

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

**EL FIDEICOMISO ESTATAL Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN LA LEY
DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NESTOR FABRICIO SOTO IBAÑEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2010.

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

**EL FIDEICOMISO ESTATAL Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN LA LEY
DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**



NESTOR FABRICIO SOTO IBAÑEZ

Guatemala, noviembre 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. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco
Vocal:	Licda. Ileana Magaly López
Secretario:	Lic. José Dolores Bor

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Hector René Marroquín Aceituno
Vocal:	Lic. José Efraín Ramírez
Secretario:	Lic. Jorge Eduardo Aviles

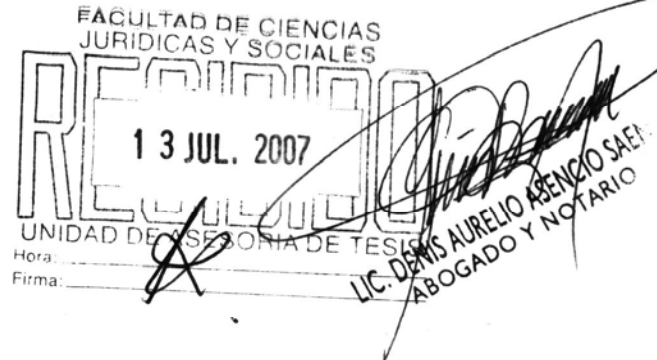
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LICENCIADO DENIS AURELIO ASECNCIO SAENZ.
6ª. CALLE 63-67 ZONA 18, PINARES DEL NORTE, CIUDAD DE GUATEMALA.
TELÉFONO 22570114. COLEGIADO: 6775.



Guatemala,
Trece de julio de dos mil siete.

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



Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

De conformidad con la resolución emanada de la Unidad bajo su mando el veinte de junio de dos mil siete y en cumplimiento del nombramiento designado en mi persona, en calidad de ASESOR del trabajo de tesis del Bachiller **NESTOR FABRICIO SOTO IBAÑEZ**, con carné **9412660**, intitulado: **“EL FIDEICOMISO ESTATAL Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO”**; procedo a dictaminar respecto al nombramiento referido, de acuerdo a lo siguiente:

- i. Procedí a asesorar el trabajo de tesis señalado, el cual contiene un análisis jurídico, relacionado con la importancia de que el fideicomiso estatal sea regulado expresamente en la Ley de Contrataciones del Estado.
- ii. Se resalta el aporte del actual trabajo de tesis como una contribución científica a la doctrina jurídica guatemalteca, ya que contiene las etapas del conocimiento científico.
- iii. La redacción utilizada durante el desarrollo de la tesis es la adecuada. Los objetivos se alcanzaron al establecer que es fundamental modificar la Ley de Contrataciones del Estado en el sentido de que se regule expresamente el fideicomiso estatal en ella y de esa forma promover su fiscalización.
- iv. Durante el desarrollo del trabajo señalado se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el que se estableció la forma de contratación del fideicomiso como contrato mercantil; el sintético, indicó que el fideicomiso estatal no está regulado en la legislación guatemalteca; el inductivo, señaló los problemas que se afrontan en su fiscalización y el deductivo, fue empleado para dar a conocer la importancia de reformar la Ley de

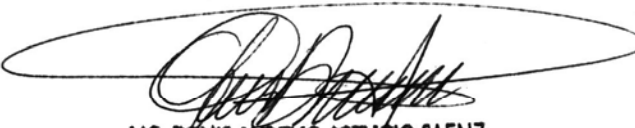


Contrataciones del Estado y regular la contratación y fiscalización del fideicomiso estatal.

- v. Las técnicas que se emplearon en la investigación fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información actual relacionada con el tema.
- vi. El contenido del trabajo de tesis tiene relación con las conclusiones y recomendaciones, siendo la bibliografía empleada la correcta y relacionada con las citas bibliográficas de los capítulos.
- vii. El trabajo denota esfuerzo, dedicación y empeño ya que en su desarrollo fueron empleadas adecuadamente las etapas del proceso de investigación científica, aplicando las técnicas de investigación y los métodos anotados; con lo cual se comprobó la hipótesis que determina la importancia de regular la contratación del fideicomiso estatal para facilitar su fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas de la Nación.

En razón de lo anterior, la tesis cuenta con los requisitos legales establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, siendo procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, para que continúe con el trámite que corresponde, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos de Abogado y Notario.

Con muestras de mi respeto, soy de usted su deferente servidor.

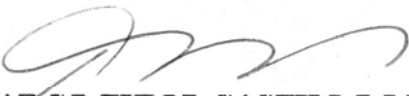

LIC. DENIS AURELIO ASENCIO SAENZ
ABOGADO Y NOTARIO
LIC. DENIS AURELIO ASENCIO SAENZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Asesor
Colegiado 6775.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de septiembre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS MANUEL CASTRO MONROY, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante NESTOR FABRICIO SOTO IBÁÑEZ, Intitulado: "EL FIDEICOMISO ESTATAL Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO".

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 el 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. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh



LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY.
5ª. AVENIDA 4-29 ZONA 9, CIUDAD DE GUATEMALA.
TELEFAX: 23325867



Guatemala, 10 de octubre de 2007

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín.

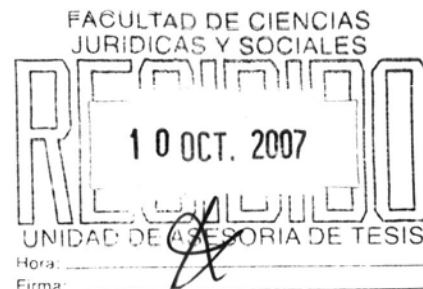
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.

Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Su despacho

Estimado Licenciado Castillo Lutín:



En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de Revisor del Trabajo de tesis del Bachiller **NESTOR FABRICIO SOTO IBAÑEZ**, con carné **9412660**, intitulado **“EL FIDEICOMISO ESTATAL Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO”**, procedente resulta dictaminar respecto a la asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones.

- i. El estudiante **NESTOR FABRICIO SOTO IBAÑEZ**, en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad apoyándose en el derecho positivo y la doctrina, el análisis jurídico relacionado con la importancia de que el fideicomiso estatal sea regulado en la Ley de Contrataciones del Estado.
- ii. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina, conclusiones y recomendaciones, así como regulación legal en la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales, ordinarias y derecho comparado aplicable a nuestro derecho positivo, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.
- iii. Se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento de los presupuestos tanto de forma como de fondo 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 ende el presente dictamen determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente, ya que se pudo verificar su contenido científico y técnico en la elaboración del tema, su técnica así como los métodos de investigación

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY.
5ª. AVENIDA 4-29 ZONA 9, CIUDAD DE GUATEMALA.
TELEFAX: 23325867



utilizados fueron los indicados, siendo los mismos: el analítico, sintético, inductivo y deductivo.

- iv. Al trabajo de tesis se hicieron las recomendaciones necesarias, las cuales fueron atendidas por el estudiante **NESTOR FABRICIO SOTO IBÁÑEZ**. Asimismo, el autor aporto al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen ya que se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre el mismo.
- v. La redacción utilizada en el desarrollo del tema es la adecuada; las conclusiones y recomendaciones respecto a la necesidad de regular el fideicomiso estatal en la Ley de Contrataciones del Estado tienen relación con el contenido del trabajo de investigación. Asimismo la bibliografía utilizada es la correcta y relacionada con el tema.
- vi. En consecuencia, en mi calidad de **Revisor** de tesis me permito emitir **OPINION FAVORABLE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Atentamente

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
ABOGADO Y NOTARIO
REVISOR COLEGIADO 3051.

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
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 EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintinueve de julio del año 2010.

Con vista en los dictámenes que anteceden se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **NESTOR FABRICIO SOTO IBÁÑEZ**, Titulado **EL FIDEICOMISO ESTATAL Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS: Por darme la fortaleza e iluminación en los momentos de flaqueza guiándome hasta la culminación de mi carrera profesional.
- A MI PATRIA GUATEMALA: Sea un aporte para su engrandecimiento y desarrollo.
- A MIS PADRES: María Benita Ibañez Barrientos (Q.E.P.D) y Arnoldo Soto Ordoñez por todo su apoyo.
- A MI TÍA: Marcelina Ibañez Roldan, por todo su apoyo y agradecimiento especial.
- A MI ESPOSA: Soledad Audelina Barrios Rivas de Soto, por su amor, comprensión, paciencia y apoyo, que Dios te bendiga.
- A MIS HERMANOS: Isela y Renato, por ser un ejemplo de dedicación y honradez.
- A MI HIJA: María Fernanda Soto Barrios, por ser la inspiración de mi vida.
- A MIS SOBRINOS: Alejandro y Sebastián, con dedicación especial.
- A MI CUÑADA: Emperatriz Hernández, con dedicación especial.
- A MIS PADRINOS: Doctora Isela Arlene Soto Ibañez, Lic. Jaime Edwing Cabrera Ovalle, Ing. Jorge Luis Avalos Austria, Lic.

Esbi Giovanni Fuentes y Lic. Adolfo Rene Rojas Hernández, por todas sus enseñanzas y ejemplos.

A MIS AMIGOS:

Iván Mejía, Ricardo Roquer, Jorge Ibáñez y Lic. Francklin Eduardo Fernández Cobar, con dedicación especial.

A:

Carlos Francisco Antonio Widmann Lagarde, Juan Walter Widmann Roquer, Jorge Antonio Widmann Roquer y Jose Ricardo Widmann Roquer, por darme la oportunidad y tenerme confianza, con dedicación especial.

A:

LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

A:

LA GLORIOSA Y TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El fideicomiso.....	1
1.1. Generalidades del fideicomiso.....	1
1.2. Definición de fideicomiso.....	7
1.3. Característica.....	9
1.4. Antecedentes.....	10
1.5. Elementos del fideicomiso.....	11
1.6. Clases de fideicomiso.....	13
1.7. Formalidad del fideicomiso.....	16
1.8. Fines del fideicomiso.....	17
1.9. Sujeto fiduciario en el contrato de fideicomiso.....	17
1.10. Extinción del fideicomiso.....	18
1.11. Naturaleza jurídica.....	18

CAPÍTULO II

2. La supervisión de la inversión de fondos públicos.....	25
2.1. Entidades estatales encargadas de fiscalizar.....	25
2.2. La forma en que se fiscaliza la inversión de fondos públicos.....	28
2.2.1. Inversión realizada con fundamento jurídico.....	28
2.2.2. Inversión realizada sin fundamento legal.....	30
2.3. Fiscalización de fideicomisos.....	31
2.4. Contabilidad de los fideicomisos estatales.....	33
2.5. Normas que rigen la fiscalización de los fideicomisos.....	35
2.5.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	35

	Pág.
2.5.2. Ley Orgánica de la Contraloría de Cuentas de la Nación.....	35
2.5.3. Ley de Supervisión Financiera.....	38

CAPÍTULO III

3. El contrato de fideicomiso constituido por entidades estatales.....	39
3.1. Generalidades.....	39
3.2. El fideicomiso público.....	39
3.2.1. Su denominación.....	39
3.2.2. Definición.....	40
3.3. Clasificación del fideicomiso público.....	41
3.4. Naturaleza jurídica.....	41
3.5. El bien común y fines del fideicomiso públicos.....	42
3.6. Forma en que se constituyen los fideicomisos estatales.....	44
3.7. Contratación estatal.....	46

CAPÍTULO IV

4. El mal uso de los fondos provenientes de fideicomisos.....	51
4.1. Aspecto relevante en el proceso operativo administrativo de los fondos públicos.....	51
4.2. Planteamiento de la problemática.....	53
4.3. Análisis de la regulación legal.....	71
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN

El Estado de Guatemala para dar cumplimiento a los principios constitucionales como lo es la consecución del desarrollo económico de la nación y la realización del bien común para sus habitantes, necesita de un procedimiento ágil que le permita en el menor tiempo posible, la pronta ejecución de obras, la adquisición de bienes, suministros y servicios; con esos fines se justifica la existencia del Decreto 57-92 del Congreso de la República, el cual establece la forma, mecanismos y demás requisitos que debe de cumplir la persona individual o jurídica que pretenda contratar con el Estado.

Los bienes del erario nacional, se han estado invirtiendo inadecuadamente, al extremo que en varias instituciones del Estado a través de la práctica del contrato de fideicomiso se han desviado fondos o en el peor de los casos se han perdido las inversiones realizadas a través de dicho contrato mercantil.

Con el objeto de que sean transparentes las transacciones celebradas por el Estado y sus instituciones o entre éste con personas individuales o jurídicas, y para controlar la inversión que realiza el Estado en la ejecución de obras, se creó la Comisión de Transparencia recientemente.

Los objetivos de este estudio entre otros, son: Analizar si la Contraloría General de Cuentas de la Nación, cumple con su función fiscalizadora, cuando se invierten fondos públicos a través del contrato de fideicomiso, celebrado con instituciones bancarias; identificar si el erario nacional ha sido perjudicado como consecuencia del uso del contrato de fideicomiso, en la inversión de fondos públicos.

La hipótesis del trabajo es la siguiente: Es necesario regular en la Ley de Contrataciones del Estado un contrato de fideicomiso administrativo, que cree los mecanismos para que la Contraloría General de Cuentas de la Nación cumpla su función fiscalizadora, aun cuando éste sea celebrado con un banco del sistema.

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

En el contenido se emplearon los métodos científicos de investigación, de inducción y deducción, pero también con base en la síntesis y el análisis. El primero fue empleado para ir de lo particular en el estudio del contrato del fideicomiso, hacia lo general de los efectos de éste en la inversión de los fondos públicos.

La herramienta fundamental en el desarrollo del presente trabajo, en cuanto a técnicas de investigación se refiere, es el de la observación científica. Pero merecen especial mención la técnica documental y la bibliográfica, con las cuales se pudo recopilar la información para la redacción del punto de contenido en cada uno de los capítulos.

Se ha dividido para su exposición el presente contenido en cuatro capítulos, siendo éstos: El primero, los aspectos fundamentales del fideicomiso; el segundo, la supervisión de la inversión de fondos públicos; el tercero, el contrato de fideicomiso establecido por las entidades estatales; y el cuarto capítulo lo constituye el análisis del mal uso de los fondos provenientes de fideicomisos a manos del Estado de Guatemala.

CAPÍTULO I

1. El fideicomiso

1.1. Generalidades del fideicomiso

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

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

El fideicomiso no es el único instituto que permite llevar adelante un negocio, simplemente cuenta con ciertas ventajas por las cuales merece ser evaluado.

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

La figura del fideicomiso puede ser utilizada para múltiples objetivos. Cuenta con las ventajas de permitir armar estructuras jurídicas que se ajustan de forma muy precisa al objetivo buscado.

El fideicomiso no asegura rendimientos, sino que asegura experiencia, diligencia y honestidad en el manejo del negocio. Los intentos de empujar la figura del fideicomiso

como la panacea de los negocios, son maltratos peligrosos que pueden condicionar la utilización de una herramienta útil.

Teniendo en cuenta la ausencia de un sistema financiero y la imposibilidad de las empresas de conseguir financiamiento formal e informal, se presenta oportuno evaluar al fideicomiso como un mecanismo que permita formalizar los negocios existentes y ampliarlo a inversores que antes no participaban.

Conviene aclarar, para fines expositivos de la investigación, los elementos de conocimiento más generales del contrato de fideicomiso; su definición, sus características, los elementos que lo conforman entre otros, logrando así establecer la idea general de este negocio jurídico que constituye el medio jurídico básico con el cual algunos entes públicos han logrado establecer confusión sobre el manejo de ciertos fondos estatales.

