

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia



**Los fideicomisos públicos y su fiscalización en el Derecho
Comparado**
(Tesis de Licenciatura)

Lidia Aracely Villatoro González

Guatemala, octubre 2019

**Los fideicomisos públicos y su fiscalización en el Derecho
Comparado**
(Tesis de Licenciatura)

Lidia Aracely Villatoro González

Guatemala, octubre 2019

Para efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º, literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **Lidia Aracely Villatoro González** elaboró la presente tesis, titulada “**Los fideicomisos públicos y su fiscalización en el Derecho Comparado**”.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Vice Decana M. Sc. Andrea Torres Hidalgo

Director de Carrera M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Coordinador de Sedes M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador de Postgrados y

Programa de Equivalencias Integrales M.A. José Luis Samayoa Palacios

Coordinadora de Procesos académicos Licda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid



UPANA

Universidad Panamericana
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, diecinueve de enero de dos mil diecinueve. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y SU FISCALIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**, presentado por **LIDIA ARACELY VILLATORO GONZÁLEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor a la **M.Sc. ALBA LORENA ALONZO ORTIZ**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Guatemala 13 de mayo 2019.

Señores Miembros

Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Universidad Panamericana

Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como **tutor** del estudiante: **Lidia Aracely Villatoro González**, carné: **0911447**. Al respecto se manifiesta que:

- a) Brindé acompañamiento al estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada: **Los fideicomisos públicos y su fiscalización en el Derecho Comparado**.
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,


M.Sc. Alba Lorena Alonzo Ortíz.
Tutora de Tesis.

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, diez de junio de dos mil diecinueve. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y SU FISCALIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**, presentado por **LIDIA ARACELY VILLATORO GONZÁLEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al **LIC. FREDY MANUEL BARRIOS ÁLVAREZ**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

c.c. Archivo

Guatemala 16 de Agosto de 2019.

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

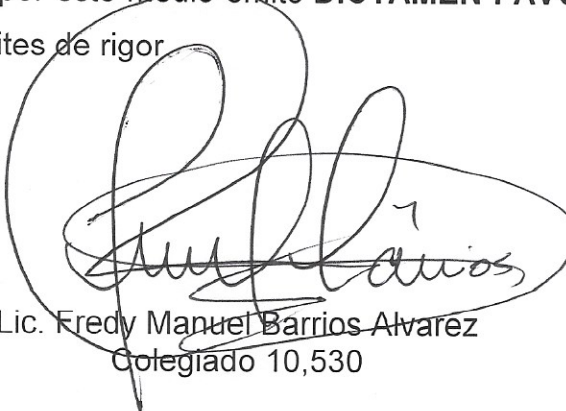
Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como **Revisor** de la tesis del estudiante **LIDIA ARACELY VILLATORO GONZÁLEZ**, carné 0911447, titulada **LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y SU FISCALIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**.

Al respecto me permito manifestarles que, la versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y fondo, estableciendo que la misma constituye un estudio serio que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,



Lic. Fredy Manuel Barrios Alvarez
Colegiado 10,530

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: LIDIA ARACELY VILLATORO GONZÁLEZ
Título de la tesis: LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y SU FISCALIZACIÓN
EN EL DERECHO COMPARADO

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor y Revisor, en donde consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.


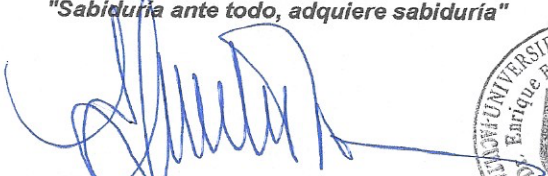
Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 16 de octubre de 2019.

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

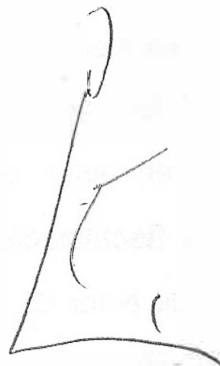
En la ciudad de Guatemala, el día veintiséis de septiembre del año dos mil diecinueve, siendo las catorce horas en punto, yo, **LUIS FERNANDO VILLATORO LÓPEZ**, Notario me encuentro constituido en la sede central de la Universidad Panamericana, ubicada en la Diagonal treinta y cuatro, treinta y uno guión cuarenta y tres zona dieciséis, de esta ciudad, en donde soy requerido por **LIDIA ARACELY VILLATORO GONZÁLEZ**, de treinta y cuatro años de edad, casada, guatemalteca, bachiller en computación, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) dos mil quinientos nueve espacio treinta y cuatro mil quinientos ochenta y dos espacio mil ochocientos uno (2509 34582 1801), extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA**: Manifiesta **LIDIA ARACELY VILLATORO GONZÁLEZ**, bajo solemne juramento de Ley y advertida de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA**: Continúa manifestando bajo juramento la requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: "**Los Fideicomisos Públicos y su fiscalización en el Derecho Comparado**"; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en ambos lados, que numero, sello y firmo, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie y número AM guión cero



cuatrocientos mil ciento siete (MA-0400107) y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con número cuatro millones setecientos cinco mil setenta y seis (4705076). Leo lo escrito a la requirente, quien enterada de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma con el Notario que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name, possibly 'Luis Fernando Villatoro López', written over a horizontal line.

ANTE MÍ:

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name, possibly 'Luis Fernando Villatoro López', written over a horizontal line.

Licenciado
Luis Fernando Villatoro López
Abogado y Notario

Dedicatoria

A Dios: Por sembrar en mi corazón el sueño de alcanzar esta meta y brindarme las herramientas para alcanzarla.

A mis padres: Estuardo y Mirna, quienes desde pequeña me hicieron soñar con este momento, y con cuidado regaron mis ilusiones desde niña para hacerme una mujer de convicción, gracias por nunca dejar de creer en mi y alentarme a continuar luchando.

A mis hermanos: Ludwing Estuardo y María José, que desde siempre caminan a mi lado compartiendo los buenos y malos momentos recordándome que siempre nos tendremos los unos a los otros.

A mi esposo: Juan Andrés, tu apoyo hizo posible que pudiera resistir el proceso, gracias por acomodar todo para que mis metas fueran un sueño en familia, por llenarme de valor cuando las dudas me agobiaban, por ocuparte de nuestro hogar cuando las jornadas de estudio se extendieron, este triunfo es nuestro.

A mis hijos: Andrés Estuardo, a tu corta edad me recuerdas constantemente que puedo dar siempre un poco más, me enseñaste a confiar en mi, con tu ternura y tus besos renovaste mis energías para continuar soñando, gracias por creer en mi y acompañarme con tanta comprensión en esta jornada. A mi hija Ana Daniela, quien desde el vientre me llenó de fuerzas que no conocía, hoy que te tengo en mis brazos y veo tu rostro siempre recuerdo la travesía que compartimos, sé que Dios te hizo fuerte y tú me fortaleciste a mi, ¡lo logramos!

A mis amigos: Iniciamos como compañeros de estudio y ahora tengo el privilegio de llamarlos mis amigos, gracias porque en esos momentos de desesperación cuando creía que ya no podía dar un poco más de mi no me dejaron renunciar y me recordaron por qué no era permitido darme por vencida, y con bromas ayudaron a reír en los momentos más difíciles, aprendí junto con ustedes que los límites los marcamos nosotros mismos, siempre los voy a llevar en mi corazón.

A mis catedráticos: Por siempre retarme a dar más, y contagiarme del amor por el aprendizaje y el derecho.

A todas esas personas que de una u otra forma me acompañaron en esta jornada con palabras de aliento, gracias, soy bendecida por la luz de sus vidas.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Los fideicomisos públicos y su fiscalización en el Derecho Comparado	1
Los fideicomisos	1
Fideicomisos constituidos con fondos públicos	35
Responsabilidad en el manejo de los fondos del Estado	66
Análisis sobre la responsabilidad de los actores dentro de los fideicomisos constituidos con fondos públicos	76
Conclusiones	82
Referencias	86

Resumen

Dentro del presente documento se realizó una investigación documental que consistió en el estudio de la doctrina y legislación aplicable a los fideicomisos públicos en Guatemala, México, Argentina y Colombia se inició con análisis de las generalidades de la institución tanto mercantil como de naturaleza pública, prosiguiendo con la recopilación de antecedentes, se generaron definiciones, señalando características y elementos para determinar la naturaleza jurídica de los fideicomisos tanto en Guatemala como en las legislaciones analizadas en el Derecho Comparado, asimismo se determinó e individualizó la legislación que regula la institución en los países señalados. Se abarcaron los procesos de constitución, modificación y extinción desde el punto de vista de su regulación legal y la normativa jurídica aplicable, así como el proceso administrativo de los procesos modelos referidos, efectuando a partir de ese punto interpretación sobre los mismos, comparando finalmente con las legislaciones internacionales en cuanto a los puntos en común con Guatemala.

Para desarrollar la responsabilidad en el manejo de los fondos del Estado se determinaron en primer lugar quienes son los actores responsables de la fiscalización de los fideicomisos de acuerdo con la normativa vigente tanto en Guatemala como en México, Colombia y Argentina

identificando a los homólogos dentro de la legislación internacional. Una vez identificados los actores se procedió con relación al ciclo de vida de los fideicomisos para la determinación de los responsables durante la vigencia del fideicomiso, al realizar modificaciones o extinguirse este, continuando posteriormente al estudio del Derecho Comparado. En el último apartado se desarrolla el análisis de resolución administrativa relacionada con fideicomiso constituido por la administración pública de Guatemala y que se encuentra vigente; a partir del estudio del expediente se explica su procedencia y se plantean inquietudes con relación a lo determinado por la institución en la resolución analizada.

Palabras clave

Fideicomisos. Fiducia. Fiscalización. *Trust*. Transparencia. Procesos.

Introducción

A través de la presente investigación documental se buscará analizar los documentos, doctrinas, legislación vigente que se relaciona y aplica a los fideicomisos públicos tanto en la legislación guatemalteca como en el Derecho Comparado en México, Colombia y Argentina, la fuente principal de información la constituirá la normativa jurídica general de la institución a estudiarse así como la específica aplicable a los contratos de fideicomisos constituidos con fondos públicos. Para poder determinar la responsabilidad en la fiscalización de los fondos públicos es necesario iniciar con el desarrollo de la institución del fideicomiso, para lo cual se procederá con la determinación de cuáles son los antecedentes del fideicomiso como se conoce actualmente en Guatemala, se continuará con el análisis en las legislaciones internacionales de los países señalados en cuanto a este punto así como la definición, elementos, características y la naturaleza jurídica que nos ayudará a comprender el por qué de la regulación en cierto sentido en los países que se estudiarán.

Los fideicomisos públicos son herramientas alcanzar el bien común en varios países, en Guatemala actualmente existen más de 30 fideicomisos constituidos, la importancia de la comprensión, estudio y análisis de los fideicomisos nos permitirá emplear esta herramienta de una mejor

manera y nos ayudará a determinar las falencias de nuestro sistema en este sentido. Se desarrollarán los procesos de los fideicomisos de acuerdo a los procesos generados por el ente rector en la materia tanto para constitución, modificación como extinción, integrando para su mejor comprensión la legislación vigente aplicable. Después de establecer los procesos se procederá a determinar la responsabilidad de los actores involucrados dentro de cada etapa del ciclo de vida del fideicomiso, identificados estos elementos se estudiarán en el Derecho Comparado con México, Colombia y Argentina. El análisis que se desarrollará sobre la resolución ha sido electo en virtud de las particularidades que representan en relación con la legislación que existe actualmente, no solo en función del contenido de la resolución sino del fideicomiso mismo.

Los fideicomisos públicos y su fiscalización en el Derecho Comparado

Los fideicomisos

Antecedentes

Es necesario para entender mejor los fideicomisos públicos iniciar la investigación con el análisis de sus raíces, logrando así mejor comprensión de la figura en la actualidad, a lo largo de la historia de esta institución se han desarrollado dos sistemas casi de forma paralela, con marcadas diferencias en cuanto al desarrollo y contenido de los fideicomisos, los principales sistemas que son la base de lo que en esta época se conoce son el del derecho romano y el sistema del derecho anglosajón.

Para referirse al origen de la palabra fideicomiso dentro del derecho romano es menester abocarse a la definición brindada por Villegas Lara (1985) quien al respecto indica: “El acto se basaba en la confianza que existía entre las partes, de ahí que el mismo nombre del negocio se forme del latín *fides* que significa fe y *commissus* que indica comisión”; la etimología de la palabra refleja elemento esencial para los fideicomisos de este sistema, la confianza, es comprensible que en épocas donde los medios jurídicos para darle certeza a los actos eran escasos, la confianza

representaba la más importante cualidad que la persona debía poseer para que los actos se pudieran realizar de acuerdo a la voluntad del que realizaba la comisión.

En el derecho romano la figura del fideicomiso no se encontraba propiamente regulada, surge a raíz de los legados, como una herramienta que se utilizaba para que a través de la sucesión testamentaria se pudiera beneficiar a aquellos que por designación de la ley no podían ser herederos, era un acto puramente testamentario, de naturaleza civil, en donde el causante designaba a una persona con capacidad de acuerdo los requisitos establecidos en la legislación para que administrara y transmitiera los bienes a un tercero.

Eventualmente los fideicomisos fueron desarrollándose y dejaron de ser un instrumento para transmisión de bienes por causa de muerte, surgiendo el *pactum fiducia* que se refería al pacto entre vivos para la transmisión de bienes a favor de un tercero, a raíz de este pacto surgen otras clases de fideicomisos como lo fueron el *pactum fiduciae cum amico* y el *pactum fiduciae cum creditore*, el primero era un fideicomiso a través del cual se encomendaba a un tercero la administración de los bienes a favor de un beneficiario que podía o no ser la misma persona que otorgaba el bien, y el segundo pacto se refiere

a los bienes que el deudor otorgaba en garantía para el cumplimiento de obligaciones provenientes de deudas.

Hasta este momento de la historia, para el pacto entre el sujeto que entregaba los bienes y quien los recibía para administración, en garantía o transferir a un tercero, no se establecían requisitos legales ni obligaciones exigibles a quien recibía los bienes, era más bien un deber moral que se aseguraba con juramento y actos similares, pero no existía una forma de obligar al cumplimiento de lo pactado y tampoco existía una vía para recuperar los bienes dados en fideicomisos, lo que obliga a los romanos a crear la figura del *pretor*, quién era un magistrado con jurisdicción para los temas relacionados con los fideicomisos, y se le encomendaba el deber de hacer cumplir lo pactado, coaccionando para el efecto a las partes.

