

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y LA NO FISCALIZACIÓN
POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS"

TESIS DE GRADO

FÁLON ANELISSE DE LA CRUZ MORALES

CARNET 11374-08

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y LA NO FISCALIZACIÓN
POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

FÁLON ANELISSE DE LA CRUZ MORALES

PREVIO A CONFERÍRSELE

EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. MANUEL ANTONIO AVENDAÑO SCHWANK

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

LIC. FRED MANUEL BATLLE RIO

Guatemala, 22 de junio de 2017

Señores

Consejo

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Rafael Landívar

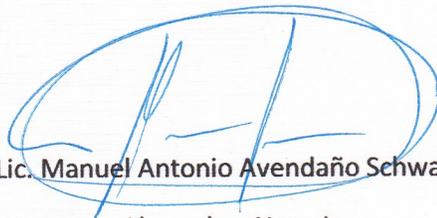
Representantes miembros del Consejo de Facultad:

En cumplimiento con la designación hecha a mi persona como asesor del trabajo de tesis elaborado por la estudiante Fálon Anelisse de la Cruz Morales, con número de carné 1137408, titulada "Análisis de la Legislación de los Fideicomisos Públicos" se considera que el contenido de la investigación se encuentra estructurado conforme a la normativa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar y cumple los requisitos metodológicos; en ese sentido, el título del trabajo de investigación se readecuó, quedando de la siguiente manera: "Análisis de la Legislación de los Fideicomisos Públicos y La No Fiscalización por Parte de La Contraloría General de Cuentas".

Por lo anterior, emito el presente DICTAMEN FAVORABLE, a favor del trabajo de investigación realizado.

Agradezco la oportunidad y designación realizada y sin otro particular, me suscribo con muestras de consideración y estima.

Atentamente,



Lic. Manuel Antonio Avendaño Schwank

Abogado y Notario

Manuel Antonio Avendaño Schwank
Abogado y Notario

FRED MANUEL BATLLE RIO
Abogado y Notario

Guatemala, 31 de octubre de 2017.

Licenciado
Cristian Roberto Villatoro Martínez
Secretario del Consejo de la Facultad
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Presente.

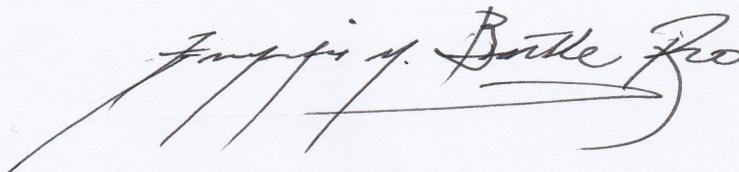
Respetable Licenciado Villatoro Martínez:

Reciba un cordial saludo, esperando éxito en sus actividades personales y profesionales.

Por medio de la presente, me permito informarle, que en virtud de la designación contenida en el punto **FCJS** del acta 17-18-13 de la sesión celebrada por el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, el día 21 de septiembre del año dos mil 2017, por medio de la cual se me designo como revisor de la tesis titulada **"ANALISIS DE LA LEGISLACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PUBLICOS Y LA NO FISCALIZACION POR PARTE DE LA CONTRALORIA GENERAL DE CUENTAS"**, elaborada por la estudiante **Fálon Anelisse de la Cruz Morales**, carné: 11374-08 se han observado las sugerencias hechas por mi persona a la misma, el esfuerzo aportado por la alumna y la trascendencia del tema me permito manifestar que es un aporte muy importante, por lo que puede continuarse con el trámite para su impresión.

Agradeciendo la confianza y la designación recaída en mi persona, me suscribo

Atentamente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fred Manuel Batlle Rio', with a large, sweeping flourish at the end.



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071668-2017

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante FALON ANELISSE DE LA CRUZ MORALES, Carnet 11374-08 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07852-2017 de fecha 22 de junio de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y LA NO FISCALIZACIÓN POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS"

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 27 días del mes de noviembre del año 2017.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

RESUMEN

La tesis tiene como objeto desarrollar de forma sencilla, el mecanismo de ejecución a través de fideicomisos, utilizado por el Estado de Guatemala, así como determinar la procedencia de su fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas.

Como se entra a conocer y desarrolla en la tesis, el fideicomiso es un contrato mercantil, por medio del cual una persona individual o jurídica transmite al fiduciario bienes pudiendo ser muebles e inmuebles, recursos financieros, entre otros, lo que conforma el patrimonio fideicometido o del fideicomiso; en el caso de Guatemala a Bancos del sistema financiero, financieras, así como aquellos que autorice la Junta Monetaria, afectando el patrimonio a un objetivo específico, en beneficio de un tercero al que se le denomina fideicomisario; el Estado en su calidad de fideicomitente también puede tener la calidad de fideicomisario.

El Estado de acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala, debe desarrollar proyectos y programas en beneficio de la población guatemalteca, que incluye el otorgar financiamiento crediticio en condiciones blandas que conlleve el desarrollo de los habitantes, éstos pueden ser agropecuarios, comercio, manufactura, vivienda, etc.

El fideicomiso es un mecanismo versátil que puede ser adaptado a las necesidades de quien o quienes lo constituyan, éste está bien estructurado y definido en el Decreto 2-70 Código de Comercio, y con base en esta norma legal y leyes administrativas se crean los fideicomisos estatales.

Los fideicomisos del Estado han sido objeto de diversas críticas por la forma de constitución; sin embargo, la debilidad la encontramos en su ejecución.

Asimismo, se espera que la presente tesis pueda brindar de forma clara y sencilla, la forma de cómo funcionan los fideicomisos del Estado.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1

ORIGEN E HISTORIA DEL FIDEICOMISO.....	1
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO	1
1.2 LA FIDUCIA	4
1.3 HISTORIA DE LOS FIDEICOMISOS DEL ESTADO DE GUATEMALA	5
CAPÍTULO 2	9
2. EL FIDEICOMISO	9
2.1 FIDEICOMISO:	9
2.2 EL FIDEICOMISO COMO:	9
2.2.1 Negocio Jurídico:.....	9
2.3 CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO:	10
2.4 ELEMENTOS PERSONALES:	11
2.4.1 FIDEICOMITENTE:	11
2.4.2 FIDUCIARIO:	11
2.4.3 FIDEICOMISARIO:.....	11
2.5 CLASIFICACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS SEGÚN JUAN JOSE MORALES:	11
2.5.1 DE ADMINISTRACIÓN:.....	11
2.5.2 DE INVERSIÓN:	12
2.5.3 DE GARANTÍA:.....	12
2.6 FIDEICOMISO PÚBLICO SEGÚN JUAN JOSE MORALES:.....	12
CAPÍTULO 3	13
3. FISCALIZACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS.....	13
3.1 Constitución Política de la República de Guatemala	13

3.2 Decreto 31-2002 Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas	14
4. ANÁLISIS DE LAS NORMAS LEGALES DE LOS FIDEICOMISOS DEL ESTADO DE GUATEMALA.....	18
4.1 Constitución Política de la República de Guatemala	19
Legislación de los Fideicomisos Públicos.....	22
4.2 Decreto 2-70 del Congreso de la República “Código de Comercio”	22
4.3 Decreto Ley 106 Código Civil.	28
4.4 Decreto 31-2002 Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas	29
4.5 Decreto 89-2002 LEY DE PROBIDAD Y RESPONSABILIDADES DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS...29	
4.6 Decreto 101-97 “Ley Orgánica del Presupuesto”	32
4.6.1 Acuerdo Gubernativo 540-2013 Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto	34
4.7 Decreto 114-97 “Ley del Organismo Ejecutivo”	36
4.8 Decreto 57-92 “Ley de Contrataciones del Estado”	37
4.8.1 Acuerdo Gubernativo 1056-92, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.....	38
4.9 Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Diecisiete, Decreto 50-2016.	38
4.10 Decreto 57-2008 Ley de Acceso a la Información Pública.....	39
4.11 En Acuerdo Ministerial No. 25-2010 “A” del 27 de abril de 2010, aprobó el Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos.	40
ENTREVISTA.....	43
5.1 Fideicomisos del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación MAGA.....	43
5.2 Dirección de Fideicomisos, Ministerio de Finanzas Públicas.....	54
Requerimiento 173 Ley de Acceso a la Información Pública.....	54
5.3 Preguntas realizadas a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, no contestadas.....	63
CONCLUSIONES	77
RECOMENDACIONES	81

REFERENCIAS.....	82
Referencias Bibliográficas.....	82
Normativas.....	83
ANEXOS.....	85
B. CASO PRÁCTICO	97
“FIDEICOMISO APOYO FINANCIERO PARA LOS PRODUCTORES DEL SECTOR CAFETALERO GUATEMALTECO”	97
FIDEICOMISO APOYO FINANCIERO PARA LOS PRODUCTORES DEL SECTOR CAFETALERO GUATEMALTECO ..	109

INTRODUCCION

“Fideicomiso” y “Públicos”, palabras separadas en el derecho guatemalteco, pues la única regulación para esos contratos se encuentra en el derecho privado. Sin embargo, desde 1977 se utilizan los fideicomisos públicos para la ejecución de millones de quetzales provenientes de fondos del Estado, ejecutados con el apoyo y las reglas de entidades bancarias o financieras, las cuales se aprovechan de la escasa regulación en la materia para evadir la fiscalización.

El fideicomiso no es una figura del ámbito legal público, sino de lo mercantil. El Código de Comercio, Decreto Número 2-70 del Congreso, es el cuerpo legal encargado de regular el fideicomiso privado. Si bien no establece una definición para el mismo, indica que en el fideicomiso “El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso”.

En Guatemala no existe una ley específica de Fideicomisos Públicos, ni es un concepto contemplado en la Ley de Contrataciones del Estado, pero las entidades de gobierno central han encontrado la manera de “darle vuelta a la ley” y crear fideicomisos con recursos públicos, faccionando la respectiva escritura ante la Escribanía de Cámara y de Gobierno (el servicio notarial del Estado) y tomando como marco legal el Código de Comercio y el Decreto o Acuerdo Gubernativo mediante el cual se autoriza constituir el fideicomiso.

Las entidades descentralizadas y autónomas, dentro de las que se encuentran las municipalidades, suscriben la escritura con base a resoluciones de su Concejo o Junta Directiva, fundamentándose en el Código de Comercio de Guatemala.

Al afectar recursos del Estado en fideicomiso, son las entidades fiduciarias, instituciones privadas que bien pueden ser bancos u otras entidades de crédito, las que pasan a administrarlos, como lo dispone el Código de Comercio.

Este carácter sui generis del fideicomiso público crea dificultades legales para que las entidades fiscalizadoras realicen su trabajo. La Contraloría General de Cuentas, argumenta que no puede auditar los fideicomisos, porque estos son administrados por entidades privadas,

mientras que la Supervisión de Bancos, señala que fiscalizarlos atenta contra el secreto bancario.

La obstaculización a la rendición de cuentas es tal, que ni siquiera existe certeza sobre cuántos fideicomisos públicos se han creado. El Ministerio de Finanzas Públicas registra 79 fideicomisos constituidos con fondos del Estado, mientras que la Contraloría General de Cuentas, registra 134.

De esta manera, los fideicomisos públicos se han convertido en una herramienta útil para manejar el dinero público con discrecionalidad.

EL FIDEICOMISO

La institución del fideicomiso se origina en el derecho privado, sin embargo, hace algunas décadas los gobiernos comenzaron a plantearse la posibilidad de ejecutar fondos por medio de fideicomisos de carácter público.

En 1976 el fideicomiso era una figura exclusiva del ámbito mercantil y no había sido destinada para la administración de fondos públicos.

En ese año, un terremoto causó graves daños en todo el país, dejando un saldo de más de un millón de damnificados. Como medida para paliar la crisis se creó la Ley del Sistema Especial de Crédito para la Vivienda con Fondo de Garantía Estatal, a través de la cual se permitió al Estado instituir, mediante fideicomisos, un sistema de créditos para la construcción de viviendas a personas que fueron afectadas, exentos de todos los impuestos del país.

Hasta 1996, cuando se emitió la Ley Orgánica del Presupuesto, la Ley del Sistema Especial de Crédito era la única regulación para los fideicomisos públicos, pero para entonces ya se habían registrados 19 fideicomisos estatales.

La nueva Ley de Presupuesto amplió mínimamente la normativa sobre la creación de fideicomisos públicos al establecer que los recursos financieros que se asignaran para realizar proyectos de beneficio social y que produjeran renta que retornara el capital, se podían dar en fideicomiso, pudiéndose constituir en cualquier banco de Guatemala.

Pronto, la excepción se hizo norma y en la actualidad la mayoría de fideicomisos públicos se utilizan para compras, gastos y pago de servicios, aunque estos no generen retorno de capital, ni sirvan directamente a proyectos de beneficio social.

Cada año la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado permite incluir o modificar las regulaciones generales sobre la administración y fiscalización de los fideicomisos públicos, por lo que cada año los gobernantes pueden recetarse las normativas que más les convengan.

Se es del criterio que no es necesaria una Ley, porque son fondos públicos, fondos del Estado, y este tiene derecho de fiscalizar, perseguir, de saber dónde están y qué se está haciendo con ellos. El problema es que ha existido una complicidad negligente de parte de la Contraloría, el Ministerio Público, de la Superintendencia de Bancos, es decir, una negligencia del Estado y de los propios bancos, que tienen una licencia estatal.