En ese sentido se puede establecer que, en principio el fideicomiso es un contrato, toda vez cumple con todos los requisitos de éste. Por contrato se entiende un acuerdo entre dos o más personas, mismo que genera una relación jurídica destinada a provocar consecuencias jurídicas para las partes, convirtiéndose en ley para éstas y que el resto del conglomerado social debe respetar. “Convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa.”¹

Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

Como se verá más adelante, en la definición del fideicomiso, éste es un contrato por el cual una persona acuerda con otra un convenio obligatorio relativo a un servicio y proceder.

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 337.

Además, siendo el fideicomiso un contrato, también es un negocio jurídico. “El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica.”²

La responsabilidad objetiva del fiduciario se limita al valor de la cosa cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño, si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

Los bienes fideicometidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y tampoco podrán agredir los bienes fideicometidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicometidos.

Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicometidos. La insuficiencia de los bienes fideicometidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra.

En tal caso, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicometido, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio.

² Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Pág. 29.

El Código Civil guatemalteco no establece ningún tipo de definición de negocio jurídico, sin embargo en su Artículo 1252, el cuerpo normativo mencionado pareciera utilizar los términos manifestación de voluntad, como un sinónimo de éste.

Si se entiende de esa forma, ciertamente es una expresión de lo que el autor o autores quieren, aunque para su debida comprensión y relacionando estos conceptos de la norma indicada, es preciso agregar la creación de una situación jurídica o en mejor forma, la reglamentación de una relación determinada.

Por su parte Vladimir Aguilar señala por negocio jurídico, la definición siguiente: “Declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos.”³

El Dr. Vladimir Aguilar Guerra, establece su propia definición en los términos siguientes: “El negocio jurídico es, pues, un acto jurídico de declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico.”⁴

Efectivamente, el negocio jurídico es un acto jurídico especial, puesto que tiende a un fin, que es consecuencia de la declaración de voluntad.

El fideicomiso es el nombre que recibe el contrato o negocio jurídico por medio del cual una persona encarga entre vivos o como declaración de última voluntad a otro sujeto, la administración de activos con el fin de que resguarde los mismos y los réditos que produzca tal administración, beneficie a alguien más o a alguna causa en particular.

El fideicomiso es el nombre que se le da a dicho contrato, pero el término procede del latín Fideicommissum, el cual significa encargo o comisión de buena fe.

³ **Ibid.** Pág. 28.

⁴ **Ibid.** Pág. 30.

Como todo contrato el fideicomiso cuenta con distintos elementos, los cuales se explican con mayor detenimiento más adelante, no obstante en este apartado se señala que son tres los sujetos o elementos objetivos que participan en su formalidad. Uno, la persona que establece el fideicomiso; dos el beneficiario de la actividad y producto del mismo y tres quien se encarga de administrarlo. En el primer caso se habla de un fideicomitente, el segundo es el fiduciario y el tercero el fideicomisario. Cada una de las cuales se explica más adelante en el presente trabajo. Curiosamente el último de los mencionados también es nombrado como fideicomiso, por algunos autores como se verá.

El último sujeto ha sido referido en los párrafos precedentes como una causa, porque no se puede olvidar el hecho de que aun beneficiando en última instancia a personas humanas individuales, el fideicomiso puede establecerse con el fin ayudar o impulsar una causa determinada.

Por ejemplo, empresas estatales con el fin de autosostenimiento establecen con un fondo o activo un fideicomiso y con ello se logra la estabilidad de la misma, no obstante que tal estabilidad beneficie a los trabajadores con el mantenimiento de fuentes de empleo y el pago de prestaciones laborales que se traducirán ulteriormente en beneficio personal.

Otro ejemplo como el propuesto y con la intención de comprender de qué se trata el fideicomiso cuando se establece a favor de una causa determinada, se tiene el caso del establecido no en forma contractual sino testamentaria, de la fortuna y capital que Alfredo Nóbel instituyó a favor de las ciencias, las artes y la paz, de manera que pese a que el premio, que todos los años aumenta como consecuencia lógica de la administración bancaria de los fondos dejados originalmente por el causante y testador, beneficia de forma directa a quien se hace acreedor a él, como el caso del escritor Miguel Ángel Asturias, premio nobel de literatura 1967 o de la señora Rigoberta Menchú Tun, premio nobel de la paz 1992, la intención primaria de quien estableció tal

premio era motivar de forma por demás altruista, el trabajo por las ciencias, las artes y la paz mundial.

El fideicomiso que permite la emisión de Certificados Fiduciarios es el de inversión.

Es un negocio que puede presentarse como un acto unilateral, testamento o como un acto bilateral, contrato:

- Oneroso.
- Nominado.
- Típico.
- Formal, ad solemnitatem. Escritura Pública.
- Tracto sucesivo.

Plazo máximo de un contrato de fideicomiso: 25 años, salvo que se pacte a favor de un incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, en donde no opera dicho plazo.

Derechos y obligaciones del fiduciario:

- Derechos: Ejercer las acciones propias para ejercer el fideicomiso y cobrar por el servicio.
- Obligaciones: Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con la voluntad de quien lo instituyó; llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones.

Derechos del fideicomisario:

- Exigir el cumplimiento del fideicomiso,
- Pedir la remoción del fiduciario.

- Impugnar las decisiones del fiduciario.

Finalmente y previo a definir el término de fideicomiso, se ha de apuntar que, el mismo no emana únicamente de un contrato entre vivos, sino también como consecuencia de la declaración de última voluntad, es decir, de un testamento.

Por tanto, se ha establecido en el presente apartado, una idea somera de lo que debe entenderse por fideicomiso; el origen del término, los sujetos que intervienen en su formalización, la manera en que se puede instituir, la cual puede ser por medio de contrato o de testamento y además algunos ejemplos que complementan los necesarios aspectos generales del término fideicomiso.

1.2. Definición de fideicomiso

Se establece por fideicomiso según el diccionario de uso común: “Disposición por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la buena fe de alguien para que, en caso y tiempo determinado, la transmita a otra persona o la invierta del modo que se le señala.”⁵

Con esta definición verdaderamente descriptiva y aunque desprovista de terminología jurídica, como el caso de las palabras que nombran a los sujetos que intervienen en dicho contrato, se puede entender sin embargo, de forma general y en sentido lato el concepto que de fideicomiso se debe tener.

Otra forma de definir el contrato de fideicomiso se encuentra en lo que dice el Dr. Villegas Lara quien señala lo siguiente: “El fideicomiso es un negocio por el que una persona llamada fideicomitente, que transmite a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomiso.”⁶

⁵ Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 846.

⁶ Villegas Lara, Arturo. **Derecho mercantil**. Pág. 51.

El Dr. Villegas Lara establece adecuadamente a derecho y a la ciencia jurídica, el concepto y definición de fideicomiso, no obstante, en la redacción de dicha definición, en criterio personal, se cree hace falta la descripción del contenido del contrato, al cual si hace referencia la del diccionario de uso común transcrita en forma precedente.

Una definición más del término y contrato fideicomiso se establece en palabras de Puente y Calvo: “El fideicomiso es 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.”⁷

Considerándose suficiente las tres definiciones establecidas, para los efectos que se esperan lograr en el presente apartado y trabajo de investigación, se puede aportar a manera de criterio personal una definición que surge del entendimiento de cada una de las citadas, tomando lo más relevante de éstas y además lo ya apuntado en el apartado de generalidades de fideicomiso.

Se puede decir que el fideicomiso es un negocio jurídico formalizado en un contrato, por medio del cual una persona que recibe el nombre de fideicomitente, otorga a otra llamada fiduciario, la administración de su hacienda, bienes y activos en general, con el fin que de su administración y producto se beneficie a una causa determinada a una tercera persona en particular a quien se nombra como fideicomisario.

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

En cuanto a los fideicomisos públicos se puede decir que son instrumentos jurídicos creados por la administración pública para cumplir con una finalidad lícita y

⁷ Puente, Arturo y Calvo Marroquín, Octavio. **Derecho mercantil**. Pág. 343.

determinada, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de los recursos públicos administrados por una institución fiduciaria. Asimismo, mediante el contrato de fideicomiso se da seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común.

1.3. Características

Con el objeto de caracterizar de forma adecuada el contrato de fideicomiso se remite a la lectura de la siguiente cita textual de los autores Alvarado y González:

“Podemos comenzar a establecer el ámbito del contrato y sus características: a) Versa sobre aspectos patrimoniales (bienes, derechos y obligaciones) que no se extinguen con la muerte, por lo que no se puede establecer el fideicomiso en forma testamentaria; b) Se basa en la confianza que el testador tiene en cuanto a una persona respecto a determinado patrimonio, para que posteriormente lo transmita a otra persona, atendiendo a determinadas circunstancias y tiempo.”⁸

De tal manera que con los aspectos patrimoniales como uno de los elementos objetivos y la confianza como elemento subjetivo del contrato, propuesto por los autores citados precedentemente, se establecen las características del fideicomiso.

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

Patrimonio fideicometido: Conjunto de bienes y derechos transmitidos al fiduciario afectados a fines u objetivos determinados.

⁸ Alvarado, Ricardo y otros. **Contratos en notarial IV**. Pág. 551.

1.4. Antecedentes

“Desde el punto de vista histórico, el fideicomiso surge como una disposición de tipo testamentario, es decir, como la manifestación de última voluntad de una persona que se preocupa por la buena administración y manejo de la masa hereditaria que instituye a favor de una determinada persona o personas. Atendiendo a consideraciones tales como edad (que el beneficiario sea aún menor de edad), capacidad (que la persona sea capaz de valerse por sí misma), prevención (para evitar que se pueda dilapidar el haber patrimonial) o la búsqueda de un acrecentamiento del patrimonio (mediante un adecuado manejo e inversión que pueda reeditar beneficios), el dueño original de los bienes y derechos, puede optar por la constitución de un fideicomiso.”⁹

Por otra parte se debe tener presente que las instituciones sociales y jurídicas, con el tiempo evolucionan y la aplicación original que pudo haberse concebido se extiende a otros usos y modalidades. Así ha ocurrido en el caso del fideicomiso, debido a su exitoso desarrollo, la práctica mercantil y el reconocimiento legal han permitido que se utilice de manera más amplia y no sólo para disposiciones de índole testamentaria.

En la actualidad es factible que se pueda constituir un fideicomiso inclusive para beneficio del mismo propietario de los bienes y derechos; es decir, que el fideicomitente sea a la vez el fideicomisario. Con base en lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 769 del Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, se dispone que: “El fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso.”

Otra motivación para la constitución de un fideicomiso es la prevista en el Artículo 771 del Código de Comercio: “Contrato de fideicomiso. El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de

⁹ *Ibíd.*

los bienes, según el cual también los Jueces de Primera Instancia pueden proceder a hacerlo, cuando exista solicitud, y dentro de las potestades y casos en que se le reconoce la facultad de nombrar administradores de bienes.”

Las empresas de fideicomisos aparecieron en Estados Unidos a principios del siglo XIX cuando se formó en Nueva York la empresa de seguros Farmer's Fire Insurance and Loan Company. Otras agencias de fideicomisos empezaron a aparecer en Nueva York, Boston y Filadelfia, generalizándose a partir de entonces. Un siglo más tarde había en Estados Unidos casi 2,000 empresas de este tipo. Las modernas empresas o compañías de fideicomisos desempeñan muchas funciones habituales de los bancos, y los grandes bancos suelen tener sus propios departamentos de fideicomisos o empresas asociadas. Entre las funciones específicas de este tipo de empresas hay que señalar las siguientes: recepción de depósitos de dinero fideicomisado, títulos valores y otras propiedades personales de cualquier persona o corporación, y préstamos garantizados con propiedades personales o reales; arrendar, poseer, comprar y transferir cualquier propiedad real necesaria en una transacción de negocios; actuar como fideicomisario ante una emisión de bonos de un municipio o una corporación; actuar por orden judicial como depositario, receptor o fideicomisario de la hacienda de un menor; hacerse cargo y gestionar la hacienda real o la propiedad personal de un individuo o una corporación, según las directrices de un juzgado (incluyendo la percepción de rentas, intereses y dividendos derivados de dicha propiedad) comprar, invertir y vender acciones, letras de cambio, bonos, hipotecas y otros títulos valores; y aceptar, en función de los términos establecidos con carácter testamentario, el nombramiento de albacea o fideicomisario de la hacienda de cualquier persona fallecida.

1.5. Elementos del fideicomiso

Por tanto, se entiende que los elementos del fideicomiso son tres, elemento objetivo; elemento subjetivo y elementos personales.

En el primero y segundo caso, han quedado enumerados anteriormente al señalarse los bienes patrimoniales y la confianza como uno y otro respectivamente.

En cuanto a los elementos personales, se entiende que en la figura legal del fideicomiso existen tres sujetos: a) el testador; b) la persona a quien se confían los bienes y derechos; y c) una persona que será favorecida con la posterior transmisión del patrimonio.

“Utilizando una terminología más técnica, podemos decir que la persona que confía los bienes, que no sólo puede ser un testador sino también cualquier otra persona, se le llama, desde el punto de vista de este contrato, fideicomitente, es decir, la persona bajo cuya voluntad se constituye el fideicomiso. La persona que recibe los bienes y se compromete a cumplir el encargo de entrega, recibe el nombre de fiduciario. Por lo general, deberá ser una institución bancaria, pero también lo puede ser una institución de crédito que se encuentre autorizada para el efecto por la Junta Monetaria. Fideicomisario es el nombre que se le da a la persona en cuyo favor se administran los bienes fideicometidos (confiados de buena fe).”¹⁰

Elemento formal:

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

Los elementos personales son:

Fideicomitente: Es la persona que mediante testamento o contrato transfiere bienes para un fin determinado. Debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes. Por los menores, incapaces y ausentes pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial. En cuanto a los fideicomisos públicos es fideicomitente es para las entidades de la administración central, el Estado de

¹⁰ Alvarado, Ricardo y otros. **Ob. Cit.** Pág. 551.

Guatemala, a través de un funcionario público, como mandatario del mismo; o una entidad descentralizada o autónoma, a través de su autoridad superior.

Fiduciario: A quien se le confían los bienes, únicamente los bancos o instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria es decir los bancos del sistema o entidad financiera.

Fideicomisario: Persona que resulta beneficiada con motivo de la ejecución del fideicomiso. El que no pueda heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario. En los fideicomisos públicos es generalmente el Estado de Guatemala, la entidad descentralizada o autónoma o algún sector específico beneficiado con los programas y proyectos a ejecutar a través del fideicomiso.

1.6. Clases de fideicomiso

El fideicomiso puede clasificarse de acuerdo con el instrumento que le da origen en dos categorías, una la originada de un contrato y la otra la de un testamento.

Es decir, uno inter vivos y el otro por mortis causa.

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

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

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

En la presente investigación, interesa sobremanera el último de los mencionados, puesto que es sobre éste que se establece precisamente la principal aseveración o hipótesis de ésta.

Para la clasificación del fideicomiso, es preciso establecer tres advertencias.

Primero, que el fideicomiso se clasifica según el ámbito del derecho en el que se estudia o bien desde el punto de vista desde el cual se está abordando su estudio, por ejemplo, si su estudio se da en el contexto del derecho comparado, no se encontrará siempre la misma clasificación según cambia de legislación en legislación.

Por otro lado, si su estudio es sobre la base de una sola legislación como el caso de Guatemala, se tiene la dificultad de que, primero el fideicomiso público no se encuentra regulado en ley, alcanzando por tanto, la insuficiencia de su fundamento legal a cualquier clasificación que se intentara en este apartado; sin embargo, su tratamiento se deja para capítulo aparte, no obstante, su estudio en derecho privado permite observar una clasificación similar a la de la doctrina.