Dentro del sistema anglosajón, los fideicomisos eran denominados *trust*, conservando la característica de la buena fe de las partes como parte fundamental del pacto, consistía en la transferencia de un bien a otra persona para el beneficio de un tercero. En este sistema de acuerdo con Ramírez (2016) se encuentra el *statute of mortmain* que impedía a las organizaciones religiosas poseer bienes, y era a través del trust que estos religiosos podían adquirir bienes que eran administrados por un tercero para beneficiar a las organizaciones a las que pertenecían.

Al igual que en el derecho romano, el fideicomiso o *trust* como se le denominó en el sistema anglosajón; inició como una herramienta, sin mayor regulación que le fuera aplicable, a medida que este fue evolucionando y se hizo cada vez necesario, comenzaron a emitirse primero disposiciones relativas a su regulación hasta culminar en un compendio de leyes que regulan todo lo relacionado a esta institución jurídica; cabe mencionar, que el fideicomiso en Guatemala es una herencia del sistema anglosajón.

En Guatemala, el fideicomiso surge a través de la Constitución Política de la República de Guatemala del año 1945 en donde se regula por primera vez, autorizando el establecimiento de fideicomisos y determinando como plazo un máximo para su duración el plazo de 25 años, y agregando que este puede ser ampliando. La constitución de 1945 también reguló sobre los plazos de los fideicomisos, estableciendo que podrían ampliarse únicamente en las causas determinadas en el cuerpo legal citado. Posteriormente el fideicomiso fue regulado en el Código Civil, y se configuraba como un contrato por medio del cual se transmitía la titularidad de los bienes al fiduciario, es en el año de 1971 con la entrada en vigor el decreto número 2-70, Código de Comercio de Guatemala que pasa a ser una figura mercantil.

Definición

Después de analizar los antecedentes es procedente continuar definiendo la institución del fideicomiso, Villegas Lara (1985) nos proporciona la siguiente definición: "Es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario" (p. 125); a través de la definición el autor afirma la teoría en cuanto la naturaleza del negocio jurídico, destacando la transferencia de propiedad de los bienes para el beneficio de un tercero.

Asimismo, podemos encontrar la definición de Ramírez Gaitán (2016) que indica:

Contrato por el cual una persona (Fiduciario) recibe de otra (Fideicomitente o fiduciante), que confía en ella, una titularidad de derecho a nombre propio, comprometiéndose a usarla sólo en lo preciso para el fin restringido acordado, en interés del fideicomitente o de un tercero (Fideicomisario) (Navarro Martorell). (p.29)

Este autor se fundamenta de igual manera en cuanto a la naturaleza de la institución en la teoría del negocio jurídico, en esta definición encontramos también la obligación del uso de los bienes fideicometidos únicamente de acuerdo con lo que fue instruido al momento de pactar las condiciones del fideicomiso y para beneficio del tercero nombrado por el fideicomitente.

El Ministerio de Finanzas Públicas de Guatemala proporciona una definición técnica en el apartado denominado el abc de los fideicomisos dentro de su portal *web* que contiene elementos propios de los fideicomisos constituidos con fondos públicos y se relacionan con su funcionamiento:

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

De acuerdo con lo citado, y para diferenciar los fideicomisos mercantiles de los fideicomisos públicos, se puede iniciar indicando que en los últimos, es la administración pública quien comparece en la constitución de fideicomisos a través de un funcionario público mientras que en los fideicomisos privados es una persona individual jurídica o física que comparece, el objeto de la constitución de los fideicomisos públicos es el bien común, mientras que en los de índole mercantil el objeto estará determinado por el tipo de fideicomiso que se constituya, en cuanto a el elemento personal encontramos otra diferencia en virtud que en los fideicomisos públicos se agrega a la unidad ejecutora.

De las definiciones aportadas por los autores citados y con la finalidad de elaborar una propia, es pertinente continuar examinando las características de los fideicomisos, iniciando por determinar con relación a la naturaleza jurídica, este es un negocio jurídico que puede constituirse en testamento o través de un contrato que debe constar en escritura pública, de acuerdo a lo que establece el Código de Comercio de Guatemala en el artículo 770. Otra de las características que justifican la regulación de esta institución jurídica dentro de la legislación mercantil es la onerosidad, el artículo 793 del Código de Comercio de Guatemala determina la obligación del pago de honorarios para el fiduciario que deben ser cubiertos por el fideicomitente o el fideicomisario, según lo que se pacte en la escritura pública constitutiva.

El fideicomiso es solemne, esta característica señala la forma en la que debe materializarse el para su validez, en virtud de lo determinado en la legislación guatemalteca deberá constar en escritura pública y cumplir con los demás requisitos que indica la ley mercantil aplicable y las normas jurídicas en materia notarial relacionadas. Asimismo, dentro de sus características podemos mencionar que es un negocio nominado porque se encuentra nombrado en la regulación jurídica vigente aplicable, típicamente mercantil porque su principal regulación se encuentra en el Código de Comercio de Guatemala, es un contrato principal porque subsiste por sí solo, bilateral en relación a que las partes

se obligan mutuamente, es conmutativo porque las partes saben desde un inicio lo que aportará o disminuirá de su patrimonio, de tracto sucesivo y consensual, el consentimiento de las partes debe constar de forma expresa en la escritura pública que contiene el negocio jurídico.

Vale la pena abordar algunas características propias de los fideicomisos públicos que se derivan de lo desarrollado y son las siguientes: El fideicomitente es una entidad de la administración pública, participan activamente varias instituciones del Estado tanto en su funcionamiento como en su ejecución, persiguen un fin social. De acuerdo con las definiciones aportadas por los autores citados y el estudio de las características del fideicomiso que se ha desarrollado, se puede proceder a realizar una definición acertada, el fideicomiso es un negocio jurídico que puede constituirse por contrato o testamento y que consiste en la transmisión de ciertos bienes y derechos para un fin determinado por una persona que se denomina fideicomitente a una entidad bancaria, denominado fiduciario; para el beneficio de otro sujeto que será denominado fideicomisario.

Doctrinariamente existen diversos criterios en cuanto a las clases de fideicomisos, brevemente dispondremos un espacio para las clases que se consideran de mayor relevancia para el presente estudio y que se encuentran normadas: Fideicomisos de administración, fideicomisos de

inversión, fideicomisos de garantía, fideicomisos públicos y testamentarios.

Los fideicomisos de administración son aquellos en los que el fiduciario desempeña un papel de administrador ejerciendo en ese sentido las funciones necesarias para la correcta gestión sobre los bienes y derechos que el fideicomitente aportó para la conformación del patrimonio fideicometido, dejando de ser en estos casos el objeto principal del negocio jurídico el beneficiar a un tercero, sino la correcta administración y adicional, el beneficio generado como consecuencia de la administración puede ser para el mismo fideicomitente o un tercero.

Por otro lado, en los fideicomisos de inversión se persigue un fin completamente diferente, buscando el fideicomitente a través del negocio jurídico generar ganancias por medio de la cesión de la titularidad sobre determinados bienes y derechos para que el fiduciario los invierta de acuerdo a las instrucciones y limitaciones establecidas por el propietario de los bienes, generando así ganancias a partir del patrimonio fideicometido, el fiduciario es un inversor de los bienes confiados; se busca lucrar, obtener un beneficio. Los fideicomisos de garantía, se constituyen por un deudor para cumplir la función de garantizar a un tercero (acreedor) el cumplimiento de una obligación o deuda adquirida, para lo cual se transfieren los bienes al fiduciario para

su resguardo hasta el momento que sea necesario ejecutar la garantía o se haya cumplido la obligación por parte del deudor.

Dentro de la administración pública y con relación a lo que el Ministerio de Finanzas Públicas como ente rector determina, existe otra clasificación que vale la pena anotar, los fideicomisos públicos pueden ser reembolsables, no reembolsables o mixtos. Serán reembolsables cuando el patrimonio invertido debe ser recuperado, de acuerdo a lo que establece el Ministerio de Finanzas Públicas dentro del abc de los fideicomisos públicos en su portal *web*; esta clase de fideicomisos públicos “generalmente se constituyen para brindar y facilitar crédito a determinados sectores de la población”; por el contrario los fideicomisos públicos no reembolsables son aquellos que no buscan recuperar los recursos que se han invertido; y los mixtos que combinan las dos anteriores. Los fideicomisos de acuerdo con lo descrito, puede deducirse que tienen como finalidad garantizar la correcta administración de los bienes, inversión de los recursos del fideicomisario, así como el beneficio a un tercero, y si nos referimos a los fideicomisos públicos, la finalidad será el desarrollo económico y social.

Naturaleza jurídica

Existen diferentes teorías en relación con la naturaleza jurídica del fideicomiso, dentro de las cuales pueden citarse la teoría del mandato irrevocable, teoría del patrimonio de afectación, teoría del negocio fiduciario y teoría de la declaración unilateral.

La teoría del mandato irrevocable argumenta que el fideicomiso es una modalidad del mandato, esto con fundamento en la serie de facultades que el fideicomitente encomienda al fiduciario sobre los bienes, teoría que ha sido fuertemente criticada, se cuestiona que en un mandato el mandatario actúa en nombre del mandante, mientras que en el fideicomiso el fiduciario actúa en virtud de la titularidad que se le otorga en la escritura pública y con las limitaciones contenidas en la misma.

Teoría del patrimonio de afectación determina que el fideicomiso, Ramírez Gaitán (2016) desarrolla esta teoría determinando con relación al fideicomiso que “es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público” (p.32). No puede concebirse patrimonio sin el sujeto titular del mismo, donde existe patrimonio, existe titular del derecho, tampoco puede perderse de vista la importancia de los sujetos al momento de constituirse el fideicomiso, si

bien, se busca la correcta administración de los bienes, no es en función únicamente de estos que se realiza el negocio jurídico.

En cuanto a la teoría del negocio fiduciario, Ramírez Gaitán (2016) indica: “Esta teoría acepta la existencia de los dos elementos: real, de una parte, constituido por la transmisión de los bienes o derechos y personal, de la otra, constituido por las limitaciones obligatorias resultantes del acuerdo entre las partes” (p.33). Gaitán, acepta parte de lo argumentado anteriormente dentro de la teoría del patrimonio, con relación a la autonomía del mismo, la importancia dentro del fideicomiso, si bien se habla de la transmisión de la titularidad al fiduciario sobre los bienes fideicometidos, se le imponen las limitaciones establecidas en la escritura constitutiva y la legislación vigente para la obtención de cierto fin.

Por último, la teoría mexicana de la declaración unilateral de voluntad, determina que no es un acuerdo de dos voluntades lo que perfecciona el contrato, que basta la voluntad del fideicomisario para otorgar los bienes para que este se perfeccione, sin embargo, si es cierto que la voluntad inicial del fideicomitente será determinante para la constitución del fideicomiso, se precisa de la aceptación del fiduciario para la administración del fideicomiso, así como eventualmente se necesitará

también la aceptación del beneficiario, que no es más que una manifestación de voluntad.

De acuerdo con las teorías estudiadas con relación a la naturaleza jurídica del fideicomiso, y con fundamento a lo establecido en la legislación vigente en donde se regula lo relacionado con los elementos personales, determinando requisitos, derechos y limitaciones para cada figura, normando la creación, constitución, modificación, extinción de los fideicomisos, en Guatemala el fideicomiso es un negocio jurídico, por lo que es aplicable la teoría del negocio fiduciario.

Elementos

Dentro de los elementos que conforman al fideicomiso pueden distinguirse elementos personales, elementos reales y elementos formales. Cuando señalamos los elementos personales, nos referimos a las personas o sujetos que intervienen dentro del negocio jurídico y la calidad en la que participan de acuerdo con el papel que desempeñan, tenemos pues, al fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, pero cuando nos referimos a los fideicomisos públicos agregamos otras figuras como unidad ejecutora y el comité técnico.

El fideicomitente, también conocido en la doctrina como fiduciante, es la persona individual o jurídica capaz legalmente, que entrega ciertos bienes un sujeto denominado (fiduciario) para la obtención de determinados fines lícitos, con relación a la capacidad que requiere el Código de Comercio de Guatemala en el artículo 767, no es más que la capacidad civil que de acuerdo con nuestra legislación se obtiene a partir de los dieciocho años de edad. En los fideicomisos públicos, el fideicomitente será siempre el Estado de Guatemala representado a través de alguna de las autoridades de la administración pública, por ejemplo, el Ministro de Agricultura, Ganadería y Alimentación puede ostentar la representación del Estado de Guatemala para actuar en calidad de fideicomitente y comparecer a otorgar escritura pública para crear patrimonio fideicometido con bienes públicos con la finalidad de constituir fideicomiso.

El fiduciario es la persona, jurídica en el caso de Guatemala, a quien se le confían los bienes para el fin pactado dentro de la escritura constitutiva, y de acuerdo al artículo 768 del Código de Comercio de Guatemala, la figura del fiduciario en Guatemala solo podrá ser ejercida por los bancos establecidos en el país y las instituciones de crédito autorizadas para el efecto por la Junta Monetaria; el fideicomitente puede nombrar a uno o varios fiduciarios, y estos deberán limitar sus

actividades a lo que se le indicó en el la escritura pública de constitución con las limitaciones legales del caso.

Fideicomisario es la persona en cuyo favor se constituye el fideicomiso, es el beneficiario, el Código de Comercio de Guatemala establece en el artículo 769 que puede ser cualquier persona capaz de adquirir derechos, pudiendo incluso el mismo fideicomitente nombrarse a sí mismo fideicomisario. En la administración pública los fideicomisarios por lo general serán el sector del país a quien busque el Estado beneficiar a través del fideicomiso, por ejemplo, en el Fideicomiso Apoyo Financiero del Sector Cafetalero Guatemalteco del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, el fideicomisario lo constituyen los medianos y pequeños caficultores, de acuerdo con los criterios y límites determinados en la escritura constitutiva.

Cuando nos referimos a los fideicomisos públicos, es importante recordar que su funcionamiento varía, por lo que tenemos también que analizar como parte de los elementos personales a el comité técnico y la unidad ejecutora. El Comité Técnico es un órgano de gobierno, administración y toma de decisiones dentro del fideicomiso, no es de observancia obligatoria dentro de los fideicomisos públicos en la legislación Guatemalteca, pero definitivamente es una herramienta indispensable para la correcta administración del fideicomiso; su

creación y regulación se rigen por lo establecido en la escritura constitutiva y el reglamento creado para tal fin; por lo general dentro del comité técnico participan también representantes del fideicomitente y del fiduciario. En los fideicomisos públicos del Estado de Guatemala, uno de los mayores desafíos lo constituyen las faltas de normas jurídicas que regulen los requisitos mínimos y la responsabilidad del Comité Técnico, incluso siendo prescindible este elemento personal quedando a voluntad de las partes pactar sobre este particular; cada fideicomiso si así lo deciden las partes podrá desarrollar sus funciones a través de reglamentos que normen la integración y las actividades que podrá realizar el órgano referido.

