguientes:

- a) La implementación de una nueva Ley Orgánica del Presupuesto a partir de 1997, la cual cuenta con los 4 componentes del sistema integrado de administración financiera que son: sistemas de presupuesto, de contabilidad integrada gubernamental, de tesorería y de crédito público. A continuación se presenta lo regulado en la ley citada en su Artículo 1: “Objeto. La presente ley tiene por finalidad normar, los sistemas presupuestarios, de contabilidad integrada gubernamental, de tesorería, y de crédito público, a efecto de: a. Realizar la programación, organización, coordinación, ejecución y control de la captación y uso de los recursos públicos bajo los principios de legalidad, economía, eficiencia, eficacia y equidad, para el cumplimiento de los programas y los proyectos de conformidad con las políticas establecidas; b. Sistematizar los procesos de programación, gestión y evaluación de los resultados del sector público; c. Desarrollar y mantener sistemas integrados que proporcionen información oportuna y confiable sobre el comportamiento de la ejecución física y financiera del sector público; d. Velar por el uso eficaz y eficiente del crédito público, coordinando los programas de desembolso y utilización de los recursos, así como las acciones de las entidades que intervienen en la gestión de la deuda interna y externa; e. Fortalecer la capacidad administrativa y los sistemas de

control y seguimiento para asegurar el adecuado uso de los recursos del Estado;

y. f. Responsabilizar a la autoridad superior de cada organismo o entidad del sector público, por la implantación y mantenimiento de: I. Un sistema contable integrado, que responda a las necesidades de registro de la información financiera y de realizaciones físicas, confiable y oportuno, acorde a sus propias características; II. Un eficiente y eficaz sistema de control interno normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, organizado en base a las normas generales emitidas por la Contraloría General de Cuentas; y. III. Procedimientos que aseguren el eficaz y eficiente desarrollo de las actividades institucionales y la evaluación de los resultados de los programas, proyectos y operaciones.”

Asimismo, el en Artículo 2 se dispone que: “Ámbito de aplicación. Están sujetos a las disposiciones de la presente ley: a. Los Organismos del Estado; b. Las entidades descentralizadas y autónomas; c. Las empresas cualquiera sea su forma de organización, cuyo capital esté conformado mayoritariamente con aportaciones del Estado; y d. Las demás instituciones que conforman el sector público.”

En el Artículo 3 se establece lo relativo a la desconcentración de la administración financiera que se mencionó anteriormente: “Desconcentración de la administración financiera. Integran los sistemas presupuestarios, de contabilidad integrada gubernamental, tesorería y crédito público; el Ministerio de

Finanzas Públicas, como órgano rector, y todas las unidades que cumplan funciones de administración financiera en cada uno de los organismos y entes del sector público. Estas unidades serán responsables de velar por el cumplimiento de las políticas, normas y lineamientos que, en materia financiera, establezcan las autoridades competentes en el marco de esta ley.”

En cuanto a los fideicomisos estatales, la Ley Orgánica del Presupuesto en su artículo 33, regula lo siguiente: “Fideicomisos. Los recursos financieros que el Estado asigne con obligación de reembolso a sus entidades descentralizadas y autónomas para que los inviertan en la realización de proyectos específicos de beneficio social y que produzcan renta que retorne el capital invertido, podrán darse en fideicomiso. Asimismo, los Fondos Sociales podrán ejecutar sus proyectos bajo dicha figura. Los fideicomisos se constituirán en cualquier Banco del sistema nacional.” Dicha norma puede interpretarse como que no hay exclusión para que los fideicomisos puedan administrarse por entidades financieras estatales.

- b) La operación e implementación del SIAF en toda la administración central desde 1998, operando en tiempo real en todas las etapas del proceso presupuestario.
- c) Descentralización operativa. Cada Ministerio y Secretaría ejecuta su presupuesto en tiempo real y en forma desconcentrada por intermedio de Unidades de Administración Financiera (UDAF), las cuales han sido capacitadas

y dotadas de herramientas informáticas y de comunicaciones, organización y procedimientos y perfiles de puestos. Únicamente las modificaciones y ejecución presupuestaria son aprobadas en forma electrónica desde la Dirección Técnica de Presupuesto, en tiempo real.