La segunda advertencia que habría de hacerse previo a establecer cómo se clasifica el fideicomiso, estriba en el poco acuerdo que existe entre los tratadistas al respecto de la misma. Así lo advierten los autores que se citan a continuación: “Se descrea de las clasificaciones del fideicomiso, tanto más cuanto que las más de las veces ninguna es pura, antes viene conjugada con otra u otras; por ello se puede hablar de casos de frontera donde la clasificación se hace imposible.”¹¹

Finalmente, la tercera advertencia es que para los efectos de la presente investigación, se cree en una clasificación un tanto más general de los fideicomisos en dos grandes grupos, el primero constituido por los fideicomisos en el ámbito del derecho privado, eminentemente o per se como se dice y un segundo gran grupo, compuesto por el fideicomiso público, para el cual se destina un capítulo específico en el presente

¹¹ Zepeda, Jorge A. **Perspectiva del fideicomiso**. Pág. 62.

trabajo. Pero esta advertencia última no tendría ningún sentido, sin tratar de exponer la dificultad que significa concebir la naturaleza jurídica de este instituto; misma que ya no resulta tan clara, cuando se estudia desde el contexto del fideicomiso público.

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

- Inversión
 - Garantía
 - Administración
 - Mixtos.
-
- **Inversión:** El fideicomitente transfiere bienes destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso.
 - **Garantía:** Se instituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. En caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario. El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor.
 - **Administración:** El fiduciario administra los bienes.
 - **Mixtos:** Tal como se explicó, no existe un fideicomiso puro, sino más bien, éstos resultan de una combinación de especies.

En las legislaciones de Colombia y México, se establece la siguiente clasificación:

- Fideicomiso de administración
- Fideicomiso de inversión

- Fideicomiso de garantía
- Fideicomiso testamentario
- Fideicomiso de seguros
- Fideicomiso de desarrollo
- Fideicomiso inmobiliario
- Fideicomiso de prestaciones o de fondos de pensión
- Fideicomiso del Estado
- Fideicomiso de voto
- Fideicomiso a favor de instituciones culturales, deportivas, sociales, artísticas etc.

A propósito de la mención del fideicomiso público en esta última clasificación, es preciso aseverar que: “De las muchas que se han intentado del fideicomiso, nos interesa la que diferencia el fideicomiso público del privado.”¹²

Se propone una idea anticipadamente en este apartado, como corolario de todo lo planteado hasta aquí y es que, el fideicomiso público no se encuentra regulado en ley, pero esto es consecuente con su falta de tratamiento en la doctrina y sobre todo, de que los autores nacionales no lo incluyen como una clasificación de este instituto de derecho.

1.7. Formalidad del fideicomiso

A pesar de estar regulada la necesidad de constituirse en escritura pública, como ha quedado señalado anteriormente, el fideicomiso puede constituirse en documento privado, así como sus modificaciones, conforme lo establecido en el Artículo 76 del Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Mercado de Valores y Mercancías.

¹² M. Kiper, Claudio y Silvio V. Lisoprawki. **El fideicomiso**. Pág. 102.

El valor es el que consta en el documento, el cual no podrá ser inferior al que conste en los registros públicos, matrículas, catastros o en los listados oficiales.

1.8. Fines del fideicomiso

Los fines que puede tener la constitución de un fideicomiso son tres:

- Garantizar el debido cumplimiento de un fideicomiso (deudas),
- Asegurar la adecuada administración de bienes,
- Invertir los recursos.

“A cada uno de estos fines, resulta lógico que también corresponda una clase de fideicomiso. Por tanto, las clases de fideicomisos que podemos encontrar son los de garantía, administración y de inversión.”¹³

1.9. El sujeto fiduciario en el contrato de fideicomiso

En cuanto a la disposición legal que restringe la posibilidad de ser fiduciario únicamente a instituciones bancarias o de crédito autorizadas por la Junta Monetaria, resulta comprensible y aceptable, ya que lo que busca es la seguridad económica de la persona que confía su patrimonio a una institución.

De otra manera, el riesgo sería sumamente elevado si se aceptara que personas individuales o inclusive jurídicas, que carecieran de estabilidad, seguridad financiera y económica pudieran administrar, invertir y disponer sobre hacienda ajena.

Este es un ejemplo sobre cómo la legislación sirve a los fines del Estado de resguardar los interés y proveer de seguridad a las personas, inclusive en aspectos de índole patrimonial.

¹³ Paz Álvarez, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. Págs. 108 y 109.

1.10. Extinción del fideicomiso

La extinción del fideicomiso puede darse de las siguientes formas:

- Por realizarse el fin para el cual fue constituido.
- Por hacerse imposible su realización.
- Por realizarse la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.
- Por convenio expreso.
- Por revocatoria hecha por el fideicometido.
- Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario.
- Por sentencia judicial.

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

1.11. Naturaleza jurídica

El fideicomiso debe tener una naturaleza, no obstante que ésta resulte difícil de comprender.

La forma en la cual puede interpretarse la esencia o naturaleza del mismo, deviene indefectiblemente del tipo o especie de fideicomiso de que se esté hablando, estudiando o incluso formalizando.

Por lo que siendo este primer capítulo de aspectos generales del fideicomiso, ha de citarse una naturaleza jurídica muy común entre los autores, empero también es preciso de antemano traer a colación las siguientes palabras: “Si se llama ordinario público a lo que en realidad es privado, no se hace más que oscurecer las cosas. El fideicomiso es efectivamente un contrato que puede ser público o privado, tal como el

caso de la concesión. En realidad es el fenómeno de publicidad de un instituto que tiene sus raíces en el derecho privado.”¹⁴

“Grandes polémicas se han despertado entre los juristas, al tratar de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Se le ha tratado de asimilarlo a figuras jurídicas de anterior regulación en las legislaciones latinas; especialmente, se ha tratado de encontrar su esencia en contratos tales como el mandato, depósito, mutuo, donación, usufructo, etc. o de explicar su naturaleza con base en la del desdoblamiento del derecho de propiedad, propiedad sin titular, negocio fiduciario, negocio indirecto, etc. La mayoría de las obras doctrinales que versan sobre el fideicomiso, exponen, en forma más o menos completa, las teorías, como tratadistas se han ocupado de la materia. No siendo la intención del presente trabajo describir la larga polémica que se ha suscitado en torno al tema, haremos solamente una breve relación de las teorías más sobresalientes, para luego exponer nuestra opinión personal.”¹⁵

Entre las teorías que asimilan al fideicomiso con otras figuras jurídicas están:

- a) La del mandato: Es bastante la semejanza que existe entre el fideicomiso y el mandato, al punto de que la ley en Panamá (Artículo 1 de la Ley 17-41) define el fideicomiso como un mandato irrevocable. Sin embargo, considero no acertada esta teoría pues, en el mandato, el mandatario actúa siempre por cuenta del mandante y, generalmente, en representación de éste mientras que el fiduciario actúa siempre en su propio nombre, en beneficio de un tercero; por otra parte, cuando el mandatario actúa en nombre y representación del mandante, obliga a éste frente a los terceros con quienes contrata; desde luego, siempre que haya actuado dentro de los límites del mandato. En cambio, se ha dicho que el fiduciario actúa en su propio nombre

¹⁴ **Ibíd.**

¹⁵ Colindres Roca. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala**. Pág. 169.

y por lo tanto, sus actos no podrán obligar en ninguna forma al fideicomitente frente a terceros.

Otra diferencia importante es que el mandato es un acto celebrado entre vivos, mientras que el fideicomiso de acuerdo la legislación guatemalteca, puede ser constituido también por testamento para que surta efectos después de la muerte del fideicomitente.

- b) La del usufructo: Tenemos que reconocer que existe gran afinidad entre el usufructuario y el beneficiario de un fideicomiso, ya que ambos reciben los beneficios de los bienes, sin ser propietarios de ellos. Sin embargo, el usufructuario tiene la administración total de los bienes cuyos productos le corresponden, mientras el fideicomisario no tiene la administración de los bienes fideicometidos, la cual queda a cargo del fiduciario.
- c) La de la estipulación a favor de tercero: mediante la estipulación a favor de tercero, éste tiene derecho de exigir del promitente el cumplimiento de la prestación, el punto de contacto, entre el fideicomiso y el contrato que contiene estipulación a favor de terceros, reside en el beneficio que a través de ambos pueda concederse a favor de una persona que no intervino en la constitución de la obligación original. Ahora bien, en el fideicomiso no es necesario que al momento de su constitución, esté perfectamente determinado el fideicomisario, por lo que su aceptación no es necesaria para que surta efectos, lo cual no sucede con la estipulación a favor de terceros.

Pierre Lepaulle, tratadista francés quien escribió una monografía sobre el Trust, traducida posteriormente al español, en México y quien influyó enormemente en la década de los 30 en la incorporación del Fideicomiso a las legislaciones latinas, es el principal exponente de la teoría del patrimonio de afectación.

“Este considera que es suficiente que haya bienes afectados a un fin previsto para que exista el fideicomiso; los derechos y obligaciones del fiduciario varían en función de una premisa fundamental, como es la misión que va a realizar, la cual depende de la afectación prevista de los bienes dados en fideicomiso, que pueden estar determinadas por la voluntad del fideicomitente por la ley.”¹⁶

Se le critica a Lepaulle, que no pueden existir derechos sin titular.

La circunstancia de que ciertos patrimonios se encuentren destinados a fines específicos, no significa que sean sujetos jurídicos por sí mismos; existen numerosas instituciones de índole jurídica en las que el patrimonio personal se encuentra destinado a un cierto fin, dentro del patrimonio general sujeto.

Ejemplo de esta clase de patrimonio en la legislación guatemalteca constituye el llamado patrimonio familiar.

En principio comparto la Teoría del Negocio Fiduciario, expuesta por tratadistas como Julián Bojalín, Barrera Graf, Sergio Rodríguez Azuero; esta teoría nos dice que el fideicomiso es una especie del negocio fiduciario por concurrir en ella los dos elementos: Real, de una parte, constituido por las limitaciones obligatorias resultantes del acuerdo entre partes.

Sin embargo, no comparto a plenitud esta teoría, ya que el fideicomiso no puede ser considerado un negocio fiduciario puro, pues en este último encontramos tres elementos: a) Negocio jurídico único, b) Plena transmisión de bienes y derechos, y c) Sólo se permiten realizar actos requeridos para el cumplimiento de la finalidad de la voluntad de las partes.

En el fideicomiso se dan los dos primeros elementos, mientras que en el tercero difiere, en cuanto a que la limitación de realizar solamente los actos requeridos para el

¹⁶ Bojalín, Julian. **Fideicomiso** Pág. 93.

cumplimiento de la finalidad, proviene de una disposición legal y no de la voluntad de las partes, hecho éste que le da un carácter propio al fideicomiso y lo distingue de los negocios fiduciarios.

En la legislación guatemalteca, esta disposición la encontramos en el segundo párrafo del Artículo 766 del Código de Comercio, el que, copiado textualmente, establece: "El fiduciario los recibe (bienes y derechos) con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso."

Ahora bien, ya hemos visto porque al fideicomiso no lo podemos asimilar con alguna figura jurídica de anterior regulación en la legislación guatemalteca; es teniendo en cuenta lo anterior expuesto, el carácter evolutivo del derecho y haciendo un análisis del ordenamiento legal vigente, el fideicomiso es un contrato mercantil sui generis, relativamente nuevo y completamente revolucionario en relación a las clásicas instituciones del Derecho Latino, el cual posee características propias que son las siguientes:

- a) Es un negocio jurídico nominado; negocio jurídico, que implica un traspaso efectivo de un derecho de una persona a otra y para su validez precisa de capacidad legal de los sujetos que declaran su voluntad, de consentimiento de éstos y de objeto lícito; el fiduciario es el titular del patrimonio fideicometido, ya que es quien debe ejercer las acciones y derechos y contraer las obligaciones que de ese patrimonio se deriven; ahora bien, es necesario aclarar que ese patrimonio no se confunde con el suyo propio, por el hecho de estar destinado para la realización de un fin determinado, de conformidad con los Artículos 766, 777 y 782 del Código de Comercio, y es nominado, por estar regulado expresamente la legislación.
- b) Es una actividad bancaria neutra: Es actividad bancaria, pues solamente los bancos o instituciones de crédito debidamente autorizadas pueden ser fiduciarios de acuerdo con el Artículo 768 del Código de Comercio.

Las operaciones bancarias se clasifican doctrinariamente en activas, pasivas y neutras o complementarias; al efectuar las activas, el banco se constituye en acreedor de sus clientes, otorgándoles créditos; al llevar a cabo las pasivas; el banco se constituye en deudor de sus clientes, al recibir en depósito su dinero.

A las primeras se les denomina así porque contablemente se registran en el activo del balance, puesto que son derechos de crédito del banco; las segundas se registran contablemente en el pasivo del balance, porque son deudas a cargo del banco y de ahí deriva su nombre.

Ambas operaciones son características de la banca, puesto que mediante las operaciones pasivas los bancos agrupan los capitales que andan dispersos, para invertirlos mediante las activas, en fuentes de riqueza.

Pero, debo resaltar que los bancos no sólo realizan operaciones activas o pasivas; también están facultados para realizar una serie de operaciones que pueden ser contabilizadas en las cuentas tradicionales de activo o pasivo, pues no alteran el resultado del balance, por lo que son contabilizadas en cuentas de orden y están representadas por operaciones tales como el servicio de cajas de seguridad, depósito de valores y el propio fideicomiso; en estos casos, la actividad del banco es la prestación de un servicio, por lo que reciben el nombre de neutras o complementarias.

Son precisamente, su naturaleza de servicio bancario y su carácter de institución de crédito, los rasgos que le dan al fideicomiso la fisonomía de contrato mercantil.

- c) Es un negocio generalmente oneroso y de ejecución continuada; oneroso ya que el fiduciario se obliga a realizar los actos necesarios para cumplir los fines del fideicomiso a cambio de una remuneración por sus servicios de acuerdo con los Artículos 783 y 793 del Código de Comercio; desde luego, esto no obsta para que el fiduciario se obligue gratuitamente en algunos casos, especialmente, en aquellos fideicomisos constituidos por el Estado.

El fideicomiso que es de ejecución continuada, porque sus efectos no se agotan en un solo momento sino que se establece un vínculo continuo, en virtud del cual el fiduciario debe realizar, durante cierto tiempo, los actos de acuerdo con los Artículos 766, 783 y 785 del Código de Comercio.

A manera de conclusión puedo decir que el contrato de fideicomiso sea instituido por testamento o por contrato afecta a terceros en una u otra forma, y surte efecto de acuerdo a la legislación guatemalteca. Cuando hay actividad para el mercado, la empresa o el Comercio se sujeta al Código de Comercio, independientemente de que se trate de una actividad productiva, de intermediación o de transformación de otros productos. Igualmente debe apegarse a las normas del Código de Comercio si se transmitiera la propiedad de una empresa mediante la constitución de un fideicomiso.

CAPÍTULO II

2. La supervisión de la inversión de fondos públicos

2.1. Entidades estatales encargadas de fiscalizar

En Guatemala el ente encargado de realizar la función de control de los gastos públicos, es la Contraloría General de Cuentas de la Nación.

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

Otros objetivos de la Contraloría General de Cuentas de la Nación, que se establecen en el Artículo 3 del Decreto número 31-2002, del Congreso de la República son:

- "...Determinar si la gestión institucional de los entes o personas a que se refiere el Artículo anterior se realiza bajo criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad;
- Apoyar el diseño e implantación de mecanismos de participación ciudadana para el fortalecimiento de la transparencia, probidad y credibilidad de la gestión pública y el proceso de rendición de cuentas, como medios de lucha contra la corrupción, el peculado, el tráfico de influencias, la malversación de fondos y el desvío de recursos.
- Promover y vigilar la responsabilidad de los servidores públicos para que puedan rendir cuentas públicamente, de manera amplia y oportuna, tanto de

la regularidad en el manejo de los bienes y recursos, como de los resultados cualitativos y cuantitativos obtenidos en su gestión...”