La unidad ejecutora es de vital importancia para la fiscalización y registro de los bienes que conforman parte del patrimonio del Estado, fue hasta hace no mucho que se vuelve obligatorio que las instituciones públicas cuenten con unidades ejecutoras para poder tener acceso a los sistemas que para este efecto el Ministerio de Finanzas Públicas ha creado, este elemento personal está íntimamente ligado a la institución pública a quien se le encomienda la ejecución del fideicomiso, y consiste en el conjunto de personas, por lo general administradores financieros, a quien se le delega por mandato de ley la responsabilidad del seguimiento, registro presupuestario y contable de la ejecución de los recursos estatales asignados al fideicomiso.

El elemento formal de los fideicomisos va unido a la solemnidad, constituyen el conjunto de requisitos en cuanto a la forma que la ley establece para que pueda celebrarse de forma válida este negocio jurídico, como lo es la obligatoriedad que conste en escritura pública, que el fiduciario solo puede ser una entidad bancaria, la aceptación del fiduciario debe constar en el mismo acto. En los casos de los fideicomisos públicos para algunos casos es también requisito la previa aprobación del Congreso de la República de Guatemala, la elaboración de acuerdo gubernativo por el que se autorice su creación, términos y demás condiciones. El patrimonio fideicometido es el elemento real de los fideicomisos, estando conformado por el conjunto de bienes y derechos que son propiedad del fideicomisario y que a través de la del fideicomiso la titularidad es cedida al fiduciario para la administración o inversión de acuerdo a las condiciones establecidas y las normas legales vigentes.

Regulación legal en la legislación guatemalteca

Por la naturaleza mercantil de los fideicomisos para su regulación el primer cuerpo normativo al que es necesario abocarse es el Código de Comercio de Guatemala que regula el contrato de fideicomisos en el capítulo V de los artículos 766 al 793. Dentro del cuerpo citado, las normas jurídicas establecen preceptos generales aplicables a los

fideicomisos privados, y en virtud de la falta de legislación propia para los fideicomisos públicos estos se rigen por analogía por las mismas normas jurídicas, lo que nos lleva a deducir la notoria necesidad de legislación que sea aplicable a exclusivamente a los fideicomisos públicos, esto en virtud que los fondos del Estado deben ser resguardados a través de una normativa específica y fortalecida para asegurar la buena inversión y fiscalización de los mismos, así como la determinación de las normas que permitan el cumplimiento de los fines para los que inicialmente fueron creados.

En relación a los elementos personales del fideicomiso, el Código de Comercio de Guatemala en el artículo 767 determina quienes pueden ser fideicomitente y fideicomisario, determinando que puede ser el mismo fideicomitente quien se beneficie del contrato de fideicomiso, enumerando derechos y obligaciones de cada uno de los que conforman el elemento personal, limita a quienes pueden ser fiduciarios (solo los bancos e instituciones de crédito autorizadas para dicho fin).

Por otra parte, en el acuerdo al Congreso de la República, Decreto No. 25-2018 que contiene la Ley del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado para el ejercicio fiscal 2019, capítulo VII, en el artículo 87 se incluye lo siguiente:

Fideicomisos por constituir con recursos del Estado. Se prohíbe la constitución de nuevos fideicomisos con recursos del presupuesto general del Estado, salvo lo dispuesto en leyes especiales, o para actividades relacionadas con la reactivación económica por medio de concesión crediticia, reactivación de la actividad agropecuaria, recuperación de cartera, otorgamiento de subsidios, garantías y acceso a la tierra. (p. 17)

Modificando a través de esta norma la prohibición imperante en años anteriores dando oportunidad para la creación de nuevos fideicomisos, asimismo la ley citada, contiene la autorización para invertir recursos del Estado en beneficio social, indicando que el capital invertido debe recuperarse y que pueden constituirse en cualquier banco del sistema nacional, se impone también la obligación de la rendición de informes del fiduciario. Las municipalidades también están autorizadas a constituir fideicomisos en relación con lo que establece el código municipal. Otras normas jurídicas relacionadas con fideicomisos se encuentran en el reglamento orgánico interno del Ministerio de Finanzas Públicas, así como el Manual para la Administración de fondos públicos en fideicomiso del referido Ministerio.

Los fideicomisos públicos en el Derecho Comparado

Iniciaremos el análisis en el derecho comparado con la legislación mexicana, los antecedentes se ubican en el *trust* anglosajón, al igual que en Guatemala, el centro de estudios de las finanzas públicas nos define a los fideicomisos de la siguiente manera:

Los fideicomisos públicos considerados como entidades de la administración pública paraestatal, son aquellos que el gobierno federal o alguna de las entidades paraestatales, constituyen con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos.

Es importante iniciar determinando que en México los fideicomisos pueden constituirse de dos formas, como entidades paraestatales o como entidades sin estructura, para poder iniciar de forma acertada necesitamos entender qué son las entidades paraestatales, pudiendo abocarse para el efecto a la ley orgánica de la administración pública federal que desarrolla en el capítulo único de la administración pública paraestatal, e indica que “son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten” (Artículo 45); se deduce entonces que son entidades descentralizadas que forman parte de la administración pública y que se crean para auxiliar a los órganos centralizados en la prestación de servicios públicos para la población.

Al analizar la forma en que se establecen los fideicomisos que no tienen estructura orgánica en México, es decir que no funcionan como entidades paraestatales, es perceptible la institución del fideicomiso como se conoce y desarrolla en Guatemala, en virtud que a través de los fideicomisos sin estructura orgánica, de acuerdo a la ley federal de

presupuesto y responsabilidad hacendaria, se hace responsable a la unidad o dependencia que otorgó recursos para constituirse en fideicomisos sin estructura; dependiendo de los actos jurídicos y por el tipo de fideicomitente estas pueden clasificarse en fideicomisos federales, estatales y privados, y por grupos temáticos de acuerdo a los propósitos, entiéndase el fin o necesidad que persigue la institución satisfacer. Las modalidades de los fideicomisos pueden ser testamentario, de inversión simple, de administración con base en póliza de seguro y con garantía sobre valores.

En cuanto a la forma de los fideicomisos podemos observar que varía de la institución como es conocida en Guatemala, en virtud que puede desarrollarse tanto como entidad con o sin estructura, funcionando en el primer caso como un aparato estatal diseñado de forma detallada para un fin específico, ahora bien, en cuanto a los elementos personales, dentro de los fideicomisos mexicanos también podemos encontrar al fiduciario, al fideicomisario y al fideicomitente, por las diferencias que regulan en cuanto a este último sujeto vale la pena indagar un poco más sobre el mismo, estableciendo primero que el representante del Gobierno variará con relación si es estatal o federal.

En cuanto a los fideicomisos que se constituyen en entidades paraestatales, se establecen normas jurídicas que regulan de forma diferente a nuestro derecho al sujeto fideicomitente, en el derecho guatemalteco si bien el Ministerio de Finanzas Públicas es el órgano rector en materia de fideicomisos a través de la Dirección de fideicomisos, no es la única entidad pública autorizada para comparecer como fideicomitente en representación del Estado, para lo cual se delega a través de acuerdo gubernativo y mandato la representación a la máxima autoridad de la institución pública que será responsable de la administración y ejecución de los fondos estatales, caso contrario es el de México, en donde establece la ley federal de las entidades paraestatales (1986) en el artículo 41: “El Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda Pública Federal Centralizada...”, es decir, no existe otra institución del Estado que tenga la facultad de comparecer en la creación de fideicomisos públicos de este tipo.

Por otra parte y en atención a la regulación legal de los fideicomisos mexicanos, es importante señalar que sí cuentan con normativa específica y desarrollada para los fideicomisos públicos, a diferencia de Guatemala que no tiene regulación específica en orden de las reglas a aplicar a la figura propiamente; pero se comparte la característica que la normativa legal se encuentra dispersa en varios cuerpos normativos;

México tiene la legislación para fideicomisos públicos más avanzada entre los países latinoamericanos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 90 autoriza el uso de fideicomisos en la administración pública. El fideicomiso es reconocido también como parte de la administración pública en la ley orgánica de la administración federal. Se encuentra normativa aplicable a el fideicomiso en la Ley General Títulos y Operaciones de Crédito, asimismo, se desarrollan también en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, entre otras.

Dentro de la ley general de títulos y operaciones de crédito, capítulo V de los artículos 381 al 407, se establecen las reglas de los fideicomisos privados que supletoriamente se aplican al fideicomiso público. En la ley de ingresos de la federación para el ejercicio fiscal de 2019 de México, al igual que sucede en Guatemala con la ley de ingresos y egresos del Estado para el ejercicio fiscal vigente, se regulan los requisitos para que los fondos públicos puedan ser destinados a fideicomisos.

La denominación de los fideicomisos públicos en Colombia es diferente, son conocidos como encargos fiduciarios, negocios fiduciarios o fiducia, contando con legislación escueta aplicable a los fideicomisos públicos

así como legislación mercantil para los fideicomisos privados. Para una mejor comprensión de esta figura iniciaremos por determinar su naturaleza jurídica, de acuerdo a la definición de negocios fiduciarios que proporciona la Superintendencia Financiera de Colombia en el abc negocios fiduciarios de su portal: “Un fideicomiso o negocio fiduciario es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes específicos a otra, llamada fiduciaria, quien se obliga a administrarlos o venderlos para cumplir una finalidad determinada, en provecho de este puede un tercero llamado beneficiario”, podemos deducir que es un negocio jurídico o contrato de acuerdo a la regulación mercantil. Asimismo, en la administración pública encontramos regulación legal que determina la naturaleza jurídica a través del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 (1993) que afirma que es un contrato estatal.

Cuando se inicia el estudio la legislación colombiana se encuentran términos que parecieran utilizarse como sinónimos y que tienden a confundir, empecemos por diferenciar la fiducia mercantil de los encargos fiduciarios, una definición acertada de fiducia mercantil es la que nos proporciona la empresa Alianza (2019, 19 de marzo). En Campaña al consumidor financiero. Recuperado de

<https://www.alianza.com.co/documents/12736/67223/Productos+Fiduciaros-Educ+Financiera.pdf/31aa5123-1a16-4650-ba1e-631da90dd8af>

Es un contrato de confianza en virtud del cual una persona jurídica o natural, llamada fiduciante o fideicomitente, entrega uno o más bienes o derechos determinados, transfiriendo la propiedad de los mismos a una persona jurídica llamada sociedad fiduciaria o fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir un fin determinado por el fideicomitente, en provecho propio o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Este contrato se caracteriza por la transferencia de bienes o derechos a la sociedad fiduciaria, y en consecuencia la constitución de un patrimonio autónomo con los bienes o derechos transferidos destinados a ejecutar el objeto del contrato.

Por fiducia mercantil entonces se debe entender en primer lugar la entrega de bienes o derechos determinados, al igual que sucede en la figura de fideicomiso en Guatemala, pero en Colombia puede implicar la transferencia de la propiedad, el fiduciario tiene facultades mas amplias en cuanto a la disposición del bien siempre y cuando sea dirigido al cumplimiento del bien pactado, el patrimonio fideicometido es autónomo, es decir, deja de ser propiedad o estar en dominio del fideicomitente que lo aporta.

Caso contrario es el encargo fiduciario, en virtud que si bien es un contrato en donde se entregan bienes para un fin determinado, no se realiza transferencia de la propiedad, solo la tenencia de los mismos. Dentro de los negocios fiduciarios que las entidades estatales pueden celebrar se encuentran tanto la fiducia pública como el encargo fiduciario, por lo general se transfiere la tenencia de los bienes y

recursos, en casos excepcionales determinados en ley es posible que pueda generarse transferencia de propiedad. De acuerdo a la legislación colombiana vigente la fiducia es el contrato que contiene el encargo fiduciario; los negocios fiduciarios equivale entonces al género, y la fiducia o encargo fiduciario son la especie. En cuanto a los elementos personales de las fiducias o encargos fiduciarios, encontramos también al fideicomitente que deberán ser las entidades estatales, el fiduciario que serán las sociedades fiduciarias públicas o privadas autorizadas por la Superintendencia Bancaria, y el fideicomisario que son los beneficiarios estipulados por la administración pública, compartiendo así las características de la legislación guatemalteca y mexicana en cuanto a los sujetos que participan en el negocio jurídico.

En la legislación colombiana, encontramos también normativa específica para los fideicomisos constituidos con fondos públicos, siendo el principal cuerpo normativo el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y aplicándose a la fiducia pública supletoriamente las regulaciones contenidas en el Código de Comercio sobre fiducia mercantil en cuanto no contravengan lo dispuesto a la referida ley, la regulación mercantil se encuentra en el título XI de denominado De la fiducia, de los artículos 1226 al 1244. La ley 1150 de 2007 introduce medidas que modifican varios cuerpos legales para

garantizar la eficiencia y transparencia en la contratación con recursos públicos, regulándose en relación con la fiducia algunos aspectos.

De acuerdo a la circular básica jurídica parte 2, título 2, capítulo 1 en relación a las disposiciones aplicables a los negocios fiduciarios y que rige a partir del 31 de marzo del presente año “los encargos fiduciarios con entidades públicas pueden tener por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales fideicomitentes celebren, así como la administración de fondos o recursos destinados a la cancelación de obligaciones originadas de la celebración de contratos estatales...” (p.8). Es decir, puede crearse fiducia pública para el traslado de recursos en virtud de un contrato o simplemente encargos para que se administren los bienes y puedan pagarse las deudas contraídas por la administración pública.

En Argentina inicialmente era regulado el tema de fideicomisos por la ley No. 24.441 de los artículos 1 al 26; el 7 de octubre del 2014 se promulga la ley 26.994 que contiene el Código Civil y Comercial de la Nación, derogándose lo estipulado en la ley 24.441. El nuevo código que entra en vigencia regula el contrato de fideicomiso en el capítulo 30, sección 1; conteniendo en el artículo 1666 la definición legal siguiente: “Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra

persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”. En cuanto a la naturaleza jurídica es pues, un contrato mercantil, su regulación al igual que en la legislación guatemalteca se encuentra dentro del derecho privado, no se desarrolla una legislación en el derecho administrativo o público.

