

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

**LA IMPORTANCIA DE DETERMINAR QUIÉN FISCALIZA
LOS FIDEICOMISOS ESTATALES Y SU NECESIDAD
SOCIAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FILOMENA MORALES DE LEÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2010



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla.
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada.
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Edith Marilena Pérez Ordóñez
Vocal: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Secretario: Lic. Emilio Orozco Piloña

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez
Secretaria: Licda. Eloisa Mazariegos Herrera

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 del Examen General Público).

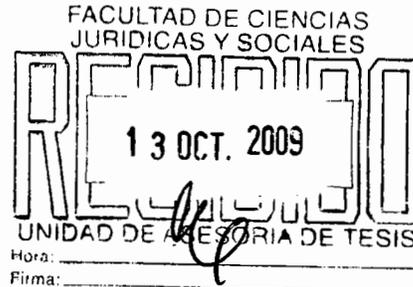
SERGIO RENÉ CASTAÑEDA NAVAS

ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 06 de octubre del año 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Le informo que en cumplimiento a la providencia de fecha 21 de noviembre del año 2,008, de la jefatura a su cargo, en el que se me nombra asesor del trabajo de tesis de la bachiller Filomena Morales De León, en la elaboración del trabajo intitulado: "LA IMPORTANCIA DE DETERMINAR QUIÉN FISCALIZA LOS FIDEICOMISOS ESTATALES Y SU NECESIDAD SOCIAL", procedí conforme al requerimiento indicado.

- a) El contenido científico y técnico de la tesis es la recolección de información relacionada con la figura del fideicomiso en general; y, específicamente del fideicomiso público. Abarcó las instituciones jurídicas relacionadas con el tema desarrollado, definiciones y doctrina, así como el marco legal de la materia, el cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama mercantil o administrativa. Además, considero que este trabajo constituye un aporte importante a nuestra sociedad y a la comunidad jurídica por su actualidad y trascendencia nacional.
- b) En el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, la estudiante manifestó sus capacidades en cuanto a la investigación se refiere, utilizando un lenguaje técnico acorde al tema; y, haciendo uso de una metodología adecuada; los métodos utilizados fueron el analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica documental.
- c) La redacción me parece adecuada al tema y aborda tópicos de actualidad.
- d) La contribución científica del tema presentado la constituye el enfoque pragmático fundamentado en la ley, con relación a la forma de constituir fideicomisos con los recursos del Estado. Tema que es abordado con precisión y objetividad, dentro del marco conceptual de la bachiller Morales De León.
- e) Con respecto a las conclusiones y recomendaciones, mi opinión es que son acordes al tema investigado y de gran aporte, los cuales pueden tomarse en cuenta para la nueva legislación del fideicomiso público, sugerida en este trabajo.
- f) La bibliografía utilizada se considera que es la adecuada al tema desarrollado.
- g) El anexo utilizado permite una mejor comprensión al tema desarrollado.

SERGIO RENÉ CASTAÑEDA NAVAS

ABOGADO Y NOTARIO

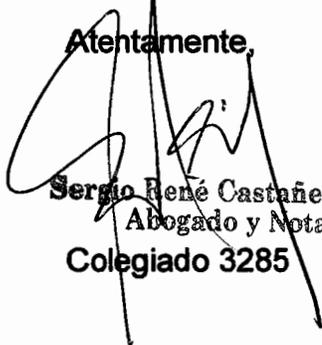


La estudiante aceptó las sugerencias realizadas durante la elaboración de la tesis, así mismo, aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen. Sin embargo, pueden ser o no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Por lo expuesto, OPINO que el trabajo de la bachiller Filomena Morales De León, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, son congruentes con el tema desarrollado dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir OPINION FAVORABLE, aprobando el trabajo asesorado.

Sin otro particular, me suscribo con las muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,



Sergio René Castañeda Navas
Abogado y Notario
Colegiado 3285

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de noviembre de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) FRANCISCO ABRAHAM SANDOVAL VILLACORTA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante FILOMENA MORALES DE LEÓN, Intitulado: "LA IMPORTANCIA DE DETERMINAR QUIEN FISCALIZA LOS FIDEICOMISOS ESTATALES Y SU NECESIDAD SOCIAL".

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



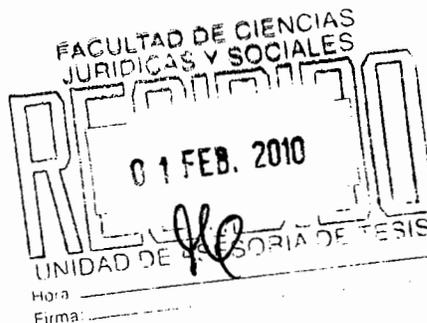
cc.Unidad de Tesis
CMCM/crla.

LICENCIADO FRANCISCO ABRAHAM SANDOVAL VILLACORTA



Guatemala,
01 de febrero 2010

Señor Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Estimado Licenciado Castillo:

En atención a su resolución de fecha 18 de noviembre del año 2009, procedí a revisar el trabajo de tesis de la estudiante Filomena Morales De León, cuyo título es: "La importancia de determinar quién fiscaliza los fideicomisos estatales y su necesidad social".

- a) El contenido científico y técnico de la tesis consistió en realizar el trabajo aportando una adecuada investigación bibliográfica y los conocimientos sobre la materia que indudablemente posee la bachiller Morales De León.
- b) La metodología y técnicas de investigación que fueron utilizadas en la elaboración de este trabajo de tesis consistieron en la utilización del método analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica.
- c) La redacción utilizada se considera la adecuada, en la cual se destaca el léxico jurídico acorde al tema desarrollado.
- d) El tema presentado contiene, por sí, una contribución científica importante, debido a que el tema desarrollado es de actualidad en el medio nacional, ya que presenta tópicos generalmente desconocidos para la población en general, pero poco tratados en la población estudiantil y la profesional del país.
- e) En cuanto a las conclusiones y recomendaciones me parecen que reflejan la temática desarrollada en este trabajo, las cuales considero que son adecuadas al tema; y,

7 avenida 6-53 zona 4, 11o. Nivel oficina 11-2
Edificio El Triángulo, ciudad Guatemala
Teléfonos 23322275/23322368/23322329

LICENCIADO FRANCISCO ABRAHAM SANDOVAL VILLACORTA



f) Por último, la bibliografía utilizada me parece que es la correcta y suficiente para el completo desarrollo del trabajo.

g) El anexo utilizado es de suma importancia para conocer el contexto del trabajo realizado.

En tal virtud, mi opinión es de que, este trabajo de tesis desarrollado por la bachiller Morales De León, llena los requisitos exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Por lo tanto, mi dictamen es favorable para que este trabajo continúe el trámite correspondiente de acuerdo con la normativa de la Facultad de Derecho de nuestra Alma Máter.

Con las muestras de mi consideración,

Atentamente,

Colegiado 3449

Lic. Francisco Abraham

Sandoval Villacorta
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, catorce de junio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante FILOMENA MORALES DE LEÓN, Titulado LA IMPORTANCIA DE DETERMINAR QUIÉN FISCALIZA LOS FIDEICOMISOS ESTATALES Y SU NECESIDAD SOCIAL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por prestarme la vida y permitirme alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES:** Alejandro Morales Rosales y Francisca De León de Morales, por su amor y sus consejos durante el trayecto de mi vida.
- A MIS HIJOS:** Roy Henry, Wendy Carolina e Ingrid Zulema, por ser ese pilar fuerte de mi vida y por darme fuerza para seguir adelante. Que este triunfo sirva como recompensa por el sacrificio durante el tiempo que fue necesario, y por compartir este momento tan especial.
- A MIS NIETOS:** Antonio Alejandro y María Ximena, porque con cada gesto me recuerdan lo bella que es la vida, y con su amor le dan un sentido especial a la mía.
- A MIS HERMANOS:** Roberto Alejandro, Águeda Catalina, Ana Gloria, Lesbia del Rosario, Juan Francisco; por brindarme algo más que apoyo moral cuando más se necesita. Jaime Baldomero (+) y Julia Elizabeth (+), los llevo en mi corazón.
- AL LICENCIADO:** Sergio René Castañeda Navas, gracias por su apoyo. Le dedico especialmente este trabajo de investigación.
- A MIS COMPAÑEROS DE ESTUDIO:** Marina, Yolanda, Luís Santizo, Karina, Dora Alicia, Fabiola, Karen, Jeremy, Amilcar. Este triunfo lo comparto con ustedes.
- A MIS SOBRINOS:** En general, todos son parte especial en mi vida.



A LOS LICENCIADOS: Francisco Abraham Sandoval Villacorta, Carlos Enrique Román, Ana Bella Cap Pu, Héctor Octavio Villeda Sandoval, Juan Federico Tipol Cucul, Holanda Equité. Gracias por su ejemplo de profesionalidad.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala; en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



INDICE

| | Pág. |
|---|-------------|
| Introducción | i |
| CAPITULO I | |
| 1. El fideicomiso | 1 |
| 1.1 Antecedentes | 1 |
| 1.2 Naturaleza jurídica | 4 |
| 1.2.1 Teoría del mandato | 4 |
| 1.2.2 Teoría del patrimonio de afectación | 7 |
| 1.2.3 Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad | 10 |
| 1.2.4 Teoría de la titularidad del fideicomiso | 13 |
| 1.3 Definición del fideicomiso | 14 |
| 1.4 Característica | 16 |
| 1.4.1 Característica propia | 17 |
| 1.4.1.1 Negocio jurídico bancario | 17 |
| 1.4.1.2 Transmisión de bienes y derechos | 17 |
| 1.4.1.3 Formación de patrimonio autónomo | 19 |
| 1.4.1.4 Entrega de los bienes fideicometidos | 19 |
| 1.4.2 Características jurídicas del contrato de fideicomiso | 20 |
| 1.5 Elementos personales | 21 |
| 1.5.1 Fideicomitente | 22 |
| 1.5.1.1 Facultad y derechos del fideicomitente | 23 |
| 1.5.2 Fiduciario | 24 |
| 1.5.2.1 Derechos del fiduciario | 24 |
| 1.5.2.2 Obligaciones del fiduciario | 25 |
| 1.5.3 Fideicomisario | 26 |
| 1.5.3.1 Derechos del fideicomisario | 26 |
| 1.6 Clases de fideicomiso | 27 |
| CAPITULO II | |
| 2. Fideicomiso público | 31 |



| | Pág. |
|---|-------------|
| 2.1 Definición | 31 |
| 2.2 Naturaleza jurídica | 33 |
| 2.3 Orígenes | 36 |
| 2.4 Características | 40 |
| 2.5 Elementos personales del fideicomiso público | 44 |
| 2.5.1 Fideicomitente | 44 |
| 2.5.2 Fiduciario | 45 |
| 2.5.3 Fideicomisario o beneficiario | 45 |
| 2.6 Fines del fideicomisario público | 46 |
| 2.7 Los fideicomisos públicos y las normas que los rigen | 47 |
| CAPITULO III | |
| 3. Fase preparatoria, escrituración, funcionalidad y disolución de los fideicomisos Públicos en Guatemala | 55 |
| 3.1 Acuerdo de constitución del fideicomiso público | 55 |
| 3.2 Asignación de recursos | 56 |
| 3.3 Suscripción de escritura pública | 57 |
| 3.4 Comité técnico | 58 |
| 3.4.1 Resolución del comité técnico | 60 |
| 3.5 Funcionalidad de los fideicomisos públicos en Guatemala | 62 |
| 3.6 Extinción de los fideicomisos públicos | 67 |
| CAPITULO IV | |
| 4. Fiscalización de los fideicomisos públicos en Guatemala | 71 |
| 4.1 Normativa en materia de fiscalización | 71 |
| 4.2 Comentarios generales en materia de fiscalización de los fideicomisos Públicos en Guatemala | 77 |
| CONCLUSIONES | 87 |
| RECOMENDACIONES | 89 |
| ANEXO | 91 |
| BIBLIOGRAFÍA | 97 |



INTRODUCCIÓN

El tema de este trabajo es de actualidad en la vida nacional del país, debido a que se ha puesto de moda la utilización de los recursos nacionales por medio de la figura del fideicomiso. De hecho, las distintas instancias gubernativas y de la administración pública en general, utilizan ésta figura jurídica para la realización de grandes proyectos o proyectos de beneficio social, especialmente. Pero la discusión actual consiste en que se ha hecho difícil la fiscalización de dichos recursos, porque no hay reglas claras para su utilización. Ese es el motivo de este trabajo y la razón por la cual se ha escogido: contribuir para que los fideicomisos públicos sean ejecutados de conformidad con la ley; y, su fiscalización corresponda a los lineamientos fundamentados en Derecho.

Como objetivo general en esta tesis, se ha planteado determinar a qué ente fiscalizador del Estado le corresponde la fiscalización de los fideicomisos públicos, debido a la importancia social que el tema reviste; y, dentro de los objetivos específicos está la descripción de la forma cómo funcionan los fideicomisos públicos en el país; analizar el funcionamiento de los mismos; explicar en qué consisten; y, comprobar, o no, la hipótesis planteada en el plan de investigación de este trabajo, la cual consiste en que la Contraloría General de Cuentas no tiene la facultad de fiscalizar al fiduciario de los fideicomisos públicos, porque éstos, por mandato legal deben ser instituciones financieras, fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos.

Según la información conocida, la inversión estatal mediante la utilización de fideicomisos públicos es cuantiosa y sin resultados que se conozcan en beneficio de la población objetivo. Se asegura que existe mala utilización de los recursos erogados con esta modalidad de fideicomisos estatales; debido a ello, es importante conocer cuáles son los mecanismos que se emplean para su funcionamiento; y, cuáles son las formas de verificar la correcta supervisión para que sea en beneficio de la población guatemalteca. Por ello, en este trabajo se pretende conocer cuál es la función que realiza la Contraloría General de Cuentas de la Nación dentro de su facultad de fiscalizar los recursos del Estado; pero también se estudiará la facultad de la Superintendencia de Bancos en la fiscalización de la actividad bancaria y financiera del país.



Para realizar este trabajo, se efectuó un estudio teórico-práctico, iniciándose con la investigación en el campo de los efectos reales que emanan de la utilización de los recursos estatales en programas de fideicomisos públicos. Se procedió a investigar tanto en la doctrina, como en la praxis, de la preparación, constitución, administración, fiscalización y resultados de la erogación de los recursos nacionales en la figura del fideicomiso público; lo cual, permitió arribar a las conclusiones y recomendaciones que surgieron durante el análisis del trabajo realizado.

Este trabajo se desarrolla en cuatro capítulos: en el primero, los antecedentes históricos del fideicomiso; la naturaleza jurídica, definición y características; en tanto, que en el segundo se define el fideicomiso público, su naturaleza jurídica, los orígenes, características y los elementos personales; los fines del fideicomiso público y las normas que los rigen; el tercero, contiene la fase preparatoria, la escrituración, la funcionalidad y la disolución de los fideicomisos públicos en Guatemala; y, el cuarto, la fiscalización y la normativa aplicable; para concluir con los comentarios generales con relación al tema.