En los últimos años, el sector público de Guatemala, ha experimentado cambios trascendentales, principalmente en lo que respecta a la incorporación de tecnologías de punta, traducidas en el uso de herramientas computacionales que han modificado las metodologías de trabajo en los diferentes niveles operativos de las entidades, con el objetivo de hacer que los diferentes procesos se ejecuten en forma ágil, oportuna y confiable.

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

En este sentido la Contraloría General de Cuentas de la Nación diseña y dicta las políticas, metodologías, normas, técnicas, procedimientos y demás disposiciones para ejercer el control interno y externo gubernamental.

“La auditoría gubernamental es la herramienta principal para el ejercicio del control externo gubernamental, la cual se lleva a cabo con base en las Normas de Auditoría Gubernamental emitidas y aprobadas por la Contraloría General de Cuentas para tal fin. La auditoría gubernamental, desde un enfoque sistémico, está constituida por las políticas, normas, metodologías y procedimientos, que emita el Contralor General para orientar y guiar la práctica de auditorías a las diferentes entidades sujetas a control, según el Artículo 2 del Decreto número 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala. La auditoría gubernamental puede definirse como un examen profesional, objetivo, independiente, sistemático, constructivo y selectivo de evidencias sobre la

gestión de las entidades y personas que recaudan y manejan recursos públicos, con el objeto de determinar la razonabilidad de la información financiera y presupuestal que respalda dicha gestión y si la misma se ha realizado bajo criterios de probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad, incluyendo el grado de cumplimiento de objetivos y metas.”¹⁷

La Contraloría General de Cuentas, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y a lo dispuesto en el Artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, tiene como objetivos, dentro de su área de competencia legal, velar por la transparencia de la gestión pública y la promoción de la responsabilidad de quienes tengan a su cargo el manejo de fondos públicos, no sólo por la asignación y forma del uso de los recursos que les fueron confiados, sino también por los resultados obtenidos, a través de:

- El diseño, implantación, implementación, mantenimiento y evaluación de los sistemas y procedimientos de auditoría gubernamental, que permitan la adecuada funcionalidad del control gubernamental, con tecnología de punta, para realizar la planificación estratégica de la institución y de las auditorías internas del sector público, a fin de evaluar la gestión de las entidades a que se refiere el Artículo 2 de la Ley;
- El diseño, implementación, mantenimiento y evaluación de las metodologías de los diferentes tipos de auditoría, que sean necesarios para evaluar la gestión de los entes sujetos a fiscalización, con enfoque integral;
- El diseño, emisión y actualización de normas y guías para la aplicación del control gubernamental.

¹⁷ Contraloría General de Cuentas de la Nación de Guatemala. **Manual de auditoría gubernamental**. Pág. 4.

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

2.2. La forma en que se fiscaliza la inversión de fondos públicos

Para la comprensión de este tema se subdivide su tratamiento en: inversión con asidero jurídico y sin ella.

2.2.1. Inversión realizada con fundamento jurídico

Cualquier inversión en materia de fideicomiso a la cual le precede un Decreto de formación, con toda la fuerza de carácter de urgencia que implique.

En este sentido un ejemplo verdaderamente ilustrativo que se tiene es el Fideicomiso de Reconstrucción constituido a partir del terremoto de 1976.

De acuerdo al Artículo 15 del Decreto 1126 del Congreso de la República de Guatemala: "Toda persona que tenga a su cargo el manejo de fondos o valores del

Estado o de las instituciones sujetas a fiscalización está obligada a rendir cuentas a la Contraloría en la forma, lugar y tiempo que señala la ley o el reglamento respectivo.”

Asimismo el Artículo 16 de la Ley indicada anteriormente establece: “Cuando la persona obligada a rendir cuentas no cumpliera con hacerlo dentro del término legal, por enfermedad, fallecimiento o separación del cargo por cualquier causa, el jefe de la Contraloría de Cuentas designará a la persona que de oficio, debe rendirlas, de conformidad con el reglamento.”

En este apartado transcribo los Artículos del 17 al 22 de la Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas que regula sobre el examen de cuentas de esta manera:

“El examen de una cuenta tendrá por objeto establecer si se ha incurrido en errores matemáticos, si se ha hecho aplicación correcta de las leyes, reglamentos y demás disposiciones vigentes y si ha habido pérdida de valores o menoscabado en los intereses del Estado o de las instituciones respectivas.

La Contraloría de Cuentas designará al contralor o auditor que debe practicar el examen de una cuenta, quien la depurará y tendrá facultad para esclarecer los errores subsanables, a fin de que en un informe se consignen únicamente los cargos que ameriten iniciar un juicio de cuentas.

Los funcionarios y empleados públicos y los de las entidades sujetas a fiscalización, están obligados, bajo pena de ser destituidos, a presentar a los contralores los libros y documentos a su cargo y cualquier información que les soliciten.

El incumplimiento de esta disposición se hará constar en acta para los efectos consiguientes.

El contralor designado para examinar una cuenta, rendirá informe a la Contraloría y formulará, si fuera el caso, el pliego de reparos en el cual se señalarán concretamente los cargos que aparezcan contra los responsables.

En dicho pliego figurarán las sumas reparadas, las citas de las leyes infringidas y la petición para iniciar el juicio de cuentas.

Si después del examen de una cuenta aparecieren nuevos cargos, la Contraloría de Cuentas ordenará la formación de nuevos pliegos de reparos, los cuales se formularán conforme lo que establece el Artículo anterior, así como la presentación de informes adicionales útiles al fin que se persigue.

Terminado el examen y glosa de una cuenta, se enviará el expediente con la providencia respectiva al Tribunal de Cuentas para la iniciación del juicio.

En el caso que el monto de los reparos no desvanecidos no exceda de diez quetzales, el jefe de la Contraloría de Cuentas, sin abrir procedimiento, impondrá al responsable una multa equivalente al valor de las sumas reparadas y la presentación de la constancia del pago será suficiente para que la cuenta sea aprobada sin más trámite. En caso de renuencia de los obligados, se procederá al cobro por la vía económica-coactiva. Cuando en la contestación de los reparos o en cualquier estado del expediente de revisión, los responsables reconozcan la legitimidad de los cargos en su contra y se avengan a pagar su valor o presenten las constancias de pago correspondientes, la Contraloría aprobará la cuenta sin más trámite. La responsabilidad penal a que dieren lugar los reparos será deducida ante los tribunales del orden común.”

2.2.2. Inversión realizada sin fundamento legal

Lo que se quiere establecer en este sub apartado, es el hecho de que algunos fideicomisos, si bien cuentan con el amparo de algún acuerdo de la instancia estatal

correspondiente y no contradicen la ley, tampoco son consecuentes de un decreto de urgencia nacional, no han sido creados por el Congreso de la República de Guatemala y las más de las veces son consecuencia de la discrecionalidad de los órganos administrativos.

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

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

2.3. Fiscalización de fideicomisos

Tal como quedó apuntado, la fiscalización del gasto público corresponde a la Contraloría General de Cuentas de la Nación.

La autoría gubernamental tiene como es evidente, una normativa bastante desarrollada en la legislación nacional.

Por ella, el funcionario público, como señala el Artículo 15 del Decreto 1126 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría General de Cuentas, que maneja fondos o valores del Estado, está obligado bajo responsabilidad penal y administrativa, a rendir cuentas por medio de la entidad correspondiente, de cómo, en qué forma y en qué cantidades erogó o administró el fondo en cuestión.

Esta fiscalización alcanza a entidades autónomas, descentralizadas, semiautónomas y dependientes.

Esta fiscalización procede no sólo en el caso de contrataciones a las que se hiciera referencia en el segundo de los capítulos del presente estudio; sino además, al manejo de cualquier dinero, capital o fondo público los fideicomisos no son la excepción.

En la primera parte del capítulo segundo de esta investigación, se hacía referencia al hecho de que cuando una entidad estatal autónoma decidía invertir determinado monto de sus fondos (públicos), en un fideicomiso, emitía por medio de su órgano supremo el correspondiente acuerdo.

También se señaló en aquellos párrafos, la situación en la que quedaban los fondos del fideicomiso una vez éstos se transmitían a la entidad fiduciaria.

Y finalmente, se hizo referencia a que no existía control sobre lo que se produjera posteriormente y es esto último lo que importa para los efectos de la presente investigación por lo que se explica a continuación.

Cualquier titular de cartera alguna en el Estado es un cuentadante y por esa misma cuentadancia, está obligado a reportar la forma en que maneja los fondos públicos.

Es sujeto de control, sin embargo, no está contemplado en la Ley, hasta dónde llega el control de estos fondos. Puesto que cualquier funcionario responsable de un fideicomiso, puede demostrar eficientemente el destino de ciertos fondos: el fideicomiso X, el cual maneja el Banco A, bajo el número de cuenta Z.

De esa cuenta es que se pudo establecer el caso de la malversación operada en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), a qué empresas iba a parar el dinero del fondo del seguro social. Quiénes eran los propietarios de dichas empresas y quiénes eran los verdaderos beneficiarios, tanto de la utilidad como del fideicomiso constituido para tal efecto.

No obstante, hay dos aspectos que se deben destacar.

Por un lado, los fondos provenientes del fideicomiso, intereses o utilidades, ya no son sujeto de concurso por el sistema de Guatecompras. La entidad por tanto, puede desarrollar su propia forma de invertirlo, a criterio y discrecionalidad del órgano administrativo.

En segundo lugar, que el sistema de fiscalización de dichos fondos ya no son objeto de control por parte de la Contraloría General de Cuentas. No hay que olvidar que la obligación del funcionario público es justificar únicamente qué hizo con el dinero de tal cuenta y no cómo lo gastó.

Remitiéndose al ejemplo del IGSS nuevamente, se puede establecer claramente que el fideicomiso en ese caso, evidenció dos cosas:

Una, que la autorización para el acuerdo que ordenaba su constitución no cumplía con todos los requisitos legales.

Dos, que el plano del conflicto de intereses que sirve las más de las veces para demostrar la figura punitiva de la malversación, el gerente del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, resultaba él mismo, dueño de más de tres empresas que se veían beneficiadas con el otorgamiento de los fondos y contratos surgidos como efecto del fideicomiso en cuestión.

La pregunta que surge entonces es ¿Cómo, de manera contable, queda registrado el fideicomiso?

2.4. Contabilidad de los fideicomisos estatales

El fondo económico que se destina a un fideicomiso público pasa a formar parte del pasivo de dicha empresa estatal, durante todo el tiempo que dure el plazo de tal fideicomiso.

Si éste cumple con todos los requisitos legales establecidos para su constitución y no causa malversación alguna, los fondos estatales no pueden ser sujeto de reproche para el o los funcionarios responsables.

Ahora bien, los fondos que proceden del fideicomiso, ya sea intereses o utilidades, deben ser trasladados a determinada contabilidad, pero ésta no es la de la entidad estatal que constituyó el fideicomiso, la más de las veces es la del fiduciario.

El último de los mencionados al ser considerado como es interpretable, ya no figura entre los funcionarios obligados a rendir cuentas, a los que se refiere el Artículo 15 del Decreto 1126 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Tribunal y Contraloría de Cuentas.

La cuestión entonces es responder preguntas como la siguiente: ¿Cómo fiscalizar el manejo de los fondos surgidos por la normal ejecución del fideicomiso público correspondiente?

El hecho más enfatizable en este apartado es que el Ministerio de Finanzas Públicas entonces ya no tendría la injerencia para demandar un Número de Orden Gubernamental (NOG) o emitir órdenes de pago por medio de un Comprobante Único de Registro (CUR).

Lo anterior porque ya los fondos los maneja el particular fiduciario o bien ya de forma privativa, la entidad estatal a donde regresan los intereses o utilidades del fideicomiso.

Todos estos aspectos deben quedar contenidos en una regulación legal, de conformidad con la concepción de un fideicomiso público, puro y distinto del fideicomiso privado.

En conclusión, puedo decir que en la actualidad no existe control hacia los fideicomisos que el Estado constituye en los bancos del sistema, debido a que no hay regulación

adecuada al respecto, aunque en la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas en su Artículo 3 referente a su ámbito de competencia incluye a "...toda persona, entidad o institución que reciba fondos del Estado o haga colectas pública..." existe la necesidad de regular específicamente sobre la fiscalización de los fideicomisos provenientes de fondos públicos.

2.5. Normas que rigen la fiscalización de los fideicomisos públicos

Entre las diferentes normas que regulan la fiscalización de los fideicomisos públicos se encuentra en primer lugar la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, la Ley de supervisión Financiera.

2.5.1. Constitución Política de la República de Guatemala

En cuanto a la fiscalización de los fondos públicos el Artículo 232 de la Carta Magna establece la función de la Contraloría General de Cuentas así: "La Contraloría General de Cuentas es una institución técnica descentralizada, con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas, y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas.

También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos. Su organización, funcionamiento o atribuciones serán determinados por la ley."

2.5.2. Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas de la Nación, Decreto 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas de la Nación establece los parámetros de fiscalización de los fondos públicos, en el cual se incluyen los fideicomisos otorgados por el Estado de Guatemala en los siguientes artículos.

El Artículo 2 establece: “Corresponde a la Contraloría General de Cuentas la función fiscalizadora en forma externa de los activos y pasivos, derechos , ingresos y egresos y, en general, todo interés hacendario de los Organismos del Estado, entidades autónomas y descentralizadas, las municipalidades y sus empresas, y demás instituciones que conforman el sector público no financiero; de toda persona, entidad o institución que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas; de empresas no financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación así como las empresas en que éstas tengan participación. También están sujetos a su fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier persona nacional o extranjera que, por delegación del Estado, reciba, invierta o administre fondos públicos, en la que se refiere al manejo de éstos.

Se exceptúan las entidades del sector público sujetas por ley a otras instancias fiscalizadoras. La Contraloría General de Cuentas deberá velar también por la probidad, transparencia y honestidad en la administración pública, así como también por la calidad del gasto público.”

El Artículo 3 del mismo cuerpo legal dispone lo siguiente: “La Contraloría General de Cuentas, a través del control gubernamental, y dentro de su campo de competencia, tiene los objetivos siguientes: ... h) velar por la probidad, transparencia y honestidad de la administración pública; e, i) Promover y vigilar la calidad del gasto público.”

En cuanto a las atribuciones de la Contraloría General de Cuentas de la Nación el Artículo 4 del Decreto 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala dispone lo siguiente: “La Contraloría General de Cuentas, tiene las obligaciones siguientes: a) Ser el órgano rector de control gubernamental. Las disposiciones, políticas y procedimientos que dicte en el ámbito de su competencia, son de observancia y cumplimiento obligatorio para los organismos, instituciones, entidades y demás personas a que se refiere el Artículo 2 de la presente ley; b) Efectuar el examen de operaciones y transacciones financieras-administrativas a través de la práctica de auditorías con enfoque integral a los organismos, instituciones, entidades y demás

personas a que se refiere el Artículo 2 de esta Ley, emitiendo el informe sobre lo examinado de acuerdo con las normas de 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 ...”

Asimismo, en cuanto a las funciones de la Subcontraloría de Calidad del Gasto Público, el Artículo 19 del Decreto 31-2002 del Congreso de la República establece: “La Subcontraloría de Calidad de Gasto Público tiene como función específica analizar y evaluar la calidad y el impacto del manejo de los recursos y bienes del Estado y de sus entidades, organismo e instituciones de la ejecución física y financiera del presupuesto asignado con relación a los planes operativos anuales.”

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

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

Esta Ley le provee facultades a la Superintendencia de Bancos para ejercer vigilancia e inspección en sobre los diferentes financieros que manejan fondos del Estado de la siguiente forma:

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.