En cuanto a los elementos personales, se iniciará con el fiduciante, denominación doctrinaria que no que varía en la legislación guatemalteca en donde es llamado fideicomitente, y es la persona que tiene la propiedad de los bienes y decide transmitir esta a otra persona, en cuanto al fiduciario deben ser también entidades financieras autorizadas para funcionar como tales, esta debe administrar y realizar las gestiones necesarias para generar el beneficio de un tercero de acuerdo lo establecido en el contrato de constitución; el o los fiduciarios pueden ser sustituidos por las causas determinadas en la legislación, pudiendo nombrarse a un sustituto si así se contempló dentro del contrato, caso contrario un Juez deberá designar como fiduciario a una entidad financiera o sociedad especialmente autorizada para el efecto, este presupuesto no se contempla en el derecho guatemalteco.

Continuando con los elementos personales, dentro del contrato se encuentra también al beneficiario que es la persona individual o jurídica que gozará de los productos que generen los bienes durante la vigencia del contrato de fideicomisos, algo novedoso es que en esta legislación pueden nombrarse beneficiarios sustitutos en caso de que los beneficiarios originarios no den su aceptación, otra diferencia con la legislación guatemalteca radica en que en nuestro país el fiduciario no puede ser beneficiario dentro del contrato, la legislación argentina en el artículo 1671 determina en cambio que sí puede consignarse al fiduciario como la persona que obtenga los beneficios que resulten del fideicomiso, llegando incluso a determinarse que a falta de aceptación del beneficiario nombrado inicialmente y de no aceptar tampoco el fideicomitente, recaerá sobre la figura del fiduciario el beneficio.

El fideicomisario opera diferente dentro de nuestra legislación, este es quien recibe el beneficio de acuerdo a lo que establecen las normas jurídicas guatemaltecas mientras el contrato se encuentre vigente, en Argentina en cambio, el fideicomisario es la persona a quien se le transmite la propiedad una vez concluida la vigencia del contrato, pudiendo ser el fiduciante, el beneficiario o una persona distinto de ellos, estableciendo la prohibición de que sea el fiduciario.

De igual forma que en la legislación guatemalteca, no se transmite la propiedad como si pasa en la legislación colombiana de los bienes constituidos dentro del patrimonio fideicometido, es la simple tenencia la que se transfiere para que se cumpla el fin lícito y determinado que se estableció en el contrato, hasta que se concluye el contrato se genera la transferencia de la propiedad al fideicomisario. En relación a la forma, este puede constar en instrumento público o privado, esto dependerá del tipo de bienes se transmiten, en este punto particular si difiere de la forma que opera el contrato en Guatemala en virtud que este es formal y debe por mandato legal y como requisito de validez constar en escritura pública.

Ahora bien, en cuanto a los fideicomisos públicos se puede citar a Losoprawski (2004) que los define de la siguiente forma: “Es el contrato por medio del cual la Administración por medio 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, para realizar un fin lícito de interés públicos”(p.5236); al igual que en las legislaciones estudiadas, los fideicomisos se emplean dentro de la administración pública para auxiliar el Estado en la consecución del bien común y poder así alcanzar un interés público.

Es posible determinar entonces, que los fideicomisos en Guatemala, México, Colombia y Argentina comparten antecedentes, siendo todos consecuencia del sistema anglosajón *trust*, los elementos personales sí tienen variaciones entre las legislaciones, encontrando la mayor similitud entre la legislación guatemalteca y mexicana. En cuanto al desarrollo especializado de la normativa jurídica, definitivamente México encabeza los avances, seguidos por Colombia, Argentina y Guatemala comparten la ausencia de normas dentro del derecho administrativo que regulen de forma específica la figura, supletoriamente se aplican las normas jurídicas mercantiles.

México es el único país en las que es obligatorio establecer un Comité Técnico para las fideicomisos, en las demás legislaciones si bien se puede realizar en la práctica no es un requisito u obligación legalmente establecido, la determinación del comité técnico y la responsabilidad de los miembros desde su inicio es uno de los factores más relevantes para propiciar la adecuada fiscalización, transparencia y rendición de cuentas para este tipo de institución. En cuanto a su naturaleza la variación aparece en el derecho mexicano donde se considera que es una declaración unilateral de voluntad, en Guatemala, Colombia y Argentina constituye un negocio jurídico o contrato.

Es importante también señalar que en todos los países que se analizan las legislaciones dentro del presente trabajo los fideicomisos son una herramienta de la que se auxilia la administración pública y constituye su objeto los intereses públicos, en cuanto a su forma sí encontramos variaciones, en Guatemala es un contrato solemne, no así en las legislaciones de Colombia y Argentina donde depende del tipo de bien que se de en fideicomiso para que así sea la solemnidad con la que debe otorgarse el contrato. En Guatemala los bienes que conforman el patrimonio constituidos son un medio para alcanzar un determinado fin pero la propiedad de estos no es transferida al fiduciario ni al beneficiario, mientras que en las entidades paraestatales en México si se realiza una transferencia de propiedad, no ocurriendo así en las organizaciones sin estructura dentro de la misma legislación, en Colombia dependerá si es encargo fiduciario o fiducia pública el traslado de la propiedad y en Argentina la finalidad siempre será el traslado de la propiedad una vez concluido el plazo de su constitución, pudiendo ese traslado volver al mismo fideicomitente.

Es un factor común que resalta a la vista mientras se indaga en las distintas fuentes de información que en aquellos países donde la legislación es específica, es decir, que cuentan con normas jurídicas de derecho público para los fideicomisos como figuras del derecho administrativo, estos se operan de mejor manera, la rendición de cuentas

es verificable con mayor facilidad, las instituciones operan con mayor transparencia haciendo la fiscalización más sencilla y se alcanzan con eficiencia los objetivos para los cuales fueron creados, mientras que en las legislaciones como Argentina y Guatemala que aún aplican supletoriamente normas mercantiles, se generan vacíos legales que normalmente son llenados con criterios de las autoridades en funciones y que muchas veces responden a intereses de particulares y no de la población; en países como Guatemala, la falta de normativa específica genera libertad para disposición de los bienes del Estado por parte de los servidores públicos abriendo paso con facilidad a la corrupción y evitan que la fiscalización de los fondos y la forma en que se están empleando sean efectivos.

Los fideicomisos mexicanos no son simplemente programas o proyectos que se desarrollan dentro de las instituciones públicas, sino más bien, son entidades que se crean para auxiliar al gobierno federal, por lo que al momento de su creación se genera una estructura compleja que incluye además de comité técnico personal administrativo con funciones y facultades lo cual permite que la responsabilidad sea determinada, su permanencia se asegura, lo que permite la consecución de los fines para los cuales fue creado, los procesos son desarrollados con mayor eficiencia por personal especializado para esta rama de la administración pública, dotando a los fideicomisos de mejores herramientas (normativa

jurídica clara y coherente, personal capacitado, procesos claros, etc.) es más fácil alcanzar los objetivos de su creación.

Si bien la legislación Mexicana es un ejemplo para los demás países latinoamericanos en cuanto a la normativa jurídica vigente aplicable en los casos estudiados, en Guatemala no podrían operar los fideicomisos como entidades paraestatales en virtud en primer lugar que estos requieren de una inversión de fondos significativa, capacidad económica que Guatemala no tiene por el momento, además que en México esta estructura se hace útil en virtud del sistema federal que les rige, mientras que en Guatemala vendría a ser el equivalente a crear un nuevo ministerio dentro del Estado pero que se rige por sus propias normas lo que representaría poca funcionalidad a largo plazo, constituiría otro gasto para el Estado porque tendría que aportar capital para su mantenimiento perdiendo el sentido de independencia con el que se crea inicialmente.

En ese sentido, es oportuno mencionar el valor de las normas que rigen a estas entidades paraestatales y los beneficios que su aplicación en Guatemala podrían generar, como la determinación de un comité técnico con normas específicas que permitan asignar responsabilidad desde una etapa temprana, el desarrollo de las facultades y funciones que tendrán, asimismo permitiría erradicar el problema que actualmente se observan en muchos fideicomisos constituidos en Guatemala en los que a pesar de

que su creación se realizó años atrás a la fecha aún no cuentan con un comité técnico definido ni reglamentos que desarrollen las funciones que deberán realizarse, y las unidades ejecutoras todavía se están definiendo lo que se traduce en el no registro de las operaciones y bienes dentro de los sistemas creados por el Ministerio de Finanzas Públicas creando instituciones que tienen fines determinados pero no se ha trazado el camino que deben seguir para alcanzar las metas propuestas al momento de su nacimiento.

Fideicomisos constituidos con fondos públicos

Proceso de constitución de los fideicomisos públicos

En Guatemala para la constitución de los fideicomisos es necesario abocarse a la normativa específica del Código de Comercio de Guatemala que contiene la forma de constitución indicando que pueden instituirse por contrato o por testamento; atendiendo a los fideicomisos públicos estos solo pueden constituirse por contrato, iniciando por determinar que de acuerdo al artículo 771 del citado cuerpo legal, los contratos de fideicomisos son solemnes, por lo que debe constar en escritura pública y es necesario que se deje constancia de la aceptación del fiduciario; el plazo máximo para el que pueden constituirse un fideicomiso es de 25 años, la excepción a esta regla se determina en el

artículo 790 del Código de Comercio de Guatemala, estableciendo para el efecto que cuando sea designado beneficiario una entidad estatal o institución de asistencia social, cultural, científica o artística con fines no lucrativos el plazo del fideicomiso podrá ser indefinido. La Ley Orgánica del Presupuesto en el artículo 33 autoriza la utilización de recursos financieros del Estado que deberán reembolsarse, para que sean invertidos en fideicomisos y ejecutados a través de proyectos específicos de beneficio social.

Es importante tener presente la prohibición general de constituir nuevos fideicomisos contenida en la ley de presupuesto vigente para el ejercicio fiscal 2019; pero establece en la ley citada, en el artículo 87 la excepción en el siguiente sentido: “...salvo lo dispuesto en leyes especiales o para actividades relacionadas con la reactivación económica por medio de concesión crediticia, reactivación de la actividad agropecuaria, recuperación de cartera, otorgamiento de subsidios, garantías y acceso a la tierra”, excepción que permite que una ley general como lo es la citada, se realicen cambios a normas específicas vigentes, lo que nuevamente debe generar el análisis sobre la necesidad de una normativa vigente específica que impida que los fideicomisos respondan a intereses políticos y pueda disponerse de estas instituciones jurídicas sin limitaciones legales. Para la constitución de fideicomisos anteriormente el Ministerio de Finanzas Públicas en su portal *web* indicaba el proceso

tipo 1 para la constitución de fideicomisos públicos, el cual tenía carácter referencial, denominado así porque no eran directrices rígidas ni fundamentadas en norma jurídica, sino más bien sugerencias de una ruta de trabajo que debían adaptarse a cada caso de acuerdo con la normativa vigente y lo acordado por las partes.

Las partes o instituciones que intervienen en los procesos de constitución son en primer lugar la institución pública que actuará en calidad de fideicomitente, el Ministerio de Finanzas Públicas a través de la Dirección de Fideicomisos y la Dirección de Asesoría Jurídica, la Procuraduría General de la Nación, la Secretaría General de la Presidencia, Escribanía de Cámara y de Gobierno y la entidad bancaria que figurará como fiduciario.

La Dirección de Fideicomisos es la dependencia dentro del Ministerio de Finanzas Públicas designada como órgano rector en materia de fideicomisos en virtud del Acuerdo Gubernativo Número 112-2018 del Ministerio de Finanzas Públicas (2018) Reglamento Orgánica Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, y en relación al artículo 72 del cuerpo legal citado, se le encomienda la responsabilidad de gestionar opiniones o dictámenes para la constitución, modificación, extinción y liquidación de los fideicomisos establecidos con recursos del Estado, su responsabilidad se limita a verificar la disponibilidad de los recursos

económicos que pretenden asignarse a los fideicomisos así como determinar la utilidad de los objetivos planteados para la creación del mismo, así como examen de los requisitos de constitución dentro de su competencia. La Procuraduría General de la Nación interviene dentro del proceso para velar por la legalidad del contenido de los proyectos de instrumentos públicos por los que se autorizará el contrato, así como también se encarga de velar por los intereses del Estado y que estos no resulten lesionados por el contrato próximo celebrarse, por mandato constitucional y de acuerdo con su ley orgánica, tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales.

La Secretaría General de la Presidencia, de acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley del Organismo Ejecutivo, como dependencia de apoyo en las funciones de la Presidencia, es el órgano responsable del apoyo jurídico y administrativo de carácter inmediato y constante del Presidente de la República, dentro del proceso a desarrollar, es la entidad encargada de trasladar los documentos al Presidente de la República para que este pueda autorizar, emitir y publicar los instrumentos legales que aprueban y dan vida al nuevo fideicomiso.

La participación de la Escribanía de Cámara y de Gobierno se da en virtud de la función notarial que ejerce en representación del Estado; el Decreto del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo, en el artículo 36 inciso f), así como el artículo 3 y 17 del Acuerdo Gubernativo número 635-2007, la función de la Escribanía consiste en la prestación del servicio de notariado del Estado a través del Escribano, quien debe faccionar y autorizar las escrituras públicas que le son requeridas y en las que constan negocios o actos jurídicos en los que intervenga el Estado de Guatemala y sus entidades; dentro del proceso de constitución se encarga de verificar el cumplimiento de requisitos de forma así como el respaldo de las representaciones que se acreditan para comparecer dentro de las escrituras de acuerdo al contenido de las mismas.

Como primer paso para la constitución de un fideicomiso la institución pública que representará a el Estado conforma un expediente administrativo en el que se establezca la viabilidad del negocio jurídico que se pretende celebrar, deben incluirse los proyectos de instrumentos públicos que serán el acuerdo gubernativo, la exposición de motivos y la minuta del contrato; sobre este expediente al pronunciarse la asesoría jurídica del Ministerio o Institución, en cuanto al dictamen emitido por la asesoría jurídica, deben gestionarse el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación sobre este último; no existe una ruta de trabajo

preestablecida, el proceso tipo es una mera sugerencia pero no tiene coercibilidad en el sentido del respaldo que precisa de una norma jurídica específica, además no se encuentra un listado de requisitos determinados en cuanto a la documentación que debe conformar el expediente lo que se traduce en retraso de procesos administrativos o libertad para variar la documentación a incorporarse, no definiendo qué documentación debe ser aportada y por quién, tampoco puede asegurarse la eficiencia dentro del proceso de constitución generando el gasto innecesario de recursos dentro de la administración pública, siendo este punto uno de los primeros puntos que deben fortalecerse en la legislación a aplicar.