- d) Mediante firmas electrónicas, se ha eliminado el papel físico para ciertas operaciones, como es el soporte de los documentos hacia el Ministerio de Finanzas Públicas, los cuales ya no son requeridos para el pago y simplemente basta con la información electrónica que ha sido procesada con altos niveles de seguridad en el sistema informático.
- e) Sistema de pagos. Con la utilización de firmas electrónicas y con cuotas periódicas aprobadas en el sistema, cada ente ejecutor prioriza sus pagos y éstos se realizan a través del sistema bancario por órdenes de acreditamiento en cuenta por parte de la Tesorería Nacional, dentro de las 72 horas de recibida la información electrónica acerca de la ejecución presupuestaria.
- f) Red informática. Se tiene una arquitectura tecnológica efectiva e innovadora, que permite la cobertura nacional de la información del sistema, escalabilidad, disponibilidad de todos los días del año durante las 24 horas, seguridad, mejora del mantenimiento, facilidad de la administración del sistema, reducción de costos sustancial.

- g) Saneamiento de las finanzas públicas. Con la implementación del sistema se tiene una política de saneamiento de las finanzas públicas, que permite que en los primeros cuatro meses de la gestión, los recursos se dediquen a atender los compromisos adquiridos de ejercicios anteriores. El presupuesto se ejecuta del 1 de enero al 31 de diciembre, por lo que se deben pagar todos los devengados en que se haya incurrido durante este periodo, quedando saldadas las obligaciones completamente.

- h) Transparencia en el uso de los recursos. A partir de mayo de 2004, se restableció la página de transparencia fiscal, la cual se puede consultar a través de internet por cualquier usuario que tenga acceso, la información que se presenta es la acumulada por año a partir de 1998 hasta la fecha, la que se va actualizando cada mes para el año vigente; esto ayuda a transparentar la gestión de la administración pública al hacer de conocimiento general la ejecución del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado y la información de la deuda pública del gobierno central.

- i) Operación del SIAF en entidades descentralizadas. A partir de 2000, la modernización se fue expandiendo a todo el sector público no financiero y es así que el SIAF está operando en la actualidad en 26 entidades descentralizadas y autónomas.

- j) Sistema electrónico de licitaciones y adquisiciones de Guatemala, GUAATECOMPRAS. El e-Procurement, es el uso de medios electrónicos para comprar y contratar bienes y servicios. Este sistema se publicó a partir de 2003, pero hasta el 2004 se hizo obligatorio al entrar el nuevo gobierno y cuando definitivamente se tomó la bandera de transparentar la gestión pública es de uso obligatorio, incluyendo a las 331 municipalidades. Por medio de GUAATECOMPRAS, las entidades del sector público pueden publicar y gestionar sus compras, contrataciones y enajenaciones.

- k) El Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). El Proyecto apoyó a la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia -SEGEPLAN- y, al Ministerio de Finanzas Públicas, en la organización del Sistema Nacional de Inversión Pública, diseñando una nueva normatividad, manuales para el sector público, seguimiento y evaluación de proyectos y la organización de un sistema de seguimiento de proyectos integrado al SIAF. El sistema está operando en tecnología WEB y es administrado por SEGEPLAN, quien es el responsable de la inversión pública de Guatemala.

- l) Sistema de nómina y registro de personal. Se desarrolló el software que actualiza la base de datos de los funcionarios públicos; fortaleciendo la funcionalidad de los entes rectores, se ha apoyado con la elaboración de un proyecto de Ley de Servicio Civil que modernice el sistema de recursos humanos para el gobierno. A través del nuevo sistema se está depurando la

información del empleado público que permitirá evitar la duplicidad de plazas o el cobro por plazas que no existen.