El Artículo 3 de la Ley indicada dispone: “Para cumplir con su objeto la Superintendencia de Bancos ejercerá, respecto de las personas sujetas a su vigilancia e inspección, las funciones siguientes: ... e) Ejercer vigilancia e inspección con las más amplias facultades de investigación y libre acceso a todas las fuentes y sistemas de información de las entidades supervisadas, incluyendo libros, registros, informes, contratos, documentos y cualquier otra información, así como a los comprobantes que respaldan las operaciones de las entidades supervisadas,...”

CAPÍTULO III

3. El contrato de fideicomiso constituido por entidades estatales

3.1. Generalidades

Previo a explicar aspectos de la forma de contrataciones del Estado (a fin de determinar la falta de sustento legal del fideicomiso hecho por entidades estatales y con fondos públicos), se procede a determinar algunos aspectos teóricos de conocimiento acerca de la figura del fideicomiso en el contexto de las entidades del Estado y con fondos públicos.

Es importante anotar que si se expuso el fideicomiso en forma convencional, esto es, el fideicomiso de derecho privado, en el primer capítulo de esta investigación, fue con la intención de hacer en este capítulo la diferenciación de éste.

Resulta preciso además, señalar que los elementos de conocimiento allá enumerados y desarrollados, tienen que ver mucho con los que se desarrollan en el presente capítulo, estableciendo eso sí, su diferencia, que la mayoría de casos será evidente y muy notoria.

3.2. El fideicomiso público

3.2.1. Su denominación

Es preciso aclarar cual puede ser la forma correcta de nombrar al fideicomiso, cuando éste es constituido por el Estado a través de sus entidades; toda vez que algunos autores le nombran como fideicomiso público y otros como fideicomiso estatal.

Ciertamente ambas denominaciones suenan aparentemente adecuadas, no obstante al respecto de la primera, fideicomiso público, se puede establecer que, cuando el

fideicomiso tenga sustentación legal por ejemplo en una de las normas de carácter administrativo, tal el caso de la Ley de Contrataciones del Estado, entonces si se podría hablar de fideicomiso público.

Tal como se encuentra en este momento, el fideicomiso tiene de público únicamente el hecho de que el sujeto que lo constituye es el Estado, pero éste al hacerlo se somete a las normas jurídicas de derecho privado, no se puede decir que sea efectivamente público.

Por ello como se señaló: “Si se llama ordinario público a lo que en realidad es privado, no se hace más que oscurecer las cosas.”¹⁸

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

3.2.2. Definición

Se entiende aquí, aplicada la definición de fideicomiso pero en materia estatal.

“Un contrato por medio del cual la administración pública, a través de alguna de sus dependencias facultadas, y en su carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos a un fiduciario (por lo general institución nacional de crédito), para realizar un fin lícito, de interés público.”¹⁹

¹⁸ Kiper, Claudio M y Lisoprawski, Silvio V. **Ob. Cit.** Pág. 102.

¹⁹ Acosta Romero, Miguel. **Derecho bancario.** Pág. 340.

Esta definición deja en claro que entre los sujetos del fideicomiso, figura el Estado y consecuentemente éste únicamente puede ser quien lo constituye; es decir que, el fideicomitente es una entidad del Estado.

3.3. Clasificación del fideicomiso público

Ciertamente la clasificación del fideicomiso entre particulares se puede aplicar también a la del fideicomiso público, haciendo la acotación por supuesto, que es el segundo de los dos en donde se aprecia de mejor manera el hecho de que ninguna clasificación del fideicomiso es pura.

En este contexto, el del Estado, los fideicomisos comúnmente son mixtos y es por ello el énfasis en el primer capítulo a tal especie o subclasificación del fideicomiso.

3.4. Naturaleza jurídica

En cuanto la naturaleza jurídica del fideicomiso público, se puede advertir que ninguna forma de concebirla puede tomarse como definitiva, aún más cuando se sabe su falta de regulación legal en la legislación nacional.

No obstante, es preciso definirlo doctrinaria y dogmáticamente para poder lograr una adecuada regulación legal, posteriormente.

Es importante resaltar que algunos tratadistas como Lisoprawski, considera la discusión acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso público en tres posibles direcciones, en ese sentido se preguntan: “¿Es un contrato, se trata de una estructura administrativa o bien de una persona jurídica?”²⁰

A criterio personal, se trata de un contrato, toda vez que aun no estando regulado en ley actualmente, se constituye el Estado como un particular más, en el momento de

²⁰ Kiper, Claudio M y Lisoprawski, Silvio V. **Ob. Cit.** Pág. 112.

constituirlo, como en el caso de un arrendamiento, cuando alguna entidad estatal alquila determinado inmueble para el uso de sus empleados en el curso normal de las actividades de dicha entidad.

Entonces, en el caso del fideicomiso, se puede decir igualmente que se trata de una contratación, en la cual el Estado es el sujeto que para constituirlo, negocia con una entidad privada (un banco) y se sujeta a sus disposiciones y acuerdos.

No obstante, no con esto se quiere establecer al fideicomiso público como actualmente se encuentra, como una situación normal ni mucho menos.

El fideicomiso público debe regularse y reglarse de tal manera que no deje lugar a malos manejos y sobre todo que garantice la inversión de los fondos del pueblo de Guatemala, tal como se verá en el tema de securitización del fideicomiso público.

3.5. El bien común y los fines del fideicomiso público

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

El fin del fideicomiso público no puede menos que pretender dicho cometido.

Esta es otra gran diferencia entre fideicomiso público y el constituido por un particular; este último no necesariamente busca el bien común, normalmente quien lo constituye busca el bien de una sola o de un grupo de sus descendientes.

Por supuesto, también existen en raras ocasiones personas que constituyen fideicomisos en bien de fines altruistas, como el constituido en testamento por Alfredo Nobel, que año con año entrega premios e incentivos a las letras, la paz y las ciencias. Salvo estos casos, en que incluso no se busca en forma estricta el bien común, se

presenta el fideicomiso constituido por particulares como un contrato de beneficio individual y no social.

Ahora bien, en el caso del fideicomiso público su fin no puede ser otro que el de procurar el bien común, cualquiera que sea la especie o clasificación del fideicomiso empleado para dar forma al acto jurídico, pero siempre procurando el bien común.

Este es uno de los temas que provoca problemas teóricos al fideicomiso público, puesto que no se comprende cómo el Estado puede procurar el bien común en un contrato de derecho privado. Y sobre todo con la forma tan alarmante y corrupta en la que se han manejado grandes fideicomisos estatales como el establecido por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), y que provocó la condena de personeros de su junta directiva. “El fideicomiso es la forma legal de hacer las cosas mal.”²¹ Según señala el funcionario entrevistado de la Contraloría General de Cuentas de la Nación, al hacer referencia que a pesar de que el fideicomiso público no contradiga la ley, puesto que no está prohibido expresamente, constituye una de las formas de crear malos manejos en la inversión de los fondos públicos.

No obstante lo anterior, el fideicomiso público sí puede procurar el bien común y se hace esta afirmación sobre la base de dos supuestos.

El primero, que este mismo contrato, el de fideicomiso público logra por un lado, evitarle burocracias inútiles al manejo de fondos y de esta forma, sin concesionar, logra la realización de obras de utilidad pública y por otro lado, se convierte en una de las formas más prácticas para llevar a cabo las obras de infraestructura, este hecho está demostrado en las legislaciones comparadas de México y Argentina.

²¹ Kiper, Claudio M y Lisoprawski, Silvio V. **Ob. Cit.** Pág. 112.

“México parece haber sido el país donde los fideicomisos públicos se originaron y alcanzaron el mayor desarrollo. México produjo legislación específica para la categoría de los fideicomisos estatales.”²²

En segundo lugar, porque si se logra regular de manera adecuada en la ley, con normas jurídicas transparentes que permitan fiscalizar de forma lógica y pormenorizada tanto la inversión que se haga en el fideicomiso, como el destino de los fondos provenientes de tal negocio, a pesar de lo desvirtuado que esté el contrato en cuestión, puede constituir un arma para el desarrollo de obras de infraestructura de tanta demanda en todo tiempo y región del país, además por supuesto, de los logros sociales que pueden efectuarse con la creación de estos fondos.

3.6. Forma en que se constituyen los fideicomisos estatales

Debido a su falta de regulación legal, el fideicomiso público cumple, salvo pequeñas variantes, con los procedimientos de un fideicomiso establecido por particulares.

El procedimiento normal para la constitución de un fideicomiso público puede provenir de dos clases de entidades estatales; por un lado las entidades autónomas y las no autónomas o dependientes.

En el caso de las entidades autónomas, su consejo o junta directiva acuerda la constitución del fideicomiso, profiriendo para tal efecto, el Acuerdo correspondiente. Posteriormente a ello y establecido en el Acuerdo respectivo, el plazo y fin del fideicomiso público, se procede a contratar con un banco del sistema, para que constituyéndose este último como fiduciario, reciba los fondos y derechos por medio de un contrato formalizado ante el Escribano de Gobierno y proceda a ejecutar lo pactado en tal instrumento. Este es el caso de entidades como el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, (IGSS), quien toma la decisión de constituir un fideicomiso a través de su Junta Directiva, como ya quedó apuntado.

²² Dávalos Mejía, Carlos F. **Títulos y contratos de crédito, quiebras.** Pág. 454.

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

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

En cualquier caso, el responsable de emitir el Acuerdo correspondiente es también cuentadante para los efectos de justificar la utilización de los fondos de inversión en el fideicomiso, así como los fondos provenientes o consecuentes del mismo.

Nótese, que los fondos que produzca el fideicomiso, ya no tienen formalidad alguna y es la entidad estatal que constituyó la misma que se constituye en fideicomitente, por lo que el destino posterior ya no se encuentra concebido o regulado en ley alguna.

Esto es precisamente lo que genera la discrecionalidad.

Entonces, efectivamente, e invocando la teoría del derecho administrativo, es un acto no reglado por ley y por tanto es un acto que permite la discrecionalidad de los funcionarios.

Se ha considerado al contrato de fideicomiso, propiciador de la característica *numeros apertus*, es decir en cuanto a su libre contratación.

“El fideicomiso es un *numeros apertus*, es decir libre contratación.”²³

Es posible que la principal problemática a superar por el fideicomiso público en cuanto a su regulación sea ésta precisamente, puesto que la corrupción y la falta de una fiscalización pormenorizada, es la que facilita las cosas a las personas individuales que administran la cosa pública, sobre todo en fideicomisos de capital, en los cuales el

²³ **Ibid.** Pág. 454.

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

La principal función de la securitización en un fideicomiso público es asegurar los fondos. La palabra securitización proviene del mundo de los trust, puesto que es la palabra en inglés security, misma que se traduce al español como seguridad.

Este es un tema importante de concebir previo a la regulación legal del fideicomiso público, puesto que en muchos fideicomisos estatales, es la entidad bancaria, es decir el fiduciario, el encargado de realizar las inversiones correspondientes, al no existir seguridad en el procedimiento, no existe asimismo, seguridad alguna que pueda ofrecer el banco.

3.7. Contratación estatal

El manual de Procedimientos para la Ejecución Presupuestaria contenido en el Acuerdo Ministerial número 25-85, del Ministerio de Finanzas Públicas, en su apartado número ocho indica que el contrato administrativo es: “Todo acto por el cual el Estado o sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, por una parte, y un ente público o privado por la otra, manifiestan su voluntad de adquirir derechos y contraer obligaciones.”

La forma de contratación estatal obedece a una normativa, siendo ésta, la Ley de Contrataciones del Estado.

Como se dijo y se insiste, no hay ninguna norma dentro del cuerpo de leyes mencionado, que tienda a regular, permitir, limitar o prohibir los fideicomisos estatales, por lo que la explicación de la contratación del Estado dentro de la presente investigación, obedece más bien a la concepción que se debe tener de la forma que

debiera respetarse en el fideicomiso público y su ulterior supervisión y control por parte de las entidades estatales correspondientes.

El procedimiento de contratación del Estado puede reducirse a cinco puntos básicos.

El primero, es la toma de decisión por parte del ente público (según sea la entidad estatal, así será la forma que adopte esta decisión).

En segundo lugar, se publica en un diario del país, además del portal electrónico llamado Guatecompras; para que participen las empresas del sector privado que deseen hacerlo en una cotización y licitación.

El tercer paso es que, las empresas invitadas presentan los requisitos correspondientes para participar en la evaluación que hará el cuerpo colegiado correspondiente de su oferta.

El cuarto paso, la obra se adjudica, ordenándose su publicación en el portal mencionado de Guatecompras y finalmente como último paso se procede a ejecutar la obra, la cual queda sujeta a las disposiciones previamente establecidas.

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

Éste modifica el procedimiento a partir de haber sido calificada la entidad a la cual se le adjudica el contrato.

En ese sentido, esta última debe redactar una orden de compra, con su número de operación en Guatecompras, NOG, para que la entidad financiera apruebe la orden de

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

En el caso del fideicomiso público, la contratación consecuente de los fondos creados, no respeta el sistema de Guatecompras, puesto que el presupuesto para tal obra no proviene de una erogación directa y por si eso fuera poco, la contratación de la entidad bancaria encargada del fideicomiso no participa en ninguna licitación en Guatecompras, puesto que el acto jurídico que da origen al fideicomiso no es un contrato para obra pública.

Entre los contratos que genera el Estado están:

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

- Explotación y exploración de recursos no renovables: Éste tiene como objetivo primordial otorgar a personas individuales o jurídicas la explotación de hidrocarburos.
- Contratos de obra, suministros, bienes y servicios: La autoridad administrativa superior de la entidad o dependencia interesada, reconocerá y autorizará el pago de sobrecostos al contratista y en su caso requerirá del mismo las diferencias a favor del Estado.
- Bienes importados. Procedimiento para la contratación administrativa adquisición y disposición de bienes del Estado.
- Afectación y desafectación:
 - Afectación: Significa la sujeción de una propiedad al régimen especial de dominio público al que se destina.
 - Desafectación: Se da cuando la administración pública, saca de sus inventarios los bienes de su propiedad por el procedimiento de la subasta pública.

Ha quedado por lo tanto, demostrado en el presente capítulo, que el fideicomiso público, es una especie bastante distinta a la del fideicomiso privado estudiado en el primer capítulo de este trabajo.

No obstante, el Estado de Guatemala recurre al segundo de los mencionados para constituir ese tipo de contratos.

No existe un asidero jurídico o la alternativa de un fideicomiso público legislado específicamente con ese fin.

Difieren fundamentalmente una figura de la otra, en el sentido de que el fideicomiso público no puede tener otro fin que el bien común, mientras que el privado beneficiará a una persona en particular.

Por lo tanto, en el primero priva el interés general, como lógica consecuencia de las actividades de administrar la cosa pública y en el caso del segundo, se trata de un interés particular.

Si se profundiza en el análisis, cualquier consecuencia de ese fin, puede establecer la naturaleza del contrato mercantil en el ámbito privado, mientras que en el estatal no puede verse de esa forma, sin quebrantar la visión del bien común al que debe servir.

Siendo diferentes por tanto uno del otro, es preciso que el Estado de Guatemala aplique una regulación específica para el caso del fideicomiso público, toda vez que no puede seguir recurriendo a la misma normativa y crear confusión, con intención o sin ella, de la comprensión de la figura del fideicomiso.

Como ha quedado evidenciado en el presente capítulo, y además constará definitivamente en el siguiente, en realidad el fideicomiso como tal no lo es.

Lo que ocurre es que en Guatemala el fideicomiso es utilizado para evitar tener que estar pidiéndole dinero directamente al Ministerio de Finanzas Públicas, porque con la creación de fideicomisos las entidades estatales pueden obtener ganancias de los intereses o los negocios en los que se inviertan éstos. Libre de publicar en el portal de Guatecompras y libre de una fiscalización pormenorizada.