Los métodos utilizados son: analítico, para comprender los elementos o componentes característicos de la figura estudiada; el sintético, para conocer el método utilizado para poner en marcha un fideicomiso con los fondos estatales; el deductivo, para conocer las doctrinas que sobre esta figura existen en el ámbito jurídico; y, por último, las técnicas investigativas: la bibliográfica y documental para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio.

De esta manera se espera que este trabajo pueda ser un instrumento didáctico, comprensivo de todos los elementos que configuran el fideicomiso en general, pero, especialmente, el fideicomiso público.

;

CAPÍTULO I



1. El fideicomiso

1.1. Antecedentes históricos del fideicomiso

El contrato de fideicomiso tiene sus antecedentes históricos en la fiducia romana, negocio de confianza que permitía la transferencia de un bien a una persona de amistad con el objeto que esta le diera a dicho bien algún destino determinado o para que el mismo sirviera de garantía de algún crédito.

Consistía en una operación de transferencia de un bien a la persona a la cual se le recomendaba un encargo o una gestión vinculada con dicho bien. El aspecto más importante de esa gestión era que se reconocía un patrimonio separado, desafectado del patrimonio del transmisor de dicho bien (fideicomitente) y del receptor del mismo (fiduciario), la que consideraban una unidad patrimonial autónoma afectada a la finalidad perseguida en el contrato en cuestión.

En su origen fue utilizada esta estructura jurídica con el objeto de soslayar trabas legales que impedían darle a determinados bienes cierto destino. La base sobre la que se fundamentó desde el origen fue la confianza que el transmitente de un bien depositaba en el adquirente. La transferencia se realizaba en propiedad teniendo el adquirente las facultades derivadas de su condición de dueño de la cosa, de acuerdo



con las instrucciones del transmitente. Frente al amplio poder jurídico que el transmitente daba al adquirente, éste se comprometía a usar ese poder en lo preciso dentro de los límites impuestos por el fin restringido acordado, al cual se apuntaba, respetando la voluntad de aquél.

Con el correr del tiempo y en atención a los abusos en que incurría el adquirente al no respetar los encargos fiduciarios, se fue limitando su potestad sobre los bienes transmitidos, manteniendo su condición de titular jurídico pero con poderes recortados por la normativa jurídica y por la intervención de la justicia, que priorizaron la voluntad del constituyente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad que aquél ostentaba.

El fideicomiso es una figura compleja que combina un negocio real de transmisión de una cosa o bien, con un negocio obligacional cuyo fundamento es la atenuación de los efectos de aquella transmisión. Cada uno de estos diferentes negocios produce sus propios efectos. Nos hallamos pues, frente a un negocio complejo que resulta de la unión de otros dos negocios distintos que se vinculan entre sí antagónicamente, por un lado un contrato real (transmisión de la propiedad o del crédito de modo fiduciario) y por el otro un contrato obligatorio negativo o *pactum fiduciae* (obligación del fiduciario de hacer sólo un uso limitado del bien adquirido, para restituirlo luego al transmitente o a un tercero por aquél indicado).

“Los autores que estudian esta institución en el derecho romano, no se han puesto de acuerdo en el posible empleo de otras formas no solemnes de transmitir la propiedad, para acompañarlas del pactum fiduciae, y hay quien asegura que no se empleó la traditio, la forma más sencilla de transmitir la propiedad de los bienes por la simple entrega de los mismos, porque carecía de la fuerza (vis) traslativa suficiente para enajenar con ánimo abstracto, cualquier clase de bienes”¹

“Existieron dos formas de fiducia: la fiducia cum creditore y la fiducia cum amico. La primera tuvo gran importancia, porque sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones. Este tipo de fiducia operaba en la forma siguiente: el deudor para garantizar su adeudo, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez obligaba, en virtud del pactum fiduciae, a retransmitirlos al deudor, cuando hubiere pagado su crédito. En caso de que el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o para enajenarla. En otras palabras, la propiedad se consolidaba en el acreedor fiduciario si no se pagaba la deuda fiduciariamente garantizada, aun cuando su valor excediera del importe de la obligación principal y además el acreedor no quedaba obligado a devolver diferencia alguna al deudor...”²

“La fiducia cum amico, se empleaba para que aquella persona que recibía el bien transmitido, pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho; una vez realizados esos fines, quien había recibido los bienes transmitidos, como consecuencia

¹ Messina, Giuseppe, **Negocio fiduciario**. Pág. 106

² Villagordoa Lozano, José Manuel. **Doctrina general del fideicomiso**. Pág. 2

del pactum fiduciae, los retransmitía al trans. Como se desprende de lo expuesto, la fiducia cum amico, se identificaba con el comodato, que era un préstamo gratuito de uso".³

Tratándose de la fiducia cum amico el fiduciario se comprometía a tener la cosa sin ostentar la titularidad real, al tener solo la titularidad formal, caracterizándose la figura por predominar el interés del fiduciante, lo que acentuaba la nota de confianza.

1.2 Naturaleza jurídica del fideicomiso

1.2.1. Teoría del mandato

"Ricardo J. Alfaro, estudioso del derecho, de origen panameño, citado por el doctor José Villagordoa Lozano, es el principal exponente de esta teoría. Explica la naturaleza jurídica del fideicomiso comparándolo con el trust anglosajón y, para sostener esta posición dentro de la teoría, considera que: "se han dado muchas definiciones tanto del fideicomiso romano como del trust inglés. Pero si se les compara cuidadosamente se echará de ver que todas coinciden en un elemento esencial; que tanto el fiduciario como el trustee inglés es siempre una persona que ejecuta un encargo o comisión que le ha sido dado por otra persona, para beneficio de un tercero. En el antiguo fideicomiso se habilitaba al fiduciario para desempeñar su encargo instituyéndolo heredero. En el trust angloamericano se habilitaba al trustee invistiéndolo con el "título legal" sobre los

³ Villagordoa Lozano. José Manuel. Ob. Cit.. Pág. 3

bienes. Por consiguiente, si tanto en el fideicomiso como en el trust, lo que hacen el fiduciario y el trustee es ejecutar un encargo por cuenta del testado o constituyente, y en el derecho civil el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay duda que el mandato es la institución de derecho civil que tiene más estrecha semejanza con el trust, puede ser (sic) y ha sido asimilado a un mandato en que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario" ⁴

Ahora bien, si por una parte se hallaba que el mandatario era la institución más análoga del trust; pero por la otra, se observaba que el mandato resultaba ineficaz para los fines del trust, por el hecho de ser revocable, ¿qué figura surgía ante la mente como la más apropiada para presentar ante la mentalidad latina la institución extraña del trust?, pues la figura antitética y contradictoria de un mandato irrevocable, de una comisión o encargo sui géneris, especial, nuevo, un encargo que el mandante no pudiera deshacer y mediante el cual se desprenderá definitivamente un patrimonio independiente cuyo dominio adquiriría el fiduciario en forma definitiva y no precaria, y con la obligación de cumplir con las disposiciones del trust." ⁵

A continuación algunas similitudes con el mandato contenido en el Código Civil y encontramos que el mandato puede otorgarse con representación o sin ella. "...en el mandato sin representación, el mandatario actúa en nombre propio, sin que los terceros tengan acción directa contra el mandante", como lo estipula el Artículo 1686 del Código

⁴ Villagordoa Lozano, Manuel. Ob. Cit. Pág. 87

⁵ Ibidem. Pág. 88



Civil. En el fideicomiso, el fiduciario actúa en nombre propio, es decir, como titular de los bienes fideicometidos. El hecho de la muerte del mandante pone fin al mandato y en el fideicomiso esta circunstancia no obsta para la consecución del fin perseguido, y, por ello, el doctor Alfaro plantea la figura del mandato irrevocable, que en nuestro derecho vigente no existe.

Sin embargo, cuando decimos que el fiduciario desempeña un encargo, no lo decimos como si fuera un mandatario del fideicomitente, sino el desempeño de dicho cargo consiste en que el fiduciario se convierte en el titular de los bienes fideicometidos, y, en el mandato, en ningún caso, el mandante transmite la propiedad al mandatario, y por ello, el mandatario actúa en nombre y representación de su mandante; circunstancia que no ocurre con el fideicomiso, puesto que el fideicomitente transmite la propiedad o titularidad de los bienes para que los afecte a ciertos y determinados fines.

En el hecho de que tanto en el mandato como en el fideicomiso, es el mandante o el fideicomitente quienes se benefician con el producto del encargo hecho al mandatario o al fiduciario. Aunque en el fideicomiso, el beneficiario puede ser un tercero ajeno al propio fideicomitente, llamado fideicomisario y en el mandato, quien se beneficia al final del encargo es el propio mandante.

A manera de comentario, se puede decir que hay similitudes en algunas funciones realizadas en el mandato con las realizadas en el fideicomiso. También, es claro que hay algunas funciones que no tienen relación entre ambas figuras jurídicas.

En nuestro derecho vigente no existe mandato irrevocable. Sin embargo, hay similitud cuando el mandatario actúa en nombre y representación del mandante para realizar ciertos y determinados actos. En el fideicomiso, el fiduciario actúa en nombre propio, en su calidad de titular de los bienes fideicometidos, pero su actividad al final redundará en beneficio del propio fideicomitente o de un tercero llamado fideicomisario. En el mandato, el mandante no transmite la propiedad o titularidad de los bienes al mandatario, función que si se realiza en el fideicomiso.

Se cree que la teoría del doctor Alfaro se queda en el ambiente flotando entre similitudes y diferencias entre el mandato y el fideicomiso. Mas bien se cree que el fideicomiso tuvo su origen en su propia configuración jurídica desde su inicio y por lo tanto, su naturaleza jurídica deviene de su propia historia como institución del derecho.

1.2.2. Teoría del patrimonio afectación

Juan Landerreche Obregón, citado por Villagordoa Lozano, manifiesta: "El fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes.

Partiendo de la idea de la propiedad como medio de realizar el aprovechamiento de los bienes para fines humanos, resulta económica y jurídicamente fundada la formación de

un patrimonio destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición, la que de un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectos al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata." ⁶

Explica el autor de esta teoría, el doctor Juan Landerreche Obregón, que la transferencia del dominio que hace el fideicomitente no es a favor de persona determinada, sino como afectación para el fin que se constituye el fideicomiso. Dice que, dentro del fideicomiso, al fiduciario le corresponde como obligación, el desempeño de un servicio, que es la ejecución del mandato del fideicomitente, y que para cumplirla se le atribuye el ejercicio exclusivo de todos los derechos y acciones relativos al patrimonio fideicometido, por la necesidad que tiene de poder ejercitar el encargo, pero sin que ello implique que sea titular de dichos derechos, sino sólo el órgano ejecutor.

El fiduciario, manifiesta Landerreche, no puede ser considerado como propietario, por la razón elemental de que no puede disponer en su propio provecho del patrimonio fideicometido; sino que, por el contrario, está obligado a usar y disponer del patrimonio exclusivamente para el fin a que está afecto. El fideicomiso nace y se extingue sin la intervención del fiduciario, ya que la falta de éste, no extingue el fideicomiso, sino que sólo da lugar al nombramiento de un nuevo fiduciario, situaciones que fueran

⁶ Villagordoa Lozano, Manuel. *Ob. Cit.* Págs. 92-93



legalmente imposibles si el fiduciario fuera titular del dominio.

Estas situaciones confirman la conclusión del autor en el sentido de que la propiedad de los bienes entregados en fideicomiso quedan afectos al fin de éste, transfiriendo dicha propiedad sin que la adquiera persona alguna determinada.

Es difícil compartir la teoría del autor porque no se concibe que exista patrimonio sin titular. Todo derecho es facultad jurídica de alguien, de igual manera que toda obligación supone necesariamente a un obligado. En el caso específico del fideicomiso, sería como que existiera sin sujetos.

Por último, en cuanto a que el fiduciario no puede disponer del patrimonio fideicometido en su propio beneficio, es pertinente establecer que el fiduciario está instituido como titular de los derechos o acciones del patrimonio, en beneficio del fideicomisario. Sin importar que en el fideicomiso estamos hablando de que el fideicomitente transmite los bienes y derechos al fiduciario, con la afectación a fines determinados, como lo establece el Artículo 766 del Código de Comercio vigente en nuestro país. Pero aquí estamos ante una transmisión de la propiedad o titularidad "sui géneris", porque, a contrario sensu de lo que establece el autor de esta teoría, no podría tampoco existir fideicomiso sin fiduciario, aunque existan los bienes y derechos a fideicometer.

1.2.3 Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad

Otra corriente en la doctrina que trata de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso la constituye la del desdoblamiento del derecho de propiedad. Como consecuencia de esta teoría, se obtienen dos titulares de un determinado bien. Uno de ellos es el fiduciario que tiene la titularidad jurídica y el otro, es el fideicomisario que tiene la titularidad de carácter económico.

Dos son los principales exponentes de esta teoría, Remo Franceschelli y Manuel Lizardi Albarrán.

Franceschelli, citado por José Manuel Villagordoa Lozano, se refiere concretamente a la protección del beneficiario en el trust dentro del sistema jurídico inglés, cuando afirma que “para realizar en forma completa el fin relativo a la protección del beneficiario y para dar vida a un sistema, que entre los juristas continentales puede parecer muy curioso y extraño, en el Derecho inglés se llega al desdoblamiento de la propiedad originario en dos derechos de propiedad contemporáneos , cuyos titulares son sujetos diversos y se refieren al mismo objeto”⁷

“El contenido del derecho de propiedad, que, como hemos visto, contiene dos categorías de facultades, que son las de disposición y la de goce, se atribuyen de acuerdo con la tendencia predominante, al trustee (fiduciario) y al cestui que trust

⁷ Villagordoa Lozano, Manuel. *Ob. Cit.* Pág. 98



(fideicomisario), respectivamente”.⁸

La convicción de los autores anglosajones está unificada en cuanto a que la peculiar naturaleza jurídica del trust es resultado del hecho histórico de que en Inglaterra en el siglo XV y durante los cuatro siglos siguientes, los tribunales de derecho estricto y los tribunales de equidad existían como entidades separadas e independientes. Como consecuencia de ello, una forma dual del derecho de propiedad en que, de una parte está el trustee (fiduciario), a quien corresponde el título legal; de la otra parte, está el beneficiario, quien tiene la propiedad de equidad.

No se comparte que se de una explicación tomando como base el desdoblamiento de la propiedad en dos titulares simultáneos de una misma cosa, porque la existencia del derecho de uno, excluye la del otro. Pero debe tomarse en cuenta que esta doctrina fue desarrollada a la luz del derecho inglés, en donde simultáneamente se desarrolla un doble orden jurídico: el derecho común y el derecho de equidad, en donde ambos órdenes son contemporáneos, de tal manera que pueden coexistir en un mismo tiempo dos titulares diferentes acerca de un mismo derecho. No ocurre lo mismo en ordenes jurídicos de ascendencia latina, en donde el derecho es único.