- m) Modernización de la Contraloría General de Cuentas -CGC-. Reestructuración de la CGC, elaboración de manuales organizacionales y reingeniería del proceso de las auditorías, con mayor enfoque en tecnología de información, ajuste de funciones y mejor supervisión de las operaciones internas de la CGC. Se ha coadyuvado para el fortalecimiento de las oficinas de auditoría interna (UDAIs) en los ministerios y otras entidades.

- n) El Sistema Integrado a la Administración Financiera Municipal -SIAF-MUNI-. Al 31 de diciembre de 2004 se han capacitado cerca de 1,500 personas en lo que es el Sistema Integrado de Administración Financiera Municipal, entre los cuales se encuentran tesoreros municipales, oficiales de tesorería municipal y auditores gubernamentales, la capacitación es sobre los procedimientos y utilización de la herramienta como apoyo a la gestión administrativa y financiera municipal. A partir de enero de 2004, se dio inicio a una serie de reformas en el ámbito municipal, promoviendo y asesorando sobre la utilización de la teoría del presupuesto por programas, en donde se formula, ejecuta y liquida según la red de producción municipal, y se ha desarrollado una herramienta informática denominada SIAFITO-MUNI, que ya ha sido avalada técnicamente con la Contraloría General de Cuentas.

- o) Coadyuvar al mejoramiento en la recaudación tributaria. A través de la comunicación electrónica que se tiene entre los sistemas de información del SIAF y la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT-, se ha apoyado la fiscalización de la SAT hacia los contribuyentes, que son proveedores del Estado y que por consiguiente es muy fácil hacer el cruce entre las bases de datos para evitar la evasión de los impuestos que deben pagar estos contribuyentes al fisco; ya que el sistema está basado en el Número de Identificación Tributaria -NIT- y se pueden validar directamente las facturas que se hayan emitido por venta de servicios o bienes al sector público no financiero.
- p) Leyes. El proyecto, ha contribuido a la formulación de leyes que han servido de base al proceso de modernización: la Ley Orgánica del Presupuesto y su Reglamento y, propuestas de otros proyectos como la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Ley de Probidad y Responsabilidades, Ley de Administración de Bienes y Servicios, Ley del Sistema Integrado de Administración Financiera, Código Municipal. La reforma de la administración financiera ha sido estructural, ha significado replantear una nueva forma de la administración de las finanzas públicas y, los productos obtenidos son resultado de un trabajo en equipo con el Ministerio de Finanzas Públicas; Contraloría General de Cuentas; Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, la Descentralización y la Participación Ciudadana -COPRE-; Organismos Internacionales y participación ciudadana; con lo cual se ha estado

constituyendo un capital humano y profesional excepcional que garantizará el mantenimiento y dará la sostenibilidad a la reforma en todos los ámbitos.

Con la implementación del Sistema Integrado de Administración Financiera -SIAF- en Guatemala, definitivamente se modificó la forma de gobernar, tanto administrativa como jurídicamente, así como el manejo de los recursos financieros del Estado, los cuales provienen principalmente de los tributos del pueblo de Guatemala.

Sin embargo, aunque se ha avanzado en transparencia con la implementación del sistema integrado y, a pesar de las bondades financieras, administrativas y jurídicas que se han tenido, no puede obviarse que su cobertura todavía es incompleta, persistiendo aún mecanismos paralelos de ejecución de gasto público, muchas veces fuera de la cobertura del SIAF y de la Contraloría General de Cuentas de la Nación.

Prueba de ello lo constituye que en el 2007, se ejecutaron fuertes montos de gasto público sin controles apropiados, principalmente por medio de fideicomisos o a través de transferencias a organizaciones internacionales como instituciones sin fines de lucro.

Como ejemplo, tenemos que el año pasado, el presupuesto del Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda (MICIVI) se amplió sustancialmente (en especial por medio de recortes en otras entidades y rubros) y, generó obligaciones no registradas en el Sistema de Contabilidad Integrada (SICOIN) que produjeron una

deuda flotante. La deuda equivaldría a 0.8 por ciento del PIB de 2008, según cálculos de la CGCN.