La participación de las instituciones públicas dentro del proceso de constitución no debe limitarse a verificar solo los requisitos de forma de los instrumentos públicos que darán nacimiento al fideicomiso o disponibilidad de recursos financieros, sino también la capacidad instalada dentro de la institución que comparece como fideicomitente para poder desarrollar y alcanzar los objetivos planteados, la necesidad de las acciones y el impacto que generará sobre la población, para validar la importancia de invertir los recursos públicos, en ese sentido sería acertado incluso pensar en un estudio que permita cuantificar la necesidad de la población y lo que aportará el fideicomiso como requisito para su constitución, así como la forma en que se procederá

para alcanzar objetivos, radica en una falencia generalizada el crear fideicomisos con millones de quetzales aportados a una institución jurídica que no tiene un plan de acción y que posteriormente se refleja en acciones improvisadas y que no son las mejores para la prestación de los servicios para lo que se creó el fideicomiso.

Como siguiente paso se solicita dictamen al Ministerio de Finanzas Públicas, dentro de esta institución deberán pronunciarse la Dirección de Fideicomisos como ente rector, la Dirección Técnica del Presupuesto en virtud de los recursos estatales que se comprometerán, y la Asesoría Jurídica el Ministerio en cuanto a la legalidad de los instrumentos analizados, debiendo también el dictamen otorgado por la asesoría jurídica contar con el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación.

Una vez consensuados los proyectos de los instrumentos, el expediente regresa a la institución que lo originó para firma de la autoridad superior, y que se continúe con la gestión a través del órgano administrativo correspondiente para la firma del Presidente de la República de Guatemala en acuerdo gubernativo. El cuerpo consultivo de la Secretaría General de la Presidencia emite un dictamen jurídico que de ser favorable permite al Presidente de la República firmar el acuerdo gubernativo, quedando a cargo de la institución pública que representará

en calidad de fideicomitente al Estado la publicación del acuerdo gubernativo en el Diario Oficial.

A través del Acuerdo Gubernativo y la exposición de motivos se expone la necesidad de la creación del nuevo fideicomiso, qué institución representará al Estado, y el Presidente de la República autoriza al Escribano de Cámara y de Gobierno para que otorgue mandato con representación al funcionario público de la institución involucrada, el acuerdo aprueba las generalidades de lo que será la base para la celebración del contrato fideicomiso, es la exteriorización de la firme decisión emitida por el Presidente de la República.

Ahora que se tienen autorización por parte de la Autoridad Superior (Presidente de la República de Guatemala) es necesario gestionar el mandato por medio del cual se delega la representación del Estado en el funcionario público que comparecerá en la escritura, para esto se elabora un proyecto de escritura pública de otorgamiento de mandato especial con representación que deberá también llevar el visto bueno de la asesoría jurídica de la institución que inició el expediente con el visto bueno a la Procuraduría General de la Nación, para posteriormente gestionarse la legalización de este ante el Escribanía de Cámara y de Gobierno así como su inscripción ante el archivo General de protocolos en el Registro Electrónico de Poderes del Organismo Judicial; por la no

regulación de estos procesos administrativos y la falta de plazos determinados, estos tienden a alargarse y muchas veces las autoridades de las instituciones cambian y los procesos tienen que volver a reiniciarse para la poder delegar la representación del Estado, por lo general se estima que pueden durar un año o más la emisión de estos mandatos.

De acuerdo al proceso que se ha llevado hasta ahora, la institución pública cuenta ya con la autorización de la autoridad superior, la calidad para representar al Estado a través del mandato que se otorgó, procediendo ahora iniciar con la selección del fiduciario, esto será determinado por cada institución de acuerdo a su reglamento vigente, por lo general se elaboran los términos de referencia para la selección y que pueda realizarse cotización de bancos o financieras del sistema nacional; una vez seleccionado se involucra al que será fiduciario dentro del proceso, sometiendo a consideración el proyecto de escritura pública que autorizara el contrato a el órgano superior de la entidad bancaria que fungirá como fiduciario dentro del negocio a celebrarse, debiendo para ello emitir certificación sobre la conformidad o aprobación del texto de la escritura pública que dará vida jurídica al nuevo fideicomiso; facultando a través de la misma certificación que emite el órgano superior, a quien será el representante legal que comparecerá en representación de la entidad bancaria a suscribir el contrato.

Tomando en consideración la participación de la administración pública y la cantidad de recursos que se están invirtiendo; haría una notable diferencia imponer el requisito de justificar y documentar por qué se está seleccionando a un fiduciario en virtud de la participación exitosa en otros fideicomisos pues existen casos en los que la recuperación de la cartera crediticia por ejemplo, no se diligencia bien por el fiduciario generando pérdida de recursos estatales, pero al crearse un nuevo fideicomiso se les asigna nuevamente la oportunidad de manejar recursos públicos, o determinar desde la escritura pública que la falta de diligencia en este sentido generará una multa y la responsabilidad administrativa podría sancionarse con inhabilitación para participar temporalmente en la creación de nuevos fideicomisos e incluso considerar la remoción del fiduciario sin necesitar un proceso embarazoso para enmendar esta situación.

Consensuado el proyecto de escritura pública por el fideicomitente y el fiduciario, se envía este a la Escribanía de Cámara y Gobierno para que otorgue visto bueno, esta se encargará una vez aprobada la escritura pública a la impresión en papel protocolo de la misma para firma del fideicomitente y el fiduciario, posteriormente la escritura autorizada se socializará a la Contraloría General de Cuentas, Superintendencia de Bancos, y Procuraduría General de la Nación, y emitirá la Escribanía los testimonios del caso. Deberá remitirse copia simple legalizada de la

escritura pública de constitución a la Contraloría General de Cuentas y al Ministerio de Finanzas Públicas dentro de los 15 días hábiles posteriores a la fecha de emisión del testimonio, de acuerdo con la ley del presupuesto vigente para el ejercicio fiscal dos mil diecinueve.

Actualmente, de acuerdo a los registros publicados por el Ministerio de Finanzas Públicas en el portal *web* en Guatemala se encuentran vigentes 21 fideicomisos en los que la administración central figuran como fideicomitente, y 6 fideicomisos vigentes en los que figuran entidades descentralizadas y autónomas. En cuanto a los fideicomisos vencidos, el registro del MINFIN señala que son 18 fideicomisos que se encuentran en vencidos y en proceso de extinción, y son 37 fideicomisos los que se encuentran ya extintos sin determinar si este número refleja ya fideicomisos liquidados y que efectivamente hayan finalizados todos los procesos necesarios para dejar de existir y que los fondos remanentes regresen al Estado; los números del registro de fideicomisos reflejan la facilidad con la que pueden crearse fideicomisos pero las dificultades que representan la extinción y liquidación debiendo traducirse esto en millones de quetzales en las arcas de los fiduciarios en virtud de falencias administrativas que aún hoy no se corrigen.

Proceso de modificación

Para la modificación de los fideicomisos constituidos con fondos públicos, la forma de realizarlo es de acuerdo al proceso tipo número dos establecido por el Ministerio de Finanzas Públicas de Guatemala a través de la Dirección de Fideicomisos y que contiene los pasos a seguir, siendo los mismos similares a los pasos para el proceso de la constitución; debiendo de igual forma iniciarse el proceso por la Unidad Ejecutora de la institución que figura como fideicomitente con la conformación de expediente con contendrá dictámenes u opiniones favorables que deberán llevar el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación.

Al igual que el proceso de constitución, para la modificación tampoco se presenta un listado de requisitos indispensables para modificar los fideicomisos, sería importante que se regulara para las prórrogas la evaluación del éxito del fideicomiso y medir el impacto de sus acciones, sino ¿cuál es el sentido de alargar el plazo de vigencia de un negocio jurídico que no tiene éxito?, en este aspecto debe considerarse también cuando se trate de aumento de capital, no debería aprobarse ninguna modificación a aquellos fideicomisos que no tengan sus operaciones contables y financieras registradas en su totalidad, tomar en consideración la cartera morosa del fideicomiso como índice de la

diligencia de los actores a quien se les encomienda la responsabilidad, no debería aprobarse modificaciones a fideicomisos solo en consideración al cumplimiento de requisitos de mera forma, sino más bien evaluar la utilidad del mismo, ordenar una auditoría al fideicomiso en cuestión para poder tomar una decisión responsable sobre el uso y manejo de los recursos del Estado a través de una prórroga, aumento de capital u otras similares.

Los cambios o modificaciones a realizarse deberán ser aprobadas por el Presidente de la República a través de Acuerdo Gubernativo; siendo necesario para la legalización de las modificaciones mandato con representación para el funcionario público que comparecerá dentro de la escritura pública en representación del Estado y por otro lado, la acreditación de la persona que comparecerá por el fiduciario dentro del instrumento público, certificando la decisión del cuerpo superior de la entidad bancaria de aprobar las modificaciones y de otorgar representación a persona determinada.

En cuanto a la prórroga de los fideicomisos, el Decreto 25-2018 del Congreso de la República, en el artículo 86 determina que no se podrán ampliar el plazo de los fideicomisos, estableciendo la excepción de prórroga para “...aquellos destinados a reactivación económica por medio de concesión crediticia, reactivación de la actividad agropecuaria

o recuperación de cartera”. Es decir, fideicomisos como los que maneja el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación que se encuentran vigentes podrán ser prorrogados, así como también aquellos a los que se trasladen las carteras morosas como por ejemplo el fideicomiso Administración de Carteras en el que el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación junto con el Ministerio de Finanzas Públicas son fideicomitentes.

Proceso de extinción de los fideicomisos

El Código de Comercio de Guatemala (1970) en el artículo 787 determina que los motivos por los que puede extinguirse un fideicomiso, siendo estos los siguientes:

1°. Por la realización del fin para el que fue constituido. 2°. Por hacerse imposible su realización. 3°. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto. 4°. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario. 5°. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho en el documento constitutivo. 6°. Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo. 7°. Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social. 8°. Por sentencia judicial.

El legislador al crear la norma citada estaba regulando los fideicomisos de naturaleza mercantil pero estas causas por supletoriedad pueden aplicarse a los fideicomisos públicos; con la finalidad de impedir el mal uso de los recursos estatales se faculta a varios actores de la administración pública para que en cuidado del patrimonio público

puedan solicitar la extinción anticipada de los fideicomisos; en cuanto a la imposibilidad de realizar sus fines, puede ser determinado a raíz de recomendación, resultado de una auditoría realizada por la Contraloría General de Cuentas o la Unidad de Auditoría Interna de la institución que figura como fideicomitente, así también puede el ente rector en materia de fideicomisos públicos, Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, el Presidente de la República de Guatemala solicitar la extinción de forma anticipada para el fideicomiso que se encuentra aún vigente.

El fideicomitente puede también ordenar la extinción anticipada, debiendo para el efecto contar con las opiniones y dictámenes técnicos debidamente aprobados por la Procuraduría General de la Nación, Presidencia de la República, Ministerio de Finanzas Públicas, es decir, no puede ser una decisión unilateral del funcionario que representa al Estado dentro del contrato de fideicomiso, como si puede serlo en un fideicomiso privado, en estos casos se necesita justificar y autorizar de forma expresa la decisión expuesta por el fideicomisario. La causa de convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario, no es una circunstancia común en virtud que el fideicomisario dentro de los fideicomisos públicos es la sociedad o un sector específico no individualizado o representado en una sola persona; dentro de los fideicomisos públicos la condición resolutoria tampoco es causa común

de extinción ya que por lo general se sujeta a estos a objetos o fines para la realización del bien común y no así a condiciones.

Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario si puede aplicarse por supletoriedad como causa de extinción, sin embargo, en la práctica no es frecuente. Por el transcurso del plazo de máximo de vigencia es la causa más común de extinción de los fideicomisos, uno de los problemas que representa es la escasa regulación sobre la cartera crediticia dentro de la escritura constitutiva con relación a cómo debe procederse en los últimos años de vigencia del fideicomiso. La causa de extinción por causa judicial no es aplicable, en todo caso se aplicaría la extinción anticipada como se indicó anteriormente, por solicitud o por recomendación de los entes rectores en materia de fideicomisos, Presidencia de la República, Contraloría General de Cuentas, Procuraduría General de la Nación e incluso el mismo representante de los intereses del Estado.

Anteriormente dentro de la ley de presupuesto vigente para otros ejercicios fiscales se regulaba como causa de extinción anticipada la existencia de cartera crediticia morosa, regulación modificada en el decreto 25-2018 en donde se establece que no será causal de extinción la mencionada, y esto, para poder recuperar la cartera vencida y el capital del Estado que se invirtió en el fideicomiso constituido.

El Decreto del Congreso de la República (2018) Decreto 25-2018, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal dos mil diecinueve, Guatemala, en el artículo 86 determina que para la extinción de los fideicomisos constituidos con recursos del Estado lo siguiente: “...la extinción se sujeta en primer lugar a las condiciones pactadas en el contrato. De común acuerdo se podrán pactar nuevas condiciones aplicando los procedimientos modelos que para el efecto publique dicho Ministerio, a través del ente rector”; es decir, cada fideicomiso al crearse, dentro del instrumento constitutivo contendrá regulaciones en relación a la extinción y liquidación, esas estipulaciones serán las que prevalecerán y determinarán cómo se extinguirán los fideicomisos, actualmente la ley citada permite que se pacten nuevas condiciones aplicando los procedimientos modelo que para el efecto publica el Ministerio de Finanzas Públicas, situación que no permitía antes en la ley, ahora bien, una de las preguntas en esas situaciones son ¿cómo debería de formalizarse las nuevas condiciones pactadas para la extinción?; la ley no establece nada al respecto, se puede deducir que si todas las modificaciones deben constar en escritura pública, estas nuevas condiciones pactadas que constituyen una modificación a la escritura pública que contiene el contrato, debería realizarse a través del mismo proceso de modificación y observar las mismas formalidades en cuanto a su otorgamiento.

La unidad ejecutora debe verificar que los recursos asignados al fideicomiso se encuentren debidamente regularizados o gestionar las acciones pertinentes para que sea así, previo a iniciarse el proceso de extinción, se provisionan en las cuentas del fideicomiso los gastos aprobados para la extinción y procede a conformar expediente para la extinción, aquí existen variaciones dentro de los procesos anteriormente desarrollados en virtud que debe establecerse la creación de la comisión liquidadora dentro de la minuta de la escritura de extinción, debiendo determinarse condiciones como dónde operarán, el plazo que tendrá para realizar sus actividades, que atribuciones se le otorgarán; una vez deja de estar vigente el fideicomiso, no existe persona jurídica que pueda tomar decisiones sobre el patrimonio fideicometido en virtud que el Comité Técnico que era quien ostentaba esta figura al perder vigencia el instrumento que lo crea, pierde también la personalidad jurídica para actuar, por lo que es de vital importancia el nombramiento de la Comisión Liquidadora que tendrá funciones análogas al Comité Técnico para gestionar todo lo necesario para la extinción y liquidación del fideicomiso.