El doctor Manuel Lizardi Albarrán, respecto de la naturaleza del fideicomiso, indica que el proceso de construcción de esta nueva institución “opera sobre el derecho de propiedad” en dos derechos, cuya existencia es normalmente posible por el contenido

⁸ Villagordoa Lozano, Manuel, *Ob. Cit.* Pág. 99

de las normas que rigen a la institución. El del fiduciario se caracteriza por la facultad de disposición, se configura como un nuevo derecho distinto de la propiedad. El segundo derecho es el del fideicomisario, que se caracteriza por contener fundamentalmente un contenido económico, válido erga omnes. Este derecho está intrínsecamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin, en una forma o en otra, un beneficio económico para el fideicomisario.

El derecho del fideicomisario adquiere la configuración de un auténtico derecho real, aunque de tipo especial diferente de los demás que conoce nuestro ordenamiento jurídico. Sobre la misma cosa concurren dos derechos: el del fiduciario sin contenido económico y el del fideicomisario con un valor económico.

No se comparte esta teoría. En primer lugar, como se ha afirmado ut supra, no pueden coexistir dos derechos reales de propiedad sobre un mismo bien, en un régimen jurídico como el nuestro. Aunque se entiende que estas dos últimas teorías tienen su principal fundamento en el derecho inglés en donde, como se ha afirmado, coexisten dos ordenes jurídicos simultáneamente.

Tampoco parece correcto hacer distinción del derecho del titular por su contenido jurídico y por su contenido económico.

El derecho del fideicomisario es de carácter personal, pues fundamentalmente consiste



en constituirse en el beneficiario del “producto” del fideicomiso, además de tener el derecho de supervisar la administración del fiduciario en todos los actos que se refieran al propio fideicomiso.

1.2.4 Teoría de la titularidad del fiduciario

“El fiduciario adquiere sobre el objeto la plena e irrevocable propiedad, no sólo frente a terceros, sino también frente al fiduciante. Es decir, que la propiedad recibida por el fiduciario puede ser calificada -con la temperancia con que este carácter debe ser aplicado a todo derecho de propiedad- de absoluta”.⁹

“En resumen, debe concluirse afirmando la integridad del derecho de propiedad desde el punto de vista real. Mediante el negocio fiduciario se transmite la titularidad plena, y, como tal, tanto las limitaciones, como las relativas a su extensión, es decir, a las normales facultades de su titular, como las relativas a su duración, no recaen sobre el derecho real en sí, sino mas bien sobre su sujeto; son obligaciones personales en cuyo nombre, efectivamente, podrá el fiduciante, en caso de incumplimiento del fiduciario, exigir un resarcimiento de daños, mas no una revocación de lo dispuesto por este último, ni menos la reivindicación de la cosa.”¹⁰

Explica el autor de esta teoría que puede definirse la propiedad fiduciaria como una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta

⁹ Navarro Martorrelli, Mariano. **La propiedad fiduciaria**. Pág. 178-179

¹⁰ Navarro Martorrelli, Mariano. **Ob. Cit.** Pág. 193

personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades, y generalmente sobre el tiempo de duración de su titularidad. Es algo así como una verdadera propiedad detentada legalmente por un no verdadero propietario.

En este sentido es válido comentar que la transmisión de la propiedad o titularidad de la cosa que hace el fideicomitente al fiduciario, pareciera que es correcto denominarle propiedad fiduciaria, aunque esto sea solo para diferenciarla de la propiedad absoluta que contiene el concepto de propiedad que recoge nuestra legislación civil vigente.

1.3. Definición de fideicomiso

“Un **fideicomiso** (del latín *fideicommissum*, a su vez de *fides*, "fe", y *commissus*, "comisión") es un contrato o convenio en virtud del cual una persona, llamada fideicomitente o también fiduciante, transmite bienes, cantidades de dinero o derechos, presentes o futuros, de su propiedad a otra persona (una persona natural, llamada fiduciaria), para que ésta administre o invierta los bienes en beneficio propio o en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario. Cabe señalar que, al momento de la creación del fideicomiso, ninguna de las partes es propietaria del bien objeto del fideicomiso. El fideicomiso es, por tanto, un contrato por el cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria en todas las empresas.”¹¹

¹¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Fideicomiso>



Se colige de la definición anterior que la comisión de confianza se caracteriza principalmente por la necesidad de una persona llamada fideicomitente (fiduciante) de depositar su confianza en un administrador (fiduciario) para que le realice un fin determinado. El administrador o fiduciario acepta el encargo, y recibe los bienes transferidos por el fideicomitente, con la finalidad de realizar únicamente lo ordenado por éste, de manera que dichos bienes no son propiedad de quien los administra ni pueden ser utilizados para su beneficio personal.

En tal sentido, el fideicomiso pudiera ser resumido a grandes rasgos, como una gerencia confiable de bienes de manera personalizada, de acuerdo al encargo recibido por el administrador (fiduciario) del fideicomitente, a favor de un beneficiario. Habrá fideicomiso cuando una persona (fideicomitente) transmite la propiedad a otra (fiduciario) quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o una condición al fideicomitente, al beneficiario o al fideicomisario.

El dominio que posee el fiduciario sobre los bienes no es perpetuo, ya que se trata de una propiedad cuya duración en el tiempo está sujeta a una condición o a un plazo resolutorio, transmitiéndose al fiduciario junto con un encargo fundado en una relación de confianza, de esta manera la propiedad está sujeta al cumplimiento del encargo recibido, el cual está especificado en el contrato de fideicomiso.



Debido a lo expuesto, el fiduciario no puede incluir los bienes fideicomitados en su contabilidad ni considerarlos entre sus activos propios, sino que es necesario llevar una contabilidad separada por cada uno de los fideicomisos que se constituyan. Dichos bienes no responden por las deudas del fiduciante, del fiduciario ni por las del beneficiario y tampoco a la inversa.

1.4. Características de acuerdo a la doctrina

El fideicomiso constituye una transmisión de bienes que hace una parte (fideicomitente) a la otra (fiduciario) a favor del fideicomisario (beneficiario), bienes que deben estar individualizados en el contrato (o testamento) o, de no ser posible, constará la descripción de sus requisitos y características.

Lo adquirido por el fiduciario es considerado como patrimonio fideicometido, queda entendido que dicho patrimonio será del dominio del fiduciario. Al respecto, conviene recordar que este dominio se refiere especialmente al "dominio fiduciario", porque la entidad fiduciaria únicamente puede realizar los actos y contratos que están definidos en el documento constitutivo del fideicomiso.



1.4.1. Características propias

1.4.1.1. Negocio jurídico bancario

El fideicomiso es un negocio jurídico, contractual o testamentario. Es una manifestación de voluntad que origina consecuencias jurídicas erga omnes; y, bancario, porque, de conformidad con la ley, sólo podrán ser fiduciarios los bancos constituidos legalmente, y, las instituciones de crédito que previamente fueren autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria. En otras palabras, en la legislación mercantil guatemalteca, jamás podría constituirse esta figura, sin la participación de una institución bancaria, que se ocupa por disposición absoluta de la ley, de la administración del patrimonio fideicometido, para llevar a cabo los fines del contrato.

No obstante lo anterior, el Artículo 76 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías (Decreto 34-96 del Congreso de la República), el fiduciario puede convenir con una persona jurídica que ostente la calidad de "agente" y que esté debidamente inscrita en el Registro como tal, la delegación de su función como fiduciario. A este agente se le denomina fiduciario delegado y podrá realizar todas las actividades propias de un fiduciario y será junto con la entidad delegante, solidariamente responsable por su actuación.

Sin embargo, la función de fiduciario debe ser ejercida única y exclusivamente por una institución bancaria o financiera debidamente autorizada. Lo que el fiduciario (banco o

financiera) está facultado para delegar, según la lectura del Artículo 76 anteriormente citado, es la función como fiduciario, enmarcada dentro de lo que se refiere a la inversión en valores que se encuentren en oferta pública y en la emisión de certificados fiduciarios, debidamente registrados para cotizarse en bolsa.

1.4.1.2 Transmisión de bienes y derechos

Nuestra ley vigente establece que el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario; esto indica que, si se trata de bienes se transmite la propiedad, y si se trata de derecho, se transmite la titularidad de los mismos.

Algunos autores tratan de encontrar en el negocio fiduciario algún tipo especial de propiedad. Se ha escrito sobre la propiedad fiduciaria y sobre el desdoblamiento de la propiedad.

De conformidad con nuestro ordenamiento legal, propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes. No cabe la existencia de dos titulares dentro de un derecho; por ello, no podemos hablar ni del desdoblamiento del derecho de propiedad, ni de un nuevo derecho real, como sería la propiedad fiduciaria.

Sin embargo, se tiene la convicción de que la transmisión que realiza el fideicomitente al fiduciario no constituye propiedad plena; ya que, si bien es cierto, que el fiduciario

puede donar, vender o gravar los bienes fideicometidos, también lo es que para ello, necesita autorización expresa que conste en el propio documento de constitución del fideicomiso. Se puede afirmar que ante la transmisión de la propiedad para la constitución de un fideicomiso, aquí se presenta la categoría de PROPIEDAD FIDEICOMETIDA, pues, en los fideicomisos se da una transferencia temporal, limitada solamente al cumplimiento de la finalidad prescrita, sin que el bien objeto de la transmisión haga crecer el patrimonio del fiduciario.

1.4.1.3 Formación de patrimonio autónomo

Los bienes transmitidos para constituir un fideicomiso se consideran como un patrimonio autónomo, separados e independientes de los bienes del fideicomitente y de los de el fiduciario; constituyen bienes afectados a una finalidad específica, que no pueden confundirse con los bienes del fiduciario, fideicomitente ni fideicomisario.

El fiduciario está obligado a llevar contabilidad independiente, que no haya confusión con los bienes propios del fiduciario ni con los de los otros fideicomisos. Las cuentas serán separadas para cada fideicomiso.

1.4.1.4 Entrega de los bienes fideicometidos

Al vencimiento del plazo, el fiduciario debe cumplir con las instrucciones contenidas en el contrato de fideicomiso, entregando los bienes a quien corresponda, según las

disposiciones que contenga el propio instrumento constitutivo, o bien, la sentencia judicial, en su caso.

1.4.2 Características jurídicas del contrato de fideicomiso

El fideicomiso es un acto unilateral, personal y libre cuando se constituye en testamento, y, bilateral cuando se formaliza por la vía del contrato. En ambos casos es un acto solemne, ya que necesariamente debe constar en escritura pública. La ausencia de esta formalidad hace inexistente el vínculo. Cabe mencionar que existe una excepción en cuanto a la obligatoriedad de la escritura pública, y se refiere específicamente al contrato de fideicomiso de inversión contenido en el Artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto 34-96 del Congreso de la República, que puede elaborarse en documento privado. Cuando se formaliza por la vía del contrato, se suscribe entre fideicomitente y fiduciario. Ambos deben tener capacidad legal para suscribirlo.

Los caracteres jurídicos del contrato, según la doctrina, son:

- Principal
- Oneroso
- Conmutativo
- de tracto sucesivo
- negocio nominado legislativamente

A excepción del fideicomiso de garantía, la doctrina refiere que el contrato de fideicomiso es:

- **Principal:** porque no depende de ninguna obligación anterior, constituye la razón fundamental de su existencia.
- **Oneroso:** porque las ventajas que procura a una de las partes no le son concedidas sino por una prestación que la otra le ha hecho o que se obliga a hacerle; característica que deviene de la misma naturaleza mercantil del fideicomiso.
- **Conmutativo:** porque las partes conocen desde el momento en que prestan su consentimiento, la extensión de sus prestaciones.
- **De tracto sucesivo:** porque las prestaciones de una de las partes son de cumplimiento reiterado o continuo, opuesto, por lo tanto, al contrato de ejecución instantánea. Es decir, que el negocio se prolonga en el tiempo.
- **Negocio nominado legislativamente:** Porque está expresamente legislado en el Código de Comercio, Decreto Legislativo 2-70 del Congreso de la República, contenido en los Artículos del 766 al 793; y, en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías (Decreto 34-96 del Congreso de la República), en el Artículo 76.

1.5 Elementos personales

De acuerdo con la ley, son tres los elementos personales que intervienen en un fideicomiso: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario. Sin embargo, en la

práctica pueden no ser tres como se menciona, ya que el fideicomitente puede constituirse a la vez en fideicomisario.

1.5.1 Fideicomitente

Es la persona que constituye el fideicomiso, por medio de la transferencia de la titularidad de los bienes o derechos de los cuales es propietaria. El fideicomitente transfiere los bienes a la propiedad fiduciaria, designa el beneficiario en el fideicomiso e indica la finalidad del mismo.

Puede ser persona natural o jurídica. Es el propietario de los bienes o derechos afectados. De conformidad con nuestra ley, el fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes. Por los menores, incapaces y ausentes pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial. Puede también constituirse por apoderado con facultad especial.

La función principal del fideicomitente se circunscribe a dar origen al fideicomiso; transmite bienes y derechos que forman el objeto del fideicomiso; señala los fines del fideicomiso; designa al fiduciario y al fideicomisario, o, por lo menos, dicta las bases para su posterior determinación.

1.5.1.1 Facultades y derechos del fideicomitente



- Señalar los fines del fideicomiso;
- Designar al fideicomisario;
- Prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dictar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades;
- Exigir al fiduciario el cumplimiento de la obligación que tiene de rendir cuentas de su gestión, cuando se haya reservado expresamente este derecho en el acto constitutivo o en las modificaciones del mismo;

Cualquier otro derecho que conforme a la ley sea pertinente para ser ejercitado por el fideicomitente.

En cuanto a las obligaciones del fideicomitente, la principal radica en la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos materia del fideicomiso. Asimismo, el fideicomitente está obligado al cumplimiento de las obligaciones que expresamente se estipulen en el contrato que lo constituye.

1.5.2 Fiduciario

Es quien recibe para el fideicomiso, en carácter de propiedad fiduciaria, los bienes entregados por el fideicomitente, con la obligación de darle a dichos bienes, el destino estipulado en el contrato de fideicomiso.

Es la persona que ejerce la titularidad de los bienes fideicometidos; es la encargada de

cumplir con los fines del fideicomiso, ejerciendo los derechos y facultades transmitidas por el fideicomitente.

De conformidad con la ley, sólo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Las instituciones de crédito podrán, asimismo, actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria.

El fiduciario debe tener facultad expresa en el instrumento de constitución, para donar, vender o gravar en cualquier forma los bienes fideicometidos. Sin embargo, si el cumplimiento del fideicomiso se hiciere imposible o manifiestamente desventajoso sin enajenar o gravar los bienes, el fiduciario que no estuviere facultado expresamente para ello, podrá solicitar autorización judicial ya que si enajena o grava bienes abusando de sus facultades, el fideicomitente o el fideicomisario podrán exigirle que responda de los daños y perjuicios derivados de la negociación; siendo ésta una causa justificada para solicitar su remoción y la imposición de las demás sanciones que correspondan.

1.5.2.1. De conformidad con la ley, los derechos del fiduciario, son:

1º. Ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que establece la ley o que contenga el documento constitutivo;

2º. Ejercitar todas las acciones que sean necesarias para la defensa del patrimonio



fideicometido;

3o. Otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso;

4º. Percibir remuneración por sus servicios; cobrar preferentemente su remuneración de los ingresos del fideicomiso;

5º. Los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fideicomiso.