CAPÍTULO 1

ORIGEN E HISTORIA DEL FIDEICOMISO

1. El Fideicomiso

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

Antecedentes Romanos

Los primeros antecedentes históricos que se registran del fideicomiso emanan del derecho romano, concretamente de la fiducia y de las herencias y legados fideicomisarios. Estas dos alternativas (*inter vivos* y *actos de última voluntad*) fueron las dos modalidades utilizadas históricamente para instrumentar estos negocios de confianza.

En su origen romano, el *fideicommissum* en general era un encargo de liberalidad mortis causa (disposición de última voluntad).

Las dos formas típicas eran el *fideicommissum* y el *pactum fiduciae*.

a) “*Fideicommissum*”. El fideicomiso se trataba del acto por el cual una persona (disponente) encargaba a otra (fiduciario) la transmisión de toda su herencia, de una cuota parte de ella o de un bien determinado a una tercera persona (fideicomisario); el encargo se basaba en un principio de buena fe del fiduciario sin que existiera acción que permitiera reclamar su ejecución.¹

Sin embargo, la protección del fideicomiso se insinuó en la época del emperador Augusto, sometiendo la fiducia testamentaria al control de los cónsules. En efecto, ante la falta de una acción para poder entablar un proceso ordinario contra el fiduciario, se terminó concediendo a los fideicomisarios un *cognitio extra ordinem* (recurso administrativo) ante los cónsules, quienes coactivamente, en virtud del atributo que poseían emanado del *imperium*, forzarían al fiduciario a cumplir con el fideicomiso.

¹ Molina Sandoval, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica Mercantil*, Sexta Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ábaco, 1986, págs. 33-37

Este control luego fue trasvasado durante el mandato de Claudio a dos pretores especiales (*praetor fideicommissarius*), que eran especialmente designados para entender en el caso. En la época de Tito esta función fue delegada a un solo pretor. Surge de este modo la *actio fideiciae* concedida a todas las formas de fideicomiso.

En tiempos de Vespasiano se extendió la *Lex Falcidia* al fideicomiso que acordaba para el fiduciario un cuarto de la herencia y, en caso de que el fiduciario se negare a aceptar, el fideicomisario podía obligarlo a ello.

Habían dos clases de fideicomisos: *fideicommissaria hereditas*, que correspondía a la institución de heredero y tenía como objeto una herencia o una parte alícuota de ella, y el *fideicommissum singulare reir*, que correspondía al legado y tenía como objeto una cosa determinada.²

b) “*Pactum Fiduciae*” Paralelamente también existía la fiducia, cuya raíz etimológica se deriva de *fides*, que significa fidelidad, lealtad, fe

Básicamente, la fiducia era un contrato real por el cual una persona transmitía a otra la propiedad de una cosa, agregando una cláusula especial, por la cual quien recibía la cosa (*mancipatio accipiens*) se comprometía a restituirla a su transmitente (*mancipatio dans*) o a utilizarla con determinado fin al cumplirse una condición o plazo establecido por las partes en el contrato. Quien transmitía la cosa era el fiduciante (fideicomitente), y quien la recibía con el compromiso de restituirla o emplearla con determinado fin era el fiduciario.

La doctrina indica que existían dos clases de fiducias: la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*.

La primera era una especie de garantía consistente en la recepción por parte del acreedor de una cosa con promesa de restituirla al constituyente cuando el crédito fuera cancelado. Esta promesa constituía el *pactum fiduciae*. Si bien al principio el fiduciante debía confiar (negocio fiduciario) en la buena fe de su acreedor que se transformaba en dueño de la cosa, con el

² *Loc.cit*

tiempo se instituyó una acción (*actio fiduciae*) ante el pretor para condenar al fiduciario a restituir la cosa o a indemnizar los daños y perjuicios.³

Según Bonfanti, la fiducia desapareció en la época romano-helénica, precisamente en el momento en que cesó la *mancipatio* y la *in iure cessio*, aunque coexistió con la prenda. Los sistemas de garantía reales estructurados con la prenda y con la hipoteca más favorable al deudor fueron desplazando a la *fiducia cum creditore*. No obstante, debe repararse en que algunos inconvenientes que se le atribuían no se remediaban en el caso de la prenda, pues la tenencia que de la cosa ostentaba el acreedor le permitía contratar con terceros como si fuera el dueño y por lo tanto, lo ponía en aptitud para obrar de mala fe, situación similar a la que se daba en el caso de la fiducia.⁴

La fiducia *cum amico contractus* era un pacto de confianza que se utilizaba con otras finalidades. El fiduciario adquiría la propiedad sólo para el fin que se había determinado. Este podía ser un depósito o un comodato (previo al reconocimiento de estos contratos por derecho), o el compromiso del adquirente de un esclavo de manumitirlo al cumplimiento de la condición contenida en el pacto de fiducia. El fiduciario debía cumplir entonces con ese compromiso.

Este negocio, que se limitaba únicamente a la *res Mancipi* (inmuebles, esclavos, animales de tiro y carga, etcétera), no producía ningún tipo especial de *ius in re* a favor del fiduciante transmitiendo al fiduciario la propiedad plena de la cosa. Como consecuencia de esta efectiva transmisión de propiedad y de la falta de regulación que en un principio revistió este negocio, librando su cumplimiento a la buena fe entre las partes, se manifestaron repetidos abusos por parte del fiduciario. Ello motivó como se vio, que se acordara una acción infamante *in factum*, y, posteriormente, en el año 656 a.C., la *actio fiduciae*, directa y contraria, por la rendición de cuentas e indemnización de daños y perjuicios.⁵

La diferencia entre ambas era clara: con la *fiducia cum creditore* se protegía el interés del fiduciario (que era el acreedor del constituyente o fideicomitente, y a quien se transmitía la

³ *Ibid.*, Pág 38

⁴ Bonfanti, Mario, "Contratos Bancarios", tercera edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1993, págs. 200-201.

⁵ *Loc.cit*

propiedad de la cosa en resguardo de su crédito), en tanto que con la *fiducia cum amico* el interés que se intentaba resguardar era el fiduciante, fundamentalmente, pues se usaba para otros fines que, si bien beneficiaban al fiduciario, como el comodato, no tenían el mismo sentido y efecto que en la *fiducia cum creditore*.⁶

La posibilidad de abuso del fiduciario (dado que se transmitía la propiedad de la cosa fideicomitada al fiduciario) y otras alternativas más seguras de contratación llevaron a la crisis de la fiducia en el derecho romano, y por ello la figura fue abolida en épocas de Justiniano.⁷

1.2 LA FIDUCIA

La fiducia consistía en la transferencia de la propiedad a una persona, con el encargo de un *pactum fiduciae*, mediante el cual:

Quien recibía los bienes en propiedad se obliga frente al transmitente, para que luego de realizados ciertos encargos, al devolverle la propiedad al transmitente o a una tercera persona.

1.2.1 Tipos de Fiducia:

1.2.1.1 Fiducia Cum Creditore:

El objeto es garantizar una deuda, ya que el deudor daba en propiedad uno o más bienes a su acreedor hasta tanto le pagara su deuda, con la obligación del acreedor de devolver dichos bienes cuando su interés estaba satisfecho. Y para el caso en que la deuda no sea satisfecha, el acreedor podía quedarse con la propiedad definitiva de los bienes que le fueron transmitidos, o enajenarlos.

1.2.1.2 Fiducia Cum amico:

El objeto es la Protección de Patrimonio

Una persona entregaba a otra ciertos bienes para que los utilizara y aprovechara, y luego de cierto plazo, se los devolviera al primitivo dueño. Esta figura fue utilizada por los romanos cuando se ausentaban por causa de viaje, y decidían entregarles los bienes a personas de su especial confianza.

⁶ *Ibíd.*, Págs 201-204

⁷ *Ibíd.*, Págs 38-40

Consecuentemente, la fiducia consiste en un encargo por confianza, a través del traslado temporal y transitorio del patrimonio a favor de un tercero, quien lo administrará y una vez cumplidos los objetivos, el patrimonio es entregado al beneficiario o bien, vuelve a su dueño original.

1.3 HISTORIA DE LOS FIDEICOMISOS DEL ESTADO DE GUATEMALA

La Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente en 15 de septiembre de 1965, establece en su artículo 189. Son funciones del Presidente de la República: (...) inciso 4) Sancionar, promulgar, ejecutar y hacer que se ejecuten la leyes; dictar los decretos para los que estuviere facultado por la Constitución, así como los acuerdos, reglamentos y órdenes para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu.⁸

En Acuerdo Gubernativo del 28 de abril de 1976, el Presidente de la República, autorizó el contrato de Fideicomiso Fondo Extraordinario Específico de Reconstrucción, a celebrarse entre el Ministerio de Finanzas Públicas y el Banco de Guatemala, para el efecto en escritura pública 264 del 3 de mayo de 1976, ante los oficios del Escribano de Gobierno, se constituyó el fideicomiso denominado “Fondo Extraordinario Específico de Reconstrucción FEER”.

Se infiere que el fideicomiso denominado: “Fondo Extraordinario Específico de Reconstrucción FEER”, es el primer fideicomiso del Estado constituido en Guatemala, así como fideicomisos de segundo grado, derivado del terremoto del 4 de febrero de 1976, para la reconstrucción de las áreas afectadas por lo acaecido, estipulándose en la cláusula Octava del contrato, lo siguiente:

“El Banco de Guatemala, como Fiduciario, desempeñará su cargo sin devengar remuneración alguna; los gastos de toda naturaleza que arroje la administración del patrimonio fideicometido serán cubiertos por el fiduciario, quien hará en su Presupuesto de Gastos las

⁸ Palacio Nacional: Ciudad de Guatemala, “Fondo Extraordinario Específico de Reconstrucción” FEER, quince de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco

previsiones necesarias.⁹ Sin embargo, para los contratos de fideicomiso que el Fiduciario celebre, reconocerá a los nuevos fiduciarios los gastos en que incurran con cargo al fideicomiso. Para tal efecto, estos últimos deberán celebrar los correspondientes presupuestos de gastos y presentarlos al Comité de Reconstrucción Nacional, Además, reconocerá a los nuevos fiduciarias hasta un dos por ciento (2%) sobre las recuperaciones de capital e intereses que perciban de los préstamos otorgados.”

Por Acuerdo Gubernativo Número 1, del 29 de abril de 1976, “El Comité de Reconstrucción Nacional, con base en los artículo 1º. al 4º. del Acuerdo Gubernativo de fecha 18 de marzo de 1976 que creó e integró el Comité, se designa a las entidades bancarias estatales Banco Nacional de Desarrollo Agrícola BANDESA, Banco Nacional de la Vivienda BANVI y Corporación Financiera Nacional CORFINA, así como las que se designaran en el futuro, para la concesión de créditos, y aprueban las cláusulas que consta cada una de las minutas de los fideicomisos que celebrará en calidad de fideicomitente el Banco de Guatemala y en calidad de fiduciarios los bancos y financiera estatales citados, como fiduciarios de segundo grado.”

El Banco Nacional de Desarrollo Agrícola BANDESA, por Decreto 57-97 del 3 de julio de 1997 “Ley de Transformación del banco Nacional de Desarrollo Agrícola”, se reestructura en un banco con capitales mixtos, conserva su personalidad jurídica y cambia su denominación comercial por la de Banco de Desarrollo Rural BANRURAL, se organiza en forma de sociedad anónima con arreglo a la legislación general de la República. Esto obedece porque la organización y campo de acción de BANDESA ya no eran apropiados para contribuir al desarrollo económico integral del país, motivo por el cual se llevó a cabo su transformación, que consta en Resolución de la Junta Monetaria JM-184-2007 fechada 28 de noviembre de 2007.¹⁰

El Banco Nacional de la Vivienda BANVI, a través del Decreto 89-97 del 1 de octubre de 1997, “Ley para la Disolución, Liquidación y Supresión del Banco Nacional de la Vivienda BANVI”, se decretó su disolución por existir problemas de orden legal, financiero y administrativo que lo hacían inoperante para alcanzar los objetivos que justificaron sus

⁹ *Loc.cit.*

¹⁰ Palacio Nacional, Guatemala, Decreto No. 57-97, “Ley de Transformación del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola”, tres de julio de mil novecientos noventa y siete.

operaciones, se culminó con el proceso de disolución, liquidación, supresión del Banco Nacional de la Vivienda el día 14 de mayo del año 2002.¹¹

La Corporación Financiera Nacional CORFINA, aún no ha sido disuelta o suprimida pero ya no realiza operaciones congruentes con su objetivo, según consulta efectuada de forma verbal de la referida entidad.

Si se aprecia, no había una ley específica que determinara el uso de la figura o mecanismo de ejecución a través de fideicomisos.