Como resultado de lo que se ha indicado, aún existen luces y sombras en materia de transparencia, ya que el avance en estos sistemas no es inmune a las dificultades; en primer lugar, la cobertura de estos, es todavía incompleta. Actualmente es usado por el 90 por ciento de las entidades descentralizadas y autónomas, y sólo está implementado en el 75 por ciento de las municipalidades del país.

En segundo lugar, aún existe la ejecución de gasto público con operaciones extra-presupuestarias sin un registro contable que revele el destino final de los recursos. Dos ejemplos claros de estas operaciones son el uso de fideicomisos públicos con entidades financieras reguladas de carácter privado y, transferencias a organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales, que no están vigiladas por la Superintendencia de Bancos.

Estas operaciones, generalmente incluyen mecanismos de pago que desfavorecen un monitoreo público centralizado o la participación ciudadana. Además, no necesariamente están sujetos a procesos de auditoría por la Contraloría General de Cuentas o en su caso, por la Superintendencia de Bancos.

Aunque estos mecanismos (uso de fideicomisos o transferencias) no son completamente negativos, a menudo su utilización ha permitido la discrecionalidad y

arbitrariedad en la asignación del gasto público, conflictos de intereses y el desvío de fondos públicos.

Asimismo, los fideicomisos públicos se han realizado en instituciones financieras privadas que, únicamente buscan lucrar tanto con los honorarios establecidos como con los fines de los fideicomisos; así, sus intereses particulares no compatibilizan con los intereses del Estado, coinciden a su vez con la carencia de normativa y sobre todo de comités asesores o vigilantes de los mismos, que permite orientación y control gubernamental o, en su caso ante la constitución de un fideicomiso público la legislación respectiva dispone la creación de un Comité Técnico Asesor del Fiduciario, con una normativa débil e incompleta, estos comités funcionan como directores fiduciarios y no como un órgano asesor, tiene facultades limitadas y, sus decisiones no son acatadas por el fiduciario.

Al 31 de diciembre de 2007 se tenía un registro de 57 fideicomisos públicos, de los cuales 49 estaban constituidos por la administración central y 8 por entidades descentralizadas y autónomas.

De los fideicomisos constituidos por la administración central, los registros preliminares de la contabilidad estatal indican que 13 registraron operaciones de ejecución presupuestaria durante 2007 por Q2,756.90 millones equivalentes a 1.1 por ciento del PIB y a 6.7 por ciento del presupuesto al cierre de 2007.

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de modificación a la Ley Orgánica del Banco de Guatemala y el Código de Comercio

Como se indicó en el capítulo anterior, es común que cualquier entidad estatal destine fondos para ser invertidos a través del contrato de fideicomiso.

En Guatemala, existe una regulación legal en extremo limitada para fundamentar la constitución de fideicomisos por parte del Estado o sus instituciones.

A fin de determinar la falta de sustento legal del fideicomiso constituido por entidades estatales con fondos públicos, se procede a determinar algunos aspectos teóricos de conocimiento acerca de la figura del fideicomiso estatal o público.

Ambas denominaciones suenan aparentemente adecuadas, no obstante a criterio personal, se puede hablar de fideicomiso público, cuando éste tenga sustentación legal, por ejemplo, en una de las normas de carácter administrativo, tal el caso de la Ley de Contrataciones del Estado, entonces sí se podría hablar de fideicomiso público.

No obstante lo anterior, es preciso tener presente que de acuerdo a la exposición general de motivos del proyecto de presupuesto general de ingresos y egresos del Estado del presente año, se hace énfasis en la aparente poca voluntad de la creación

de nuevos fideicomisos, consecuencia sin duda, de que la supuesta lucha por transparentarlos es ardua, que sin embargo no ha cambiado en nada las disposiciones jurídicas que los rigen, sea por falta de voluntad, por negligencia o intereses partidarios.

Debe tomarse en cuenta que la polémica que suscita el uso del contrato de fideicomiso por parte del Estado, va más allá de los montos invertidos, porque dicha situación genera debate en la sociedad y en todos los sectores del país, quienes se preguntan, ¿quién califica la conveniencia o inconveniencia de invertir fondos públicos a través del instituto del fideicomiso?, ¿quién limita este derecho o facultad de las entidades estatales?, ¿quién fiscaliza la forma en que se emplean los fondos que se invierte en el fideicomiso estatal?, ¿quién fiscaliza la forma en que se emplean los fondos consecuentes o derivados de los fideicomisos estatales?, ¿cuál puede ser la naturaleza jurídica del instituto del fideicomiso en este ámbito?