1.5.2.2 Obligaciones del fiduciario

1º. Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines;

2º. Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves que deberán ser calificadas por un Juez de Primera Instancia;

3º. Tomar posesión de los bienes fideicometidos, en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad;

4º. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones y rendir cuenta e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requieran;



5º. Las demás inherentes a la naturaleza de su cargo.

1.5.3 Fideicomisario

Es la persona que recibe los beneficios de la administración fiduciaria, por disposición del fideicomitente.

Para Villagordoa Lozano, es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso. Para el derecho interno vigente, fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior.

El fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso.

1.5.3.1 De conformidad con la ley, los derechos del fideicomisario, son:

- 1. Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo;**
- 2. Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso;**

3. Pedir la remoción del fiduciario por incumplimiento de las instrucciones contenidas en el documento constitutivo del fideicomiso;
 4. Pedir la remoción del fiduciario por incumplimiento de las instrucciones contenidas en el documento constitutivo del fideicomiso; si no cumple su cargo con la diligencia debida, y, si tiene intereses antagónicos con los del fideicomisario;
 5. Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituyan al fiduciario los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido;
 6. Revisar en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoría.
- 1.6 De acuerdo a la ley vigente y a la doctrina, las clases de fideicomiso, son:
- **Fideicomiso de inversión:** Por medio de un contrato, el fideicomitente (persona natural o jurídica), transfiere dinero o bienes (muebles o inmuebles) al fiduciario, quien asume la responsabilidad de administrarlos e invertirlos en instrumentos de buen rendimiento, fácil liquidación y seguridad. Los rendimientos generados en

ocasión de tales inversiones, serán capitalizados o bien entregados a favor del mismo fideicomitente o del beneficiario que al efecto designe.

- **Fideicomiso de administración:** En este tipo de fideicomiso, el fiduciario, administra los bienes entregados por el fideicomitente, para la ejecución de obras, proyectos o servicios en general, según las condiciones que se hayan establecido en el contrato.
- **Fideicomiso de prestaciones sociales:** Consiste en la administración de los recursos aportados por el patrono, derivados de las obligaciones de antigüedad de sus trabajadores, de acuerdo con lo establecido en la legislación laboral de cada país.
- **Fideicomiso de caja de ahorros:** Consiste en la administración e inversión de los recursos que aportan los empleados y las empresas con la finalidad de crear hábitos de ahorro y mejoras socioeconómicas como beneficio de los trabajadores.
- **Fideicomiso de hospitalización:** Se constituye con la finalidad de proteger económicamente a los beneficiarios designados por el fideicomitente en el contrato, de los eventuales gastos médicos o de hospitalización en los que pudieran incurrir, hasta por las cantidades de dinero mantenidas en el fondo fiduciario.

- **Fideicomiso de pensión y jubilación:** Es la administración de los recursos monetarios destinados a planes y fondos de pensión y retiro, que se establecen particulares o empresas a favor de su personal, a fin de proteger el futuro.
- **Fideicomiso testamentario:** Se constituye con la finalidad de que los bienes entregados en fideicomiso, sean administrados al fallecimiento del fideicomitente, a favor de los beneficiarios, siguiendo estrictamente las instrucciones impartidas por el fideicomitente testador.
- **Fideicomiso de garantía:** Es aquél en el cual, el fideicomitente, transfiere bienes de su propiedad, (muebles, inmuebles, efectivo), al fiduciario, con la finalidad de garantizar obligaciones a determinadas personas, designándolas beneficiarias en el fideicomiso, hasta el cumplimiento de dichas obligaciones.
- **Fideicomiso de seguros de vida:** Consiste en administrar de la indemnización total o parcial recibida de la compañía aseguradora, al ocurrir un siniestro o accidente de acuerdo a las instrucciones previas del asegurado.
- **Fideicomiso inmobiliario:** Se constituye con la finalidad de garantizar a los adquirentes de bienes inmuebles, la correcta aplicación de sus aportes a la construcción de los mismos, y facilitando al promotor (constructor), la utilización racional de dichos aportes.



- **Fideicomiso de titularización:** El fideicomitente entrega bienes de cualquier tipo al fiduciario, para que éste, con base en el valor real de los mismos, emita títulos valores y los coloque en el mercado bursátil a través de la Bolsa de Valores, a fines de captar recursos líquidos, que según el caso, trasladará al fideicomitente o los destinará a cumplir con el fin establecido por éste en el contrato de fideicomiso.
- **Fideicomiso de educación:** Es aquél que se constituye con un patrimonio para que, a través de su administración, se garanticen los gastos de educación de los beneficiarios del fideicomiso.
- **Fideicomiso público:** Se constituye con la finalidad de utilizar los fondos presupuestarios de organismos del Estado, en programas preestablecidos por el mismo, con el propósito de proveer bienestar por medio de obras o servicios que beneficien directamente a la población objetivo.



CAPÍTULO II

2. Fideicomiso público

2.1 Definición

“El fideicomiso público es un contrato por medio del cual el gobierno ..., a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes del dominio público ... o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria (por lo general instituciones nacionales de crédito), para realizar un fin lícito, de interés público”¹²

De manera que el fideicomiso público es una entidad de la Administración Pública creada para un fin lícito y determinado, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de ciertos recursos que son aportados por el Estado y administrados por una institución fiduciaria. La estructura del fideicomiso público está formada por tres elementos: los fideicomisarios o beneficiarios; el fideicomitente, atribución que corresponde únicamente a la entidad estatal; y el fiduciario, que puede ser cualquier institución o sociedad bancaria o financiera nacional. Se constituyen con el propósito de administrar recursos públicos fideicometidos destinados al apoyo de programas y proyectos específicos.

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



El fideicomiso público como un contrato por medio del cual la administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de los bienes del dominio público del Estado o afecta fondos públicos, a un fiduciario, para realizar un fin lícito, de interés público.

Asimismo, destaca el carácter de fideicomitente de la administración, haciendo hincapié en la transmisión de la propiedad de bienes del dominio público del Estado. Este aspecto de la definición es de suma importancia debido a que no hay fideicomiso público cuando la administración aparece como parte del contrato de fideicomiso sin ser el fideicomitente. Para que haya fideicomiso público es necesario que se trasladen bienes del dominio público o privado del Estado o afectar fondos públicos (muchas veces derivados de un crédito de organismos internacionales con el Estado) a un patrimonio autónomo que será administrado por el fiduciario, siguiendo las instrucciones dadas por el fideicomitente (entidad estatal). Este patrimonio autónomo constituye el denominado "patrimonio fiduciario o patrimonio fideicometido".

"Los fideicomisos públicos son nuevas estructuras administrativas que operan dentro del campo de la empresa pública, como un servicio bancario que las instituciones fiduciarias nacionales prestan al sector público, con el propósito de satisfacer así, necesidades colectivas de trascendencia social y económica, operando por medio de organismos independientes técnicamente de la institución que los maneja, pero

aprovechando su personalidad jurídica por carecer de una propia para cumplimentar sus fines.¹³

En resumen, para hablar de fideicomiso público es necesario que se den todos los elementos enunciados en la definición:

1. Que la administración sea fideicomitente;
2. La transmisión de la propiedad de bienes del Estado o afectación de fondos públicos; y,
3. La transmisión de los mismos a un fiduciario para realizar un fin lícito y de interés público.

2.2 Naturaleza jurídica

“Al analizar la naturaleza del fideicomiso público se plantea la interrogante de su categorización como un contrato, una estructura administrativa o, dentro de esta última categoría, una nueva persona jurídica pública.

13 Villagordoa Lozano. **Op. Cit.** Pág. 290

Entender al fideicomiso como una nueva estructura administrativa, trasciende la categorización de contrato que supondría el fideicomiso público; es decir, estamos ante una entidad diversa de las partes que lo conforman (fideicomitente y fiduciario).¹⁴

Se acepte o no la caracterización de la figura como una “nueva estructura administrativa”, es importante citar la definición de Arturo Castañeda Niebla acerca del fideicomiso público. El autor lo define como “entidad, unidad económica u organismo especial” el cual sin gozar de personalidad jurídica propia, constituye una nueva estructura administrativa, en virtud de la cual el Estado, representado por sus órganos administrativos en su carácter de fideicomitente, transmite a un fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito determinado a favor del fideicomisario, que pueden ser sectores sociales, sujetándose a modalidades contenidas en el acto constitutivo y en las disposiciones legales aplicables a esta materia.”¹⁵

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los fideicomisos son “nuevas estructuras administrativas” y que con el propósito de satisfacer necesidades colectivas de trascendencia económica y social, operan por medio de organismos técnicamente independientes de la institución fiduciaria que los maneja, pero aprovechando su personalidad jurídica por carecer de una propia para cumplir, con un medio idóneo (el fideicomiso), la finalidad que persiguen.

14 Lesoprawsky, Silvio V. **Tratado de fideicomiso**. Pág 542

15 Castañeda Niebla. Arturo. **Los fideicomisos públicos**. Págs. 227-228

No obstante lo anterior, José M. Villagorda Lozano sostiene en cambio, que “no es mediante una “nueva estructura administrativa” que el Estado transmite a una institución fiduciaria la titularidad de los bienes para realizar un fin lícito de interés público, sino que a la inversa, se transmite dicha titularidad a la fiduciaria para que según las bases y objetivos que señala la Administración Pública, integre una estructura administrativa por cuyo conducto aquella pueda realizar los fines fijados en el contrato de fideicomiso respectivo. Concluye diciendo que el análisis del fideicomiso se debería formular desde más de una perspectiva:

a) como negocio fiduciario, implica las relaciones jurídicas que se dan en el fideicomiso, pero con los siguientes matices: el fideicomitente es siempre la administración pública y los fines que perseguirán serán, por consiguiente, de interés público;

b) como estructura administrativa, sostiene que no tiene personalidad jurídica, debiéndose estar a la ley, decreto o acto administrativo que autoriza su constitución;

c) como empresa, es una unidad económica jurídica constituida total o parcialmente con los bienes del Estado o fondos públicos orientada a la prestación de servicios de interés público, cuya organización y funcionamiento se encomienda a una institución fiduciaria, con sujeción al control y vigilancia de la administración pública;

d) como contrato, es el celebrado entre la administración pública por conducto de alguno de sus órganos, con el propósito de transmitirle la propiedad de ciertos bienes,



con la encomienda de realizar fines de interés público en beneficio del fideicomisario.
Es el elemento por el que se concreta el fideicomiso y se hacen viables los derechos y obligaciones.”¹⁶

2.3 Orígenes del fideicomiso público

Si bien la mayoría de los autores ubican los orígenes del fideicomiso en el antiguo Derecho romano, al buscar los orígenes del fideicomiso público debemos ir al análisis del Derecho anglosajón, en donde la figura del *trust* tuvo un notable desarrollo.

“El *trust* resulta consagrado en el derecho inglés como un negocio jurídico en virtud del cual una persona (*settlor*), transfiere determinados bienes a otra persona (*trustee*), en quien confía, para que realice con ellos un fin lícito a favor de si mismo o de una tercera persona (*cestui qui trust*). El *trustee* estará obligado contractualmente o por disposición de la ley, a administrar y utilizar los bienes recibidos en beneficio del *cestui qui trust*, al cual tendrá derecho a exigir el cumplimiento de dicha obligación.”¹⁷

Como señala BATIZA, “En el derecho anglosajón las normas aplicables a los *trust* caritativos o públicos difieren en importantes aspectos de las relativas a los *trust* privados. Así, cuando el *charitable trust* no logra su cometido o no se agotan los bienes dispuestos para el mismo, aparece la doctrina *cypres* (“tan cerca como fuera posible”), según la cual los bienes que forman parte del *trust* se aplicarán a otros fines benéficos.

16 Villagordoa Lozano. José Manuel. *Op. cit.* Pág. 290

17 Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso. Teoría y práctica.* Pág. 188



Esta doctrina permite que, por medio de los tribunales, se hagan ciertas modificaciones al fideicomiso que no fueron previstos al constituirse el mismo, salvo que el *settlor* (fiduciante) haya propuesto un fin excluyente en forma terminante.”¹⁸

“Finalmente, el gran desarrollo del fideicomiso público se produce en la América hispana, en donde, desde 1923 se inicia un movimiento recepción del trust, a través de la variedad predominante de las “comisiones de confianza”. En la actualidad, por orden cronológico, Colombia, México, Chile, Bolivia, Perú, Costa Rica, Ecuador, Venezuela, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Argentina y Uruguay, cuentan con el mecanismo del fideicomiso, que al decir de BATIZA *“tanto auxilio puede prestar cuando la rigidez de los moldes contractuales impide o dificulta la solución eficaz a múltiples problemas jurídicos.”*¹⁹

Luego de la inclusión del fideicomiso en cada ordenamiento jurídico, el mismo ha sido inmediatamente utilizado por los Estados como una herramienta jurídica más para la realización de sus fines. En el año 1954 Batiza destacaba como el fideicomiso “... es ya una realidad solidamente arraigada en México. Sus aplicaciones se extienden y diversifican en proporción ascendente, sin que su empleo se haya circunscrito a los particulares, pues el Estado Federal, reconociendo el valor de la flexible institución, tiene afectos en fideicomisos bienes de elevada cuantía.”²⁰

18 Batiza, Rodolfo. Ob. Cit. Pág. 188

19 Batiza, Rodolfo, Tres estudios sobre el fideicomiso. Pág. 18

20 Ibid. Pág. 22

Parecería importante señalar que las características valiosas de la figura han sido percibidas por el Estado y su aprovechamiento a favor de la comunidad parece positivo, no así lo inorgánico que se está produciendo, con un crecimiento desordenado, sin parámetros básicos de conformación de la especie, que nos hace temer como en otros países, la proliferación anárquica, sin controles adecuados dentro de la estructura de la administración pública. La experiencia ha demostrado que en esos casos se generan burocracias nuevas y más costosas y la desnaturalización de su finalidad.

Villagordoa Lozano observa, con acierto, que si bien el fideicomiso público se apoya en la estructura convencional que caracteriza el tipo contractual, esto es, la relación bilateral fiduciario-fideicomitente, hay, sin embargo, una diferencia esencial de naturaleza genética en el proceso de formación que lo diferencia del fideicomiso privado. En el público, la celebración del contrato es una fase dentro de un proceso, toda vez que existe un procedimiento jurídico sui generis que se inicia en el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley o decreto), fija sus objetivos y características, determina las condiciones y términos a que se sujetará la contratación correspondiente y regula, en fin, la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos, a través del cual se constituyen y manejan ciertas unidades empresariales, constituyendo un patrimonio autónomo afectado a un fin y que es administrado por un ente fiduciario.

Según este autor el fideicomiso público se debería considerar desde más de una perspectiva, a saber:

- Como negocio fiduciario implica las relaciones jurídicas que se dan en el fideicomiso en general, pero con los siguientes matices: el fiduciante (fideicomitente) es siempre el Estado y los fines que se persiguen serán de interés público.
- Carece de personalidad jurídica propia.
- Es una unidad jurídico-económica constituida total o parcialmente con bienes del Estado, incluidos los monetarios, cuya organización y funcionamiento se encomienda a un fiduciario, bajo el control de la Administración Pública.