Por Decreto Ley 2-86 del 6 de enero de 1986, el Jefe de Estado con base en el artículo 4º. Del Estatuto Fundamental de Gobierno, modificado por los Decretos-Leyes números 36-82 y 87-83, se decreta la “Ley Orgánica del Presupuesto”, la que en su artículo 16 reza:

Según el artículo 16, del decreto Ley 2-86 establece los aportes que se dan con obligación de reembolso, de los recursos financieros del Estado y que asigna con una obligación de reembolso a todas sus entidades, ya sean autónomas, semiautónomas u otras, y su único destino y fin es invertirlo en proyectos de beneficio social y sea rentable, así este regrese al capital invertido, siendo plazos cortos, medianos o largos.¹²

Es por medio del Decreto 101-97 del Congreso de la República de Guatemala “Ley Orgánica del Presupuesto”, que se deroga el Decreto Ley Número 2-86 de fecha 6 de enero de 1986 y establece lo que se indica:

El Artículo 33 regula todos los recursos financieros que asigne el Estado, obligatoriamente deben de ser reembolsables a todas sus entidades para que se realicen proyectos en beneficio social y sea de manera rentable para que retorne con un capital invertido y estos se pueden pactar bajo la figura de fideicomiso, así como los fondos sociales se ejecutaran de la misma manera, por lo tanto, los fideicomisos se establecerán en cualquier banco del sistema nacional.

¹¹ Palacio Nacional, Guatemala, Decreto No. 89-97, “Ley Para la Disolución, Liquidación y Supresión del Banco Nacional de la Vivienda BANVI”, uno de octubre de mil novecientos noventa y siete.

¹² Palacio Nacional, Guatemala, Decreto Ley No. 2-86, “Ley Orgánica del Presupuesto”, seis de enero de mil novecientos ochenta y seis.

Si se observa en el artículo 33 que antecede, se faculta a las entidades descentralizadas y autónomas constituir fideicomisos para proyectos de beneficio social y que produzca renta de capital, en estas categorías considera tanto reembolsable como no reembolsable.¹³

En el caso de las demás entidades que incluye el Organismo Ejecutivo, se indica que los fondos sociales pueden ejecutar proyectos bajo dicha figura, es decir del fideicomiso, con financiamiento reembolsable y no reembolsable; en nuestro país hay nuevos y modernos centros comerciales, edificios, más carreteras, entre otros, esto es progreso, lo que es bueno, pero el desarrollo comprende que la población guatemalteca tenga educación, fuentes productivas lo que implique bienestar de la persona, que incluye mejor nivel de vida, en esto debe enfocarse el Estado, para ello debe ejecutar programas y proyectos, consecuentemente uno de los mecanismos ha sido el fideicomiso.¹⁴

En esencia en este artículo se mantiene la práctica de utilizar la figura del fideicomiso, y se han adicionado disposiciones en el mismo, los que serán objeto de análisis en el capítulo específico de las diversas normas que regulan los fideicomisos del Estado.

¹³ *Loc.cit.*

¹⁴ Diccionario de la Real Academia Española (RAE); <http://www.definicionabc.com/general/desarrollo.php>

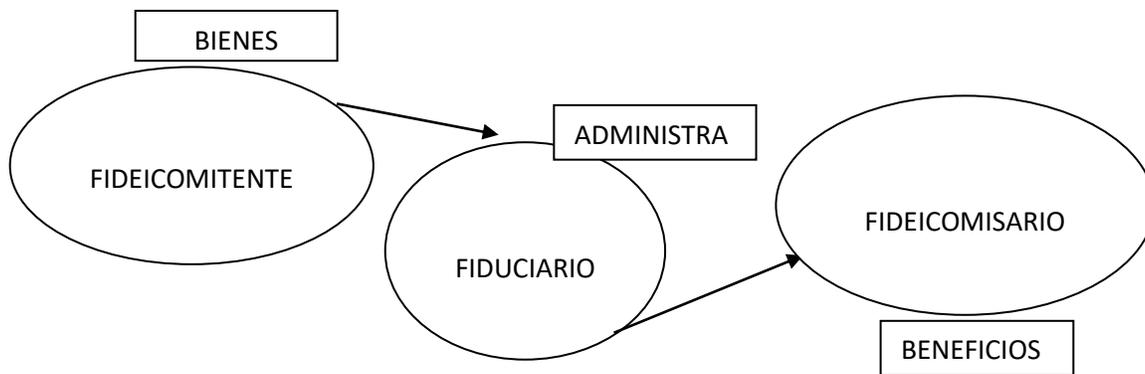
CAPÍTULO 2

2. EL FIDEICOMISO

2.1 FIDEICOMISO:

Fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición.

Contrato por el cual una persona (fiduciario) recibe de otra (Fideicomitente), 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).¹⁵



2.2 EL FIDEICOMISO COMO:

2.2.1 Negocio Jurídico: se está en presencia del traspaso efectivo de un derecho de una persona a otra, estando de acuerdo en que tal traspaso debe servir para fines determinados.

2.2.2 Derecho de Propiedad: El fideicomiso implica la creación de un régimen patrimonial nuevo, al afectar ciertos bienes y derechos para fines determinados y trasladarlos con ese

¹⁵ Morales Ruiz, Juan José, Fideicomiso (introducción y sus elementos), 2015, www.jjmoralex.com, 17 de abril de 2016.

objeto al fiduciario es titular de ese patrimonio, el cual no se confunde con su masa patrimonial, sino que se mantiene separado y afectado a los fines instituidos por el fideicomitente.

2.2.3 Actividad bancaria: El fideicomiso no puede considerarse sino como operación neutra o mejor aún, como un servicio bancario.

Que significa la palabra Fideicomiso:

Fidei-comiso:

Fe + Comisión (Encargo)

Es precisamente la “buena fe”, y la “confianza”, el fundamento relevante de los negocios Fiduciarios. Su denominación lo indica, Fiducia proviene del latín *fides*, que significa precisamente, confianza.¹⁶

2.3 CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO:

Se puede presentar como un acto unilateral (testamento) o bilateral (contrato).

2.3.1 Es oneroso Artículo 793 Código de Comercio

2.3.2 Negocio típico en el ámbito mercantil.

2.3.3 Es solemne.

2.3.4 Es de tracto sucesivo. Porque la consumación del negocio se prolonga en el tiempo. Según el artículo 787 inciso 7º del Código de Comercio.

2.3.5 Es Consensual, cuando deviene de un contrato, cuando proviene de una declaración unilateral de voluntad, ya que supone que el fideicomiso se transmite y otorga beneficios mutuos. No establece la entrega de la cosa como fin supremo del contrato sino vela por las posibilidades del desarrollo del mismo.¹⁷

¹⁶ Loc.cit.

¹⁷ Palacio del Organismo Legislativo, Decreto 2-70, “Código de Comercio”, nueve de abril de mil novecientos setenta.

2.4 ELEMENTOS PERSONALES:

2.4.1 FIDEICOMITENTE:

En el artículo 767 del Código de Comercio: El fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes, y el fideicomisario, para adquirir el provecho del fideicomiso, entendiéndose, que el fideicomitente es la persona que contrata el fideicomiso.

Es quien transmite los derechos de propiedad, títulos o bienes en general al fideicomiso.¹⁸

2.4.2 FIDUCIARIO:

Es quien administra y se le confían los bienes fideicometidos en beneficio del fideicomiso, únicamente los bancos y las entidades financieras aprobadas por la Junta Monetaria.

En el artículo 768 del Código de Comercio: “Sólo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Las instituciones de crédito podrán asimismo actuar como fiduciarios...”¹⁹

2.4.3 FIDEICOMISARIO:

Según el Código de Comercio en el artículo 769: “Fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior.”²⁰

2.5 CLASIFICACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS SEGÚN JUAN JOSE MORALES:

2.5.1 DE ADMINISTRACIÓN:

Contrato en virtud del cual, el Fideicomitente transmite al Fiduciario, ciertos y determinados bienes, valores, derechos y acciones, para que ésta los administre a favor de los Fideicomisarios en la forma que se establece en el documento constitutivo.

¹⁸ *Ibíd.*, 217

¹⁹ *Loc.cit.*

²⁰ *Loc.cit*

Por medio del fideicomiso de administración el fideicomitente transfiere de forma temporal y transitoria a la empresa fiduciaria la propiedad de bienes a fin de que los administre.

2.5.2 DE INVERSIÓN:

Es aquel por el cual los constituyentes (fideicomitentes) aportan sumas de dinero al fideicomiso mercantil o bancario, con la finalidad de que sean invertidos en provecho de beneficiarios o de terceros.

Formalización: El documento constitutivo de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones podrá constar en documento privado.

2.5.3 DE GARANTÍA:

Por el que se transfiere de manera irrevocable la propiedad de bienes, a título de fideicomiso mercantil, al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien en caso de incumplimiento puede solicitar a la fiduciaria, la realización o venta de los bienes para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con lo previsto en el contrato.²¹

2.6 FIDEICOMISO PÚBLICO SEGÚN JUAN JOSE MORALES:

Es el contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguno de sus entes, en carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes de dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos a un fiduciario para realizar un fin de interés público.

- El Estado es Fideicomitente.
- El Estado es la primera persona jurídica.

Como lo estipula el artículo 13 del Código de Comercio: El Estado (y sus entidades), no es comerciante; pero puede ejercer actividades comerciales, así como pueden instituir Fideicomisos, sujetándose a las disposiciones aplicables, salvo lo ordenado en leyes especiales. Cuando el Fideicomisario sea una entidad estatal puede estipularse un plazo indefinido.

²¹ *Ibíd.*, Pág. 224

CAPÍTULO 3

3. FISCALIZACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE CUENTAS

Este capítulo tiene como finalidad establecer la competencia de la Contraloría General de Cuentas, en la fiscalización de los fideicomisos del Estado, para ello es pertinente en algunos casos hacer la cita textual de los artículos que facultan a dicho ente fiscalizador; de igual forma, se realiza el análisis y comentario de las disposiciones legales atinentes del tema, esta metodología es pertinente por la especificidad del tema.

3.1 Constitución Política de la República de Guatemala

La norma superior estipula que la Contraloría General de Cuentas es una entidad prioritaria para el Estado, ya que tiene como fin primordial velar por los intereses del Estado, como la fiscalización, investigación así como llevar el control de los ingresos, egresos de los tres organismos del Estado, para que se administre de manera correcta los fondos con los que cuenta el Estado de Guatemala de manera general.

El Artículo 232, establece que la Contraloría General de Cuentas es una institución técnica descentralizada, que posee funciones de fiscalización, control, investigación de forma general de todos los intereses hacendarios de los organismos del Estado, así como todas las entidades, también de cualquier persona que recibe del Estado fondos o ya sea colectas públicas, los que administran fondos públicos, inviertan en fondos públicos, contratistas de obras públicas o cualquier otra persona que sea delegado por parte del Estado.²²

La disposición de la fiscalización a los fideicomisos emana de la carta magna, que abarca a toda persona, ya que dispone la fiscalización sobre todo interés hacendario, facultando así de forma amplia sin limitación alguna; si el titular del ente fiscalizador declara limitación, es sin base legal dicha aseveración, lo que podría considerarse como desconocimiento de la ley lo que es penado por la Constitución Política de la República de Guatemala.

²² Congreso de la República, Reformada por Acuerdo Legislativo No. 18-93 de 17 de noviembre de 1993.

3.2 Decreto 31-2002 Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas

Ley que regula el buen funcionamiento de la Contraloría General de Cuentas para poder controlar y poner en práctica el sistema de control y fiscalización, así como investigador a las diferentes entidades del Estado, es uno de los principales objetivos de dicha ley, siempre verificando el destino del presupuesto del Estado.

El Artículo 2 estipula el Ámbito de la Competencia corresponde solamente a la Contraloría General de Cuentas por tener una función fiscalizadora y de control gubernamental en forma externa de todos los activos y pasivos, ingresos, egresos y en general todo interés hacendario de los Organismos del Estado, y de todas las entidades que lo conforman para constituir fideicomisos con fondos meramente públicos, y también de toda entidad, personas, instituciones y empresas que tengan participación, que manejan fondos del Estado.

También están sujetos a esta fiscalización y control externo los contratistas de obras públicas, Organizaciones No Gubernamentales, Asociaciones, Fundaciones, Patronatos, Comités, Organismos Regionales e Internacionales, Fideicomisos y cualquier persona individual o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que por delegación del Estado reciba, invierta o administre fondos públicos, incluyendo donaciones recibidas y ejecutadas por el Estado, en lo que se refiere al manejo de estos fondos.

La función técnica rectora de la fiscalización y control de las entidades sujetas a su fiscalización corresponde a la Contraloría General de Cuentas por ser el único ente fiscalizador de las entidades no financieras, ya que de la banca y financieras corresponde a la Superintendencia de Bancos; de igual forma, es independiente de las instancias de la auditoría interna de las dependencias o firmas externas que se contraten para el efecto.²³

El Acuerdo Gubernativo 192-2014 “Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas”, determina que la Finalidad de la Contraloría General de Cuentas, según

²³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 31-2002, “Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas”, Fecha de Promulgación: 17 de junio del 2002, fecha de entrada en vigor: 02 de julio de 2002.

lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala y lo dispuesto en el artículo 3 de su Ley Orgánica, le compete, entre otros, velar por la transparencia de la gestión pública y la promoción de la responsabilidad de quienes tengan a su cargo el manejo de fondos públicos, la asignación, uso y resultados obtenidos de la probidad, eficacia, eficiencia, transparencia, economía y equidad de la gestión pública, vigilar la responsabilidad de los servidores públicos, promover y vigilar la calidad del gasto público.²⁴

De conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala corresponde a la Contraloría General de Cuentas fiscalizar los organismos del Estado, municipios, entidades descentralizadas, autónomas, entre otros, así como de cualquier persona que por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos; en esta regulación se exceptúan las entidades del sector público sujetas por ley a otras instancias de fiscalización externa, siendo éstas las del sector financiero y como se mencionara anteriormente el ente rector debe fiscalizar todo interés hacendario, este tema fue desarrollado en el capítulo III.