Sólo la municipalidad de Guatemala tiene alrededor de 2226 millones de quetzales en fideicomisos.

CAPÍTULO IV

4. El mal uso de los fondos provenientes del fideicomiso

4.1. Aspectos relevantes en el proceso operativo administrativo de los fondos públicos

Entidad pública: Se refiere a las entidades descentralizadas del Gobierno, entidades autónomas y las municipalidades que gozan de autonomía, según la ley específica que las rige.

Fideicomisos con fondos públicos: Se crea un fideicomiso para un fin lícito y determinado al servicio del bien común a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del uso de ciertos recursos que son aportados por el sector público y administrados por un banco del sistema o por una sociedad financiera privada.

Transparencia: El tema de la transparencia, es fundamental en la figura del fideicomiso constituido con fondos del Estado de Guatemala o fondos municipales. Para que una gestión pública sea transparente e íntegra, respecto de la constitución de fideicomisos con fondos del Gobierno, se debe difundir información procesada antes, durante y después de la ejecución de los actos, procurando una comprensión básica por parte de la sociedad guatemalteca, respecto de lo esencial en la asignación presupuestaria, uso de los recursos y los resultados obtenidos, y los factores que influyeron en su gestión. Así se dejará a un lado, el beneficio particular o actuar en provecho de gobernantes de turno o allegados políticos, para no tergiversar las bondades que presenta este instrumento jurídico-financiero. Con lo anterior se cumplirá con los fines sociales de la creación del fideicomiso, lo que obliga a generar y transmitir expeditamente información útil, oportuna, pertinente, comprensible, confiable, verificable a los superiores jerárquicos, a los que proveen de recursos y a los que tienen facultades de fiscalización y control social.

Control interno y riesgos operacionales: El control interno tiene que ser el conjunto de principios, fundamentos, reglas, acciones, mecanismos, instrumentos y procedimientos que ordenados, relacionados entre si y unidos a las personas que conforman una organización pública, se constituye en un medio para lograr el cumplimiento de su función administrativa, sus objetivos y la finalidad que persigue, generándole capacidad de respuesta ante los diferentes públicos o grupos de interés que debe atender.

El control interno de las entidades públicas, tendrá por objetivos generales: promover el acatamiento de las normas legales: proteger su patrimonio contra irregularidades, fraudes y errores: asegurar la obtención de información operativa y financiera, útil, confiable y oportuna; promover la eficiencia de sus operaciones y actividades; y lograr el cumplimiento de sus planes, programas y presupuestos, en concordancia con lo establecido en el contrato de fideicomiso, las políticas prescritas y con los objetivos y metas propuestas.

En el sector gubernamental guatemalteco es evidente la administración integral de riesgos, porque en todas las organizaciones existen eventos potenciales y consecuencias que son oportunidades para lograr beneficios o amenazas para llegar a los objetivos planificados, de ahí la importancia de destacar que en un evento existe la posibilidad de que haya tanto el riesgo como la oportunidad, entonces los beneficios de la administración de los riesgos es proteger el patrimonio, con esto se garantiza el adecuado uso de los recursos públicos fideicometidos, se genera confianza y valor en las entidades públicas, porque mejoran la gestión de los servicios públicos, se optimizan los recursos del Estado, porque se está invirtiendo de manera prudente el presupuesto del Gobierno o el presupuesto municipal, es decir se optimiza la eficiencia operacional, se mejora la calidad de servicio, se moderniza y transforman las instituciones públicas, porque hay un mejoramiento continuo de los procesos y se asegura la transparencia de su gestión y reduce la corrupción.

Aspectos contables del fideicomiso: El aporte al patrimonio del fideicomiso se puede ver desde tres perspectivas contables; es decir, el banco o financiera, reflejará en cuentas de orden o en notas a sus estados financieros su gestión o su responsabilidad como fiduciario sobre los bienes fideicometidos y fundamentalmente, en la contabilidad del fideicomitente o sea la entidad estatal o municipal, deben estar registrados la transmisión fiduciaria de los bienes involucrados en el contrato del fideicomiso, que deben concordar o conciliar con los registrados en los libros de contabilidad propiamente del fideicomiso con el fiduciario. Tal como indica el Código de Comercio de Guatemala el fiduciario llevará cuenta detallada de su gestión en forma separada de sus demás operaciones, porque se ha creado un patrimonio autónomo en el fideicomiso. Es saludable, como recomendación, que exista una nomenclatura contable para desarrollar la contabilidad de los fideicomisos de fondos públicos, que permitan las más sanas prácticas de contabilidad fiduciaria y de esta manera que coincidan las cuentas del sector gubernamental con las cuentas del fideicomiso del lado del sector financiero privado, que actúa como fiduciario, sin dejar en ningún lado las leyes que las rigen; es decir, establecer la correspondencia y contabilidad entre dos registros independientes (fideicomitente y fiduciario), pero relacionados entre sí.

Los contratos o licitaciones y cotizaciones: Para este tipo de actividad se debe observar lo estipulado en la Ley de Contrataciones del Estado es prudente que en el seno del Comité Técnico del fideicomiso, tenga participación en la mesa de negociaciones la Junta de Licitación y Cotización, conjuntamente con los delegados del fideicomitente para tomar decisiones y llegar a un consenso en la adjudicación de las obras de infraestructura o de servicio social, adicionalmente enterar al representante del fiduciario para el pago de dichos contratos.

4.2. Planteamiento de la problemática

En principio, se hace a continuación la cita de algunos artículos publicados en el diario Prensa Libre, para ser comentados después y evidenciar la necesidad de modificar la Ley en cuanto a los fideicomisos a que tienen facultad las entidades del Estado.

“Roberto Alfaro, de la Comisión de Transparencia del Congreso, expresó que para garantizar el buen uso de fideicomisos se necesita que la Contraloría General de Cuentas (CGC) cumpla con su deber de fiscalización.

De acuerdo con el legislador, con ello bastaría para poner fin a la discrecionalidad y corrupción en el manejo de fondos públicos por medio de esa figura.

Estimó que no hace falta reformar leyes ni aprobar normas específicas. Las reglas están y son claras. Lo que falta es que se cumplan, aseveró.

Agregó: Que por negociaciones oscuras la Contraloría no quiera auditarlos, no significa que no pueda, porque debe hacerlo, ya que son recursos del Estado.

Recordó que la Constitución manda a la CGC auditar los ingresos y egresos del Estado, a contratistas y a personas que, por delegación, reciban fondos públicos para administrarlos.

Según Alejandro Urizar, de Acción Ciudadana, es importante modificar la Ley de Contrataciones del Estado, para que los fideicomisos no queden exentos de ella.

Añadió: Son recursos públicos, por lo que deben estar sujetos a controles.

La Comisión Presidencial para la Reforma del Estado presentó al Ejecutivo una propuesta para reformar esa ley, pero aún no se ha enviado al Congreso.”²⁴

“Advierten peligro en uso de fideicomisos, esa figura favorece corrupción y desvío de fondos, según estudio. Por: Ana Lucía Blas.

Un estudio redactado con el auspicio de la Cámara de Comercio reveló el peligro de que los fideicomisos sirvan a intereses particulares, al prestarse a actos de corrupción y desvío de recursos públicos, por la poca transparencia y fiscalización de esa figura.

²⁴ Prensa Libre. **Los fideicomisos**. Pág. 12.

Mayra Palencia, presidenta de la Coalición por la Transparencia, afirma que la figura de los fideicomisos ha sido pervertida por la precariedad en las finanzas públicas, y por la ausencia de controles y de publicidad en el manejo de los fondos.

El estudio señala que los fideicomisos públicos son corrompidos tanto por acciones administrativas como por la ineficiencia del Estado, ya que malos funcionarios distorsionan las reglas del juego y sus objetivos, al reducir la competencia legítima, la eficiencia económica y la confianza entre los actores.

Es un círculo vicioso que promueve la concentración económica y deteriora aún más la legitimación institucional del Estado, agrega el documento.

Aspectos negativos

Aunque se reconoce que la figura del fideicomiso no es mala, pues asegura un flujo suficiente, adecuado y estable de fondos públicos para un fin específico, también se advierte de sus aspectos negativos.

En un ambiente de corrupción estructural, la gestión de fideicomisos bajo controles internos y externos ineficaces y sin autonomía, promueve los conflictos de intereses y el desvío de fondos públicos, se lee en el informe.

Agrega: la asignación de recursos públicos fuera del presupuesto aumenta la discrecionalidad y arbitrariedad en la asignación del gasto por parte del Ejecutivo, frente a la presión de grupos económicos.

El documento recuerda que el índice latinoamericano de Transparencia Presupuestaria 2005 calificó a Guatemala con un grado insatisfactorio en las áreas de capacidad del órgano de control externo, evaluación de la contraloría interna, y participación ciudadana en el presupuesto.

El caso Civial

El estudio partió de un análisis a la Unidad Ejecutora de Conservación Vial (Civial) en el período 2000-2004, y concluyó que en esa entidad se propició intencionalmente un organismo débil, sin legitimidad política, sin representación pública y dependiente de la voluntad del Ejecutivo, con lo que se expone a conflictos de intereses.

Se enfatiza en que tal fideicomiso fue creado (en 1996) no mediante una ley del Congreso, sino mediante un acuerdo ejecutivo, lo que significa que no hubo debate público acerca de la mejor composición de su órgano rector, su funcionamiento, ni de la forma de administrar los recursos.

Por ello, el texto afirma que ese fondo nació viciado de discrecionalidad presidencial y carente de la legitimidad política que le correspondería por la relevancia de manejar cuantiosos recursos, mediante las contrataciones públicas del Estado.

Palencia explicó que el fondo vial, además de ser un ejemplo de la discrecionalidad con que pueden manejarse los fideicomisos, muestra la forma como se diluyen las responsabilidades por medio de esa figura.

Para solucionar esos problemas, el estudio recomienda reforzar los niveles de control y transparencia, mejorar la coordinación entre la Contraloría General de Cuentas y el sistema bancario, aumentar la participación de la sociedad civil y el sector privado en la toma de decisiones, y reformar la Ley de Contrataciones, entre otros.

Insuficientes esfuerzos para transparencia. Sociedad demanda resultados a Gobierno.
Por: Mynor Pérez

Diversos sectores de la sociedad y diputados cuestionaron ayer la efectividad del Gobierno en el combate de la corrupción y transparencia.

Exigieron resultados concretos, aunque reconocen algunos avances.

El desempeño de la Comisión para la Transparencia, a cargo de Carlos Vielman, no tiene satisfechos a todos.

Personalidades consultadas reconocen los esfuerzos, pero también hay críticas por la falta de resultados.

El trabajo del comisionado Vielman deja mucho que desear. No se cuenta con información para dar una opinión favorable sobre él, dijo César Dávila, del Consejo de Organizaciones para el Desarrollo (Coinde).

Agregó que el Gobierno debe dar resultados: Quizás la falta de ellos es porque son empresarios con los mismos intereses.”²⁵

Respecto de las acciones por los señalamientos de corrupción en las fuerzas armadas, Mario Polanco, del Grupo de Apoyo Mutuo (GAM), señaló que —el comisionado—se queda corto en la investigación de ciertos hechos, como reparos en el disuelto Estado Mayor Presidencial y la Tesorería de la institución armada.

La sociedad necesita investigaciones eficientes para descubrir a los corruptos, expresó Polanco.

Sin satisfacer expectativas.

El pueblo esperaba más resultados.

Sólo hablan de casos que ya habían salido a luz anteriormente, manifestó Anabella de León, diputada de la Gran Alianza Nacional.

²⁵ **Ibíd.** Pág. 12.

Agregó que la comisión creada por el presidente Óscar Berger al asumir el Gobierno, para descubrir hechos de corrupción, debe realizar investigaciones a fondo e insistir en los mismos temas.

Luego de seis meses de funcionamiento, es necesario pasar del diagnóstico, y después presentar soluciones, dijo Nineth Montenegro, diputada de la Alianza Nueva Nación.

La respuesta es modernizar al Estado, ya que no basta con encarcelar a los corruptos, afirmó la legisladora.

Mayra Palencia, de la Coalición por la Transparencia, explicó que la función de la comisión no es hacer denuncias, sino poner al descubierto obstáculos que impidan la transparencia en el Estado.

También destacó que hay avances en el Gobierno, así como algunas acciones en favor de la transparencia.

No creo que haya resultados a corto plazo, puntualizó Jorge Lavarreda, del Centro de Investigaciones Económicas.

Señaló que se trata de un proceso largo, y que existen avances, como el obligar a las dependencias estatales a usar el sistema de licitación pública de Guatecompras.

Respecto de los señalamientos, Vielman afirmó: No somos una agencia de publicidad para promocionar sus acciones; se presentan denuncias semanalmente ante el Ministerio Público.

Indicó que no se lleva a cabo una cacería de brujas, sino la investigación de casos concretos.

Consenso: Acuerdan agenda mínima para combatir corrupción.

El Gobierno y representantes de las organizaciones que integran la Coalición para la Transparencia firmaron un acuerdo que establece la agenda mínima en el combate de la corrupción en los próximos 12 meses.

El plan incluye la posibilidad de promover modificaciones a la legislación vigente y establecer acciones para dar claridad al manejo de la cosa pública.

En un acto efectuado en el Palacio Nacional de la Cultura, Carlos Vielman, comisionado para la Transparencia, y Alfredo Vila, secretario privado de la Presidencia, suscribieron una alianza con representantes de la sociedad en favor de mejorar la fiscalización de los fondos del Estado.

El acuerdo se basa en acciones en los ámbitos de gestión financiera, administración pública y rendición de cuentas.

Las normativas sobre licitaciones, transferencias presupuestarias, contrataciones y fideicomisos, entre otras, serán estudiadas para efectuar los cambios necesarios para garantizar transparencia en el uso de los recursos del Estado, según Jorge Lavarreda, del Centro de Investigaciones Económicas Nacionales e integrante de la Coalición.

Añadió que se harán propuestas técnicas en cada uno de los temas.

El comisionado para la Transparencia aseguró que la propuesta de la Coalición coincide con los planes que se tenían sobre el tema.

El compromiso del Gobierno es trabajar coordinadamente con las organizaciones de la Coalición, porque sus propuestas coinciden con nuestra agenda, puntualizó.

Síntesis, propuesta. En los próximos meses se analizarán varias medidas para transparentar el gasto público:

- Proponen cambios a leyes, como la de fideicomisos, contrataciones, transferencias y licitaciones.
- El acuerdo entre el Gobierno y la Comisión por la Transparencia tendrá vigencia hasta junio de 2005.”²⁶

“Formas de evadir la Ley Fideicomisos y ONGs son los mecanismos más usados por las entidades públicas Por: Ana Lucía Blas

Las instituciones públicas, entre ellas las municipalidades, han encontrado diversos mecanismos para evadir la Ley de Compras y Contrataciones del Estado, como adjudicar obras a través de organizaciones no gubernamentales (ONGs) o fideicomisos, tal y como lo han hecho algunos diputados con el Programa de Apoyo Comunitario y Rural, a través de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

El Reglamento de la Ley de Contrataciones establece que es obligatorio para los organismos del Estado, empresas públicas estatales y municipalidades, publicar en Guatecompras las convocatorias e información relacionada con la compra, venta y contratación de bienes, obras y servicios superiores a Q30 mil.

Formas de evadir

Sin embargo, a través de esa página de Internet se puede detectar un sinnúmero de mecanismos empleados para evadir la ley.

Lo más común es que los contratos se realicen con ONGs o fideicomisos, que se manejan como sujetos de derecho privado, dice Marvin Flores, del proyecto Promoción de la Transparencia en Contrataciones Públicas.