Por otra parte, las características distintivas entre el fideicomiso público y el privado, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- El fideicomiso público tiene origen en el derecho público.
- La administración pública debe necesariamente intervenir en su constitución.
- El patrimonio separado se conforma en cabeza de un fiduciario con bienes del Estado y, consecuentemente, la finalidad del fideicomiso que le sirve de causa es de interés público.

- El fideicomiso público puede coincidir con las necesidades de la Administración Pública en cada caso concreto y en relación con el interés público.

2.4 Características

Como se ha señalado, las características de la figura del fideicomiso público han sido utilizadas por el Estado y su aprovechamiento a favor de la comunidad es importante en aras de la búsqueda del desarrollo económico y social, no así el efecto que produce en cuanto al desorden administrativo y de control fiscalizador, con un procedimiento normativo antojadizo, sin parámetros básicos de conformación, que nos hace temer la proliferación desordenada sin controles adecuados dentro de la estructura de la administración pública. Por ello mucho se ha asegurado que en muchos casos el Estado por medio de esa figura ha generado nuevas y mas costosas burocracias.

El fideicomiso proviene de fiducia que significa confianza, cuya característica es inherente a esta figura jurídica porque permite aislar bienes, flujos de fondos, negocios, derechos entre otras cosas, en un patrimonio independiente y separado con diferentes finalidades. Su inicio anglosajón es el trust y cuenta con antiguas raíces en el Derecho romano. En las administraciones públicas se ha convertido en la vía preferida para la puesta en marcha de programas de desarrollo comunitario.

En este ámbito resulta obvio que, teniendo en cuenta los fines del Estado, se pueden proyectar los instrumentos que mejor permitan alcanzar los mismos, especialmente

aquellos que involucren el interés general y que tengan un consiguiente impacto en el nivel de empleo y en un crecimiento económico sustentable. Puntualmente en aquellos sectores que puedan generar el ingreso de divisas al país o, en general, para la realización de múltiples actos jurídicos inherentes al manejo de asuntos de interés público.

La norma legal constituyente de un "fideicomiso público" deberá precisar:

1. El fiduciante: el Estado
2. El fiduciario: el procedimiento para su designación;
3. El patrimonio fideicomitido: Los bienes transmitidos en propiedad fiduciaria;
4. La finalidad u objeto fiduciario: Los intereses y satisfacción de necesidades generales y, en su caso, de fomento económico y/o social;
5. El plazo o condición al que el fideicomiso esté sometido;
6. Las bases para fiscalizar el fideicomiso;
7. Las causales de extinción y los beneficiarios: las personas físicas y/o jurídicas que sean los destinatarios del objeto del fideicomiso, aunque es justo reconocer que éstas, por el propio interés público en juego, pueden estar indeterminadas y, por lo tanto, configurarse como beneficiaria la comunidad misma.

Hay que destacar la importancia de quien tenga la investidura de fiduciario, dado que es la idoneidad de éste la que permitirá satisfacer el interés público que se persigue proteger. La confianza, fundamento de la misión encomendada a un

fiduciario, recomienda que ésta sea depositada por el "fiduciante" en quien la merece por su capacidad específica y neutralidad, vinculado esto con los objetivos perseguidos.

El "fiduciario" desempeña un rol de propietario y administrador, desde una posición neutral, la más propicia para atender a las instrucciones del fiduciante y satisfacer las expectativas de los beneficiarios en forma objetiva e imparcial. La independencia del fiduciario sirve de fundamento a las exigencias que surgen de las normas que lo instituyeron como tal respecto de su proceder en el cumplimiento del encargo.

La regla es que el fiduciario debe obtener beneficios de los bienes objeto del fideicomiso, los que se encuentran destinados en forma exclusiva a la finalidad propuesta. En su carácter de dueño tiene la facultad de realizar actos de administración, pero, a la vez, como consecuencia del vínculo de la obligación tiene también la carga de administrar ya que, del manejo, conservación y natural explotación económica del bien depende, en buena parte, el adecuado cumplimiento de la voluntad del fiduciante.

Particularmente se dispone que el fiduciario no responderá con sus bienes por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con el patrimonio del mismo, salvo los casos de responsabilidad en el ejercicio de su gestión.

Para el supuesto de insuficiencia de dicho patrimonio, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante, se determina que el fiduciario procederá a la liquidación del fideicomiso y entregará el producido al fideicomisario, salvo disposición en contrario en el decreto de constitución.

En síntesis, el fideicomiso público tiene características muy especiales en comparación con otros fideicomisos. No obstante que el fideicomiso público, en cuanto a su configuración jurídica se fundamenta en la normativa mercantil que contiene el Código de Comercio, su funcionalidad depende de las normas del Derecho Administrativo porque sus recursos provienen de los fondos públicos, y su finalidad la constituye el beneficio para determinado sector de la población, el cual es su objetivo principal.

Siguiendo la enunciación hecha por los profesores argentinos Lisoprawsky y Koper, las características mas sobresalientes del fideicomiso público son:

- “La constitución, modificación y extinción del fideicomiso tiene origen en el derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación de la ley que regula el fideicomiso en cada orden jurídico...
- La administración debe necesariamente intervenir en su constitución. A lo que agregamos que debe ser necesariamente la parte fideicomitente, sin perjuicio de que el fiduciario sea o no un órgano del Estado.

- El patrimonio separado se conforma con bienes o derechos del Estado y consecuentemente la finalidad del fideicomiso que lo genera es de interés público.
- El fideicomiso público responde a un fenómeno de publicidad de un instituto que tiene sus raíces en el derecho privado. Teniendo como consecuencia la transformación de la figura que, aunque conserve su estructura básica (fiduciante-fiduciario-beneficiario), provocará modificaciones subjetivas y la atenuación de ciertos efectos propios de los contratos de derecho privado....²¹

2.5 Elementos personales

2.5.1 Fideicomitente

Al hacer referencia al fideicomiso en general, se analiza el Artículo 767 del Código de Comercio establece que el fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes, y en el caso del fideicomiso público el fideicomitente será normalmente la administración pública; por lo que la autoridad o funcionario que lo constituya debe tener la facultad legal para disponer de los bienes que va a afectar, es decir, de los bienes que constituirán la propiedad fiduciaria o el patrimonio fideicometido.

21 Koper-Lisoprawsky. **Ob. Cit.** Pág. 536



Eventualmente, puede darse el caso en el que la administración pública celebre un contrato de fideicomiso estatal, pero en aplicación de un contrato de préstamos con organismos internacionales, en donde generalmente los fondos a transmitirse pasan directamente a integrar el patrimonio fiduciario, sin ser nunca propiedad de la administración. En estos casos, cuando el fideicomiso se constituye antes de la formalización del préstamo lo que la administración transfiere al fideicomiso es un derecho de crédito contra el organismo prestatario, mientras que si se realizara luego se estarían afectando fondos públicos.

2.5.2 Fiduciario

El fiduciario puede ser tanto una institución bancaria o financiera privada o nacional. De hecho, en el caso de Guatemala, únicamente existe un banco de carácter estatal como El Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala, pero para actuar como fiduciario en un fideicomiso público puede ser cualquier institución que esté dentro de la órbita de las entidades financieras autorizadas por la Junta Monetaria y supervisadas por la Superintendencia de Bancos.

2.5.3 Fideicomisario o beneficiario

Son los destinatarios mediatos o inmediatos de la acción de fomento; es decir, los agentes económicos personalizados o sectores económicos, a los que el Estado



entiende que es necesario apoyar por diversos motivos. Además de los particulares, podría serlo la misma Administración o una entidad estatal.

2.6. Fines del fideicomiso público

El fideicomiso público, por lo general puede tener como fin cualquier actividad jurídica que sea lícita, posible, determinada y de interés general.

“El fin de los fideicomisos públicos es el fomento y desarrollo de determinados sectores de la economía nacional o bien, garantizar y proteger el nivel de vida de determinado sector social”.²²

Al tratarse de un fideicomiso de la administración debe darse la realización de un fin lícito y de interés público. El fideicomiso debe adecuarse a los requisitos de los contratos de la Administración pública y como tal, de acuerdo a las facultades jurídicas que se le confieren a la administración para celebrar contratos, deben ser ejercidos conforme al fin propio del servicio. La finalidad es un elemento esencial en la contratación administrativa. De ahí derivan importantes consecuencias, como ser que si la administración celebra un contrato con un fin ilícito, su voluntad está viciada y por lo tanto el contrato resulta afectado de invalidez; lo mismo si la administración persigue un fin indebido oculto.

22 Castañeda Niebla. Arturo. Ob. Cit. Págs.227 y 228



También en este caso debe extenderse la aplicación de la noción de desviación de poder tanto a los actos administrativos como a los contratos de la administración.

Varían desde un contexto muy amplio, ya que siempre serán de interés público, satisfacer mejor las necesidades colectivas, obtener mejores rendimientos de los elementos de la administración pública, optimizar esa actividad y tender a una mayor eficiencia y eficacia.

2.7. Los fideicomisos públicos y las normas que los rigen

La Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto 101-97 del Congreso de la República, en el Artículo 33 establece: "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.

La Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2008, Decreto 70-2007 del Congreso de la República, establece: "Artículo 38. Fideicomisos. Las entidades de la Administración Central y Entidades Descentralizadas, que constituyan fideicomisos para la ejecución de programas y proyectos, así como para la constitución de los fideicomisos públicos debe,



necesariamente observarse lo que para el efecto establece, en primer lugar la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 154 que prescribe: “Función Pública. Sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley; y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.

Por su parte, el Artículo 133 de la Constitución Política de la República, establece “... La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.”

El Decreto 18-2002 que contiene la Ley de Supervisión Financiera estipula la facultad de supervisión de la Superintendencia de Bancos de la manera siguiente:

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

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

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

El Artículo 232 de la Constitución Política de la República estipula: “La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que recibe fondos del Estado o que haga colectas públicas ...”.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, Decreto 31-2002 del Congreso de la República en el Artículo dos, regula: “Ámbito de competencia: Corresponde a la



Contraloría General de Cuentas la función fiscalizadora en forma externa de los activos y pasivos, derechos, ingresos y egresos y, en general, de todo interés hacendario de los organismos del Estado, entidades autónomas y descentralizadas, las municipalidades y sus empresas, y demás instituciones que conforman el sector público no financiero; de toda persona, entidad o institución que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas; de empresas no financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación, así como las empresas en que éstas tengan participación...”

La misma Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas en el Artículo 33 establece: “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.”

En los casos que se establecen en los convenios con los Organismos Financieros Internacionales, deberán cumplir lo siguiente:

- a) Obtener dictamen favorable del Ministerio de Finanzas Públicas previo a constituir y/o modificar fideicomisos;



- b) **Seleccionar a los bancos fiduciarios, utilizando criterios de solidez, liquidez, solvencia y rentabilidad;**

- c) **Establecer en el contrato respectivo, la obligatoriedad del fiduciario de proporcionar cada mes a la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Finanzas Públicas y a la Contraloría General de Cuentas, copia de los estados financieros, así como cualquier otra información que se les requiera sobre los fideicomisos del Estado bajo su administración,**

- d) **Registrar la ejecución de los fideicomisos en el Sistema de Contabilidad Integrada (SICOIN), según los procedimientos establecidos en el manual respectivo;**

- e) **Rendir mensualmente los informes financieros, así como las liquidaciones de ingresos y gastos ante las dependencias competentes del Ministerio de Finanzas Públicas y ante la Contraloría General de Cuentas, por los medios informáticos u otros que se establezcan;**

- f) **Sujetarse a la revisión de las operaciones del fideicomiso cuando lo considere necesario el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de sus dependencias competentes y de la Contraloría General de Cuentas; y,**



- g) Reintegrar inmediatamente, los recursos financieros resultantes de la extinción y liquidación de los fideicomisos, a la cuenta "Gobierno de la República-Fondo Común".

Cuando los fideicomisos no reflejen ejecución de acuerdo con su objetivo, las unidades ejecutoras quedan responsables de informar a la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Finanzas Públicas y proceder a su extinción y liquidación.

En toda escritura de constitución, modificación y extinción de fideicomisos, deberá comparecer, el Procurador General de la Nación, en calidad de representante legal del Estado y como representante del fideicomitente, salvo que el mismo otorgue mandato especial con representación al funcionario que estime pertinente. El Procurador General de la Nación o el mandatario designado para tal efecto, deberá remitir copia simple legalizada de los contratos celebrados a la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Finanzas Públicas y a la Contraloría General de Cuentas, dentro de los quince días posteriores a la fecha de su otorgamiento, una vez emitidos los testimonios. El contrato a suscribirse en ningún caso causará pago de honorarios por parte del Estado.

La Contraloría General de Cuentas, ejercerá fiscalización sobre todas las operaciones de los fideicomisos estatales, para cuyo fin, los fideicomitentes, fiduciarios y cualquier entidad pública o privada que intervenga en los contratos respectivos, así como las dependencias o entidades que coordinen o ejecuten las operaciones de los fideicomisos, deberán proporcionar toda la documentación e información que la citada



Contraloría les requiera. Esta fiscalización es independiente a la que efectúa la Superintendencia de Bancos a los fiduciarios, de acuerdo con la legislación vigente, así como de las auditorías externas independientes que para el efecto se contraten.

Del resultado de la fiscalización practicada, la Contraloría General de Cuentas deberá presentar copia de los informes correspondientes al Ministerio de Finanzas Públicas y a la unidad ejecutora responsable.”

Para finalizar este capítulo, es necesario comentar que, si bien es cierto las normas que se describen ut supra mandan a la Contraloría General de Cuentas para efectuar la fiscalización de los fideicomisos constituidos con fondos públicos, ésta institución se ve limitada en el cumplimiento de esas normas, debido a que, si los fiduciarios son entidades financieras supervisadas por la Superintendencia de Bancos, obviamente la Contraloría General de Cuentas no tiene acceso a esa información ni posibilidades de efectuar una fiscalización con todo el contenido de la ley. Por eso se afirma que la normativa legal con relación a la constitución, funcionamiento y fiscalización de los fideicomisos públicos es deficiente y limitante para los entes fiscalizadores.

Por ello, debido a esta incertidumbre que existe dentro de la normativa de los fideicomisos públicos, pero fundamentalmente en lo que se refiere a la fiscalización, es importante que se legisle especialmente para que los fideicomisos públicos se rijan por una ley especial para que ambos entes fiscalizadores puedan intercambiar información y acciones, sin limitaciones dentro del ámbito que a cada ente corresponde. Es decir,



que la Contraloría General de Cuentas coordine actividades y acciones con la propia Superintendencia de Bancos, y que cada órgano desempeñe la función fiscalizadora como le corresponde.