El proceso con el que se continúa es el de modificación de fideicomisos públicos hasta el momento de otorgamiento de la escritura de extinción, en donde una vez otorgada, se pasa a nombrar a la Comisión Liquidadora del Fideicomiso, en el impase del otorgamiento de la escritura pública

hasta este punto pueden pasar meses en los que no existe una persona jurídicamente capaz para gestionar en nombre del fideicomiso, quedando la responsabilidad al representante del Estado por la pronta gestión de la extinción pero no las facultades de realizar acciones que puedan salvaguardar el patrimonio fideicometido, una vez nombrada la Comisión que por lo general se integra con personal de la institución que representa al Estado así como del fiduciario, esta debe iniciar a exigir la rendición de cuentas al fiduciario por la administración del fideicomiso, procediendo a faccionar acta del inventario de activos que figuran en el Balance General y comparar esto con los bienes de forma física para proceder a trasladarlos a la Dirección de Bienes del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas de acuerdo a lo que establece el proceso modelo del MINFIN.

Las carteras crediticias es otro tema de suma importancia dentro de la liquidación, proceso que inicia a partir que se formaliza la extinción con el otorgamiento de la escritura pública para el efecto, las carteras crediticias pueden ser trasladadas a otros fideicomisos vigentes si así se pacta y con la anuencia de los responsables, fideicomisos como Administración de Carteras fue constituido para recibir y gestionar el cobro de las carteras crediticias de los fideicomisos en proceso de extinción, una vez se decide el destino, se trasladan las carteras y activos, provisionando posteriormente el abasto en las cuentas por cobrar y por

pagar del fideicomiso, dichas disponibilidades se trasladan a la cuenta de “Gobierno de la República-Fondo Común”, posteriormente se elabora un informe final de liquidación para aprobación del fideicomitente y fiduciario, una vez aprobado, se gestiona ante la Escribanía de Cámara y de Gobierno la escritura pública para otorgamiento del finiquito mutuo, de dicho instrumento se traslada copia del testimonio al fiduciario, Ministerio de Finanzas públicas y Contraloría General de Cuentas.

Las consecuencias de la pésima normativa jurídica para estos procesos se reflejan en los mismos números que registra el MINFIN en relación a los fideicomisos en proceso de extinción que no han podido finiquitarse y en consecuencia fondos públicos que siguen en las cuentas de los fiduciarios sin invertirse o producir beneficio para el Estado, al no preverse en la escritura constitutiva ni en norma jurídica aplicable, se encuentra un impase que no permite administrar el dinero invertido, entre otros problemas como las carteras morosas que representan también activos del Estado que no se recuperan por no existir procedimientos aplicables en ese sentido; el fideicomiso bosques y agua para la concordia a cargo del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación logró una liquidación exitosa al trasladar los remanentes a un programa previa extinción, es un ejemplo de una forma adecuada de manejar estos procesos, el problema radica en que sigue sin poderse extinguir por razón de la burocracia en los procesos administrativos en

donde los criterios de los funcionarios públicos suplen las normas que no se observan para la materia actualmente.

Regulación legal de los procesos constitución, modificación y extinción de los fideicomisos públicos

Inicialmente se encuentran las normas jurídicas aplicables dentro del Código de Comercio de Guatemala de acuerdo con lo citado, así también se encuentran reglas contenidas en el Acuerdo Gubernativo del Ministerio de Finanzas públicas (2010). Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos, que contiene también regulaciones de importancia para los procesos relacionados con los fideicomisos públicos. El Decreto del Congreso de la República de Guatemala número 25-2018 Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio fiscal dos mil diecinueve, Capítulo VIII, Fideicomisos, establece los parámetros a seguir para el ejercicio fiscal vigente en cuanto a los fideicomisos constituidos con fondos públicos. Decreto del Congreso de la República Número 101-97 (1997). Ley Orgánica del Presupuesto, en el artículo 33 autoriza la inversión de recursos financieros del Estado.

Asimismo, el decreto del Congreso de la República. (2008). Ley de acceso a la información pública, contiene normas jurídicas que deberán aplicarse a los fideicomisos. Otras leyes cuya aplicación debe ser observada en los fideicomisos es la ley orgánica de la Contraloría General de Cuentas, ley de supervisión financiera, ley de bancos y grupos financieros, entre otras.

Análisis comparativo de los procesos de constitución, modificación y extinción en el Derecho Comparado

Al igual que en Guatemala, en México los fideicomisos se constituyen a través de contrato pudiendo variar las estipulaciones del instrumento público si se trata de una organización paraestatal o no, como ya se mencionó, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su carácter de fideicomitente único dentro de la administración pública centralizada debe comparecer en los contratos de fideicomisos cuando sean entidades paraestatales, cuando sean organizaciones sin estructura, también comparece la secretaría pero se hace acompañar de otro funcionario público a quien se le delegará la ejecución del fideicomiso; en algunos casos, previa autorización de la Secretaría, al tratarse de entidad paraestatal puede fungir como fideicomitente únicamente el servidor público. De acuerdo con la ley general de títulos y operaciones de crédito, el plazo máximo para su constitución es de 20 años o el pactado

por las partes que no sea mayor al señalado, lo cual se aplica de forma supletoria a los fideicomisos públicos.

En Argentina, para la constitución de fideicomisos públicos se aplican las disposiciones mercantiles contenidas en la Ley del Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2014). Ley 26994. Código Civil y Comercial de la Nación. Promulgada el 7 de octubre de 2014. Argentina:

Artículo 1666. Debe constar por escrito ya sea en instrumento público o privado dependiendo del tipo de bien sobre el que se esté constituyendo el fideicomiso, no podrá durar más de 30 años contados a partir de la celebración del contrato; debiendo expresarse el consentimiento aceptación de forma expresa por el beneficiario.

Aplica para Guatemala la misma regla en cuanto a la forma que debe revestir al contrato de fideicomiso, variando en cuanto al plazo máximo por el que puede constituirse un fideicomiso. La ley 27.328 que desarrolla los contratos de participación público – privado; desarrollan preceptos generales que debe observar la administración pública para otorgar contratos, como en el caso del fideicomiso, el artículo 7° indica que cuando se creen fideicomisos deberá observarse lo estipulado en el Código civil y comercial. Al igual que en la legislación guatemalteca y mexicana, previo al otorgamiento del contrato de fideicomiso propiamente, la administración pública se pronuncia a través de instrumentos públicos como leyes, decretos o acuerdos que contienen la aprobación de la administración en cuanto a la constitución del fideicomiso.

Cómo se determinó en el párrafo anterior, no se establece normativa propia en la administración pública para la regulación de este tipo de contratos, no existen tampoco procedimientos que desarrollen los pasos que deban seguirse para la constitución a diferencia de la legislación mexicana que sí desarrolla de manera taxativa los fideicomisos de naturaleza pública, en esta legislación se determinan los requisitos de fondo a los que debe sujetarse el fideicomiso que está por nacer, así como otras circunstancias que permiten la transparencia y rendición de cuentas. En Argentina antes de otorgar el contrato de fideicomiso se precisa que se emita un acuerdo o ley que autorice la creación del fideicomiso así como la forma en que se desarrollará, en el contrato comparecen por el Estado el funcionario público que dirija la institución a través de la cual se ejecutará el fideicomiso así como el fideicomisario, dentro de la documentación analizada no se establece la obligación de que se otorgue mandato a favor del funcionario pero sí se observó que una vez raelizado el contrato la Escribania certifica las firmas de los comparecientes para dar fe pública al negocio jurídico celebrado. En cuanto a los elementos personales, existe la peculiaridad que el beneficiario debe expresar su consentimiento o aceptación al momento de constituirse.

En México, el Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en el capítulo XVI desarrolla las regulaciones aplicables a los fideicomisos y mandatos establece en el artículo 215 que pueden constituirse fideicomisos sin estructura orgánica siempre que estos se determinen previamente por ley o decreto, iniciándose de igual forma con la elaboración del proyecto de contrato a través del área jurídica que corresponda ya sea a la institución a cuyo presupuesto se cargue el patrimonio que será objeto del fideicomiso o de la entidad creada para esa finalidad.

En esta parte del proceso se encuentra la primera diferencia en relación con la forma de constituir un fideicomiso, el contrato en cuanto a su forma se encuentra preestablecido en México por la Secretaría de Hacienda Pública quien para el efecto difunde el modelo a seguirse; mientras que en Guatemala se pacta con las limitaciones de la ley y de acuerdo a la voluntad del fideicomitente, como se ha repetido a lo largo del presente documento, la libertad de voluntad de las partes no debiera tener lugar en un negocio jurídico constituido con fondos públicos, México a través de los modelos difundidos por la Secretaría asegura que ciertas condiciones mínimas sean incluidas en el contrato de constitución. Al constituirse el fideicomiso en México debe prestarse declaración que no se duplicarán funciones, fines y estructuras orgánicas ya existentes dentro de la administración federal, es una medida efectiva

para evitar la corrupción y que la creación de fideicomisos respondan mas a intereses particulares que a necesidades de la población, se determina la responsabilidad desde un inicio para lo firmantes de la declaración presentada.

En cuanto a la constitución de fideicomisos como entidades paraestatales aprobadas también a través de leyes o decretos expedidos por el Congreso debe constar la anuencia del fiduciario respecto al proyecto de contrato previamente a que se someta para autorización presupuestaria y opinión jurídica de las unidades competentes dentro de la secretaría, mientras que en Guatemala, la anuencia del fiduciario se requiere hasta que la administración pública llega a consenso sobre el contenido de los instrumentos necesarios para formalizar el fideicomiso que surge. Dentro del proceso de creación de los fideicomisos el tema presupuestario si bien es de importancia no se proyecta a futuro como sí lo hace México al solicitar la estimación para los subsecuentes ejercicios fiscales, no solo para el ejercicio fiscal en el que se está creando el fideicomiso, como sí sucede en Guatemala; aceptan en relación del patrimonio que este se constituya con recursos otorgados por organismos financieros internacionales, caso que no ocurre de forma taxativa dentro de las regulaciones para el efecto en Guatemala, dentro del proceso de constitución se recaban las opiniones de la Dirección General de Programación y Presupuesto de la Secretaría de Hacienda, así como la

opinión previa de la Unidad de Política y Control Presupuestario. La procuraduría fiscal de la federación a través de la subprocuraduría fiscal federal de legislación y consulta se pronuncia también sobre la creación del fideicomiso.

Al realizarse el contrato de fideicomiso dentro de la legislación mexicana es necesario que se describa la integración del Comité Técnico individualizando a los servidores públicos que conformarán el mismo, en los fideicomisos guatemaltecos esta disposición no existe, dentro del contrato constitutivo se limitan las partes a establecer las facultades para los integrantes del Comité Técnico, lo que tienen en común es que en ambas legislaciones es necesario que dentro del órgano referido participe un representante del fiduciario. Las instituciones fiduciarias dentro de los 6 meses siguientes a su constitución deben someter los proyectos de la estructura administrativa del fideicomiso a la dependencia que coordine el sector al que pertenecerán las actividades que desarrolle el fideicomiso; esto con la finalidad de aprobar cómo se conformará la entidad.

En Colombia por otro lado, se cuenta con regulación específica sobre la fiducia pública pero esta sigue siendo escueta en virtud que se limita a remitir a la normativa mercantil para desarrollar la constitución del encargo fiduciario, dentro de esta normativa, como prevalece en el

derecho mercantil en la mayoría de países, la autonomía de la voluntad prevalece, siendo las disposiciones flexibles para favorecer el comercio, como es natural, cuando hablamos de la administración pública no debiera existir esta libertad en virtud que debe fiscalizarse y velarse por el correcto uso de los fondos públicos; error que se repite en la legislación guatemalteca, contribuyendo esto a la poca transparencia de la fiducia pública.

De acuerdo con la legislación colombiana debe celebrarse contrato de fiducia de acuerdo a la ley 80 (1993), decreto del Congreso de Colombia que contiene el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, artículo 32 numeral 5; es la Superintendencia Bancaria a quien corresponde la autorización si el contrato es celebrado con sociedad fiduciaria, debe constar por escrito, solamente será necesaria la escritura pública cuando implique mutación de dominio. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia determina que deberán aplicarse a la fiducia las disposiciones que contiene el Código de Comercio, determinando en el artículo 1228 que debe constar en escritura pública y que deberá registrarse, no es necesario que se individualice al fideicomisario en el contrato, las especificaciones aplicables o beneficiosas para la administración pública son escuetas.

Para la modificación de los fideicomisos dentro de las legislaciones analizadas, al igual que en Guatemala es precaria casi nula la regulación sobre el proceso a seguir, siendo innecesario muchas veces las formalidades que sí se requieren para la constitución del fideicomiso, en todas las legislaciones es necesario que conste por escrito la modificación dentro de un instrumento público y que sea avalado por la administración pública.

Para la extinción de los fideicomisos en México es preciso abocarse al artículo 221 del Reglamento de la Ley Federal de presupuesto y responsabilidad hacendaria, en el capítulo sección VII, artículo 221 establece que es responsable de la extinción la dependencia a cuyo presupuesto se aportaron los recursos presupuestarios del fideicomiso, en estos casos es el fiduciario quien debe elaborar el convenio de extinción, caso contrario al que sucede en Guatemala donde el fiduciario si bien puede participar dentro de la Comisión Liquidadora en relación a los instrumentos públicos para la liquidación solo presta su anuencia sobre el contenido del proyecto de escritura pública para formalizar la legalización y para otorgar mutuo finiquito.

El Reglamento de las entidades paraestatales (1990) emitido por la Presidencia de la República de los Estados Unidos Mexicanos, determina en el artículo 9º, en cuanto a la extinción de paraestatales determina que

será la Secretaría de programación y presupuesto o el Comité Técnico, si así lo dispone la primera, quienes emitirán los lineamientos para llevar a cabo el proceso de extinción, la diferencia con Guatemala es que inicialmente deben señalarse los parámetros de la extinción en la escritura pública pudiendo pactarse nuevas condiciones de acuerdo al proceso modelo del Ministerio de Finanzas, es decir, existe un parámetro general que debe adecuarse a los casos particulares, mientras que en México las condiciones surgen una vez se hace eminente la extinción por cualquier razón que proceda, y las condiciones para proceder no deben constar en el documento de constitución, tampoco se cuenta con un proceso general para el efecto, sino es la Secretaría quien dispone sobre la extinción y la forma que deberá procederse para el caso específico.