Congruente con lo que estipula la Carta Magna (Ley suprema de la República de Guatemala), la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, detalla su campo de aplicación que incluye los fideicomisos, excluyendo únicamente las entidades del sector público sujetas por ley a otras instancias de fiscalización externa; en materia de la banca y financieras como se indicara con antelación le corresponde a la Superintendencia de Bancos, y si hablamos de auditorías externas, estas pueden realizarse absolutamente en cualquier entidad del Estado, pero el ente fiscalizador de las dependencias no financieras es sólo la Contraloría General de Cuentas.

El Banco de Guatemala (Banco Central) y El Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala, entidades estatales; de conformidad con el Decreto 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala “Ley de Supervisión Financiera”, corresponde a la Superintendencia de Bancos su supervisión (vigilancia e inspección).

²⁴ Palacio Nacional de Guatemala, Acuerdo Gubernativo No.192-2014, “Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas”

En ese orden de ideas, en las escrituras públicas de los fideicomisos del Estado, se consigna en el régimen legal el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala “Código de Comercio”, éste en su artículo 785, numeral 4^o establece:

El Fiduciario tiene las obligaciones siguientes: (...) “4^o. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada en sus demás operaciones, así como rendir cuentas e informes a quien esté a cargo de dicha gestión, y debe de darse un reporte ya sea anual o como lo requieran el fideicomitente o fideicomisario. En ese sentido, autoridades de la Contraloría General de Cuentas, han manifestado que no pueden fiscalizar los fideicomisos porque no tienen competencia para fiscalizar a los bancos, lo que es cierto, pero la fiscalización es a las operaciones de los fideicomisos no a la institución como tal; como se observa, la regulación de la fiducia prevé la separación de la gestión respecto de las operaciones del fiduciario, por lo que no sería justificación válida para no realizar la fiscalización de los fideicomisos del Estado.²⁵

Asimismo, derivado de disposiciones de los Fideicomisos del Estado contenidas en diversas leyes, mismas que se listan en el capítulo IV de la presente tesis, se observa la fiscalización de la Contraloría General de Cuentas, así como la realización de auditorías externas para revisar las operaciones de los fideicomisos, ya que si se contrata un servicio éste debe ser bajo las condiciones del contratante dentro del marco legal.

La Contraloría General de Cuentas, por la inobservancia de la ley en los que se refiere a los funcionarios y empleados públicos está amparada en lo que determina la Constitución Política de la República, debido que ellos son responsables por su conducta oficial, sujetos a la ley, a los que puede imponer sanciones económicas; de igual manera, dependiendo de la gravedad de la infracción tiene la facultad de otras instancias, inclusive la penal.

La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 del Congreso de la República, en el Capítulo II tipifica las responsabilidades de las personas al servicio del Estado, de las que es pertinente mencionar sin limitarnos a ellas, las responsabilidades administrativas, civil, penal, grados de responsabilidad, entre otras.

²⁵ *Loc.cit.*

Por lo expuesto, se concluye que la Contraloría General de Cuentas está investida de autoridad para fiscalizar los fideicomisos del Estado.

Cabe indicar que, en la investigación realizada se determinó que los fideicomisos del Estado no tienen una nomenclatura única lo que podría provocar un grado de dificultad, ya que la contabilidad gubernamental es diferente a la comercial y bancaria, pero esto es cuestión de tecnicismo, además lo que tendrían que fiscalizar es si ejecutan de acuerdo con el objetivo y destino del fideicomiso, así como reglamentos, manuales, ahora también la Ley de Contrataciones del Estado.

La facultad conferida a la Contraloría General de Cuentas deviene de la Constitución Política de la República de Guatemala y abarca a todos sin exclusión, que manejen recursos del Estado, estos pueden ser financieros, muebles, inmuebles, patrimonios, entre otros, entonces la facultad es amplia y suficiente para la fiscalización de los Fideicomisos; sin embargo, esta figura es poco conocida en la administración pública y en su regulación no existe claridad de ejecución, el mecanismo es legal y ha funcionado en proyectos de vivienda, por lo mismo no debiera existir excusas que justifiquen la falta de fiscalización.

Es pertinente mencionar que se fiscalizan las operaciones de los fideicomisos del Estado y no al fiduciario, porque las operaciones propias de éste (fiduciario) son fiscalizadas o auditadas por la Superintendencia de Bancos, consecuentemente sí procede la fiscalización de la Contraloría General de Cuentas.

CAPÍTULO 4

4. ANÁLISIS DE LAS NORMAS LEGALES DE LOS FIDEICOMISOS DEL ESTADO DE GUATEMALA

Los empleados públicos son responsables por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella, según lo reza la Constitución Política de la República de Guatemala, consecuentemente, para la constitución de un fideicomiso el Congreso de la República aprobó la utilización del fideicomiso, a través de diversas leyes, las que se mencionan más adelante, y que servirán de base para el análisis objeto de la tesis, siendo éstas las siguientes:

4.1 Constitución Política de la República de Guatemala.

4.2 Decreto 2-70 "Código de Comercio"

4.3 Decreto Ley 106 Código Civil.

4.4 Decreto 31-2002 Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas

4.5 decreto 89-2002 Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados públicos

4.6 Decreto 101-97 "Ley Orgánica del Presupuesto"

4.6.1 Acuerdo Gubernativo 540-2013 Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto

4.7 Decreto 114-97 "Ley del Organismo Ejecutivo"

4.8 Decreto 57-92 "Ley de Contrataciones del Estado"

4.8.1 Acuerdo Gubernativo 1056-92, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

4.9 Ley Anual del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Dieciséis.

4.10 Decreto 57-2008 Ley de Acceso a la Información Pública

4.11 En Acuerdo Ministerial No. 25-2010 "A" del 27 de abril de 2010, aprobó el Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos.

4.1 Constitución Política de la República de Guatemala

El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común, siendo uno de sus deberes el desarrollo integral de la persona, que incluye la libertad de industria, comercio y trabajo, así como los derechos y garantías que otorga la misma y no excluye otros que, aunque no figuren en ésta, son inherentes a la persona.

La Carta Magna, entre otros, determina que las tierras de cooperativas, comunidades indígenas o cualquier otra forma de tenencia comunal o colectiva agraria, así como patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida.²⁶

Dentro de los temas fundamentales que tiene a cargo el Estado para el desarrollo de la persona es la educación, ya sea a corto, mediano o largo plazo, pudiendo ser técnica en áreas específicas.

Al Estado también le corresponde promover el desarrollo económico de la Nación, estimular iniciativas en actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza; velar por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país, procurar el bienestar de la familia, fomentar la construcción de viviendas populares; impulsar programas de desarrollo rural, que incluye la ayuda técnica y económica al campesino y artesano.

Conforme lo indicado, el Estado debe llevar a cabo programas y proyectos en beneficio de la población guatemalteca, que permita el desarrollo integral de la persona, lo que propiciará tener una población con mejor nivel de vida, mejores capacidades, que constituya un atractivo para la inversión extranjera, en el caso que nos ocupa se ha utilizado la figura o mecanismo de ejecución del Fideicomiso, pero para ello deben existir normas o regulación que los proteja y evite desvirtuar el manejo de los mismos.

Para efecto de análisis, se hace mención de los artículos que a continuación se indican:

²⁶ Congreso de la República de Guatemala, "Constitución Política de la República de Guatemala", Reformada por Acuerdo Legislativo No. 18-93 de 17 de noviembre de 1993.

Según el artículo 5º de la norma que estamos realizando el análisis correspondiente que se refiere a la libertad de acción de todos los habitantes del territorio guatemalteco que tienen derecho a hacer lo que la ley no limita, en el sentido que no implique la restricción a sus derechos como persona.

En su artículo 154, sobre la función pública; sujeción a la ley. Que ejercen los funcionarios quienes son responsables de su propia conducta, como por ejemplo al tratar de actuar con abuso de autoridad y sobrepasarse de los límites que establece la norma suprema, ninguno es superior a ella.

Como menciona el Artículo 156, sobre la no obligatoriedad de órdenes ilegales, esta disposición está desarrollada en el Decreto 89-2002 “Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos”; si observamos el Artículo 12, establece que ninguna persona será revelada o exenta de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden contraria a la ley, dictada por funcionario superior, al pago, uso o disposición indebidos de los fondos y otros bienes de que sea responsable. So pena de responsabilidad penal y civil.

El artículo 232 de la referida norma, se hace mención de la Contraloría General de Cuentas, es una institución importante en materia de fiscalización además de ser técnica descentralizada, La carta magna en su diseño y estructura ha considerado todos los aspectos de la conducta de la población guatemalteca, en el caso del servidor público, se aprobó el Decreto 31-2002 “Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas”, que contiene el campo de aplicación del ente fiscalizador, a efecto de proteger al Estado, según se indica a continuación:

El Decreto 31-2002 “Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas”. Ley que ha determinado que la Contraloría General de Cuentas, es un ente que tiene la facultad para fiscalizar la Administración Pública²⁷, además de esta Ley, se encuentra el Decreto 89-2002 “Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos”, esta norma tiene por objeto asegurar la observancia de los preceptos constitucionales y legales del ejercicio de las funciones públicas, siendo uno de ellos evitar el desvío de los recursos, bienes,

²⁷ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 31-2002, “Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas”, 17 de junio de 2002.

fondos y valores públicos, así como prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado.

Aunque su campo de aplicación sea sólo el sector público, también puede llevar a cabo gestiones ante los órganos competentes, que persiga a aquella persona individual o jurídica que atente en contra de los intereses y bienes del Estado.

Así como el artículo 252 se hace mención sobre Procuraduría General de la Nación que es el Procurador General de la Nación es representante del Estado, así como contribuye a brindar asesoría a las diferentes entidades y órganos del Estado sin excepción.

Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente el 15 de septiembre de 1965

El Artículo 222 establece las funciones importantes que desempeña y debe ejercer el Procurador General de la Nación, para la defensa de los derechos y velando por los intereses del Estado que ya sea de manera judicial o extrajudicial.²⁸

La Constitución Política de la República de Guatemala vigente, data de agosto de 2002, en la que se estipula que el Procurador General de la Nación es el Representante Legal de Guatemala, disposición que también estaba contenida en la Constitución decretada por la Asamblea Constituyente del 15 de septiembre de 1965, esto quiere decir que la representación del Estado ha estado contemplada en la carta magna y la ejerce el Procurador General de la Nación.

Decreto 57-2008 del Congreso de la República, Ley de Acceso a la Información Pública

El artículo 6, define los sujetos obligados a proporcionar la información pública, en cuya lista se mencionan los fideicomisarios y fideicomitentes de los fideicomisos de la República de Guatemala, la que es enunciativa y no limitativa, lo que quiere decir que está obligada toda persona individual o jurídica, tanto nacional o internacional que tenga cierto vínculo con la

²⁸ *Ibíd.*, Pág . 81

administración del patrimonio de los fideicomisos, a brindar la información que se requiera, siempre y cuando no esté contenida en los artículos 22 y 23 de la Ley que nos ocupa.

Legislación de los Fideicomisos Públicos

4.2 Decreto 2-70 del Congreso de la República “Código de Comercio”

El artículo 13 establece que el Estado, y todas sus entidades que lo conforman, cualquier institución o entidad pública, no son comerciantes, no importando que no sean comerciantes este artículo menciona que tienen potestad de poder ejercer actividades comerciales, siempre yendo de la mano con las disposiciones de este código, exceptuándose lo que se ordene en leyes especiales.²⁹

El Código de Comercio es el que regula el Fideicomiso, cuya estructura está adecuadamente diseñada, ya que contiene las facultades, responsabilidad, limitaciones, entre otros, podemos decir que es un contrato mercantil ordenado, y aunque se utilice para diversos temas siempre mantendrá un orden legal, éste contiene las disposiciones de las que podemos mencionar:

Características del fideicomiso, elementos personales, forma de constitución, facultades especiales, efectos contra terceros, sobre qué responde el patrimonio, derechos del fideicomisario, así como ausencia de éste; abusos, derechos, obligaciones, remoción y honorarios del fiduciario; inversiones, extinción y sus efectos, nulidad del fideicomiso, plazo, impuesto, también define el fideicomiso de garantía y fideicomisos para la emisión de certificados fiduciarios.

La base legal de los contratos de los fideicomisos del Estado que fueron consultados, se consigna el Código de Comercio.

El Artículo 13 regula a todas las instituciones y entidades públicas en general del Estado, así como cualquier institución o entidad pública, no son comerciantes, sin embargo, este

²⁹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, “Código de Comercio”, 9 de abril de 1970

artículo indica que pueden ejercer actividades comerciales, siempre y cuando cumpla y se rija por lo indicado en este Código, siempre exceptuándose lo estipulado en las leyes especiales.³⁰

El código de Comercio faculta al Estado el utilizar las disposiciones del Código de Comercio, la Ley Orgánica del Presupuesto y Ley del Organismo Ejecutivo, faculta la creación de los fideicomisos.