También es sugerible que, eventualmente en cada fideicomiso público constituido se establezca en el propio Acuerdo Gubernativo que le da vida a la figura, la obligación de que participe un miembro de cada órgano fiscalizador del Estado, con autorización expresa de intercambiar información sin menoscabar el ámbito de competencia de cada uno; única y exclusivamente como fiscalizadores, sin tener participación en las decisiones administrativas del fideicomiso, para emitir opinión en resguardo de la buena administración de la figura, porque de esa manera la fiscalización se puede realizar de una forma objetiva y transparente.



CAPÍTULO III

3. Fase preparatoria, escrituración, funcionalidad y disolución de los fideicomisos públicos en Guatemala

3.1. Acuerdo de constitución del fideicomiso público

Los fideicomisos que se constituyen dentro del ámbito privado parten del consentimiento de las partes involucradas. Es decir, que el fideicomitente que es la persona que lo crea, escoge al ente administrador o encargado de poner en marcha la figura, que es una entidad del sistema financiero guatemalteco, autorizado y supervisado de acuerdo con las leyes financieras y bancarias de Guatemala. Obviamente la figura del fideicomisario o beneficiario del fideicomiso a crearse está determinada, que puede ser una tercera persona, o bien, el propio fideicomitente.

Pero cuando se trata de un fideicomiso público, la mecánica es distinta, ya que se conoce que el fideicomitente siempre es una entidad estatal, que utilizará recursos públicos para buscar el beneficio de un sector de la sociedad determinado, que se constituirá en el fideicomisario o beneficiario. Para luego buscar a la entidad administradora, que como se ha dicho deberá, por mandato legal, ser una entidad del sistema financiero del país.



Una vez determinada la fuente de los recursos económicos que se utilizarán en el fideicomiso, el Estado por medio de la entidad gubernamental gestionará la publicación de un Acuerdo Gubernativo para que le dé vida a la institución.

A manera de ejemplo, se cita el Acuerdo Gubernativo que le dio vida al fideicomiso del Fondo Nacional de Desarrollo (Fonades), y se incluye como anexo en el presente trabajo de tesis.

3.2 Asignación de recursos

Los recursos que forman parte del patrimonio fideicometido dentro de un fideicomiso público provienen de fondos del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, ya sea previamente asignados o que posteriormente fueron incorporados por mandato legal, sean estas de fuentes ordinarias o extraordinarias, incluyendo donaciones y préstamos de instituciones cooperantes y organismos nacionales e internacionales, así como otros aportes, derechos, obligaciones y transferencias de cualquier naturaleza que se obtengan a título legal de entes públicos y privados para el objeto del fideicomiso constituido.

Se debe entender que el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado son la expresión anual de los planes del Estado, elaborados en el marco de la estrategia de desarrollo económico y social, en aquellos aspectos que exigen por parte del sector público, captar y asignar los recursos conducentes para su normal funcionamiento y



para el cumplimiento de los programas y proyectos de inversión, a fin de alcanzar las metas y objetivos sectoriales, regionales e institucionales

3.3 Suscripción de escritura pública

La firma de la escritura pública de constitución de un fideicomiso público debe ajustarse perfectamente a lo que establece el Acuerdo Gubernativo que crea el fideicomiso.

Por mandato legal, contenido en el Artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Procurador General de la Nación es el encargado de representar al Estado en todos los actos y contratos en que éste participe. En el Acuerdo Gubernativo se establece la instrucción para que el Procurador General de la Nación otorgue mandato especial con representación a favor del Ministro de Finanzas Públicas o al Viceministro encargado del Despacho para que comparezca ante los oficios del Escribano de Gobierno, para que en el ejercicio del mandato relacionado suscriba en representación del Estado de Guatemala el fideicomiso ordenado.

El Estado de Guatemala, por medio de su representante legal comparece en calidad de fideicomitente. El banco fiduciario comparece después de haber sido plenamente autorizado por su Junta Directiva si es banco nacional o por el Consejo de Administración, si es banco privado.



Una vez formalizada la escritura constitutiva del fideicomiso, éste, ya entra en funciones para el desarrollo de la actividad para la cual fue creado.

3.4 Comité técnico

El comité técnico es una figura prevista en otras legislaciones, tales como la mexicana. Los autores mexicanos desconocen el origen del instituto y suponen que, por su organización, facultades y funcionamiento, se asemeja a los consejos de vigilancia y de administración de las sociedades anónimas.

Según la legislación y experiencia mexicana se trata de un cuerpo colegiado, representativo de los intereses involucrados, auxiliar en aspectos técnicos, siendo de práctica su inclusión en el fideicomiso con voz pero sin voto. Carece de personería jurídica, ya que si bien representa normalmente al fideicomitente o fideicomisario, no ejerce representación de ellos; ni es un órgano ejecutivo.

El comité técnico de un fideicomiso en Guatemala se fundamenta en el Acuerdo Gubernativo de su creación, en donde se establecen las reglas para su funcionamiento y las atribuciones y responsabilidades dentro del fideicomiso público.

Según las reglas dictadas en el Acuerdo Gubernativo, el comité técnico se constituye en el verdadero administrador del fideicomiso público, ya que el fiduciario debe atenerse a las decisiones que el comité técnico estipule.



Cualquier fideicomiso puede estar integrado por un comité técnico si es voluntad del fideicomitente y puede entrar en funciones desde el inicio o estar sujeto a que se cumpla alguna condición o suceso que el fideicomitente determine para que pueda entrar en funciones.

Dentro del contenido de un contrato de fideicomiso se establece una cláusula especial designada para el comité técnico, la cual contiene las siguientes reglas todas ellas importantes para que el fiduciario pueda operar y administrar el fideicomiso y que cada fideicomitente adecuará de acuerdo a sus necesidades:

El comité técnico estará integrado por las personas que designe el fideicomitente en el propio Acuerdo Gubernativo que ordena la constitución del fideicomiso público. En la práctica normalmente son personas de la confianza del fideicomitente, ya que dejan a estas la facultad de tomar decisiones respecto a la administración del fideicomiso, la cantidad de miembros también es decisión del fideicomitente y se sugiere que mínimo esté integrado por tres miembros o más para que no exista conflicto a la hora de tomar alguna decisión, ya que normalmente se actúa por mayoría, aunque existe la excepción cuando el fideicomitente decide que el comité técnico actúe por unanimidad para lo cual en este supuesto si podría estar integrado solamente por dos miembros.

El cargo de los miembros del comité técnico normalmente es ad honorem u honorífico y por tal motivo no reciben remuneración alguna por el desempeño de sus funciones.



Sin embargo, si la legislación lo permite, pueden convenir en autorizar dietas por reuniones realizadas.

Las sesiones serán cuantas veces sea necesario para poder cumplir con los fines del fideicomiso, y se convocará a reunión de comité técnico por quien se indique en la escritura constitutiva del fideicomiso o bien en el propio Acuerdo Gubernativo de su creación. El comité técnico sesionará válidamente con la concurrencia que haya establecido el fideicomitente en la parte de “Quórum para votación”, y las decisiones que tomen se harán saber al fiduciario por escrito firmado por sus integrantes.

Las decisiones del comité técnico y todas las instrucciones se tomarán por la cantidad de miembros que indique el fideicomitente, por mayoría o incluso por unanimidad.

3.4.1 Resoluciones del comité técnico

a) Se tomarán de conformidad con lo establecido en la cláusula del comité técnico para el quórum y decisiones, las que harán constar en acta que al efecto se levante y en la que se hagan constar los acuerdos y resoluciones adoptadas y las instrucciones al fiduciario. Las instrucciones del comité técnico serán acatadas por el fiduciario siempre que se le comuniquen por escrito, firmado por el número de miembros que haya decidido el fideicomitente. En ningún caso las instrucciones del comité técnico podrán contravenir o exceder los fines del fideicomiso ni las instrucciones dadas por el fideicomitente.

b) El comité técnico podrá adoptar resoluciones por escrito firmadas por el número de miembros que haya decidido el fideicomitente sin que se celebre una sesión. Dichas resoluciones tendrán, para efectos legales, la misma validez que si hubieran sido adoptadas mediante sesión del comité técnico. Las medidas adoptadas en las sesiones que no cumplan con los requisitos establecidos en estos párrafos serán nulas.

c) Asimismo, a dichas sesiones del comité podrán comparecer terceras personas y un representante autorizado del fiduciario, quienes tendrán voz pero no voto. La comparecencia de ésta última no se traducirá en la sanción de dichas sesiones o reconocimiento de los acuerdos respectivos.

d) Cuando el fiduciario actúe ajustándose a las instrucciones o acuerdos adoptados por el comité técnico quedará libre de toda responsabilidad. El fideicomitente liberará al fiduciario de toda responsabilidad en relación con la actuación del Comité Técnico, conflictos que pudieran surgir entre sus integrantes o por la adecuada realización de las convocatorias.

Básicamente estas son las generalidades que se tienen que tomar en cuenta en la integración y funcionamiento de un comité técnico en un fideicomiso, siempre adaptándolas a las necesidades del fideicomitente, fines del fideicomiso y tipo de fideicomiso, dentro de cada contrato de fideicomiso en el que se designó un comité técnico también se establece una cláusula llamada "facultades del comité técnico"



misma que tiene cada caso en particular ya que ahí se establecen las actividades que está obligado a realizar el comité técnico, según los fines del fideicomiso de que se trate y los limitantes que haya establecido el fideicomitente para la actuación de este.

3.5 Funcionalidad de los fideicomisos públicos en Guatemala

Como se ha observado, los fideicomisos públicos son creados previo Acuerdo Gubernativo, en el cual se dictan las directrices para su funcionamiento. Normalmente por la ausencia o escasa regulación de los mismos es lo que ocasiona que en el transcurso de su funcionamiento se desvirtúen los fines para los cuales fue creado. Pero fundamentalmente, la participación de un comité técnico con facultades por encima de la responsabilidad que debe tener por mandato legal el fiduciario o administrador del fideicomiso, es una de las causas por las cuales se ha deteriorado ante la opinión pública la figura del fideicomiso.

El Código de Comercio no contiene regulación con relación a la participación del comité técnico dentro del fideicomiso, delegándole totalmente la responsabilidad del funcionamiento a la entidad fiduciaria, porque se supone que el espíritu del legislador al delegar esta función a una entidad de prestigio y con organización adecuada para atender, con base en su experiencia, las instrucciones que para el efecto dicte el fideicomitente, es la mejor garantía de una funcionalidad y consecución de los propósitos que le dieron origen a la institución. Darle participación al comité de crédito, el cual normalmente está constituido por personas que se desempeñan dentro del



ámbito gubernamental, es decir, funcionarios dentro de la órbita del desempeño político del gobierno de turno, o personas que por su misma vinculación partidista se hacen acreedores a tales nombramientos, hace que las decisiones dentro del marco de la funcionalidad del fideicomiso tengan un sello de intereses ajenos a los verdaderos propósitos que deben siempre alentar la consecución del bien común en el ámbito del cumplimiento de la responsabilidad y funciones que le corresponden al propio Organismo Ejecutivo, de conformidad con lo que la Constitución Política de la República le manda a realizar.

Las críticas que se han generalizado por la utilización de esta figura jurídica dentro del quehacer gubernamental para procurar el bienestar o beneficio social, son fuertes con relación a “criminalizar” la institución del fideicomiso propiamente dicha. Se dice que en el fideicomiso público se está privatizando la función del Estado para llevar obra de beneficio social a la población necesitada; se argumenta que no hay suficiente fiscalización de los entes encargados de realizarla.

“... La ausencia de regulación de los fideicomisos públicos da lugar, entre otras cosas a que: 1) Se constituyan conforme a lo que discrecionalmente se consigna en los acuerdos o resoluciones emitidos por los respectivos organismos, instituciones y entidades estatales, atendiendo referencialmente a lo que dispone al respecto el Código de Comercio, que contiene normas de derecho privado; 2) Se suma que la transmisión de recursos públicos al banco fiduciario (administrados del fideicomiso) es una tácita privatización de los mismos, por lo que el Estado deja de tener control sobre



el patrimonio fideicometido (fondos públicos transferidos al fideicomiso); 3) Se desnaturalice la figura esencial del fiduciario, porque la administración se delega en comités técnicos; 4) Los miembros de los comités técnicos no presenten declaraciones juradas patrimoniales a pesar de que administran fondos públicos multimillonarios, ni están sujetos a la Ley de Probidad; 5) La fiscalización del fideicomiso se confié a auditores independientes, por lo que la Contraloría General de Cuentas queda relegada a un segundo plano; 6) El patrimonio fideicometido pueda ser ampliado a discreción, en forma ilimitada e indefinida, sin que medie nueva autorización; 7) Los fideicomisos no se rijan por la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que todos los contratos y compras son discrecionales; 8) Las contrataciones de personal no se ajusten a la Ley de Servicio Civil ni estén sujetas al régimen de seguridad social; 9) los comités técnicos y los bancos fiduciarios no estén obligados a rendir cuentas sobre su gestión; y 10) La transferencia de los fondos públicos al fideicomiso no cumpla con lo exigido por la ley para la enajenación de los bienes del Estado.

Asimismo, los fideicomisos se manejan bajo la más absoluta confidencialidad y secreto, ya que resulta imposible el acceso a la información. Luego, no se puede establecer si los recursos se están manejando de manera transparente. Esto ocurre también con los fondos públicos que se trasladan a las ONG y organismos internacionales, para fines de ejecución de proyectos determinados, así como a los fondos sociales. No nos oponemos a la utilización del contrato de fideicomiso en el sector público como instrumento de inversión. Empero, sí exigimos que los fideicomisos sean debidamente regulados, que estén sujetos a un control estricto, que



los responsables de los mismos rindan cuentas y que se transparenten a través de un efectivo acceso a la información.”²³

La Ley de Acceso a la Información Pública, contenida en el Decreto Legislativo 57/2009, posibilita la publicidad de los recursos estatales administrados por medio de fideicomisos públicos, ya que son los mayores bolsones de corrupción en el sector público guatemalteco. Dicha ley claramente establece que los fideicomisos estatales son sujetos obligados de proveer información, no sólo la de oficio que exige la referida normativa, sino también la que solicite cualquier persona interesada. Cabe advertir que los administradores de los fideicomisos estatales, que son cuentadantes y gestores públicos, no han cumplido con poner a disposición la información de oficio que exige dicha Ley, por lo que definitivamente están incurriendo en responsabilidad por omisión.

No obstante ello, es oportuno señalar que la administración de los fideicomisos y la responsabilidad del manejo de los mismos debe recaer única y exclusivamente en el ente fiduciario; persona jurídica que tiene un prestigio que cuidar y por lo tanto, la transparencia en el manejo de los recursos estatales estaría, por lo menos, mejor garantizada en comparación a como se están administrando esos fideicomisos en la actualidad.

Para una mejor funcionalidad de esta figura jurídica en el ámbito administrativo gubernamental en nuestro país, es recomendable que, para el caso de los fideicomisos

23 elPeriódico. elEditorial. Fideicomisos públicos secretos. 15 de junio 2009



públicos se debe legislar exclusivamente para que en las condiciones de su creación estén establecidas las reglas de su administración. Si la experiencia de la administración de los fideicomisos públicos en nuestro medio nos dice que han sido objeto de corrupción por parte de las personas encargadas de administrarlo, es una fuente fidedigna para asegurar que el problema radica precisamente en que se ha desnaturalizado el espíritu de la propia figura.