Un punto que varía mucho de legislación a legislación es el relacionado a la administración del fideicomiso, en México por ejemplo, es importante determinar el Comité técnico y este se integra con funcionarios públicos y particulares, por el desarrollo de la legislación en la materia, la estructura administrativa del fideicomiso es un punto importante y detalladamente regulado, mientras que en países como Argentina, donde se aplica de forma supletoria la legislación mercantil, se habla de forma escueta sobre el Comité, siendo necesario establecer las facultades que estos ostentarán pero no se establece más al respecto, Colombia también contempla la necesidad de un administrador dentro del fideicomiso, pero

ambas de forma general desarrollan derechos y obligaciones de estos más no requieren la individualización de quienes serán los responsables en cuanto a la ejecución de los fideicomisos; en Guatemala son muchos los fideicomisos que al momento de constituirse no cuentan con un Comité Técnico en virtud que este no ha sido un requisito exigido por la escasa normativa aplicable, y que representan una de las causas más frecuentes en cuanto a la problemática para la fiscalización.

En cuanto a las causas de extinción, el artículo 392 de la ley general de títulos y créditos determina para México, no son muy diferentes de las establecidas dentro del Código de Comercio de Guatemala, variando en cuanto al plazo máximo de vigencia que será de 20 años, en las legislaciones tanto argentina como colombiana es factor común para causa de extinción el plazo máximo, el convenio entre las partes, y la facultad de fideicomitente de revocar el contrato cuando así se reservó el derecho, en Argentina se determinan las causas de extinción en el Código Civil y Comercial de la Nación artículo 1697; en ese sentido, la legislación colombiana regulando en el artículo 1240 de la ley reguladora se encarga de enumerar las causales para la extinción. Vale la pena destacar que en el caso de las entidades paraestatales también podrá darse la extinción cuando la entidad deje de cumplir con sus fines u objetos, resulte oneroso o poco conveniente para el país de acuerdo con

lo dispuesto por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien podrá proponer al Ejecutivo Federal la extinción de aquel.

Responsabilidad en el manejo de los fondos del Estado

Actores responsables de la fiscalización de los fideicomisos en Guatemala y el Derecho Comparado

En Guatemala los actores de la fiscalización de los fideicomisos son en primer lugar la institución pública a quien se le encomienda la ejecución del fideicomiso y que comparece como fideicomitente dentro de la constitución del mismo; el ente rector en la materia, es decir, la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas será también actor responsable de la diligencia del fideicomitente así como la transparencia de los actos que estén ejecutando y correcta administración de los bienes a través de los sistemas implementados. La Superintendencia de Bancos de Guatemala debe velar porque el fiduciario desarrolle sus actividades con observancia de la ley. Corresponde también a la Contraloría General de Cuentas la fiscalización de los fideicomisos de acuerdo con los procesos establecidos para el efecto.

En México, de la misma forma la estructura administrativa de la entidad paraestatal o la institución pública de la cual dependa el fideicomiso serán responsables de la ejecución, la Secretaría de Hacienda es actor responsable de la fiscalización de las actividades que desarrollan los fideicomisos públicos, la Auditoría Superior de la Federación se encarga de la fiscalización de los recursos públicos; la Contraloría General del Distrito Federal participa como encargada de la fiscalización y evaluación de la gestión pública de las entidades paraestatales así como las dependencias de la administración pública del gobierno federal.

En la República de Argentina, se encomienda al fiduciario además del fideicomitente la fiscalización de las actividades del fideicomiso, así mismo, corresponde también a la Auditoría General de la Nación de la República la fiscalización de la utilización de los recursos del Estado, así como también la Ministerio de Hacienda. En Colombia, la Superintendencia Bancaria debe fiscalizar al fiduciario, corresponde también la fiscalización de recursos a la Contraloría General de la República, así como a las contralorías departamentales y distritales y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Fiscalización de los fideicomisos durante la vigencia del contrato

Durante la vigencia del contrato corresponde de acuerdo con la ley del presupuesto la responsabilidad a las autoridades superiores que por ley están autorizadas para ejecutar recursos por medio de la figura de fideicomisos juntamente con las unidades ejecutoras, así también como al fiduciario. La fiscalización por la entidad a quien el Estado delega la representación para la ejecución se realiza a través de varios actores dentro de la misma, iniciando por la Unidad Ejecutora del fideicomiso a quien corresponde de acuerdo con lo que establece el Ministerio de Finanzas Públicas el registro en el Sistema de Contabilidad Integrada - SICOIN-; las entidades que figuran como fiduciarios también son sujetos de fiscalización específica a través de la Superintendencia de Bancos.

El decreto del Congreso de la República (2018). Ley del presupuesto de ingresos y egresos del Estado vigente para el ejercicio fiscal 2019, determina la obligación para las entidades públicas de remitir de forma mensual estados financieros a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas dentro de los primeros 15 días calendario del mes siguiente para que el MINFIN pueda consolidar la información y publicarla en el portal, así como fiscalizar los datos que están enviando las instituciones públicas. Es obligación también enviar los informes cuatrimestrales de acuerdo a lo que establece la ley

mencionada en el artículo 19 para la transparencia y eficiencia del gasto público, estos informes reflejan la ejecución física-financiera, adquisiciones y demás movimientos del fideicomiso, esta información, tanto la mensual como la cuatrimestral, además de remitirse al Ministerio de Finanzas debe trasladarse a la Contraloría General de Cuentas, la Comisión Presidencia de Gestión Pública Abierta y Gobierno Electrónico, a la Unidad de Acceso a la Información Pública de la Institución para su conocimiento, la Unidad se hará cargo de la publicación de la información dentro del portal *web* de la página de la institución.

Dentro de la misma institución también existen mecanismos para la fiscalización, de acuerdo con el artículo 21 de la ley de presupuesto se establece la obligación de publicar informes en los portales web de las entidades de administración pública. Para la fiscalización la entidad a través de la Unidad de Auditoría Interna deberá realizar anualmente auditorías sobre el fideicomiso, en ese sentido, también deben tomarse en consideración las auditorías externas que debe contratar el fideicomitente o fiduciario de acuerdo con lo pactado en la escritura constitutiva.

Otro actor responsable de la fiscalización en esta materia se determina a través del Decreto del Congreso de la República (2002). Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Guatemala. “La Contraloría General

de cuentas es el ente técnico rector de la fiscalización y el control gubernamental”; artículo 1. Corresponde pues gestionar a través de la Dirección de auditoría a fideicomisos las auditorías de tipo financiero, cumplimiento y desempeño u otras que se consideren necesarias realizar a los fideicomisos, de acuerdo con el artículo 26 del reglamento de la ley orgánica. Como resultado de las auditorías el ente fiscalizador genera recomendaciones para la corrección de lo que denominan hallazgos.

Es de vital importancia procurar prevenir situaciones que impidan el correcto uso de los recursos del Estado, para ello es menester incluir dentro de la legislación guatemalteca los parámetros que permitan desde la constitución la identificación de los sujetos que serán responsables así como las consecuencias que deberán asumir en virtud del incumplimiento de lo designado, es necesario desarrollar de forma minuciosa los pasos a seguir para la extinción y liquidación estableciendo plazos para el efecto, de esta forma se asegura que no duren muchos años sin ningún resultado, es una buena opción incluir el destino de los remanentes que resulten del fideicomiso considerando su traslado antes de la terminación de vigencia del mismo para que puedan resultar útiles al Estado empleándose en otros proyectos, programas o en la misma institución a cargo.

Fiscalización de los fideicomisos durante el proceso de extinción

Las obligaciones de presentación de informes mensuales y cuatrimestrales, así como la publicación de los estados financieros sigue siendo una obligación mientras el fideicomiso no se haya liquidado, los responsables y los procesos continúan de acuerdo con lo que se desarrolló; de los problemas que se detectan dentro de este ciclo de los fideicomisos es primero, la disposición del ente rector de proceder a extinguir antes de liquidar el fideicomiso, actualmente esto ha sido erradicado con la disposición de la ley del presupuesto vigente para el ejercicio fiscal 2019 que permite pactar nuevas condiciones para el proceso de extinción y liquidación, pero no se cómo se formalizarán lo pactado. Otro problema que se presenta en esta etapa acontece cuando no se ha nombrado a la Comisión Liquidadora, en virtud que no existe ente que pueda realizar acciones para la defensa del patrimonio propiamente, por ejemplo, para el pago de las deudas del fideicomiso lo que necesariamente se traduce en menoscabo del patrimonio del Estado.

El servidor público que compareció como fideicomitente solo tendrá las facultades legales que le otorgue la escritura pública de constitución para realizar aquellas gestiones necesarias para iniciar la extinción del fideicomiso, la unidad ejecutora se debe limitar a la regularización de las cuentas si hubieren quedado pendientes, el fiduciario si bien puede

realizar acciones de defensa del patrimonio estarán limitadas a las facultades que la ley y su reglamento les conceda, y la misma Comisión Liquidadora solo puede realizar actividades para la liquidación del fideicomiso; en Guatemala es alarmante el número de fideicomisos que se encuentran en proceso de extinción y no han podido liquidarse ¿Qué pasa con los fondos del Estado? Estos quedan congelados en dominio de la institución bancaria que ostenta la calidad de fiduciario hasta que se realice la liquidación y pueda disponerse el traslado de estas.

Dentro de las estipulaciones relativas al proceso de extinción y liquidación debe comenzarse por ordenar que se liquide el patrimonio del fideicomiso previo a la fecha de vencimiento del mismo, estableciendo un plazo prudencial para que puedan tomarse las decisiones necesarias para el resguardo del patrimonio del Estado, facilitando así la posterior legalización del proceso de extinción, asimismo debe incluirse de forma obligatoria la contratación de una auditoría externa que facilite determinar el estado del fideicomiso meses antes del vencimiento o extinción de este para procurar que las partes puedan tomar acciones que permitan resolver el fideicomiso de la mejor manera.

La comisión liquidadora debe tener un plazo establecido para realizar sus actividades pero esta debería instaurarse previamente como una comisión pre liquidación para que las personas que la integren tengan el tiempo

suficiente para conocer a fondo todo lo relacionado con el fideicomiso y tengan tanto la documentación como a los responsables de la misma a su disposición, es un buen momento para determinar responsabilidad de quienes intervinieron y decidir sobre el fin de los bienes del fideicomiso, permitiendo que se ordene la papelería que se necesitará para la posterior liquidación, siendo entonces innecesario un plazo mayor a 8 meses para realizar una eficiente y efectiva liquidación del fideicomiso; esta comisión pre liquidación podrá encargarse también de verificar que todas las operaciones y bienes del fideicomiso se encuentren debidamente inscritos en los sistemas de controles y registros creados por el MINFIN para el efecto y que la documentación que respalda esos bienes y operaciones se encuentren a disposición de la comisión.

Como medida previa a la liquidación y durante la vigencia del fideicomiso debe realizarse un análisis exhaustivo de la cartera en mora del fideicomiso en coordinación con la Contraloría General de Cuentas, Ministerio de Finanzas Públicas así como el fiduciario para evitar el traslado de millones de quetzales en deudas a otro fideicomiso que no está tampoco en la capacidad de recuperar la cartera y obligando al fiduciario a responder por las responsabilidades que le corresponden mientras el comité técnico aún tiene facultades para exigir esto, caso contrario se repite el patrón de traslado de carteras morosas y recursos estatales que no pueden recuperarse y por lo que el banco fiduciario no

responde, pudiendo en última instancia presentar ante la Superintendencia de Bancos el informe detalle que explique sobre el incumplimiento del banco.

Comparación de los procesos de fiscalización dentro de la legislación en el Derecho Comparado

México con su legislación específica desarrolla la necesidad dentro del Reglamento de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales en el artículo 29 de establecer un órgano de vigilancia dentro de las entidades paraestatales, integrándose este por un comisario público que es designado por la Secretaría de la Contraloría General, también dentro de la vigencia del contrato. Funciona como actor fiscalizador el órgano de gobierno que es conformado por varios representantes dentro de los cuales se incluye a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secretaría de la Contraloría General de la Federación. En cuanto a los procesos de fiscalización internos durante la vigencia del contrato, existe la obligación de rendición de informes financieros a la Secretaría de Hacienda. Dentro del contrato constitutivo la Secretaría indica que es necesario que se establezca el órgano interno de control que será el equivalente a una contraloría interna.

En Colombia la inspección y vigilancia sobre las sociedades fiduciarias corresponde a la Superintendencia bancaria, al igual que en Guatemala, y el control de la ejecución propiamente de los encargos fiduciarios corresponde a la Contraloría General de la República así como a las contralorías departamentales, distritales y municipales la fiscalización y control sobre la administración de los recursos públicos ejercido por las sociedades fiduciarias, de acuerdo a la ley 80 (1993) artículo 32, inciso. La ley 1474, que desarrolla el Estatuto anticorrupción, regula también el tema de fiscalización de uso de recursos públicos. Asimismo, la Contraloría General de República ejerce de igual forma el control y vigilancia a los recursos públicos. De igual forma se observan las auditorías gubernamentales como un medio de control y la obligación de la fiducia de enviar informes sobre los estados financieros al Ministerio de Hacienda.

En Argentina, se establece poco sobre la fiscalización de los fideicomisos en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley 26.994, se exige la obligación de la rendición cuentas a solicitud del beneficiario, fiduciante o fideicomisario, por lo menos una vez al año. La Auditoría General de la Nación es un órgano creado por la constitución de la Nación y ejerce el control externo del sector público a través de auditorías, en aplicación de la ley 24.156 de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional y su

reglamentación se determina que la Secretaría de Hacienda y la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y Producción serán también responsables de la fiscalización, así como la Contaduría General de la Nación, análogo de la Contraloría General de Cuentas en Guatemala, que a través de las auditorías velará por el correcto manejo de los fondos públicos.

Análisis sobre la responsabilidad de los actores dentro de los fideicomisos constituidos con fondos públicos

Para determinar la responsabilidad del manejo de fondos públicos a través de la constitución de fideicomisos es necesario individualizar a los actores, porque no es la misma responsabilidad la que ostenta el fideicomitente por ejemplo, que la del fiduciario. Empezando por determinar la responsabilidad del fideicomitente, si bien no se cuenta con una normativa específica aplicable a los fideicomisos públicos, por ser un servidor público en quien se deposita la representación del Estado es viable iniciar por la siguiente normativa jurídica: Congreso de la República de Guatemala. (2002). Decreto 89-2002. la ley de probidad y responsabilidades de funcionarios y empleados públicos en virtud que esta de acuerdo con lo que establece en el artículo 1:

“...tiene por objeto crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales, evitar el desvío de recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado; establecer los mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos, y prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado y de otras personas individuales o jurídicas que manejen, administren, custodien, recauden e inviertan fondos a valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran.”