La forma correcta de nombrar al fideicomiso cuando éste es constituido por el Estado a través de sus entidades; difiere según el autor que le nombra. Algunos le llaman fideicomiso estatal y otros fideicomisos públicos.

Cabe resaltar que el fideicomiso público estatal, al igual que el fideicomiso de derecho privado tienen las mismas características, su diferencia fundamental estriba en los fines, ya que en el estatal o público no existe el lucro sino los intereses generales del país; aunque, como en todo negocio, debe de cubrir sus costos de administración como los gastos ocasionados para cumplir con el plazo establecido.

Los sujetos del fideicomiso estatal o público lo constituyen el Estado representado principalmente por el Organismo Ejecutivo y sus entidades descentralizadas y autónomas; aunque, esto no excluye a los otros dos organismos del Estado; es decir, el Legislativo y el Judicial, así como a la población como un elemento del Estado.

No está demás indicar que el Estado a su vez, puede tener la calidad tanto de fideicomitente (cuando aporta fondos públicos para resolver un problema social o bienestar de la población); como fiduciario (a través de la banca central) o bien de fideicomisario (cuando beneficia a la población en su carácter de elemento del Estado).

Tal como se encuentra en este momento el fideicomiso del Estado, no se puede decir que sea efectivamente público, al constituirlo conforme las normas jurídicas de derecho privado.

Si se cuenta con una normativa jurídica en uno de los cuerpos de leyes del derecho público, el fideicomiso puede considerarse atinadamente como público, pero si por el contrario, no existe esa reglamentación legal que lo sustente, tal el caso de la legislación guatemalteca, carente de normas de procedimiento al respecto, entonces es simplemente el Estado de Guatemala a través de sus entidades, el que participa como sujeto fideicomitente en un contrato de fideicomiso del derecho privado, razón por la cual, se considera más técnica y científica la denominación de fideicomiso del Estado.

Sin embargo, la razón principal que promueve el presente estudio estriba en llevar a la práctica jurídica, la fiscalización y administración segura de los fondos públicos que se manejan a través de fideicomisos, no con el objeto de dificultarlos, ya que el contrato de fideicomiso, no representa un medio inidóneo de administración, sino por el contrario es un instituto muy apreciado por las normas jurídicas.

Por esa razón, se considera que la forma más adecuada de llevar a cabo dicha fiscalización sería modificando específicamente la Ley Orgánica del Banco de Guatemala y el Código de Comercio, con el objeto de contar con las atribuciones legales para verificar la forma en que se emplean los fondos estatales que se invierten, asimismo, se pueda calificar la conveniencia o inconveniencia de invertir fondos públicos a través del contrato de fideicomiso, lo cual al final, podría posibilitar que las distintas entidades estatales tengan un manejo responsable en la inversión de los fondos públicos.

No debe olvidarse que el Banco de Guatemala tiene como objetivo principal contribuir a la creación y mantenimiento de las condiciones más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional, para lo cual, propiciará las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias que promuevan la estabilidad en el nivel general de precios, también, ejerce la función de consejero del Estado, en materia de su competencia y, es a su vez agente financiero del Estado.

Dadas las conclusiones del presente estudio, y de conformidad con su Ley Orgánica, la participación del Banco de Guatemala en la constitución de fideicomisos del Estado, bien puede ser en dos formas:

Si se dispone, como ente fiduciario, aprovechando la estructura administrativa con que cuenta, en la que ya existe una sección de fideicomisos, así como su infraestructura; además el fideicomiso es una operación bancaria neutra, que no se puede catalogar dentro de las operaciones activas y pasivas de los bancos y, también con la creación y como parte de un comité técnico que le asesore como fiduciario en la administración de los fondos, no para impedirle la ejecución, sino para que exista interés legítimo del Estado en el manejo de los mismos, con transparencia.