Desde su origen, el fideicomiso fue concebido para que fuera administrado por una persona, en este caso jurídica, de reconocida honorabilidad y con la capacidad y experiencia necesarias que constituya la certeza de la buena funcionalidad de la institución. La legislación vigente establece que para ser fiduciario de un fideicomiso, es requisito indispensable que sean bancos establecidos en el país o las instituciones de crédito, después de haber sido autorizadas por la Junta Monetaria. Esto, con el sentido de que para ser administrador de un fideicomiso, sea éste en el ámbito particular o en el público, el administrador o el fiduciario debe constituir garantía suficiente para que se considere el éxito del fin programado.

Desde el momento en que en el Acuerdo Gubernativo se introduzca la figura del comité técnico, con facultades suficientes para administrar el fideicomiso público, se desvirtuó totalmente la certeza que la institución del fideicomiso contiene. El comité técnico, normalmente integrado por personeros afines al ente que crea el fideicomiso, relega al fiduciario de la administración y, por lo tanto, de la responsabilidad de una buena administración dentro del programa que contiene el contrato de fideicomiso.



Por ello, insistimos en que es absolutamente indispensable legislar al respecto. El fideicomiso público debe contener una base legal consistente, para que al momento de autorizar el Acuerdo Gubernativo, la normativa esté enmarcada dentro de la legislación vigente y no posibilitar que sea en Acuerdo Gubernativo que se legisle especialmente para administrar un fideicomiso público determinado.

3.6 Extinción de los fideicomisos públicos

Con relación a la duración de los fideicomisos se pueden establecer términos y condiciones a que se sujetará esta operación, y para el efecto, el Artículo 790 del Código de Comercio estipula que: “Los fideicomisos constituidos por un plazo mayor de veinticinco años serán válidos, pero su plazo se entenderá reducido al máximo legal. Cuando se designe fideicomisario a una entidad estatal, o una institución de asistencia social, cultural, científica o artística con fines no lucrativos o a una incapaz o a un enfermo incurable, el plazo del fideicomiso podrá ser indefinido”

Asimismo, es conveniente precisar el momento en que debe extinguirse el fideicomiso, lo que ocurre respetando lo establecido en el Código de Comercio vigente, que estipula en el Artículo 787 que estipula: “El fideicomiso termina:

1o. Por la realización del fin para el que fue constituido.

2o. Por hacerse imposible su realización.



3o. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.

4o. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

5o. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho en el documento constitutivo.

6o. Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo.

7o. Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social.

8o. Por sentencia judicial.”

Posteriormente es importante conocer cuáles fueron los efectos o resultados que se produjeron en la constitución y funcionamiento del fideicomiso; pero importante también es conocer cuales son los efectos que produce la extinción, y estos están contenidos en la legislación vigente en Guatemala en el Artículo 788 del Código de Comercio que estipula: “Al terminar el fideicomiso, los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario, deberán ser entregados a quien corresponda, según las disposiciones del documento constitutivo o sentencia judicial, en su caso; y, en su defecto, al fideicomitente o sus herederos, en los casos señalados en los incisos 2o., 3o., 4o., 5o.,



y 6o., del Artículo 787 de este Código y al fideicomisario, en los casos señalados en los incisos 1o. y 7o. del mismo artículo.





CAPÍTULO IV

4 Fiscalización de los fideicomisos públicos en Guatemala

4.1 Normativa en materia de fiscalización

Para la fiscalización de los fideicomisos públicos debe, necesariamente observarse lo que para el efecto establece, en primer lugar la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 154 que indica: "Función pública. Sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno. La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley; y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución".

Cabe recordar que el fideicomiso es un negocio jurídico bancario, por lo tanto como se ha expresado, este negocio debe ser administrado por un ente dentro de la esfera bancaria o financiera autorizados por la Junta Monetaria, por lo tanto, toda su operatividad debe estar dentro de la administración del fiduciario autorizado, de manera que la fiscalización corresponde a la Superintendencia de Bancos, porque es el ente fiscalizador superior del Sistema Bancario en nuestro país.



Para el efecto, el Artículo 133 de la Constitución Política de la República establece que: "... La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga."

El Decreto 18-2002 que contiene la Ley de Supervisión Financiera establece la facultad de supervisión de la Superintendencia de Bancos de la manera siguiente:

"Artículo 1. Naturaleza y objeto. La Superintendencia de Bancos es un órgano de Banca Central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y las demás entidades que otras leyes dispongan. La Superintendencia de Bancos tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines, y para velar porque las personas sujetas a su vigilancia e inspección cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a liquidez, solvencia y solidez patrimonial.

Artículo dos. Supervisión. Para los efectos de esta ley, se entiende por supervisión la vigilancia e inspección de las entidades a que se refiere el artículo anterior, realizada



por la Superintendencia de Bancos, con el objeto de que las mismas adecuen sus actividades y funcionamiento a las normas legales, reglamentarias y a otras disposiciones que les sean aplicables, así como la evaluación del riesgo que asuman las entidades supervisadas.

Pero tomando en cuenta la práctica jurídica en Guatemala con relación a la fiscalización de los fideicomisos estatales, que en el Acuerdo Gubernativo y en otras normas jurídicas, los fideicomisos son fiscalizados directamente por la Contraloría General de Cuentas, actividad que debe realizar fuera del ámbito bancario y financiero. Por eso es que es difícil para la Contraloría General de Cuentas poder fiscalizar correctamente un fideicomiso público, porque ésta institución no tiene acceso a la fiscalización del fiduciario nombrado específicamente para la administración del fideicomiso determinado. Pero, veamos la normativa que faculta a la Contraloría General de Cuentas para realizar su función fiscalizadora dentro de los fideicomisos estatales.

El Artículo 232 de la Constitución Política de la República establece: “La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas, y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. Su organización, funcionamiento o atribuciones serán determinados por la ley”.



El Decreto 31-2002 del Congreso de la República que contiene la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, estipula al respecto:

Artículo dos. **Ámbito de Competencia.** Corresponde a la Contraloría General de Cuentas la función fiscalizadora en forma externa de los activos y pasivos, derechos, ingresos y egresos y, en general, todo interés hacendario de los Organismos del Estado, entidades autónomas y descentralizadas, las municipalidades y sus empresas, y demás instituciones que conforman el sector público no financiero; de toda persona, entidad o institución que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas; de empresas no financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación así como las empresas en que éstas tengan participación.

También están sujetos a su fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier persona nacional o extranjera que, por delegación del Estado, reciba, invierta o administre fondos públicos, en la que se refiere al manejo de éstos. Se exceptúan las entidades del sector público sujetas por ley a otras instancias fiscalizadoras.

La Contraloría General de Cuentas deberá velar también por la probidad, transparencia y honestidad en la administración pública, así como también por la calidad del gasto público.

Artículo tres. **Objetivos.** La Contraloría General de Cuentas, a través del control gubernamental, y dentro de su campo de competencia, tiene los objetivos siguientes:



- (...) h) velar por la probidad, transparencia y honestidad de la administración pública; e
- i) Promover y vigilar la calidad del gasto público.

Artículo cuatro. Atribuciones. La Contraloría General de Cuentas, tiene las obligaciones siguientes:

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

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

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

j) Examinar la contabilidad de los contratistas de obras públicas y de cualquier persona individual o jurídica que, por delegación del Estado, reciba, invierta o administre fondos



públicos, así como en aquellas en que el Estado delegue la administración, ejecución o supervisión de obras o servicios públicos, en lo relacionado con los fondos del Estado; (...).

Artículo 19. Funciones de la Subcontraloría de calidad de gasto público. La Subcontraloría de calidad de gasto público tiene como función específica analizar y evaluar la calidad y el impacto del manejo de los recursos y bienes del Estado y de sus entidades, organismo e instituciones de la ejecución física y financiera del presupuesto asignado con relación a los planes operativos anuales.

Artículo 20. Atribuciones específicas de la Subcontraloría de calidad de gasto público. Son atribuciones específicas de la Subcontraloría de calidad de gasto público las siguientes: (...) b) Realizar análisis del impacto y de cumplimiento de objetivos de los planes, programas y proyectos ejecutados por las entidades, instituciones y organismos del Estado; (...) i) Realizar evaluaciones de campo y la determinación de impacto con las personas, familias, grupos y comunidades beneficiadas por los programas y proyectos ejecutados por entidades, instituciones y organismos del Estado; j) Emitir las recomendaciones correspondientes para garantizar la calidad del gasto público, las cuales serán de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades, instituciones y organismos del Estado.

La misma ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas en el Artículo 33 establece: "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.”

4.2 Comentarios generales en materia de fiscalización de los fideicomisos públicos en Guatemala

La preocupación con relación a la fiscalización de los fideicomisos públicos es latente en la opinión pública, se ha dicho mucho al respecto, de hecho, se han presentado iniciativas de ley para que la administración de los fideicomisos sea transparente y eficiente.

Sin embargo, por los comentarios de prensa que por su interés se reproducen adelante, se colige la importancia que reviste tener una normativa que permita claridad desde la propia Constitución hasta la ejecución y finalmente la liquidación de los recursos estatales vía programa de fideicomiso. De hecho, la transparencia en la ejecución de esos fondos públicos debe constituirse en la principal preocupación, tanto de los órganos estatales como de los funcionarios públicos que de alguna manera su participación y responsabilidad están en entredicho.



“Nineth Montenegro, de Encuentro por Guatemala, presentó iniciativa nueva para instituir la Ley de fideicomisos públicos con el objetivo de crear un registro adscrito en el Ministerio de Finanzas Públicas y con competencia de fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas.

La parlamentaria recordó los casos ejemplares que han ocurrido con Fontierras y Fonapaz y otros, los cuales han manejado cantidades significativas de recursos del Estado sin que se hayan podido fiscalizar efectivamente.

La iniciativa de ley presenta los antecedentes que a partir del terremoto en Guatemala de 1976 se creó el fideicomiso más antiguo y desde entonces distintas dependencias estatales y municipalidades siguen utilizando la figura para ejecutar recursos públicos.

La parlamentaria indicó que es necesario contar con una legislación fuerte en ese tema porque a la fecha no se sabe con exactitud el número de fideicomisos constituidos, porque mientras la CGC dice que son 90 el dato del Banco de Guatemala ofrece una cifra de 150.

La iniciativa contiene 35 artículos, destacando el título tres, que establece normas de transparencia, controles y el visto bueno previo de la Contraloría General de Cuentas y el Ministerio de Finanzas Públicas.



Asimismo un requisito esencial de estar respaldado por un decreto legislativo o un acuerdo municipal para que pueda existir el fideicomiso. También tiene redactado para el título cinco todo lo concerniente al régimen sancionatorio.”²⁴

“Los bancos estatales o semiestatales, amparándose en el secreto bancario, se resisten a que, en ejercicio de los derechos que garantiza la Ley de Acceso a la Información Pública, los ciudadanos tengan acceso a la administración de los fideicomisos públicos que se han constituido en los mismos. ¿Por qué? Porque todos sabemos que el objeto de dichos fideicomisos es el uso de fondos públicos discrecionalmente y sin fiscalización ni rendición de cuentas...”²⁵

El actual presupuesto del Estado, situado en 49 millardos, continúa con un agujero fiscal de más de Q7 mil millones, que los especialistas en el gobierno no han logrado reparar, principalmente por el peso que dejó caer la crisis económica mundial, según analistas.

Fideicomisos, es una historia que empezó hace más de diez años, cuando surgió la brillante idea de crear la figura, ahora da dolores de cabeza, irritación a algunos y a otros temor porque su vida corre peligro al atreverse a escudriñar.

Carlos Mencos, titular de la CGC, de las limitaciones para fiscalización dice: "en el tema de los fideicomisos la única limitación que tenemos es el acceso directo a los bancos",

24 Gabriel Herrera. **Iniciativa de ley. Proyecto para fiscalizar fideicomisos.** Diario La Hora. 25 de febrero 2010.

25 ElEditorial. **Fideicomisos Públicos Secretos.** Elperiódico, 15 junio de 2009.



pero asegura que están implementando una dinámica para que los fideicomitentes estén obligados a proporcionar información.

Aníbal García, diputado independiente, luego de recibir un informe de la Contraloría General de Cuentas, sobre cuatro fideicomisos de la Municipalidad de Guatemala, dice: "desgraciadamente la figura de los fideicomisos que se utilizan en el sector público siguen siendo mal utilizados, siguen siendo instrumentos por medio de los cuales hay una danza de millones".

La iniciativa de ley más reciente, es una para crear la figura del fideicomiso público, y así sacar esa figura pública del área del derecho mercantil privado que se otorga en escritura pública y no en contratos administrativos donde deberían comparecer el Ministerio de Finanzas Públicas y la Procuraduría General de la Nación, según el diputado García.

Otro problema que generan las ONG y los fideicomisos, es que por el dinero que manejan no se ven sometidos a ningún control estatal, la muestra está en la CGC a la que únicamente le extienden informes generales, dice el parlamentario García.

El criterio de Iván Arévalo, jefe del bloque FRG, es que sin conocer la cantidad exacta de cuantos miles de millones están concentrados en fideicomisos, "hay muchos recursos que están desperdiciados porque no se han ejecutado en el tiempo", opina.



Arévalo dice que el Frente Republicano Guatemalteco, como prueba histórica, se opuso a la creación de los fideicomisos hace más de una década, "porque era una forma de burlar la ley de contrataciones del Estado", "que iba a ser manejado discrecionalmente, que no se iba a saber exactamente en donde estaban, quienes iban a ser responsables de ejecutarlos".

Hay muchas necesidades en salud y seguridad, por ejemplo, expresa el parlamentario, y agrega "en estos momentos ya no tiene ningún sentido, no hay una razón lógica para que se mantengan (los fideicomisos); lo que no se ha ejecutado debería volver en una época de crisis al ejecutivo para poderlos invertir en prioridades de este momento", agrega.

Roberto Kestler Velásquez, diputado, asegura que desde el Legislativo y del Ejecutivo, existe disposición para apoyar reformas a la ley de Contrataciones del Estado.

"Poder administrar las contingencias del país, y desde el punto de vista de los gobiernos municipales también; no es para poder ampliar y fortalecer la corrupción sino crear los mecanismos que permitan la facilidad de hacer una fiscalización tanto social como institucional".

Rosa María de Frade, diputada de bancada Guatemala, presentó en diciembre de 2008, iniciativa de ley para reformar la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas



(CGC) y encontrar así la vía de fiscalización a fideicomisos y Organizaciones No Gubernamentales (ONG).

En su ambicioso proyecto de ley, de De Frade, busca que se precalifiquen las ONG y entidades similares que administran y ejecutan fondos públicos, es decir sometimiento a procesos de auditoria antes que se les asigne el dinero.

La iniciativa también da garras al Contralor de Cuentas, no sólo para defender sino vigilar el dinero que producen los contribuyentes, "que pueda suspender procesos de cotización o licitación cuando encuentre anomalías", explica De Frade.