Es justamente la determinación de la responsabilidad ya sea civil, penal o administrativa en la que incurran los funcionarios públicos la que interesa a esta parte de la investigación, debiendo determinar que dentro de los fideicomisos son funcionarios públicos de acuerdo con la ley citada tanto el fideicomitente, en quien se deposita la representación y defensa de los intereses del Estado como las personas que conforman unidades ejecutoras, comisiones liquidadoras dentro del mismo, el bien tutelado será el patrimonio público, es decir, el aporte que el Estado proporciona para constituir el patrimonio fideicometido, con relación a la responsabilidad administrativa podrá deducírsele al funcionario público por contravención de las normas jurídicas contenidas en el Código de Comercio de Guatemala y por la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contraídas a través de la escritura pública de constitución del fideicomiso, el incumplimiento de objetivos trazados, debiera ser razón suficiente para iniciar un proceso al funcionario público, sin embargo no se observan en ese sentido acciones tomadas por la administración pública.

Si bien la Contraloría General de Cuentas puede deducir responsabilidad y sancionar a los funcionarios con la imposición de multas que deben cancelarse a esta institución, no constituye deducción de la responsabilidad civil y no se responde por el daño y los perjuicios causados al patrimonio estatal, si se toma en consideración los millones de quetzales que se encuentran en los bancos fiduciarios sin ser invertidos por la administración pública en virtud de procesos de extinción o liquidación inconclusos, la utilidad que representarían esos fondos para la prestación de servicios o el desarrollo de la sociedad, sería imprescindible considerar deducir responsabilidad civil a los funcionarios por la negligencia con relación a estos procesos, o determinar la necesidad de transferir los fondos a las arcas del Estado aún cuando se encuentren los procesos en marcha, sin embargo, no existe una institución determinada y un plazo exigible en norma jurídica para el inicio de estas acciones.

Una figura importante en cuanto a la determinación de responsabilidad la constituye el fiduciario o entidad bancaria, sin embargo la forma de auditar a través de la Superintendencia de Bancos hace que los procesos sean herméticos, la rendición de cuentas limitada y la deducción de responsabilidad civil o penal nula, no responden en calidad de fiduciarios sino como entidad bancaria ante la Superintendencia, es necesario que se delimite y se haga viable la exigibilidad de la responsabilidad del

fiduciario por la falta de diligencia por ejemplo en la recuperación de la cartera morosa, es alarmante la cantidad de fideicomisos que al momento de perder vigencia cuentan con déficit en el cobro de los préstamos otorgados, si se considera como una empresa, estaríamos ante un inminente fracaso, sin embargo se siguen considerando prórrogas y creando nuevos fideicomisos con los mismos fiduciarios, la falta de determinación de la responsabilidad individualizada del fiduciario o procedimientos coercitivos que obliguen al cambio de este por incumplimiento de lo pactados no permiten que el fideicomiso pueda funcionar de forma eficiente.

La ley de probidad determina que las instituciones que serán responsables de la tutelaridad de la ley son el Congreso de la República de Guatemala, el Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de Cuentas pero estas participan de forma limitada y no empoderadas de esta normativa, apoyadas o más bien limitadas en las leyes orgánicas de cada institución, ¿por qué la Contraloría General de Cuentas no ha pedido deducción de responsabilidad civil ante los casos de fideicomisos que llevan años en proceso de extinción sin que hayan concluido aún? ¿Por qué la Procuraduría General de Cuentas no se pronuncia para la defensa de los intereses del Estado por la precaria forma de materializar los proyectos y programas propuestos al momento de la constitución del fideicomiso? Su participación se limita a los

procesos de creación, modificación y extinción, sin lugar a duda la normativa adecuada aplicable a los casos específicos no solo permitiría, sino que obligaría a estas instituciones a no ser observadores pasivos en el desarrollo de los fideicomisos.

Corresponde a la Contraloría General de Cuentas la fiscalización del manejo de los fondos públicos y control gubernamental de los activos y pasivos del Estado, incluidos los fideicomisos constituidos con fondos públicos de acuerdo a su ley orgánica, le corresponde la responsabilidad de iniciar los juicios de cuentas en contra de los funcionarios y empleados públicos; sin embargo, en su mayoría las auditorías realizadas a fideicomisos culminan en la imposición de infracciones que no pueden confundirse con deducción de responsabilidad civil o administrativa, mucho menos responsabilidad penal y lo que preocupa más aún es el incumplimiento de las recomendaciones extendidas por el ente fiscalizador año tras año, lo que evidencia la negligencia y la falta de diligencia del funcionario o empleado público pero también del auditor e incluso del Contralor General de Cuentas que no toma las acciones del índole que corresponde para el correcto uso de los fondos del Estado y la individualización de responsables por esto.

Existen en Guatemala algunas herramientas como la ley de probidad y responsabilidad de funcionarios y empleados públicos que permiten determinar a falta de normativa específica que sí procede la deducción de responsabilidad, pero al no determinar de manera directa a los actores responsables y establecer procedimientos específicos, no permiten la rendición de cuentas de los fideicomisos, asimismo, leyes orgánicas que delimitan la responsabilidad de las instituciones no empoderan de forma adecuada en los procesos específicos relacionados con los fideicomisos por lo que se hace evidente la necesidad de normar de forma amplia y detallada lo relacionado con esta institución para la correcta inversión de los fondos del Estado.

Conclusiones

Es definitiva la importancia de normas jurídicas que sean aplicables a la figura de los fideicomisos constituidos con fondos públicos, las normas aplicables actualmente no facilitan la fiscalización adecuada del erario público así como el desarrollo de los proyectos y programas para asegurar cumplimiento de objetivos, se analizaron aproximadamente 13 iniciativas de ley presentadas ante el Congreso de la República de Guatemala destacando entre ellas la iniciativa número 4094 presentada en el año 2009 que persigue la rendición de cuentas y transparencia, regulando aspectos importantes como el comité técnico, la obligación de proporcionar información a la administración pública para los participantes excluyendo el secreto bancario como justificación para la negativa, delega en la Contraloría General de Cuentas la responsabilidad de fiscalización pero también le brinda herramientas y facultades para que la esta pueda ser efectiva desde el momento de la constitución a través de diferentes circunstancias como la obligación de un registro en esta institución.

Dentro del derecho comparado destaca México con normas jurídicas propias para los fideicomisos públicos, como resultado de la regulación adecuada la institución ha representado para el país una forma efectiva de cumplir con los fines del Estado, al analizar la ley federal de las

entidades paraestatales así como la ley orgánica de la administración pública federal se aprecia que desde el proceso de constitución de los fideicomisos se encuentra la responsabilidad administrativa, civil y penal determinada en los actores involucrados lo que facilita la fiscalización no solo para la administración pública sino para el mismo ciudadano, legislaciones como la colombiana aplican supletoriamente normas de índole mercantil y civil por no desarrollarse las normas de derecho administrativo completamente para los fideicomisos públicos, mientras que Argentina adolece de los mismos problemas que la legislación guatemalteca en cuanto a la regulación aplicable, es de los países donde más se evidencia la falta de transparencia en el uso de fondos públicos dentro de fideicomisos.

Para los procesos de constitución, modificación y extinción en el derecho guatemalteco se elaboraron los pasos administrativos a seguir para el efecto, determinando después de la investigación que no se cuenta con un proceso definido ni requisitos mínimos establecidos en norma jurídica, esto genera flexibilidad e inestabilidad, la libertad de voluntad que caracteriza a las contrataciones civiles y mercantiles no deberían ser una opción para el derecho administrativo, los requisitos mínimos esenciales, la determinación de responsabilidades, conformación de comité técnico deben ser declarados y aceptados desde la escritura pública de constitución. La falta de regulación se traduce en opacidad en

la administración pública, la poca coordinación de las instituciones fiscalizadoras dan margen a que las instituciones bancarias estén blindadas y no se les constriña ni coaccione para el cumplimiento de lo pactado para la realización de los fines para los cuales se crearon los fideicomisos, mientras no tengamos una legislación específica seguirán siendo los fideicomisos una pieza clave para la corrupción y mal uso de fondos públicos.

De acuerdo a lo analizado en la legislación nacional tanto como en el derecho comparado, se concluye que para la correcta fiscalización de los fideicomisos es imprescindible que se determinen a los responsables desde una etapa inicial como lo es la constitución, así mismo, que se regulen los procesos de extinción procurando el pronto traslado de los remanentes a las arcas del Estado, es inconcebible que procesos de extinción que llevan más de 10 años sean la justificación para que millones de quetzales se encuentren aún en poder del fiduciario por no contarse con un proceso legalmente establecido. Existen proyectos de iniciativa de ley viables que pueden ser mejorados pero que en esencia contienen lo necesario para fomentar la transparencia y mejorar el funcionamiento de la administración pública a través de los fideicomisos, sin embargo, cada proyecto de iniciativa presentado ha sido detenido sin justificación para el efecto, la iniciativa 4094 se asemeja a la regulación

detallada que se realiza en México para el tema de los fideicomisos públicos.

Referencias

Libros

- Alvarado Sandoval, Ricardo & Gracias González, José Antonio. (2008). *El Notario ante la contratación civil y mercantil*. Guatemala. Editorial Fénix.
- Kiper, Claudio Marcelo & Lisoprawski, Silvio. (2012). *Tratado de fideicomiso*. [3ª ed.]. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Ramírez Gaitán, Daniel Ubaldo. (2015). *Contrato de fideicomiso en Guatemala*. Guatemala. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Sarfatti, Mario. (1945). *Introducción al estudio del derecho comparado*. México. Imprenta Universitaria.
- Villegas Lara, René Arturo. (2004). *Derecho Mercantil Guatemalteco, Tomo I*. Guatemala. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Villegas Lara, René Arturo. (2016). *Derecho Mercantil Guatemalteco, Tomo III*. Guatemala. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein [s.f.]. *Introducción al derecho comparado*. (3ª. Ed.). [s.l.]. Colección Estudios Jurídicos.

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Colombia.

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*. México.

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (1986). *Ley federal de las entidades paraestatales*. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 03 de marzo de 2019. México.

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (1932). *Ley general de títulos y operaciones de crédito*. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 22 de junio de 2018. México.

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (2018). *Ley orgánica de la administración pública federal*. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de noviembre de 2018. México.

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (2018). *Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 2019*. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 28 de diciembre de 2018. México.

Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (2006). *Reglamento de la ley federal de presupuesto y responsabilidad hacendaria*. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 2006. México.

Congreso de la Nación Argentina. (2014). Ley 26994. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Publicado en el boletín oficial No. 32985, del 08 de octubre de 2014.

Congreso de la República de Guatemala. (1997). *Ley del Organismo Ejecutivo*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1994). *Ley Orgánica del Organismo Legislativo*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1970). *Código de Comercio de Guatemala*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). *Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. *Ley Orgánica del Ministerio Público*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1997). *Ley Orgánica del Presupuesto*. Publicado en el Diario Oficial el 16 de octubre de 1997. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2018). *Ley del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado para el ejercicio fiscal dos mil diecinueve*. Publicado en el Diario de Centroamérica No. 23, del 27 de diciembre de 2018. Guatemala

Congreso de la República de Guatemala. (1973). *Código penal*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). *Ley de probidad y responsabilidades de funcionarios y empleados públicos*. Publicado en el Diario de Centroamérica No. 71, del 24 de diciembre de 2002. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). *Ley de Supervisión financiera*. Guatemala.

El senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso. (1995). *Ley No. 24.441*. Publicada el 9 de enero de 1995. Argentina.

Congreso de Colombia. (1993). *Ley 80. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Publicado en el Diario Oficial, el 28 de octubre de 1993. Colombia.

Congreso de Colombia. (2011). *Ley 1474. Estatuto Anticorrupción*. Publicado en el Diario Oficial el 11 de julio de 2011. Colombia.

Congreso de Colombia. (2007). *Ley 1150*. Publicada en el Diario Oficial 46-691 del 16 de julio de 2007. Colombia.

Ley del Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (2014).
Ley 26994. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Publicada en el boletín oficial de la república de Argentina, el 8 de octubre de 2014. Argentina.

Ley del Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (2016)
Ley 27328. *Contratos de participación público – privada*. Publicado en el boletín oficial de la república de Argentina, el 16 de noviembre de 2016. Argentina.

Ministerio de Finanzas Públicas- (2018). *Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas*. Publicado en el Diario Oficial de Centroamérica No. 97, Tomo CCGIX del 28 de junio de 2018. Guatemala.

Ministerio de Gobernación. (2008). *Reglamento Orgánico del Ministerio de Gobernación*. Publicado en el Diario de Centroamérica, del 14 de enero del 2008.

Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. (2018). *Reglamento de la ley federal de presupuesto y responsabilidad hacendaria*. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de marzo de 2016. México.

Presidente de la República de Colombia. (1971). Decreto 410. *Código de Comercio*. Publicado en el Diario Oficial No. 33.339, 16 de junio de 1971. Colombia.

Tesis

Pertierra Cánepa, Francisco María (2010). *El fideicomiso al servicio de las políticas del Estado Argentino; análisis comparativo regional*. (Documento de trabajo). Universidad del CEMA. Argentina. Recuperado de <https://ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/429.pdf>

Publicaciones del Gobierno

Fideicomisos. [s.f.]. *El ABC de los fideicomisos*. Recuperado de http://www.minfin.gob.gt/index.php/?option=com_content&view=article&id=74&Itemid=697

Fideicomisos. (2019, 4 de febrero). *Procedimientos para la modificación y extinción de fideicomisos*. Recuperado de

<http://www.minfin.gob.gt/index.php/descarga-de-formatos-e-instructivos-de-informes-cuatrimestrales?id=3444>

Ministerio de Finanzas Públicas Guatemala (2010). *Manual para la administración de fideicomisos de la administración central*. Guatemala. [s.e.]

Presidencia de la República (2014). *Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas*. Guatemala.

Presidencia de la República (2018). *Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas*. Guatemala.

Superintendencia Financiera de Colombia (2016). *ABC Negocios Fiduciarios*. Colombia. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Buscador/busqueda/BuscadorArchivos/idRecurso/1019581/f/0/c/00#>

Superintendencia financiera de Colombia (2018). *Circular externa 034 de 2018, Instrucciones generales relativas a las operaciones de las sociedades de servicios financieros*. Colombia.

Empresa Alianza (2019, 19 de marzo). *En Campaña al consumidor financiero*. Recuperado de

<https://www.alianza.com.co/documents/12736/67223/Productos+Fiduciaros-Educ+Financiera.pdf/31aa5123-1a16-4650-ba1e-631da90dd8af>