Al ser agente financiero del Estado, se le faculte legalmente para que, en todo fideicomiso donde participe el Estado, sea a través de sus entidades centrales o descentralizadas y autónomas, actúe como fideicomitente especial que tendría el carácter de curador; es decir, con el objeto de proteger los recursos públicos, ejerciendo control sobre los gastos o inversiones estatales.

Para ello se propone que debe modificarse la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, mediante la adición de un segundo párrafo al Artículo 53, que se propone de la siguiente manera: “Cuando el Organismo Ejecutivo, las instituciones autónomas, descentralizadas y, en general las entidades y dependencias del Estado constituyan fideicomisos en que se inviertan o administran recursos estatales, deberá

obligatoriamente darse participación al Banco de Guatemala como elemento personal del fideicomiso que se constituya, siendo su participación como fideicomitente especial, que velará por la prudente y transparente administración de los recursos”.

También, el Artículo 767 del Código de Comercio, adicionando el siguiente párrafo: “Cuando se constituyan fideicomisos por parte de entidades del Estado, en que este último sea el fideicomitente, deberá también comparecer el Banco de Guatemala como fideicomitente especial, quien velará por la buena y transparente administración de los recursos estatales. Asimismo, cuando se constituyan fideicomisos públicos, ya sea que el Estado participe como fideicomitente o como fiduciario, deberá crearse dentro del fideicomiso un comité técnico asesor del fiduciario nombrado, en el cual a su vez, participará el Banco de Guatemala como miembro. El comité se formará con el objetivo de asesorar al fiduciario nombrado, para que exista transparencia y participación legítima del Estado en el manejo de los recursos, no para impedir la buena administración de los recursos, asesorando en la toma de decisiones relacionadas sobre los fines del fideicomiso, en todo caso la responsabilidad y decisión final recaerá sobre el fiduciario. El comité se integrará de la siguiente manera: un miembro por parte de la entidad del Estado que constituya el fideicomiso, un miembro por parte del fideicomitente especial y, un miembro por el o los fideicomisarios. El Banco de Guatemala a su vez podrá ser fiduciario de los fideicomisos del Estado.”

CONCLUSIONES

1. La poca normativa existente en relación con el contrato de fideicomiso del Estado ha provocado que los organismos del Estado como sus entidades descentralizadas y autónomas utilicen esta institución jurídica para malversar fondos públicos o estatales, aprovechando la falta de fiscalización y administración por parte de una entidad legítima del Estado.
2. La constitución de fideicomisos del Estado como se encuentra regulado actualmente, representa un inconveniente para la administración pública, ya que no permite que la inversión de los recursos financieros se de con transparencia y además, no permite la participación y control en la administración de los fondos fideicometidos.
3. Aunque la implementación en Guatemala de un Sistema Integrado de Administración Financiera -SIAF- ha avanzado en transparencia y fiscalización en la ejecución de los recursos financieros del Estado, no ha evitado que aún se ejecuten fuertes montos de recursos públicos sin controles apropiados, principalmente por medio de fideicomisos.

4. En Guatemala no existe una institución facultada por la ley para ejercer la vigilancia, fiscalización así como administración de los fideicomisos estatales en forma directa, ya que los fideicomisos del Estado en su mayoría son constituidos en instituciones financieras privadas, las que no se encuentran sujetas a la vigilancia de la Contraloría General de Cuentas o en su caso, la Superintendencia de Bancos no puede fiscalizar los fideicomisos estatales.

5. La función de centralización normativa y transparencia en el manejo de los recursos públicos que caracteriza al Sistema Integrado de Administración Financiera -SIAF- encuentra desventaja y difícil fiscalización de fideicomisos estatales realizados por medio de entidades financieras privadas, por lo que dentro del sistema financiero nacional, necesita como contraparte al Banco de Guatemala, entidad rectora del mismo.