²⁶ **Ibíd.** Pág. 16.

La Municipalidad de Río Hondo, Zacapa, por ejemplo, no ha publicado concursos en Guatecompras, con el argumento de que no cuentan con la tecnología necesaria para utilizar ese sistema electrónico. Sus contrataciones las realiza a través de ONGs, como la Asociación Vivamos por un Desarrollo Mejor.

Esa entidad no ha dado a conocer en qué invierte los fondos provenientes de Río Hondo, a pesar de que la Ley del Presupuesto de 2006 establece: Toda entidad (...) que reciba o administre fondos públicos, deberá publicar en Guatecompras sus contrataciones y adquisiciones.

De los 65 fideicomisos estatales y los 165 municipales registrados en el sistema bancario, sólo 13 cuentan con publicaciones en esa página de Internet.

Contratar a través de ONGs o fideicomisos no es ilegal, pero al pasar los recursos a manos privadas es más difícil fiscalizarlos, explica Flores. Asimismo, los fondos provenientes de préstamos con organismos internacionales quedan exentos de publicar en Guatecompras, lamenta.

Otros ejemplos

Otras formas para evadir la Ley de Contrataciones es vendiendo un limitado número de bases o aceptando sólo algunas ofertas, señala Flores. Ese es el caso de un evento de cotización para compra de tubería PVC, publicado por la Municipalidad de Santa Cruz Verapaz, Alta Verapaz, el jueves 15 de diciembre de 2005.

De acuerdo con una denuncia hecha en Guatecompras, cuando las empresas interesadas acudieron a comprar las bases, el lunes 19 de diciembre (la comuna permaneció cerrada viernes, sábado y domingo), se les indicó que sólo habían elaborado cuatro y ya las habían vendido.

El dinero que manejan los Consejos Departamentales de Desarrollo tampoco está sujeto a la normativa, ya que no tienen figura legal para firmar contratos, agrega Flores. De esa manera, los gobernadores deciden cómo, cuándo, en qué y con quién ejecutar los recursos, puntualiza.

Denuncias: dudas

Estas son algunas denuncias hechas por proveedores, a través de la página electrónica de Guatecompras, a algunos concursos:

La Municipalidad de Río Hondo, Zacapa, contrata a través de ONGs, por lo que no cuenta con publicaciones en la página de Guatecompras.

La comuna de Villa Nueva, Guatemala, tampoco cuenta con publicaciones, por contratar a través de un fideicomiso.

Un concurso del Fondo Nacional para la Paz, para dotación de molinos de nixtamal en Zacapa, pedía que se cotizara una marca específica.

Eso contradice la Ley de Contrataciones, que establece que los productos deben solicitarse bajo especificaciones técnicas, por lo que las bases se modificaron.

Se publican sólo algunos eventos. La Municipalidad de Quetzaltenango fue señalada por no haber publicado cinco contratos en 2004.

No se publican las bases del concurso. De acuerdo con la ley, las bases en papel sólo podrán venderse después de haber sido publicadas en Guatecompras.

Propuesta: debe reformarse el sistema de contrataciones del Estado.

La Ley de Contrataciones del Estado, creada en 1992, dejó las puertas abiertas para que se cometieran anomalías. Para garantizar la transparencia y eficiencia, esas puertas deben cerrarse, asegura Jorge Mario Andrino, de la Comisión Presidencial para la Reforma, Modernización y Fortalecimiento del Estado (COPRE).

Esa entidad presentará al presidente Óscar Berger una propuesta de reforma al sistema de contrataciones, para que este mes pueda llegar como iniciativa de ley al Congreso.

De aprobarse esa reforma, los fideicomisos, organizaciones no gubernamentales y préstamos internacionales estarían regulados por la Ley de Contrataciones, explica Andrino.

Se contempla la creación de un ente rector para supervisar las contrataciones, ya que hasta ahora la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, encargada de monitorear los procesos de adquisición, no tiene las facultades necesarias para fiscalizar, señala.

Se modificaría la integración de las juntas de calificación y se obligará a publicar información sobre los concursos en Guatecompras.²⁷

“Se endurece exigencia de usar Guatecompras, Finanzas lo incluye en requisitos para entrega de fondos. Por: Ana Lucía Blas.

Desde ayer, tener un Número de Operación en Guatecompras (NOG) es un requisito que será exigido para que las entidades públicas puedan acceder a una asignación presupuestaria para comprar o contratar bienes y servicios.

²⁷ **Ibíd.** Pág. 24.

Si las instituciones del Estado no publican los eventos de compra y contratación en Guatecompras, no recibirán del Ministerio de Finanzas los fondos para pagar a sus proveedores, explicó Rudy Villeda, director de Contabilidad del Estado.

Ello se debe a que ayer entró en vigencia el Acuerdo Ministerial 40-2005, que crea el Sistema Informático de Gestión (SIGES), que administrará los procesos de gestión del pedido de adquisiciones, con una interacción con el portal Guatecompras.

Las órdenes de compra de las entidades públicas serán ahora electrónicas y se operarán a través de Internet, dijo Villeda.

Contar con un NOG -código que se asigna a cada invitación publicada en el portal- será una exigencia indispensable para solicitar al Ministerio de Finanzas los fondos para los proyectos, compras y contrataciones.

La interacción con Guatecompras impedirá que se utilicen NOG o proveedores falsos en las órdenes de compra, explicó Villeda.

El uso del sistema será obligatorio para todas las instituciones del sector público. Sin embargo, esa medida comenzará con las dependencias de la administración central, hasta cubrir todas las que utilizan el Sistema de Contabilidad Integrada, del cual es parte Guatecompras.

Para las municipalidades se dará un período de gracia, porque la infraestructura de conectividad a Internet en la provincia puede ser defectuosa, expresó el director.

Agregó que actualmente sólo cinco comunas cuentan con las herramientas necesarias para integrarse al SIGES.

Auditoría

El SIGES permitirá contar con información electrónica respecto de las compras y pagos que hacen las instituciones del Estado, y facilitar su auditoría, aseguró Villeda.

Antes, las órdenes de compra se redactaban de forma manual y se adjuntaban a ellas facturas y documentos que hacían el proceso complicado y difícil de fiscalizar, reconoció.

Ahora se podrá localizar la información con rapidez y controlar de esa forma qué se compró y cuánto se pagó. También será más fácil determinar responsabilidades, ya que el proceso estará desconcentrado en las unidades ejecutoras de cada institución, añadió.

Sin embargo, para Sergio Quiñónez, del Sistema de Monitoreo de la Obra Pública, lo importante será fortalecer la fiscalización de la Contraloría General de Cuentas (CGC) a los procesos publicados en Guatecompras.

Podría haber procesos viciados que si no se auditan recibirían los fondos por contar con un NOG, manifestó.

Deben mejorarse los medios de verificación durante el concurso, señaló Quiñónez.

Hasta ahora, el papel de la Contraloría ha sido débil, hay muchas denuncias a las que no se ha dado seguimiento, añadió.

ONGs y fideicomisos

Las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) y los fideicomisos son figuras que se han utilizado para evadir la Ley de Contrataciones del Estado, señaló Marvin Flores, del proyecto Promoción de la Transparencia en Contrataciones Públicas.

Muchas comunas hacen sus contratos a través de ONGs y adjudican las obras a empresas de amigos o de funcionarios públicos, sin que se lleve a cabo un proceso de cotización o licitación, agregó.

Sin embargo, desde diciembre de 2005, la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal de 2006 establece que las ONGs, asociaciones, fundaciones, cooperativas, fideicomisos, entre otros, que reciban o administren fondos públicos, deberán publicar en Guatecompras las adquisiciones y contrataciones superiores a Q30 mil.

No obstante, aún no están sujetas a las disposiciones de la Ley de Contrataciones, lamentó Quiñónez.

Es necesario reformar la ley, para evitar que siga evadiéndose, puntualizó.

Municipalidades serán sancionadas

La Contraloría General de Cuentas (CGC) sancionará a 13 municipalidades por no utilizar el portal Guatecompras para publicar las convocatorias e información sobre la compra, venta y contratación de bienes, obras y servicios.

Desde febrero de 2004, el Reglamento de la Ley de Compras del Estado obliga a todos los organismos públicos y comunas a utilizar ese sistema, señaló Joaquín Flores España, Contralor General en funciones.

El funcionario informó que la comuna de Santa Cruz Balanyá, Chimaltenango, nunca ha usado Guatecompras, por lo que se le sancionará con una multa de Q293 mil 256.

Los ayuntamientos de Gualán y San Diego, Zacapa; Rabinal, Baja Verapaz; El Estor, Izabal, entre otras, también recibirán sanciones.

La ley es de aplicación general, y no hay pretextos para no cumplirla, aseveró.

De acuerdo con un informe de Acción Ciudadana, 73 municipalidades nunca han publicado en el portal.

Procesos anulados

Estos son algunos procesos que se suspendieron porque se detectaron anomalías a través de Guatecompras.

Compra de 60 computadoras marca Dell por el Ministerio de Gobernación, en marzo de 2004. El evento se canceló por dirigirse a una marca específica.

Por errores de forma y de fondo en la redacción de un concurso, se anuló la compra directa de alimentación servida para aspirantes a guardias penitenciarios solicitada por la Dirección General del Sistema Penitenciario.

Por medio del portal, los usuarios pueden plantear quejas, críticas o sugerencias, a través de inconformidades, por anomalías en cualquier fase o procedimiento administrativo de una compra o contratación.

Actualmente, hay 163 inconformidades de diversos proveedores en Guatecompras y más de 17 mil concursos publicados.

Herramienta de control y transparencia

El sistema de Guatecompras fue creado para informar y transparentar los contratos. Éstos son algunos detalles del programa, y los cambios ordenados por las autoridades.

Proceso de contratación:

Autoridades deciden ejecutar el proyecto.

Publican en el diario de mayor circulación y en Guatecompras la invitación para que las empresas participen.

El portal asigna a cada evento de contratación un Número de Operación en Guatecompras (NOG).

Empresas interesadas presentan su oferta, que es evaluada por una junta calificadora.

La obra se adjudica y se publica en Guatecompras.

Proceso nuevo (SIGES)

La unidad ejecutora redacta una orden de compra electrónica para solicitar fondos. Debe incluir el NOG del concurso.

La unidad financiera de la entidad aprueba la orden de compra y redacta un Comprobante Único de Registro (CUR).

El Ministerio de Finanzas asigna los fondos solicitados en el CUR.

Mercado electrónico

Guatecompras es un mercado electrónico, operado a través de Internet.

Su uso es obligatorio para los organismos del Estado y municipalidades.

En el sistema se publican las convocatorias e información relacionada con la compra, venta y contratación de bienes, obras y servicios.

Sus objetivos son:

Reducir la corrupción. Los procesos de adquisiciones están a la vista de todos en la página www.guatecompras.gt

Los costos se reducen, ya que hay más competencia entre las empresas interesadas.

Qué es el SIGES

Sistema Informático de Gestión:

Creado por Acuerdo Ministerial 40-2005, el SIGES administrará los procesos de gestión del pedido, orden y evento de compras, y el abastecimiento y consumo de bienes.”²⁸

“Q10 mil millones están sin control ni fiscalización. Por: Jennyffer Paredes

El Gobierno mantiene constituidos 18 fideicomisos, que suman Q10 mil 535 millones, sin control ni fiscalización, denunció ayer Nineth Montenegro, de Encuentro por Guatemala.

La congresista anunció que propondrá normas presupuestarias para el próximo año, que eviten el abuso en el uso de la figura del fideicomiso, ya que de la cifra mencionada ninguna autoridad informa sobre su administración.

Montenegro expresó que le preocupa que esos fondos no son fiscalizados por la Contraloría General de Cuentas, y que los recursos pueden usarse sin reglas ni controles, lo cual, advirtió, puede prestarse a corrupción.

²⁸ **Ibíd.** Pág. 13.

Añadió: no es posible que las autoridades continúen colocando los recursos públicos en cuentas en bancos privados, devengando intereses, y sin proporcionar información sobre su uso.

De los 18 fideicomisos existentes, 12 fueron creados con una vigencia de 25 años, y 11, con 20. Hay 10 de estos fondos a 10 años plazo, y el resto, para entre uno y tres años.

La Coalición por la Transparencia también manifestó recientemente su preocupación por la colocación de fondos públicos en fideicomisos.

Ese grupo señaló que son corrompidos tanto por acciones administrativas como por la ineficiencia del Estado.

Cifras de los fideicomisos

El Gobierno mantiene Q10 mil 535 millones de fondos públicos en cuentas privadas constituidas al amparo de fideicomisos.

El monto está dividido en 18 fideicomisos constituidos en seis bancos.

La Contraloría no está obligada a revisar el uso que se da a ese dinero, según la ley. Hasta el año recién pasado, el dinero que se ha invertido a través de fideicomisos suma Q4 mil 585 millones.

La mayoría de fideicomisos constituidos en la actualidad vencerá en el 2030.”²⁹

²⁹ **Ibíd.** Pág. 15.

4.3. Análisis de la regulación legal

Lo señalado hasta aquí, sirve para demostrar de manera doctrinaria, práctica, teórica y legal, la forma en que se desarrolla el fideicomiso público. Sin embargo, pese a ser un problema evidente, que muy pocos ciudadanos han de ignorar, es necesario sustentar lo que se dice, dada la naturaleza del presente estudio y por fines netamente académicos, con las anteriores citas de publicaciones y opiniones en diarios del país; que registran en todo caso, el criterio sustentado y la desvirtuación de la figura del fideicomiso público, que lejos de ser una forma de agilizar el desarrollo comunitario, y brindar una alternativa a la necesidad económica de las entidades públicas, se presta para el despilfarro y malversación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No obstante, no existe una normativa que establezca su procedimiento de constitución, autorización, sus finalidades, sus cargos etc. Siendo el fideicomiso, un contrato que cuenta con muchas condiciones a establecer, el funcionario también decide de forma discrecional y no reglada, todas aquéllas.

Una de las afectaciones a la transparencia que debe tener el fideicomiso en el Estado, es el secreto bancario.

Los bancos son las entidades jurídicas que desarrollan el negocio de la banca aceptando depósitos de dinero que a continuación prestan.

El objetivo de los bancos consiste en obtener un beneficio pagando un tipo de interés por los depósitos que reciben, inferior al tipo de interés que cobran por las cantidades de dinero que prestan.

En términos contables, los depósitos constituyen el pasivo de los bancos, puesto que éstos tendrán que devolver el dinero depositado, mientras que los préstamos son activos.

La actividad desempeñada por los bancos suele ser sometida al control de un banco central.

Hay muchas clases de bancos, si bien se puede establecer la siguiente clasificación, aunque la creciente competencia y el aumento de los distintos servicios que ofrecen estas entidades hace que las diferencias resulten cada vez menos nítidas.

En primer lugar hay que destacar los denominados bancos comerciales. Además de los servicios habituales que ofrecen los bancos, como la posibilidad de abrir una cuenta corriente y tener cheques, también operan con divisas, emiten tarjetas de crédito, disponen de asesores para inversiones y para el pago de impuestos, y ofrecen servicios financieros, como los seguros.

Existe una gran concentración en el sector bancario de casi todos los países, por lo que los clientes encuentran sucursales de su banco en cualquier ciudad del país.

Una importante excepción a esta regla, representada por Estados Unidos de América, país en el que existen cientos de bancos comerciales, debido a que una ley prohibía a un banco operar en más de un estado. Hasta 1985 no se modificó esta situación.

Los bancos industriales tienen como objetivo principal el servir de intermediarios entre inversores y demandantes de fondos a medio y largo plazo y a menudo participan en las actividades que quieren realizar estos últimos.