La figura del fideicomiso es sumamente versátil y se adapta para cualquier programa, proyecto, administración, garantía, hasta donde llegue la imaginación, siempre y cuando se tenga la capacidad para llevar a cabo el negocio de la fiducia. En los que se refiere al certificado fiduciario (título de crédito), otorga derechos al titular de éste, por ejemplo un inmueble no se puede vender en fracciones, pero sí los títulos que están respaldados por éste, si es el caso que se quieran vender; el certificado representa un derecho de copropiedad, y al vender el inmueble tiene derecho al valor o monto que represente el título que posee, según se estipule en el Fideicomiso y en el título de crédito; esta Ley también define las características del título.

La emisión de los certificados fiduciarios permite al emisor de los certificados agenciarse de recursos financieros, para ello debe efectuar el pago de intereses.

Para efecto de la presente tesis se hará cita sólo de algunos artículos del Código de Comercio, esto no quiere decir que sean menos importantes, pero en todo caso se puede consultar el Decreto 2-70 “Código de Comercio”.

Como en su artículo 766, estipula las características de las partes en un fideicomiso como el fideicomitente tiene como característica transferir bienes y derechos al fiduciario, para llevar a cabo un fin determinado en beneficio de la sociedad, en este caso de un fideicomiso público.

El fiduciario tiene por obligación a la hora de recibir únicamente lo que le fue encomendado para realizar solamente los actos que debe de cumplir para llevar a cabo el fin del fideicomiso, de ese modo es de carácter meramente obligatorio, lo que debe hacer constar exclusivamente en escritura pública, en el caso de los fideicomisos del Estado, el fideicomiso que sin lugar a

³⁰ *Loc.cit.*

dudas tiene un objetivo y finalidad limitándose el cargo de fiduciario, así como no pudiendo excederse de sus funciones, solamente de las que le fueron delegadas por el fideicomitente.³¹

Lo que indica el artículo 767, El fideicomitente como una figura importante debe de cumplir con el requisito de poseer capacidad legal para transferir bienes, y el fideicomisario, de obtener el beneficio del fideicomiso.³²

En el caso de menores, incapaces y ausentes, se establecen fideicomisos representantes legales con autorización judicial, o por apoderado con una facultad especial.

En el artículo 768 Como fiduciario, únicamente pueden ser fiduciarios los bancos que están establecidos en el país.

Pueden operar como fiduciarios las instituciones de crédito, después de ser autorizadas por la Junta Monetaria, exclusivamente.

En Guatemala, el Banco Centroamericano de Integración Económica BCIE, organismo financiero multilateral que brinda préstamos a la República de Guatemala, también está autorizado para actuar como fiduciario, del que podemos mencionar el Fideicomiso “Fondo Hipotecario para la Vivienda”, suscrito con el Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda, en escritura pública 766 del 18 de septiembre de 2001.

Como se menciona en el artículo 769 establece que el Fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo, así como tener capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o regalías para su determinación.³³

El fideicomitente puede designarse a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario de ninguna manera puede ser fideicomisario del mismo fideicomiso.

³¹ *Ibíd.*, Pág. 216

³² *Ibíd.*, Pág. 217

³³ *Ibíd.*, Pág.227

Así como el artículo 770 estipula que el fideicomiso puede constituirse por contrato, o también establecerse por testamento.

El Artículo 775 se refiere todas las facultades especiales que debe de poseer el fiduciario y que puede ejecutar actos que le sean competentes para el cumplimiento del objetivo y fin del fideicomiso, en el caso de que se done, venda o se grabe los bienes fideicometidos, se solicita facultad de manera expresa que se estipule en el documento de constitución. Si la realización del fideicomiso se hace imposible sin haber transferido o gravado los bienes y el fiduciario no estuviere expresamente autorizado, se solicitará autorización judicial.

Por lo tanto, el artículo 777 establece todo lo relacionado con el patrimonio fideicometido, y solamente responde a todo lo relacionado con el fin del fideicomiso, y derechos que se le otorguen de manera exclusiva al fideicomitente, así como los derechos que fueron de manera legal adquiridos por terceros, fiscales laborales y de cualquier otra clase.

El artículo 782, regula la inembargabilidad de los acreedores que no pueden embargar los derechos que el fideicomisario tenga sobre un fideicomiso; pero sí pueden ser los frutos que el fideicomisario obtenga del fideicomiso.³⁴

El artículo 784 estipula todo acerca de las inversiones, cabe mencionar que, salvo autorización expresa en contrario, que tiene que ser dada por el fideicomitente en el documento constitutivo o accesorio, el fiduciario podrá exclusivamente hacer inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez, son únicamente emitidos por el Estado, las entidades financieras deben operar en el país.

En el artículo 785 establece que las obligaciones del fiduciario son el de obtener fideicomisos con el objetivo y fin para lo que fue constituido, debe ser responsable del cargo que le fue encomendado, será aceptada su renuncia por causas graves que el juez de primera instancia resolverá si es admitida por este.³⁵

El fiduciario al tomar posesión de los bienes encomendados según lo estipulado en el documento constitutivo deberá velar por su preservación, así como transferir cuenta con

³⁴ *Ibíd.*, Pág. 221

³⁵ *Ibíd.*, Pág. 222

detalles de su mandato que le fue otorgado, ya sea anual o cuando se lo pidiere el fiduciario o fideicomitente.

El artículo 787, estipula sobre la extinción del fideicomiso, siendo así que se ejecuta con el fin para lo que fue creado, o cuando fuere imposible ejecutarse el proyecto, así como hacerse un convenio o pacto que se manifiesta entre el fideicomisario y fideicomitente, cabe mencionar que la duración del contrato de fideicomiso no puede excederse de un plazo máximo de veinticinco años, salvo que el fideicomisario tenga algún tipo de discapacidad o una enfermedad incurable, según sea el caso, o puede darse la terminación de dicho contrato cuando fuere por sentencia judicial.³⁶

Así como el artículo 788, establece los efectos de la extinción que al dar por terminado el fideicomiso, los bienes de este que posea en su dominio el fiduciario, los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario, se le hará entrega de estos, como esté contenido en el documento constitutivo o sentencia judicial, “en su caso; y en su defecto, al fideicomitente o sus herederos, en los casos señalados en los incisos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 787 de este Código y al fideicomisario, en los casos señalados en los incisos 1º y 7º del mismo artículo”.³⁷

El artículo 790 regula que es un requisito esencial en los fideicomisos del plazo mayor del legal. Hay fideicomisos que su creación se hace por un plazo mayor de veinticinco años, son válidos, pero el plazo será reducido al máximo legal.³⁸

A la hora de nombrar fideicomisario a una entidad estatal, o una institución de asistencia social, cultural, científica o artística con fines que no son rentables o que tengan algún tipo de impedimento físico o mental, o una enfermedad incurable hay una excepción en cuanto al plazo y es que este puede ser indefinido en estos casos anteriormente mencionados.

La regulación del Fideicomiso contenida en el Código de Comercio, es clara, sencilla y contempla los aspectos más importantes a los que están supeditadas las partes que intervienen en el contrato del fideicomiso, toda vez que regula entre otros: impuestos, inversiones,

³⁶ *Ibíd.*, Pág. 223

³⁷ *Loc.cit.*

³⁸ *Ibíd.*, Pág. 224

facultades, limitaciones de los contratantes, por lo que el fideicomitente y fiduciario, cuando corresponda también el fiduciario, al momento de suscribir el contrato centran su atención en el diseño del programa o proyecto, así como la metodología de ejecución, o sea, la parte sustantiva del fideicomiso.

De la regulación del Decreto 2-70, Código de Comercio, se menciona que el contrato de fideicomiso se hace constar en escritura pública, en este documento se deben de determinar el precio real de los bienes y un valor estimativo, el fiduciario debe de realizar actos para que se cumpla la ejecución de los fines de éste, siendo así que se necesita de autorización expresa en el caso de gravar, vender o donar bienes, indicándose de manera correcta y expresa en el documento constitutivo.

En caso el fiduciario teniendo en su potestad dichos bienes y cause daños o perjuicios será responsable de éstos, siendo así que el fideicomitente o ya sea el fideicomisario pueden exigir que responda sobre el daño causado o provocado bajo su mandato.

El fideicomisario no puede tener derecho sobre el fideicomiso a su cargo ya que estos no son apropiables ni embargables, únicamente los frutos producidos por el fideicomiso otorgado al fideicomisario si son embargables.

Como se ha indicado el fideicomiso es un mecanismo versátil y ágil para ejecutar cualquier programa o proyecto, administración de bienes, garantía, está adecuadamente diseñado porque abarca los alcances y limitaciones de los que intervienen en el contrato del fideicomiso, ya que atiende las necesidades del Fideicomitente quien a su vez también puede ser fideicomisario, quien tiene la libertad de diseñar su forma de creación y ejecución, decide a quienes beneficia e incorporar a quienes quieran aportar en el mismo, consecuentemente es una figura noble, lo que denota que no es la figura la incorrecta en el caso del Estado, si no que como se concibe; el Estado ha incorporado en diversas leyes regulaciones que lo convierte en un mecanismo similar a la administración pública en el caso de inversión, pudiéndose tornar en burocrático e inoperante.

Los contratos de los fideicomisos del Estado se suscriben ante los oficios de la Escribanía de Cámara y de Gobierno, es un contrato mercantil, en cuyo contenido se cita el Código de

Comercio, por lo que, de impulsar una ley específica del Estado, esta debiera ser únicamente por la ejecución, misma que debe ser ordenada y clara evitando lluvia de ideas, al amparo del Código de Comercio.

4.3 Decreto Ley 106 Código Civil.

Este código estipula los requisitos esenciales para crear o faccionar un documento en este caso de fideicomisos en especial del Estado, al referirse a las personas jurídicas que son de vital importancia en este tipo de contratos (fideicomisos públicos), y es más bien una ficción de ley que es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, hacer por creación o autorización de ley.

El Artículo 15 estipula que Son personas jurídicas, como el Estado, las iglesias, municipalidades, y todas las instituciones de Derecho Público que fueron creadas por ley, entre otras.³⁹

De acuerdo con el Código Civil el Estado de Guatemala y entidades autónomas (municipalidades) y descentralizadas, estas últimas se enmarcan en las instituciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas, con capacidad para adquirir derechos y obligaciones en el marco legal, es decir en observancia a las leyes administrativas y cuando aplique leyes que regulan el derecho privado.

El Artículo 1257 regula que es objeto de anulación el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad proceda de error, de dolo, de simulación o violencia. La nulidad es prohibida porque la parte que produjo el vicio no puede pedirla, debido a que es el autor principal de dicha declaración de voluntad.

El Estado de Guatemala, es una persona jurídica, cuyo Representante Legal es el Procurador General de la Nación, y si por ley tiene la facultad para constituir fideicomisos, entonces puede llevar a cabo la ejecución de programas y proyectos a través de dicha figura o mecanismo de ejecución.

³⁹ *Ibíd.*, Pág. 6

Puede considerarse como negocio jurídico anulable, siempre y cuando desde su concepción se haya concebido para actos u omisiones que sean contrarios a las leyes.

4.4 Decreto 31-2002 Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas

El tema de fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas fue desarrollado en el Capítulo III, la que es independiente de las auditorías que se realicen por parte de la auditoría interna de la institución o entidad, así como las auditorías externas que se practiquen o contraten. ⁴⁰

Como se visualiza, la facultad otorgada a la Contraloría General de Cuentas, es clara y suficiente para la fiscalización de los Fideicomisos, posiblemente en un inicio no se le daba acceso, debe tomarse en cuenta que todo lleva un proceso y éste según evolucione se va mejorando, pero no es justificación que no se puede fiscalizar, toda vez que la Constitución Política de la República es clara en su mandato, debido que se fiscalizan las operaciones de los fideicomisos del Estado y no al fiduciario, porque las operaciones propias de éste (fiduciario) son fiscalizadas o auditadas por la Superintendencia de Bancos.

El Artículo 2. Establece que el ámbito de Competencia corresponde exclusivamente a la Contraloría General de Cuentas debido a sus funciones esenciales que ya se habían mencionado anteriormente como el de interventora, investigadora, revisora y una de las más importantes es la de fiscalizar de llevar un control gubernamental directo de forma externa sobre los fideicomisos constituidos de fondos públicos.

4.5 Decreto 89-2002 LEY DE PROBIDAD Y RESPONSABILIDADES DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS

Esta ley contiene la creación de varios procedimientos y normas, con el fin de que se lleve un mejor control y manejo de la administración pública actual, siempre teniendo en cuenta las normas legales, así como principalmente los constitucionales, poniéndole mucho énfasis para tratar de evitar el desvío de bienes, recursos, fondos públicos en menoscabo de los intereses del Estado.

⁴⁰ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 31-2002, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, 2 de julio de 2002.

RESPONSABILIDADES DE LAS PERSONAS AL SERVICIO DEL ESTADO

El artículo 4 estipula que los sujetos de responsabilidad son responsables conforme con las normas establecidas en la presente Ley, su incumplimiento puede ser sancionado de acuerdo a las disposiciones del dicho ordenamiento y todas aquellas personas que están a cargo de funciones de públicas siendo remuneradas o no, dependiendo que funciones desempeñen.⁴¹

Asimismo, en esta disposición quedan entendidos quienes presten sus servicios al Estado de Guatemala en el exterior del país en cualquier ramo, sector o área.”