RECOMENDACIONES

1. El Banco de Guatemala como entidad rectora del sistema financiero nacional debe llevar a cabo la vigilancia, fiscalización y buena administración de los fondos estatales que se invierten por medio del contrato de fideicomiso del Estado, facultándolo como fiduciario asesorado por un comité técnico o como fideicomitente especial.
2. Se hace necesario que el Congreso de la República de Guatemala reforme la Ley Orgánica del Banco de Guatemala y el Código de Comercio, en el sentido que, cuando se constituyan fideicomisos por parte de entidades del Estado, deberá también comparecer el Banco de Guatemala como fideicomitente especial, quien velará por la buena y transparente administración de los recursos estatales. También autorizando al Banco de Guatemala para ser fiduciario de los fideicomisos del Estado.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar las leyes indicadas, estableciendo la obligatoriedad a los otorgantes de un fideicomiso del Estado, de crear un comité técnico del fiduciario para asesorarle en la toma de decisiones relacionadas con la administración así como a los fines del fideicomiso, integrándolo por un miembro de parte de la entidad del Estado que constituya el fideicomiso, un miembro por parte del fideicomitente especial y, un miembro por el o los fideicomisarios.

4. Que tanto el Banco de Guatemala como el Sistema Integrado de Administración Financiera en Guatemala –SIAF-, a partir de la modificación a la Ley Orgánica del Banco de Guatemala y del Código de Comercio, conforme decisión y nombramiento de sus autoridades, deberán crear las unidades de constitución y administración de fideicomisos estatales, así como implementar las regulaciones administrativas necesarias para trabajar en forma conjunta la creación, vigilancia, fiscalización y transparencia en la administración de los fideicomisos del Estado.

5. A su vez, también la Contraloría General de Cuentas de la Nación y la Superintendencia de Bancos como entidades auxiliares de fiscalización, deben implementar nuevos auditores y supervisores así como disposiciones administrativas necesarias para la fiscalización de los contratos de fideicomisos estatales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO MIGOYA, Edgar Ranfery. **Moneda, banca y sistemas financieros.** Universidad Rafael Landívar. Guatemala, 1995. Págs. 61-104.
- BOJALÍL, Julián. **Fideicomiso.** Editorial Porrúa, S.A., 1ra. Edición, México, 1963. Págs.40-45.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Tomo II. Quinta edición, Ediciones Santillana, Buenos Aires, Argentina. Pág.196.
- COLINDRES ROCA, Ronald Manuel. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.** Época XIII, número 12, Guatemala, enero-junio de 2004. Págs.141-142.
- DEL CID DE BONILLA, María Antonieta. **La reforma de la administración financiera en Guatemala.** Presentación realizada como Ministra de Finanzas Públicas. Guatemala, Mayo, 2006. Págs. 1-32.
- GONZÁLEZ ARÉVALO, Carlos. **Sistema bancario moderno.** Textos económicos No.2, Departamento de publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1977. Págs. 3-11.
- MICROSOFT CORPORATION. **Biblioteca de consulta Microsoft.** Encarta 2005. 1993-2004.
- MINISTERIO DE FINANZAS PÚBLICAS. **Primer informe sobre la política fiscal en Guatemala: Diagnóstico de 2007 y perspectivas para 2008.** Guatemala, febrero de 2008. Págs. 1-26.
- PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Negocio jurídico mercantil.** II parte, Editorial Maya, Guatemala, 1999. Págs.101-106.
- VILLEGAS LARA, Arturo. **Derecho mercantil.** Volumen III, Editorial Universitaria, Guatemala, 1993. Págs.147-156.

www.banguat.gob.gt. 5 de julio de 2008.

www.minfin.gob.gt. 5 de julio de 2008.

Legislación:

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

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

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

Ley Orgánica del Banco de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 16-02, 2002.

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Congreso de la República, Decreto número 19-02, 2002.

Ley Monetaria. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-02, 2002.

Ley de Supervisión Financiera. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 18-02, 2002.

Ley de Sociedades Financieras Privadas. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 208, 1964.

Ley de Almacenes Generales de Depósito. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1746, 1968.

Ley de Empresas de Seguros. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley No. 473, 1966.