Han tenido también una creciente participación en servicios de asesoría para las fusiones y ofertas públicas de adquisición.

Las cajas de ahorro, entidades muy comunes en toda Europa occidental, se crearon para atraer a los pequeños ahorradores y ofrecer servicios sociales a la comunidad, pues hay una importante participación de las autoridades públicas. En los últimos años han ido ofreciendo el mismo tipo de servicios que los bancos comerciales.

Las uniones crediticias, o cooperativas de crédito, son grupos de personas que tienen algún vínculo (como por ejemplo, pertenecer a una misma industria) y que crean una

asociación para obtener los beneficios que obtendrían de una caja de ahorro o de un banco de crédito a la construcción, gestionando la cooperativa como una organización sin ánimo de lucro.

Estas entidades son muy comunes en muchos países de Occidente. Uno de los principales bancos de Francia, el Crédit Agricole, es una asociación de más de 3,000 cooperativas de crédito.

Es el conjunto de instituciones que permiten el desarrollo de todas aquellas transacciones entre personas, empresas y organizaciones que impliquen el uso de dinero.

Dentro del sistema bancario podemos distinguir entre banca pública y banca privada que, a su vez, puede ser comercial, industrial o de negocios y mixta.

La banca privada comercial, se ocupa sobre todo de facilitar créditos a individuos privados. La industrial o de negocios, se especializa en empresas industriales, adquiriéndolas y dirigiéndolas.

La banca privada mixta combina ambos tipos de actividades. En el siglo XIX fueron muy comunes los bancos industriales, aunque éstos han ido perdiendo fuerza a lo largo del siglo XX en favor de la banca mixta.

Dentro de la banca pública debemos destacar, en primer lugar, el banco emisor o banco central, que tiene el monopolio de emisión de dinero y suele pertenecer al Estado. Asimismo, destacan las instituciones de ahorro y dentro de éstas, en España, las cajas de ahorro.

Las características del sistema bancario son:

- Interactividad

- Interés compuesto

El principal papel de un banco consiste en guardar fondos ajenos en forma de depósitos, operaciones denominadas de pasivo.

Los bancos cobran una serie de comisiones por los distintos servicios que ofrecen a sus clientes: tarjetas de crédito, banco telefónico, entre otros. Sin embargo, puesto que el banco puede disponer del ahorro del depositante, remunera a este último mediante el pago de un interés.

Se pueden hacer varios tipos de depósitos.

En primer lugar, pueden materializarse en las denominadas cuentas corrientes: el cliente cede al banco unas determinadas cantidades para que éste las guarde, pudiendo disponer de ellas en cualquier momento.

Tiempo atrás, hasta adquirir carácter histórico, estos depósitos no estaban remunerados, pero la creciente competencia entre bancos ha hecho que esta tendencia haya cambiado de forma drástica en todos los países occidentales.

En segundo lugar, los bancos ofrecen cuentas de ahorro, que también son depósitos a la vista, es decir, que se puede disponer de ellos en cualquier momento.

Los depósitos y reintegros se realizan y quedan registrados a través de una cartilla de ahorro, que tiene carácter de documento financiero.

La disponibilidad de este tipo de depósitos es menor que la de las cuentas corrientes puesto que obligan a recurrir a la entidad bancaria para disponer de los fondos, mientras que las cuentas corrientes permiten la disposición de fondos mediante la utilización de cheques y tarjetas de crédito.

En tercer lugar hay que mencionar las denominadas cuentas a plazo, en las que no existe una libre disposición de fondos, sino que éstos se recuperan a la fecha de vencimiento aunque, en la práctica, se puede disponer de estos fondos antes de la fecha prefijada, pero con una penalización (la remuneración del fondo es menor que en el caso de esperar a la fecha de vencimiento).

En cuarto lugar, existen los denominados certificados de depósito, instrumentos financieros muy parecidos a los depósitos o cuentas a plazo fijo; la principal diferencia viene dada por cómo se documentan.

Los certificados se realizan a través de un documento escrito intercambiable; es decir, cuya propiedad se puede transferir y negociar en los mercados financieros.

Por último, dentro de los distintos tipos de depósitos, los depósitos de ahorro vinculado son cuentas remuneradas y relacionadas con operaciones bancarias de activo (es el caso de una cuenta de ahorro vivienda: las cantidades depositadas deben utilizarse para un fin concreto, la adquisición de vivienda en este caso).

Los bancos, con estos fondos depositados, conceden préstamos y créditos a otros clientes, cobrando a cambio de estas operaciones (denominadas de activo) otros tipos de interés.

Estos préstamos pueden ser personales, hipotecarios o comerciales. La diferencia entre los intereses cobrados y los intereses pagados constituye la principal fuente de ingresos.

Por último, también ofrecen servicios de cambio de divisas, permitiendo que sus clientes compren unidades monetarias de otros países.

Resumiendo lo apuntado en el presente capítulo, el fideicomiso practicado actualmente por la administración pública no se enmarca dentro de la legalidad, toda vez, que no llena los requisitos de forma y fondo que se exigen para los actos administrativos y la

Contraloría General de Cuentas de la Nación, ente encargado de la fiscalización de la inversión de los fondos públicos; al no cumplir su función en forma estricta, denunciando las ilegalidades que correspondan y especialmente evidenciando por las vías legales correspondientes, la violación de los principios administrativos, y de la ley de la materia, por parte de los funcionarios públicos que constituyen fideicomisos, con fondos del Estado sin estar debidamente facultados en ley para hacerlo; también contribuye a incentivar esa impune práctica tan nociva para la sociedad guatemalteca, por cuanto se trata del dinero proveniente de los impuestos que deben tener como fin último lograr el bien común.

Por lo tanto, la actitud sumisa de la Contraloría General de Cuentas de la Nación, la convierte en partícipe de la inversión de grandes cantidades del erario en la constitución de fideicomisos por medio de procedimientos poco transparentes que pretenden eludir de esa manera, los medios efectivos de control.

En Guatemala el ente encargado de realizar la función de control, es la Contraloría General de Cuentas de Nación.

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

La recurrencia a las formas del fideicomiso privado, es decir a las normas de derecho privado, contenidas en el Código de Comercio cada vez que se constituye un fideicomiso estatal es consecuencia directa de la inexistencia de una ley general para tal instituto.

Adicionalmente, el llevar (como se dijo), fondos de naturaleza pública a formas legales de naturaleza privada, únicamente contribuye a oscurecer los procesos, brindar como es obvio, poca transparencia en su manejo y por tanto, a evitar u obstaculizar la debida fiscalización, misma que se puede dar, pero en tales circunstancias, en forma defectuosa.

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

Esta discrecionalidad que permite además la inversión desmedida de fondos públicos, es consecuencia a su vez, de la falta de regulación legal.

Millones de quetzales se invierten en forma poco transparente, descapitalizando los entes públicos y arriesgando sin la debida securitización, el patrimonio estatal que pertenece al pueblo de Guatemala y al que deben corresponder su fin último y no a uno o dos sujetos, por el solo hecho de ocupar un puesto de funcionario público.

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

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

Sin poderse fiscalizar los fondos provenientes de un fideicomiso, puesto que ya han superado la etapa de erogación en una partida contable que los determinó como: fondos para tal fideicomiso, la Contraloría General de Cuentas de la Nación no puede fiscalizar de manera expedita y queda maniatada. Tal como se explicó en el apartado correspondiente de este capítulo.

Empero hay que enfatizar en tres cosas; por un lado, este último procedimiento, permite lo que se conoce como *numeros aperti*, pues no existe una norma legal que determine quién tiene capacidad para ser fiduciario o fideicomitente o no, por lo tanto la decisión de quién lo es finalmente, constituye un acto discrecional de la autoridad administrativa y consecuentemente violatoria de los principios de derecho administrativo.

Lo segundo es la falta de securitización que ofrece este último procedimiento, puesto que una vez los fondos deban ser administrados por la entidad bancaria o cualquier otra que no sea la entidad estatal, los fondos carecen como es manifiesto, de cualquier tipo de securitización.

Por si fuera poco, es aquí, a partir de este último paso, cuando la entidad fiduciaria es la misma que ejecutará la erogación de los capitales provenientes del fideicomiso, quien queda protegida adicionalmente por el secreto bancario.

Si en todo caso, le resulta posible al Estado, determinar a que empresas fueron a parar los fondos provenientes del fideicomiso, esto ya es consecuencia de una investigación penal o criminal y no de una fiscalización normal de la Contraloría General de Cuentas de la Nación.

Debe regularse dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, por su naturaleza, todo lo concerniente al fideicomiso estatal o administrativo, mediante reforma que adicione el articulado necesario. Si se regulan normas especiales para el fideicomiso estatal, éste deberá prever dentro de su norma:

- La transferencia del patrimonio fideicometido como unidad a otra sociedad de igual giro;
- Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales;
- La continuación de la administración de los bienes fideicomitidos hasta la extinción del fideicomiso;
- La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicometido;
- La designación de aquél que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman;
- Cualquier otra materia que determine la asamblea, relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado.

Si se realiza la reforma a la Ley de Contrataciones del Estado, tomando en cuenta los postulados indicados se evita la utilización prudencial del erario, pues, al salir de las normas de control, fiscalización y rendición de cuentas los fideicomisos se convierten en gasto discrecional. No pasan por la Ley de Contrataciones, que tampoco es la garantía.

Pero, en tal caso, la designación del proveedor o del contratista es legalmente a dedo, y detectar sobornos, comisiones o conflictos de interés resulta casi imposible.

No es poco dinero. Alrededor de 60 fideicomisos creados por instituciones del gobierno central acaparan el 15 por ciento del presupuesto del Estado en 2006. Si se agregan los fideicomisos de las municipalidades, la relación sube con notoriedad.

Uno de cuatro centavos del gasto público se aplica a través de ese mecanismo. La Municipalidad de Guatemala, por ejemplo, tiene en fideicomiso casi la totalidad de su presupuesto de inversión.

El alcalde Álvaro Arzú tiene vieja predilección por esa figura, pues en su período presidencial creó el 50 por ciento de los fideicomisos. Solamente en 1999 formó 19, y el 22 por ciento del gasto de la administración central se fue a través de dichos contratos. Ciertamente, el fideicomiso tiene su regulación en el contrato privado al que se hace referencia en el primer capítulo de la presente investigación, es decir en el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, pero para efectos de las normas que tienden a regular las relaciones del Estado con sus distintas entidades y sobre todo, para el manejo de fondos no existe regulación legal alguna, ni en la Ley de Contrataciones del Estado, ni la Ley del Presupuesto anual, ni en el Código Penal, etc. Por lo que concluyo, que si se pretende transparentar el gasto público, también es necesario transparentar la inversión estatal, la cual se ve seriamente afectada por la falta de una normativa que regule el fideicomiso administrativo.

CONCLUSIONES

1. El contrato de fideicomiso con fondos públicos que contrata el Estado y sus instituciones con los bancos del sistema y entidades financieras privadas, carece de eficiente fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas de la Nación, como órgano rector para la transparencia en la inversión y el gasto de los fondos públicos en Guatemala.
2. Como consecuencia de la falta de fiscalización de los fideicomisos creados por el Estado, el erario está siendo perjudicado mediante la malversación de los fondos, el despilfarro, por lo que la constitución de estos contratos se convierten en focos de corrupción de funcionarios públicos que velan solo por sus intereses, el de sus familiares y amigos.
3. Actualmente no existe en la legislación guatemalteca, un cuerpo normativo específico que regule la institución del fideicomiso con fondos públicos, por lo que en su creación se apega a lo que establece el Código de Comercio, dándose así equivocadamente una característica institucional del contrato en el derecho privado, por lo que se hace más difícil su fiscalización.
4. El fideicomiso creado con fondos públicos ejecutado como actualmente se hace, no cumple con la observancia de los principios de legalidad y transparencia de la Administración Pública, mucho menos se apega al fin supremo del Estado de la realización del bien común puesto que con la falta de fiscalización, los fondos se desvían para satisfacer intereses particulares.
5. El sistema Guatecompras se estableció para lograr la eficiencia de la Administración Pública y con la finalidad de transparentar el gasto y la inversión estatal en proyectos de interés colectivo; sin embargo, ese mecanismo no es utilizado por las autoridades en la contratación de los fideicomisos con fondos de Estado, más bien predomina la discrecionalidad.

RECOMENDACIONES

1. La Contraloría General de Cuentas debe fiscalizar eficientemente los contratos de fideicomiso constituidos con fondos públicos que el Estado y sus instituciones contratan con los bancos del sistema y entidades financieras privadas, utilizando sus facultades constitucionales y legales de fiscalizar a toda persona que reciba e invierta fondos del Estado para administrarlos.
2. Debe crearse una Unidad de Fiscalización de Fideicomisos dentro de la Contraloría General de Cuentas de la Nación que audite y vele que se empleen las normas de control en la creación y ejecución del fideicomiso así como velar por la inversión de los fondos provenientes del mismo en proyectos para el beneficio colectivo.
3. Se debe reformar la Ley de Contrataciones del Estado, por parte del Congreso de la República de Guatemala, estableciendo las normas y mecanismos para transparentar la contratación del fideicomiso con fondos públicos, para que la Contraloría General de Cuentas de la Nación pueda fiscalizar libremente el manejo de los fondos del fideicomiso.
4. Se debe regular en la Ley de Contrataciones del Estado, la observancia obligatoria de los principios de legalidad y transparencia para la contratación de Fideicomiso público y la omisión de cláusulas contractuales desfavorables para el Estado, para que éste cumpla con su fin supremo de realizar el bien común para todos sus habitantes.
5. El Estado, sus instituciones, las municipalidades y demás entidades autónomas deben utilizar obligatoriamente el sistema Guatecompras en la contratación de cualquier servicio público y específicamente en el contrato de fideicomiso con fondos del Estado, prohibiendo la discrecionalidad en el tratamiento de los asuntos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

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

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El Negocio jurídico**. Guatemala: (s.e) 2007.

ALVARADO, Ricardo y otros. **Contratos en notarial IV**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix., 2007.

BAUCHE GARCÍADIEGO, Mario. **Operaciones Bancarias**. 2ª. ed.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1974.

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

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. S.R.L. 2008.

CALDERÓN, Hugo. **Derecho administrativo I**. Guatemala: Ed. Vile, 1999.

CALDERÓN, Hugo. **Derecho administrativo II**, Ed. Vile, Guatemala, 1999.

CASTILLO GONZALEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública**. 10ª. Ed. Guatemala (s.e.), 1998.

COLINDRES ROCA, Ronald Manuel. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala**. Época XIII, número 12. Guatemala, 2004.

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

DUIT, León. **Manual de derecho constitucional**. 2ª. ed. Madrid, España: Ed. Príncipe, 1998.

BANCO DE COMERCIO, S.A. **Doce preguntas sobre El Fideicomiso: Publicación del División del Fideicomiso**. 2ª. ed. México D.F: (s.e.)1954.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones de Palma, 1997.

HERNÁNDEZ DE LA PORTILLA, Alejandro. **Ciclo de conferencias sobre el fideicomiso**. Editado por Banco de Comercio, S.A. México, 1995.

CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS DE LA NACIÓN. **Manual de auditoria gubernamental**. Guatemala, (s.e.), 2006.

M. KIPER, Claudio y Silvio V Lisoprawski. **Fideicomiso, dominio fiduciario, securitización**. Buenos Aires, Argentina: Ed. De palma; 1996.

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

PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Negocio jurídico mercantil, II parte**. Guatemala, (s.e.), 2000.

Los fideicomisos. Pág. 12. Prensa Libre (Guatemala) Año 54, No. 16757, (martes 24/9/08.)

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

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

Legislación

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

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

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

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

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

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

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

Ley de Tribunal de Cuentas. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 1126 y sus reformas, Guatemala, 1956.