En este artículo se expone las personas individuales y jurídicas responsables en el manejo de los fondos públicos que incluye contrato o cualquier vínculo, de quienes presten servicios al Estado, la norma es clara congruente con lo que determina el artículo 3 Primacía de la Ley, del Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, así: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario.”⁴²

El artículo 8 regula que la responsabilidad es administrativa cuando el funcionario público trasgrede o incumple lo que se establece en las normas sobre el actuar, así como cuando se actuare en negligencia, imprudencia o impericia o infringiendo leyes, reglamentos, contratos a la institución estatal donde están obligados a prestar servicios; o cuando no se lleve a cabo de manera pronta de las funciones y obligaciones a desempeñar.

El artículo 9 establece que los daños y perjuicios originarios de la responsabilidad civil a cargo del abuso de autoridad, serán efectivos con lo establecido en el Código Civil y demás disposiciones legales vigentes sobre la materia, salvo que la acción civil se resuelva dentro de la acción penal en forma vinculada.

El artículo 10 regula que la Responsabilidad penal, se crea responsabilidad penal conforme a la acción u omisión que sea realizada por las personas a que se refiere el artículo 4 de esta ley y que de conformidad con la ley penal que establece los delitos o faltas”.

⁴¹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 89-2002, Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos. Fecha de promulgación: 30 de enero de 1998, fecha de entrada en vigencia: 31 de enero de 2002.

⁴² Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-89, “Ley del Organismo Judicial”, 10 de enero de 1989.

El artículo 11 establece que existen grados de responsabilidad, la primera será principal cuando el sujeto de la misma esté obligado por disposición legal a producir o no producir un acto, y es accesoria cuando un tercero queda obligado por incumplimiento del responsable principal.

El artículo 12 regula que ninguna persona será expuesta de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden contraria a la ley dictada por un funcionario superior, a actos ilícitos de los fondos y otros bienes de que sea responsable. El funcionario que emita la orden de pago o empleo ilegal tendrá responsabilidad administrativamente.

El artículo 13 estipula que la responsabilidad solidaria, que hace mención de todas las entidades como asociaciones, fundaciones no gubernamentales, encargados de dichas instituciones incurren de forma solidaria de manera administrativa.

Al hacer el análisis correspondiente de los artículos del 8 al 13 precedentes, se desarrolla la acción, omisión, negligencia, imprudencia, impericia e incumplimiento de las normas legales, así como el daño, perjuicio, falta o delito, en las que pueda incurrir un servidor público, por la calidad de la que está investido; el servidor público presta un servicio que la iniciativa privada no brinda, pero es clara su responsabilidad, de la que se incurren en faltas, éstas están clasificadas y sancionadas por leyes administrativas y penales, respecto del delito que se comete.

El artículo 14. Establece que las Instituciones tutelares esta Ley, son el Congreso de la República, el Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de Cuentas y Autoridades Nominadoras con sus diferentes organismos del Estado y sus demás entidades.

De acuerdo al Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de Manuel Ossorio⁴³, tutelar significa amparar o proteger; en el presente caso, las entidades enunciadas, en materia de su competencia, entre otros, deben velar para evitar el desvío, menoscabo, apropiación

⁴³ Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales 1^a. Edición Electrónica, Datascan, S.A., Guatemala, C.A.

indebida de los bienes del Estado, acciones ventajosas de interés propio; el artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala, determina los bienes del Estado y su clasificación.

4.6 Decreto 101-97 “Ley Orgánica del Presupuesto”

Esta Ley tiene por objeto establecer normas para la constitución de los sistemas presupuestarios, de contabilidad integrada gubernamental, de tesorería y de crédito público.

“El artículo 33, autoriza a las entidades descentralizadas y autónomas para que los inviertan en la ejecución de proyectos específicos de beneficio social y que originen renta que regrese el capital, podrán otorgarse en fideicomiso.””

Dicho artículo también dispone que los fondos sociales puedan ejecutar sus proyectos bajo dicha figura, como se aprecia se faculta la utilización como mecanismo de ejecución por intermedio de fideicomisos; en este párrafo al hablar de fondos abre la posibilidad que cualquier entidad del Estado pueda constituir fondos sociales y ejecutar sus proyectos.

En lo que se refiere a fideicomisos de Estado para otorgar financiamiento crediticio, puede estar dirigido hacia determinada área geográfica, inclusive ser de cobertura nacional, para cierta población, cultivo, segmento económico, género, etc., si es de retorno de capital debe ser de crédito, para el efecto deben contar con un reglamento o manual que norme las condiciones de los créditos. En algunos casos combinan el financiamiento crediticio con un componente no reembolsable a lo que le denominan fideicomisos mixtos, así lo define la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas.

El financiamiento no reembolsable de los fideicomisos del Estado es el componente cuestionado por diversos sectores, por su forma de ejecución y posibles anomalías en su manejo; en ese sentido, los fideicomisos del Estado, bajo la denominación de fondos sociales, se menciona el Fondo Nacional para la Paz, Mi Familia Progresiva, mismos que fueron objeto de señalamientos.

En modificaciones a la Ley Orgánica del Presupuesto, se establece que están sujetos a dicha ley los fideicomisos constituidos con fondos públicos y los fondos sociales:

En el caso del Organismo Ejecutivo, (ministerios) que tengan fideicomisos son responsables de éstos; las unidades ejecutoras de fondos en fideicomiso público deberán registrar en el módulo de gestión de contratos, establecido por el Ministerio de Finanzas Públicas, los contratos y modificaciones que se suscriban con cargo a estos recursos.⁴⁴

Asimismo, los Fideicomisos constituidos con fondos públicos y los fondos sociales, deberán cumplir con los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado para la contratación de obras y la adquisición de bienes, servicios e insumos, y están obligados a usar los Sistemas Integrados de Administración Financiera SIAF.

La facultad es la de invertir en proyectos de beneficio social, esto no necesariamente implica retorno de capital, ya que, si es productivo, hablamos de rentabilidad, producto, ganancia, y al invertir en fuentes productivas, por ejemplo, si son agropecuarias [agrícola (agricultura) y ganadero o pecuario (ganadería), aún con la asistencia técnica podría generar pérdida y no ganancia, también se encuentra el comercio, artesanía, etc.

Actualmente la ejecución por medio de fideicomisos es como cualquier entidad del Estado, con la diferencia que el fideicomiso es por medio de desembolsos, una vez ejecutados se presenta la documentación de soporte y se brindan más recursos financieros.

La Ley Orgánica del Presupuesto desarrolla, entre otros, el tratamiento de la cartera crediticia, la dotación de recursos financieros, la responsabilidad por la captación y ejecución de éstos, el uso de los sistemas, así como cumplir con los procedimientos que establece el Decreto 57-92, Ley de Contrataciones del Estado, para las contrataciones y adquisiciones.⁴⁵

Específicamente lo que se norma es la ejecución de los fideicomisos, tales como rendir información, uso de sistemas, registros, observancia de procedimientos, responsables, etc.;

⁴⁴ Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto Número 101-97 fecha de promulgación: 1 de enero de 1998, fecha de entrada en vigor: 16 de enero de 1998.

⁴⁵ Loc.cit.

En consulta efectuada al Ministerio de Finanzas Públicas, se mencionan los sistemas siguientes:

Sistema de Contabilidad Integrada SICOIN

- Contable
- Presupuestario
- Inventarios
- Tesorería
- Fideicomisos

Sistema de Gestión Presupuestaria SIGES

Sistema de Gestión de compras Guatecompras

Guatenóminas

Plan Anual de Compras y Contrataciones PACC

Registro de bienes inmuebles, administrado por la Dirección de Bienes del Estado del Ministerio de Finanzas Públicas.

Cabe mencionar que, las entidades autónomas y descentralizadas realizan sus operaciones con independencia, en el caso de las municipalidades en SICOIN GL (gobiernos locales) SICOIN DES (entidades descentralizadas), se relacionan cada año para incorporar las variaciones patrimoniales de las referidas entidades, en el Balance Consolidado que genera la Dirección de Contabilidad del Estado y remite al Congreso de la República que incluye la administración central (Organismo Ejecutivo).

4.6.1 Acuerdo Gubernativo 540-2013 Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto

Esta norma contiene la metodología presupuestaria, tratamiento de cuentas incobrables, la constitución, modificación, extinción y liquidación de los fideicomisos públicos, su administración, ejecución y rendición de cuentas, que determina que se regirán por lo

establecido en la normativa específica vigente, y el Manual para la Administración de Fondos en Fideicomiso.

Esta disposición legal, también preceptúa la información que deben rendir los fiduciarios al ente fiscalizador, quienes deben guardar y custodiar la documentación que respalden las operaciones de los fideicomisos⁴⁶; la ejecución de éstos estará a cargo de una unidad ejecutora específica, designada por la Autoridad Superior de la entidad responsable, quienes se sujetarán a las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto.

Para efectos de lo que establece el artículo 33 Ter de la Ley, el Manual para la Administración de Fondos en Fideicomiso desarrollará los procesos para que las Unidades Ejecutoras puedan cumplir con los procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado.

El reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto LOP, preceptúa otras disposiciones según se indica así como la declaratoria por parte de los fiduciarios al no poder cobrar las carteras crediticias conforme a lo establecido en el Manual para la Administración de Fondos de Fideicomiso, cabe mencionar que se manejan en la normativa actual la extinción, liquidación, constitución de los contratos de fideicomiso creados con fondos meramente públicos, estos cuentan con una Unidad Ejecutora, para que se hagan cumplir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto operando del Sistema Integrado de Administración Financiera.

Existe un Manual para la Administración de Fondos en Fideicomiso, así mismo se deben crear procedimientos para que las Unidades Ejecutoras cumplan con lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado.

El Presupuesto General de Ingresos y Egresos son ejecutados y provienen de recursos financieros dentro de la figura del fideicomiso, solo para los fines para el que fue creado el fideicomiso⁴⁷.

⁴⁶ Artículo 88 del Acuerdo Gubernativo 540-2013, Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto 101-97 del Congreso de la República.

⁴⁷ Artículo 89 del Acuerdo Gubernativo 540-2013, Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto 101-97 del Congreso de la República.

Las Unidades Ejecutoras tienen responsabilidad de controlar que los fiduciarios que cumplan lo que establece el Artículo 33 Bis de la Ley.

Al hacer el análisis correspondiente cabe mencionar que en la Ley Orgánica del Presupuesto se determina que los fideicomisos deben estar al amparo de una entidad responsable, y su Reglamento ratifica dicha disposición, criterios para la declaratoria de incobrabilidad de la cartera de préstamos, indica que se deben realizar los procesos que determina la Ley de Contrataciones del Estado y el uso u operación del Sistema Integrado de Administración Financiera SIAF, como se indicara con antelación, lo que se está normando es la ejecución de los fideicomisos, similar a la ejecución que realiza la administración pública.

4.7 Decreto 114-97 “Ley del Organismo Ejecutivo”

Esta ley desarrolla los mandatos constitucionales sobre la organización, atribuciones y funcionamiento del Organismo Ejecutivo; la función administrativa, la formulación y ejecución de las políticas de gobierno, con las cuales deben coordinarse las entidades que forman parte de la administración descentralizada

El Decreto 114-97 “Ley del Organismo Ejecutivo”, “En su artículo 35, determina que al Ministerio de Finanzas Públicas le corresponde cumplir y hacer cumplir todo lo relativo al régimen jurídico hacendario del Estado, para ello tiene a su cargo, entre otros, gestionar la constitución de los fideicomisos en cualquiera de las instituciones del sistema bancario nacional, en ese orden de ideas, es específico al otorgar la facultad al Ministerio de Finanzas Públicas dicha labor.

De conformidad con el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Social de Manuel Ossorio⁴⁸, define **Gestión**: Acción y efecto de gestionar, de administrar y hacer diligencias

⁴⁸ Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales 1ª. Edición Electrónica, Datascan, S.A., Guatemala, C.A.

conducentes al logro de un asunto público o privado. Dentro de los públicos –es decir, de los que desarrolla el Estado- (...).

La facultad para constituir fideicomisos quedó exclusivamente asignada al Ministerio de Finanzas Públicas, disposición que aún se encuentra vigente.

4.8 Decreto 57-92 “Ley de Contrataciones del Estado”

ARTÍCULO 2.- “Se autoriza el provecho de bienes, servicios personales y no personales y de suministros entre las dependencias de los organismos del Estado y entre éstas y las entidades descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras y las municipalidades, las cuales se estipulan de conformidad con lo establecido en el reglamento de esta ley.”

En este artículo se dispone la negociación entre dependencias del Estado, que incluye las descentralizadas y autónomas (municipalidades entre otras); de igual forma, las unidades ejecutoras, esto contribuye a ejecutar con mayor eficiencia, pero sólo en el ámbito del sector público, a través del apoyo en materia de su competencia, pero para el sector privado, debe observarse esta Ley,

ARTÍCULO 49.- “De la forma del contrato. Los contratos deberán elaborarse en papel membretado de la dependencia interesada o en papel simple con el sello de ésta. Cuando tengan que apuntarse en los registros, deben constar en Escritura Pública, autorizada por el Escribano de Gobierno. De igual manera, el contrato puede autorizarlo otro notario, siempre que los honorarios profesionales que se produzcan no sean pagados por el Estado.”