"Los fideicomisos estarían obligados a presentar toda la información, no solo de quienes los constituyen y se benefician sino también de parte de los fiduciarios, o sea los bancos, que también tendrían, en este caso a través de la Superintendencia de Bancos, dar toda la información sobre la administración financiera de los fideicomisos", expresa. Aprobar una ley más expedita y con oportunidad de hacer concursos públicos, en los cuales los medios de comunicación y cualquier persona pudiera ir a ver como se desarrollan los procesos, es la opinión del Contralor, además, "a quién se le adjudican las obras, con qué precios, cuál es el nivel de seguimiento de las obras, cuál es el resultado final", considera el Contralor de Cuentas.

Aunque la fecha de los datos siguientes son a octubre de 2007, Ministerio de Finanzas Públicas, Dirección de Crédito Público, sorprende la cantidad de millones de quetzales



en fideicomisos de los que poco se sabe sobre su ejecución. Fideicomiso administración e inversión Guatel, Q56 millones de los que se habían ejecutado 27 centavos; INDE obras rurales de occidente y oriente, Q725 millones 994 mil 064; Desarrollo rural Guate Invierte Q150 millones; fideicomiso del fondo vial Q3 mil 273 millones 203 mil 786.

Sorprende el tema destinado a bosques del país: fomento de la forestación y reforestación de oriente y nororiente y bosques y agua para la concordia, (caballo de batalla para el tema de ex patrulleros civiles y siembra de 500 millones de árboles), juntos, los fideicomisos suman más de Q1mil 557 millones.

Fondo de educación rural coparticipativa, Q3 mil 254 millones 941 mil 659; fideicomiso de transporte de la ciudad de Guatemala -Fidemuni- Q580 millones 240 mil 458; sistema de servicio público de transporte colectivo urbano y extraurbano de pasajeros Q100 millones; Fonapaz, Q4 mil 679 millones 912 mil 713.

Según informe de la CGC, el fideicomiso para la planificación urbana -Fapu- podría llegar a Q125 millones, el objetivo consignado en la escritura de constitución en abril de 1999, que la Municipalidad de Guatemala debe trasladar posterior y permanentemente: ingresos de recaudación, del Impuesto único sobre inmuebles -IUSI-, licencias de construcción, multas, boleto de ornato, ingresos por juicios económico coactivos entre otros. No menos de 450 ONG, actualmente, ejecutan fondos públicos, según el CGC.



La preocupación pública ante el crecimiento de la cantidad de fideicomisos, aparecida en algunos medios de comunicación, por denuncia de funcionarios, diputados o producto de análisis o puntos de vista de expertos, se parece a la lucha de un cachorro frente a fieras más grandes y fuertes.

La lucha por transparentar la ejecución de los fondos utilizados en los fideicomisos del programa de Cohesión Social o la todavía escasa información de lo que ocurre con los fideicomisos que manejan las municipalidades y otras instituciones, es grande, porque su capital semilla fueron fondos públicos recogidos de los tributos de la población guatemalteca, opinan algunos diputados.

Aplicar dictamen de preclasificación a todos aquellos que manejen dinero del Estado, que cuenten con registro, cumplan requisitos de probidad, experiencia y capacidad instalada para cumplimiento de fines.

“La nueva Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2009 sigue siendo insuficiente para fiscalizar fideicomisos y ONG. Que se ejecuten con calidad los fondos públicos; luchar frontalmente contra posibles hechos de corrupción, peculado y malversación que se pueda dar en el Estado.

Auditar y fiscalizar a todos los organismos y entidades autónomas, semiautónomas o personas individuales o jurídicas, que por cualquier razón o causa reciban y manejen dinero del Estado.



Ningún fideicomiso u ONG quedarían exentas del proceso de vigilancia, fiscalización y auditoria.

Con fideicomiso público, la obligación es rendir informe mensual a la CGC y a la comisión de Probidad del Congreso”.²⁶

²⁶ Gabriel Herrera. **Fideicomisos y ONG usan dinero a discreción.** Diario La Hora. 13 de junio 2009.





CONCLUSIONES

1. La institución del fideicomiso ofrece un campo amplio, en el sentido de que son innumerables las modalidades que pueden utilizarse, tales como el fideicomiso de administración, de garantía, de inversión, públicos, entre otros; las que están únicamente condicionadas a la amplitud y flexibilidad de las leyes, a la inventiva humana y a la densidad de las relaciones económico-jurídicas de la sociedad.
2. El fideicomiso público es un contrato que el Estado utiliza para la realización de obra o proyectos de carácter utilitario, normalmente para beneficiar a la población de escasos recursos económicos. Sin embargo, ésta práctica ha generado descontrol, prácticas incorrectas o en el peor de los casos, actos de corrupción, en la forma de utilizar los recursos nacionales en detrimento de la población guatemalteca.
3. El comité técnico, de conformidad con el Acuerdo Gubernativo que crea el fideicomiso público, es el encargado de coordinar las acciones necesarias para implementar, coordinar y ejecutar los programas y proyectos que se requieran para la puesta en marcha del fideicomiso, lo que ocasiona que la actividad del fiduciario legalmente nombrado en la escritura pública de constitución del fideicomiso, se vea relegado en su función de administrador del contrato, de conformidad con la ley, creando confusión entre la ley y el Acuerdo Gubernativo.
4. El fiduciario, en los fideicomisos públicos en Guatemala, se circunscribe única y exclusivamente a abrir y mantener la cuenta de depósitos monetarios que maneja y administra el comité técnico del fideicomiso, que lo forman personas nombradas por los entes gubernamentales, que son normalmente las personas allegadas a la administración pública, que optan a estos cargos por cuestiones políticas y no por requerimientos técnicos o profesionales.



5. La fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas se hace difícil, porque no tiene acceso a la información bancaria; y, la Superintendencia de Bancos no fiscaliza porque en el Acuerdo Gubernativo que da vida al fideicomiso, le delega en forma exclusiva, a la Contraloría General de Cuentas, esta función, ocasionando confusión entre los dos entes fiscalizadores del Estado de Guatemala.

RECOMENDACIONES



1. El Congreso de la República debe legislar para regular los fideicomisos públicos, debido a que, éstos funcionan, fundamentalmente, de conformidad con la normativa del fideicomiso en general, contenida en el Código de Comercio. La nueva legislación debe contener las normas específicas para que el Derecho Público, en este caso específico, funcione de manera adecuada.
2. Que la nueva regulación disponga eliminar de los fideicomisos públicos la participación de los comités técnicos; y, se cumpla con la ley en el sentido de que el administrador sea el fiduciario, dándole a éste, la responsabilidad para que cumpla con su cometido; porque el espíritu de la ley para que el fiduciario sea un ente bancario o financiero, es debido a la seriedad, responsabilidad y estructura adecuada para el ejercicio de la función de administrador del los fideicomisos.
3. Es necesario que la Contraloría General de Cuentas y la Superintendencia de Bancos sean los órganos encargados de fiscalizar los fideicomisos públicos en el campo de su competencia, y se decrete la obligatoriedad de coordinación entre los entes fiscalizadores. Porque de esa manera, cada uno fiscalizará la parte que de conformidad con la ley, le corresponde; y, ambos coordinarán la forma de compatibilizar los resultados e informes finales de su actividad.
4. El Estado, por medio de las instituciones y órganos encargados, debe promover y hacer cumplir las medidas efectivas, para que los recursos estatales sean administrados por medio de los fideicomisos de manera pública y transparente; y, no en la forma en que actualmente se administran, que permite actos lesivos a la ley en detrimento de la buena administración pública, debido a que nombran personas no idóneas para desempeñar tales funciones.
5. La Contraloría General de Cuentas y la Superintendencia de Bancos deben contar con estadísticas y análisis cuantitativos y cualitativos fidedignos sobre la



incidencia de la aplicación de los recursos estatales, constituidos en fideicomisos públicos, para que finalmente se logre una administración coherente con el Derecho guatemalteco.



ANEXO





MINISTERIO DE FINANZAS PÚBLICAS

Acuérdase crear el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO, que podrá abreviarse FONADES

ACUERDO GUBERNATIVO NÚMERO 448-2006
Guatemala, 24 de agosto de 2006

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, es deber del Estado velar por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país, procurando el bienestar de la familia;

CONSIDERANDO:

Que para cumplir con la disposición constitucional citada, debe atenderse en forma prioritaria los problemas derivados de la pobreza y extrema pobreza de la población en el ámbito nacional, por lo que es necesario constituir un fondo, como instrumento operativo ágil y eficaz que facilite la ejecución oportuna de programas y proyectos para dicho sector poblacional, siendo procedente emitir la disposición legal correspondiente;

POR TANTO:

En ejercicio de las funciones que le confiere el Artículo 183 literales e) y q) de la Constitución Política de la República de Guatemala, y con fundamento en el Artículo 27 literal j) y 35 literal r) del Decreto 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo y sus reformas;

ACUERDA:

Artículo 1. CREACION DEL FONDO. Se crea el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO, que podrá abreviarse FONADES, con el objeto de atender las necesidades de la población más vulnerable a la pobreza y extrema pobreza del país. El referido fondo será ejecutado a través de un fideicomiso, para lo cual el Ministerio de Finanzas Públicas realizará las acciones necesarias para su constitución.



Artículo 2. CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO. El Fideicomiso “FONDO NACIONAL DE DESARROLLO, FONADES”, se constituirá en el Banco El Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala, bajo las condiciones generales y específicas que se establezcan en el contrato respectivo, para lo cual se faculta al o a la titular del Ministerio de Finanzas Públicas, o en su defecto al Viceministro de Finanzas Públicas Encargado del Despacho, para que en ejercicio del Mandato Especial con Representación que para el efecto le otorgue el Procurador General de la Nación, comparezca en representación del Estado de Guatemala y en calidad de Fideicomitente, ante el Escribano de Cámara y de Gobierno, con el Representante Legal del Banco El Crédito Hipotecario Nacional, en calidad de Fiduciario, a suscribir la escritura pública por medio de la cual se constituya el fideicomiso “FONDO NACIONAL DE DESARROLLO, FONADES”, cuyo objeto será la administración e inversión de los recursos para financiar la ejecución de programas y proyectos que mejoren el nivel de vida y las condiciones económicas y sociales de la población del país más vulnerable a la pobreza y extrema pobreza del país. Para el efecto podrá absorber derechos y obligaciones adquiridos por otras entidades provenientes de contratos que éstas hayan suscrito y que se encuentren vigentes hasta su total finalización, así como recibir los recursos financieros y bienes que así se considere conveniente.

Artículo 3. PATRIMONIO FIDEICOMETIDO. El patrimonio del Fideicomiso “FONDO NACIONAL DE DESARROLLO, FONADES” será de quinientos millones de quetzales (Q500,000,000.00) provenientes de asignaciones dentro del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, sean éstas de fuente ordinaria o extraordinaria, incluyendo donaciones y préstamos de instituciones cooperantes y organismos nacionales e internacionales, así como otros aportes, derechos, obligaciones y transferencias de cualquier naturaleza que se obtengan a título legal de entes públicos y privados para el objeto de dicho Fideicomiso. Dicho patrimonio podrá incrementarse con las mismas fuentes.

Artículo 4. COMITÉ TÉCNICO. Con el objeto de coordinar las acciones necesarias para implementar y ejecutar los diferentes programas y proyectos que se requieran para mejorar las condiciones de vida de la población en situación de pobreza en el ámbito nacional, se conformará un Comité Técnico del Fideicomiso que se integrará con un representante titular y su suplente del Ministerio de Finanzas Públicas. Dicho comité emitirá los reglamentos necesarios para su funcionamiento, así como para la adquisición y contratación, de bienes, obras, suministros y servicios, los cuales deberán ser aprobados por el Fideicomitente. Asimismo, el Comité Técnico podrá autorizar la implementación de la estructura administrativa que permita servir de apoyo al Fiduciario para el mejor cumplimiento de los fines del Fideicomiso.

Artículo 5. EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO. La adquisición y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que se requieran para la ejecución del Fideicomiso, se deberá realizar observando procedimientos que garanticen su total transparencia, debiendo efectuarse las publicaciones en el Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Sector Público denominado GUATECOMPRAS; asimismo, se



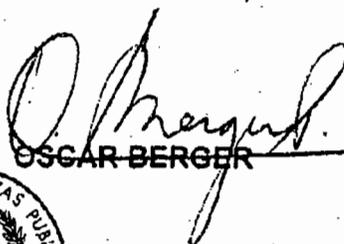
observarán procedimientos técnicos que permitan incorporar la información de ejecución del Fideicomiso en el Sistema Integrado de Administración Financiera, SIAF.

Artículo 6. FISCALIZACIÓN. La fiscalización del Fideicomiso la efectuará la Contraloría General de Cuentas.

Artículo 7. PLAZO. El plazo del Fideicomiso será de cinco (5) años, contados a partir de la suscripción de la escritura constitutiva, el cual podrá ser prorrogado.

Artículo 8. VIGENCIA. El presente Acuerdo empieza a regir a partir del día siguiente de su publicación en el Diario de Centro América.

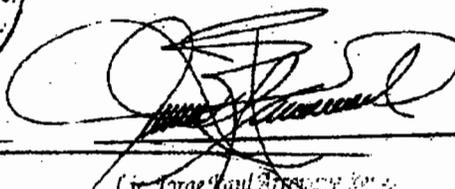
COMUNÍQUESE,


OSCAR BERGER




Maria Antohieta de Bonilla
MINISTRA DE FINANZAS PUBLICAS





Lic. Jorge Saul Arroyave Kere
SECRETARIO GENERAL
DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

(E-768-2006)—25—agosto





BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO. Miguel. **Derecho bancario**. Ed. Porrúa, S. A. México, 1978
- BATIZA. Rodolfo. **El fideicomiso. Teoría y práctica**. 3ª. Ed. Editorial Porrúa, S. A. México, 1976.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 12ª. Ed. Juris, Argentina: 2000.
- CABANELLAS. Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 14ª. Ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.
- CAPITANT. Henri. **Vocabulario jurídico**. Ediciones Desalma. Buenos Aires. 1986.
- CASTAÑEDA NIEBLA. Arturo. **Los fideicomisos públicos**. UNAM. México
- GARCIA MAYNES. Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Ed. Porrúa, S. A. México, D. F., 1944
- GARCIA-PELAYO. Ramón. **Pequeño larousse ilustrado**, Ed. Larousse: Argensola, 26, Madrid (España).
- LANDERRECHE. Juan. **Naturaleza del fideicomiso en el derecho mexicano**. Jus revista de derecho y ciencias sociales. Tomo IX. 1942
- LISOPRAWSKY. Silvio. **Tratado de fideicomiso**. Buenos Aires, Argentina. 1978.
- LIZARDI ALABARRÁN. Manuel. **Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso**. México, 1945.
- PUIG PEÑA. Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3ª. Ed. Ediciones



Pirámide, S. A. Madrid (España). 1976.

VILLAGORDOA LOZANO. José Manuel. **Doctrina general del fideicomiso.** Ed. Porrúa, S. A., México. 1982

Legislación:

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

Código Civil. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley 106.

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley 107.

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto del Congreso de la República de Guatemala.

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

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-89, 1989.

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

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

Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado de la República de Guatemala.