En el presente artículo se dispone la suscripción del contrato del fideicomisos o fideicomisos, autorizados por el Escribano de Cámara y de Gobierno⁴⁹, o bien autorizado por notario, siempre que los honorarios que se causen no sean pagados por el Estado. Si esta norma no se aplica, entonces sí debiera ser objeto de hallazgo por parte del ente fiscalizador.

ARTÍCULO 54.- “Otros contratos. En los contratos que pacte el Estado, por medio de sus entidades centralizadas o descentralizadas, que no emanen de procedimientos que determina

⁴⁹ Congreso de la República de Guatemala, Artículo 10, del Decreto Número 314,” Código de Notariado”.

la presente ley, o en los que el ente administrativo intervenga como sujeto de derecho privado, serán aplicables las normas del derecho común. “

La disposición contenida en este artículo, coadyuva a realizar de forma expedita los procedimientos para la ejecución de los fideicomisos; sin embargo, en la Ley Orgánica del Presupuesto se dispone que la ejecución de los fideicomisos debe hacerse conforme el Decreto 57-92, la Ley de Contrataciones del Estado, entonces no hay diferencia de ejecución, excepto por el desembolso de los recursos financieros, la forma de registro y su liquidación, toda vez que los fideicomisos funcionan por medio de anticipos, según lo norma el Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos.

4.8.1 Acuerdo Gubernativo 1056-92, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En el Reglamento se define el procedimiento para la contratación de estudios, diseños y supervisión de obras y servicios técnicos, detallando los pasos a seguir para el efecto.

4.9 Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Diecisiete, Decreto 50-2016.

En la Ley que aprueba el presupuesto del Estado para cada ejercicio fiscal (anual), se incorporan disposiciones de los fideicomisos, dentro de los temas que se norman están las obligaciones de entidades específicamente en materia de fideicomisos, rendición de informes y su respectiva publicación, así también la fiscalización e investigación, control por la Contraloría General de Cuentas, y manejar sistemas informáticos, dando resultado que lo tiene únicamente la administración pública, por lo tanto está la existencia de un método de carteras crediticias, como la extinción, modificación y constitución de fideicomisos, el cual contiene el pago de honorarios para los fiduciarios, contratación de servicios y lo más esencial el cumplimiento del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.⁵⁰

En sí la función de la Superintendencia de Bancos, no es fiscalizar los fideicomisos, pero sí a los bancos y entidades financieras que los manejan.

⁵⁰ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 50-2016, “Ley de Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal dos mil diecisiete”, 29 de noviembre de 2016.

De conformidad con el artículo 2 del Decreto 18-2002 “Ley de Supervisión Financiera”, corresponde a la Superintendencia de Bancos, supervisar que las dependencias adecúen sus actividades y funcionamiento a las normas legales, reglamentarias y otras disposiciones que les sean aplicables, así como la evaluación de riesgo, lo que no implica en ningún caso, la asunción (aceptación de una obligación o responsabilidad) de responsabilidades de las entidades sometidas a su supervisión, *ni garantiza el buen fin de dicha gestión*, la que será siempre por cuenta y riesgo de la propia entidad, de sus administradores y accionistas.⁵¹

La Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, es una ley que sólo tiene vigencia 1 año, se norma la ejecución de los fideicomisos, siendo prudente por orden, que dichas disposiciones estén normadas en una ley específica, lo que brindará claridad y transparencia y tampoco es conveniente hacer cita sólo de algunos artículos del Decreto 2-70 “Código de Comercio”, respecto de los fideicomisos, pero sí determinar la aplicación de esta ley en los Fideicomisos del Estado.

4.10 Decreto 57-2008 Ley de Acceso a la Información Pública

“Esta ley garantiza a la persona natural, individual o jurídica, el acceso a la información o actos de la administración pública de los organismos del Estado, municipalidades, instituciones autónomas y descentralizadas y las entidades privadas que perciban, inviertan o administren fondos públicos, incluyendo fideicomisos creados con fondos públicos, obras o servicios públicos sujetos a concesión o administración.”

Cabe hacer mención que, esta ley en el numeral 33 del artículo 6, determina: Que los fideicomisarios y fideicomitentes de los fideicomisos constituidos con fondos públicos, que incluye préstamos, convenios o tratados internacionales, están obligados a proporcionar la información pública que se les solicite

Esta norma da apertura a transparentar la ejecución de los fideicomisos; al respecto, al momento de efectuar el cuestionario en el caso del Ministerio de Agricultura, Ganadería y

⁵¹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 18-2002, “Ley de Supervisión Financiera”, 10 de mayo de 2002.

Alimentación, hubo pronta disposición en cooperar; sin embargo, se considera que, para llevar a cabo nuevos proyectos por medio de este mecanismo, deben asentarse bases claras de ejecución, ya que su utilización actual es mínima.⁵²

4.11 En Acuerdo Ministerial No. 25-2010 “A” del 27 de abril de 2010, aprobó el Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos.

“Para autorizar anticipos adicionales, la Unidad de Administración Financiera UDAF y/o unidad ejecutora deberán cumplir con la regularización del 100% del penúltimo anticipo y como mínimo el 75% del último, lo cual será previamente verificado y analizado por la Unidad de Administración Financiera UDAF por medio de los reportes de Sistema de Contabilidad Integrada SICOIN.”

El Manual define el procedimiento para otorgar recursos financieros por medio de anticipos a los ejecutores de los fideicomisos, sistemas informáticos a utilizar, los roles de las dependencias del Ministerio de Finanzas Públicas, documentos de respaldo, registros, entre otros.

Para efectos de elaboración del Comprobante Único de Registro (CUR), de regularización en donde se consigna la estructura programática (programación), correspondiente al fideicomiso, las unidades ejecutoras que no tengan acceso al Sistema de Gestión Presupuestaria (SIGES) y Sistema de contabilidad integrada (SICOIN), deben presentar a la Unidad de Administración Financiera el formulario FF-01 “Resumen de Gastos del Fideicomiso”, adjuntando copia certificada de la documentación de soporte.

La Dirección de Contabilidad del Estado abrirá cuentas auxiliares necesarias para cada fideicomiso, las que se debitarán con cada anticipo de fondos y se acreditará en forma automática con cada regularización del gasto o contablemente, según sea el caso.

Registro de cuentas monetarias. A petición de la Unidad de Administración Financiera (UDAF), Tesorería Nacional (TN) registrará en Sistema de Contabilidad Integrada (SICOIN), la

⁵² Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 57-2008, “Ley de Acceso a la Información Pública”, 22 de octubre de 2008.

cuenta de Depósitos Monetarios (DM), correspondiente a cada fideicomiso que las unidades responsables, Unidades Ejecutoras (UE) manejen a través del sistema financiero. Las Unidades Ejecutoras de los Fideicomisos deben instruir al fiduciario a efecto de enviar diariamente a Tesorería Nacional (TN), vía electrónica la información de operaciones y saldos de las cuentas de depósitos monetarios del Fideicomiso en formato de la cuenta de recaudo.

De acuerdo al Manual el responsable administrativo y financiero del fideicomiso es la Unidad Ejecutora, ésta fórmula el presupuesto, determina la estructura programática conforme el Manual de Programación de las transferencias de los Fideicomisos, determina los objetivos y metas a alcanzar durante el año que se presupuesta, incorpora los compromisos en la programación periódica institucional a la que está asignado presupuestariamente el Fideicomiso, solicitan cuotas cuatrimestrales de anticipos; los anticipos se registrarán contablemente, éste debe responder a la programación de la ejecución presupuestaria.⁵³

La Unidad de Administración Financiera (UDAF), con visto bueno de la autoridad competente, elaborará una resolución por fuente de financiamiento para autorizar el anticipo del fideicomiso que corresponda, con base en ésta registra en Sistema de Contabilidad Integrada (SICOIN) la solicitud de anticipo del Fideicomiso, generando un Comprobante Único de Registro (CUR) contable, previa aprobación se valida la cuota aprobada por Comité de Programación de la Ejecución Presupuestaria (COPEP), éste comité es quien aprueba la asignación de los recursos financieros y los recursos se acreditan en la cuenta de depósitos monetarios del Fideicomiso.

La ejecución real de los gastos, según la estructura y presupuesto vigente del fideicomiso, se registrará y solicitará en la etapa de regularización del Sistema de Gestión Presupuestaria (SIGES) y se aprobará en Sistema de Contabilidad Integrada (SICOIN), con lo cual se actualiza los registros de ejecución presupuestaria y contable.

⁵³ Ministro de Finanzas Públicas, Acuerdo Ministerial Número 25-2010 "A", "Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos", 27 de abril de 2010.

Para autorizar anticipos adicionales la UDAF y/o unidad ejecutora deberán cumplir con la regularización del 100% del penúltimo anticipo y como mínimo el 75% del último, lo que se verifica en los reportes de SICOIN.

La autorización de cuotas de anticipos las realiza el Comité de Programación de la Ejecución Presupuestaria -COPEP-, que determina el Reglamento de la Ley Orgánica del presupuesto, Acuerdo Gubernativo 540-2013 y sus modificaciones.

Las Unidades Ejecutoras UE deben instruir al Fiduciario el envío diario a la Tesorería Nacional, la información de operaciones y saldos de las cuentas de depósitos monetarios en el formato de la cuenta de recaudo; los recursos trasladados deben permanecer en estas cuentas para ejecutarlos según los fines del fideicomiso, por lo que no deben ser trasladados a otras cuentas o fideicomisos; el fiduciario de los depósitos recibidos remite la Nota de Crédito NC a la UE, por la recepción de dinero o recursos financieros.⁵⁴

Asimismo, el Manual determina funciones que deben desarrollar el fiduciario, unidad ejecutora, destino de los bienes en la extinción de los fideicomisos.

El Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos, norma la dotación y liquidación de los recursos financieros asignados a los fideicomisos, forma de suministrar la información de su ejecución, así como los formularios y sistema contable respectivo; en análisis efectuado a las diferentes disposiciones legales y reglamentarias de los fideicomisos.

La ejecución de fideicomisos según el Manual debe observar prácticamente todos los procesos que también realizan las dependencias del Estado, independientemente del módulo de los sistemas en los cuales se efectúa el registro de las operaciones; sin embargo, si esto no contribuye a la adecuada ejecución, esto provocaría sólo convertir el mecanismo ágil en burocrático, siendo prudente evaluar utilizar dicho mecanismo.

Como se mencionara con antelación, la regulación del Fideicomiso contenida en el Código de Comercio, es clara, sencilla y contempla los aspectos más importantes a los que están

⁵⁴ *Loc.cit.*

supeditadas las partes que intervienen en el contrato del fideicomiso, toda vez que regula entre otros: impuestos, inversiones, facultades, limitaciones de los contratantes, por lo que el fideicomitente y fiduciario, cuando corresponda también el fiduciario, al momento de suscribir el contrato centran su atención en el diseño del programa o proyecto, así como la metodología de ejecución, o sea, la parte sustantiva del fideicomiso.

La metodología de ejecución no podría estar contenida en el Código de Comercio, ya que por la versatilidad de la figura puede ser usada tanto en la administración pública como en la iniciativa privada, para una persona individual y/o jurídica, es por ello que la ley que se vislumbra para los fideicomisos debe ser exclusivamente para la ejecución, lo que está normado en diversas leyes, que por la cantidad de regulaciones resultaría inoperante la ejecución, por ser un símil de la administración pública, aunque también se está de acuerdo que la disponibilidad inmediata de los bienes del Estado, es aprovechado de forma maliciosa.

CAPÍTULO 5

5. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La realización de la presente tesis tuvo como objetivo poder determinar, si se sigue el proceso correspondiente a la realización y función del trabajo, control, investigación por parte de la Contraloría General de Cuentas en las distintas entidades, en este caso se entrevistó al Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación MAGA y al Ministerio de Finanzas Públicas, a los encargados de la Sección de Fideicomisos, para determinar si se está ejecutando de manera correcta y conforme a las distintas normativas que regulan a los Fideicomisos del Estado.

Este capítulo contiene entrevista realizada, que nos permitirá conocer un punto de vista de la administración pública que tiene a cargo la ejecución de fideicomisos, para ello se elaboró un cuestionario y se agradece la colaboración brindada por el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, según se indica:

ENTREVISTA

5.1 *Fideicomisos del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación MAGA*

1. ¿Cuál ha sido la experiencia con el “FIDEICOMISO APOYO FINANCIERO PARA LOS PRODUCTORES DEL SECTOR CAFETALERO GUATEMALTECO”, tanto en concesión crediticia, como el financiamiento no reembolsable?

Respuesta:

En la concesión crediticia hay dos tipos de experiencias: la positiva en la cual los caficultores aprovechan el financiamiento a bajo costo, a largo plazo y otras ventajas que ofrece el programa de gobierno para reactivar y hacer más prósperas sus actividades cafetaleras. La negativa, en la cual por influencias políticas, algunas personas aprovechan para obtener financiamiento, pero ya no cancelan los créditos, lo cual deteriora la cartera y origina una mala imagen para el fideicomiso.

Sobre el financiamiento no reembolsable no existe ninguna experiencia; en vista, que el programa no se ha puesto en marcha. Sin embargo, estos programas son mal vistos, por la influencia política que recae sobre los mismos y por tal razón los beneficios no llegan a quien realmente lo necesita.

2. ¿Existe otro mecanismo que se pueda utilizar para otorgar financiamiento crediticio?

Respuesta:

No, en vista, que los fondos que el Estado de Guatemala destina para constituir fideicomisos, es en apoyo a los sectores productivos del país, ya sea porque los usuarios no son sujetos de crédito de los Bancos o financieras; por crisis económicas o financieras que se presentan en algunos sectores productivos; por pérdidas derivadas por calamidades públicas y otras causas naturales en las cuales el Estado en cumplimiento a sus obligaciones fundamentales estimula la iniciativa de actividades agrícolas, pecuarias, etc.

3. ¿Por qué en la estructura organizacional se incluye un Comité Técnico, en otros casos, junta o consejo?

Respuesta:

Lo más usual y común es identificar al ente superior encargado de coordinar las actividades del fideicomiso como **Comité Técnico**.

Las otras identificaciones se hacen por estilo de la persona que propone la ley y con la finalidad que mediante nombres sofisticados se dé relevancia al órgano rector.

4. ¿Qué criterio se toma para la conformación de un comité, junta o consejo?

Respuesta:

Generalmente es político, o bien tomando en cuenta a los entes que participan en la ejecución del fideicomiso (fideicomitente, fiduciario y Unidad Operativa) y los beneficiarios o sujetos del crédito.

5. ¿La Contraloría General de Cuentas está marginada respecto de la fiscalización?

Respuesta:

En el año 2007 cuando la Contraloría General de Cuentas -CGC-, empezó a auditar los fideicomisos hubo resistencia de los Bancos fiduciarios; en vista, que por ley éstos son fiscalizados por la Superintendencia de Bancos y bajo el criterio que el fideicomiso es un contrato de carácter privado que se constituye al amparo del Código de Comercio; sin embargo, posteriormente se emitieron disposiciones legales y actualmente la CGC realiza las auditorías con toda libertad.

Sin embargo, existe la limitante que la CGC no tiene personal capacitado en fideicomisos y por tal razón cuestionan su funcionamiento o aducen que no pueden fiscalizarlos.

El Banco de Guatemala, basado en lo que establece el artículo 133 de la Constitución Política de Guatemala y el artículo 1 de la Ley de Supervisión Financiera, es el único

fiduciario que no le permite a GCG, fiscalizar directamente en la institución, las operaciones de los fideicomisos que administra.

6. ¿Se tienen estadísticas del beneficio que han obtenido los usuarios de crédito de los fideicomisos?

Respuesta:

Si, el Banco fiduciario tiene una base de datos muy amplia que le permite proporcionar estadísticas de diversa índole. Le adjunto un cuadro que resume por destinos y tamaño de productor que al 30 de noviembre de 2015, el fideicomiso AFPSCG había financiado créditos por US\$118,756,215.38 equivalentes a Q919,269,299.58 al tipo de cambio de referencia del Banco de Guatemala al día de hoy Q.7.74081

7. ¿Se capacita a las personas que obtienen financiamiento en áreas técnicas, crediticias, como tributarias?

Respuesta:

En el fideicomiso AFPSCG, ANACAFE dentro de sus programas de capacitación, proporciona capacitaciones en las áreas indicadas.

8. ¿Qué experiencias positivas y negativas se han tenido en el otorgamiento de créditos?

Respuesta:

La respuesta se proporcionó en el numeral 1.

9. ¿Cómo fortalecería el fideicomiso como mecanismo de ejecución?

Respuesta:

Modificando el contrato y el Reglamento de Crédito y Operaciones del fideicomiso, para crear una unidad ajena al fiduciario que se encargue de planificar y supervisar los créditos, crear un Comité de Créditos encargado de aprobar los créditos para agilizar la concesión crediticia.

Que el Estado cumpla con desembolsar el capital que se comprometió a entregarle al fideicomiso.

10. ¿Considera que es necesario una ley específica que regule la constitución y administración de los fideicomisos del Estado, y cuál sería su principal enfoque?

Respuesta:

El fideicomiso es un contrato de carácter mercantil; por lo que a mi criterio al emitir una ley específica que regule la constitución y administración de los fideicomisos del Estado; es algo irregular, porque se estaría distorsionando la figura creada bajo el Código de Comercio. Como ejemplo, le cito que en el fideicomiso el fideicomitente entrega al fiduciario ciertos bienes para su administración por lo que la propiedad de los bienes pasa a ser del fideicomiso; sin embargo, con la figura del fideicomiso estatal se pretende que los bienes sigan siendo propiedad del Estado y por tal razón quedan sujetos al control contable y presupuestario del estado y otros controles que distorsionan la figura del fideicomiso mercantil.

11. ¿De qué manera puede fortalecerse en conocimientos técnicos y/o financieros a los beneficiarios de los fideicomisos, es decir las personas que obtienen el beneficio?

Respuesta:

Coordinando, las actividades de capacitación que tienen las dependencias de los Ministerios del Estado.

En este aspecto el Estado ha retrocedido; en vista, que en los fideicomisos constituidos del año 1950 al año 1980, los fideicomisos contemplaban quien era el encargado de la capacitación técnica y la financiera, con la ventaja que el fiduciario era un banco estatal; sin embargo, como estos no generan utilidades son mal vistos, en contraposición los bancos privados por sus fines de lucro, ya no brindan los servicios personalizados que antes se otorgaban por lo que ya no hay capacitación.

Anteriormente, la mayoría de fideicomisos eran constituidos con recursos de donaciones, préstamos y contrapartidas nacionales, por lo que incluían recursos para capacitar al

usuario del crédito en varios campos; sin embargo, la cooperación internacional cada día es menor y el presupuesto del Estado ha crecido exageradamente que es imposible destinar recursos para estimular las actividades agrícolas y pecuarias.

12. ¿Cómo funciona la unidad administrativa y financiera que establece el artículo 4 del Decreto 12-2013 del Congreso de la República de Guatemala?

Respuesta:

Es la encargada de los registros contables y presupuestarios del fideicomiso en el Sistema de Contabilidad Integrada SICOIN.

13. ¿Qué opina de los informes que deben generarse para el Congreso de la República de Guatemala y Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas?

14. Respuesta:

Los informes son positivos porque transparenta la ejecución del fideicomiso; sin embargo, muchas veces, la información solo es archivada y no se utiliza en forma adecuada.

15. ¿Qué porcentaje de morosidad se manejan en el fideicomiso?

Respuesta:

Al 31 de marzo de 2016 la cartera del fideicomiso estaba integrada de la siguiente manera:

Situación de la Cartera	Valores Q	Porcentajes (%)
Vigente al día	321,691,353.75	60
En mora	112,397,873.35	21
Vencida	99,849,640.73	19
Total:	533,938,867.83	100

En forma drástica se puede decir que la cartera contaminada del fideicomiso es del 40%; sin embargo, por disposiciones de la Superintendencia de Bancos, cuando en un crédito no se paga una amortización todo el saldo por pagar se traslada a la categoría de mora; consecuentemente, la mora real es menor, si se hace un análisis individual de cada crédito y se determina cual es el monto de las amortizaciones en mora.

16. ¿Las disposiciones contenidas en las leyes anuales de presupuesto de qué manera les afecta, por ejemplo si el fideicomiso está por vencer y hay créditos vigentes a dónde se trasladan las carteras de préstamo?

Respuesta:

Lo que plantea en su pregunta ya no se puede dar; en vista, que en el contrato del fideicomiso se estipula que no pueden darse créditos con vencimiento posterior al vencimiento del contrato del fideicomiso.

Cuando vence el plazo del fideicomiso, automáticamente toda la cartera pasa al estatus de vencida y en el Acuerdo Gubernativo en donde se autoriza la extinción del fideicomiso se indica a donde debe trasladarse la cartera.

El Estado constituyó el Fideicomiso denominado “Administración de Carteras”, el cual tiene como finalidad continuar administrando las carteras, activos, pasivos y capital de los fideicomisos que se extinguen.

La prohibición de conceder créditos con plazo posterior al vencimiento del fideicomiso, provoca que en los últimos años de su vigencia se vaya limitando el otorgamiento de créditos para proyectos que requieren plazos mayores al vencimiento del fideicomiso.

17. ¿Cuántos fideicomisos maneja el MAGA, sectores que atiende y tipo de financiamiento reembolsable y no reembolsable?

Respuesta:

El MAGA, representa al Estado de Guatemala en 14 fideicomisos y su situación es la siguiente:

No.	Nombre del Fideicomiso	Sector que Atiende	Financiamiento
1	Fondo Nacional para la Reactivación y Modernización de la Actividad Agropecuaria –FONAGRO-	Apoya financiera y técnicamente a las organizaciones legalmente constituidas, a los Comités Institucionales, bilaterales y Grupos subsectoriales de trabajo para su desarrollo y consolidación, con cobertura a nivel nacional.	Reembolsable y no reembolsable
2	Crédito Rural	Otorga créditos a personas individuales o jurídicas para actividades agrícolas y artesanales, con cobertura a nivel nacional.	Reembolsable
3	Programa de Desarrollo Integral en Áreas con Potencial de Riego y Drenaje	Apoya la construcción de infraestructura de riego, con cobertura a nivel nacional	Reembolsable y no reembolsable
4	Fideicomiso Apoyo Financiero para los Productores del Sector Cafetalero Guatemalteco	Apoya a los cafetaleros en forma general, con cobertura a nivel nacional.	Desde la fecha de su constitución a la fecha solo se ha manejado el financiamiento reembolsable.
5	Fideicomiso para el Desarrollo Rural Guate Invierte	Otorga garantía de pago sobre los créditos que otorgan los bancos privados para la actividad productiva, con cobertura a nivel nacional.	Reembolsable y no reembolsable

No.	Nombre del Fideicomiso	Sector que Atiende	Financiamiento
6	Fondo Nacional de Desarrollo, FONADES	Apoya programas de apoyo a los agricultores en general (entrega de fertilizantes y semillas)	No reembolsable
7	Formación de Recurso Humano	Otorga becas a estudiantes con relación a la agricultura, con cobertura a nivel nacional.	No reembolsable
8	Administración de Carteras	Administra, activos, pasivos y capital de fideicomisos que se han liquidado	No otorga financiamiento.
9	Mejoramiento del Pequeño Caficultor	En proceso de extinción y liquidación.	
10	Proyecto de Desarrollo Rural para Pequeños Productores de los Departamentos de Zacapa y Chiquimula	En proceso de extinción y liquidación.	
11	Proyecto de Desarrollo Rural de la Sierra de los Cuchumatanes.	En proceso de extinción y liquidación.	
12	Proyectos Productivos de la Población Desarraigada	En proceso de extinción y liquidación.	
13	Bosques y Agua para la Concordia	En proceso de extinción y liquidación.	
14	Proyecto de Desarrollo Rural Sostenible en Zonas de Fragilidad Ecológica en la Región del Trifinio, Área de Guatemala	En proceso de extinción y liquidación.	

18. ¿Los fideicomisos de financiamiento no reembolsable podrían ejecutarse a través de otra figura, de ser así por favor indicar cuáles?

Respuesta:

Por medio de Proyectos y Programas plenamente identificados en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado.

19. ¿Qué criterio se maneja para fijar las condiciones crediticias, fortalecer el sector o el fideicomiso?

Respuesta:

Las condiciones crediticias se fijan con base al tipo de usuario que se pretende beneficiar, si tiene cobertura específica para una actividad agrícola o es general; área geográfica que se atenderá y la constitución del Fideicomiso tiene como fin primordial fortalecer al sector al que se está apoyando.

El fideicomiso se fortalece por medio de una reglamentación adecuada y que se cumpla y la creación de los sistema con medidas de control interno razonables y funcionales.

Sin embargo, debe considerarse que la actividad agrícola está sujeta a muchos riesgos naturales, de mercado, producción, etc., lo cual origina muchos riesgos para los agricultores y los mismos repercuten en la irrecuperabilidad del crédito, razón por la cual los bancos privados limitan el financiamiento de dichas actividades, salvo cuando les ofrecen garantías sólidas.

20. ¿Qué opina de las aseveraciones negativas de diversos sectores de Guatemala, en contra de los fideicomisos del Estado?

Respuesta:

La mala imagen que se le ha creado al fideicomiso se debe a que el estado creó fideicomisos como FONAPAZ, por medio del cual, se estaban cubriendo muchas de las actividades que les correspondía desarrollar a los Ministerios (ejemplo construcción de

vivienda, escuelas, hospitales, caminos, etc) y por la influencia política ya no había transparencia en su ejecución, por lo que la corrupción deterioró la imagen del fideicomiso en general.

Los fideicomisos de crédito son necesarios en el país, para apoyar a los sectores productivos; en vista, que la banca privada no arriesga su capital en financiar a los que no pueden comprobar la tenencia de la tierra y no tienen bienes para garantizar la recuperación de los créditos, pero mientras la influencia política no se erradique de las actividades de gobierno, cualquier proyecto, programa o fideicomiso será mal visto.

También es importante que los fideicomisos de crédito, no sean calificados por sus resultados financieros, si no por los beneficios que produjo a determinada actividad económica y a las personas desde el punto social y económico.

21. ¿El MAGA para crear un fideicomiso lo hace de acuerdo a sus políticas o demandas de la población guatemalteca?

Respuesta:

Para crear un fideicomiso debe existir alguna necesidad o demanda de la población guatemalteca y para justificar su creación debe apegarse a las políticas del Ministerio y del Gobierno.

En otros casos hay organismos internacionales que han efectuado estudios en determinado sector del país y como apoyo ofrecen donaciones o préstamos para constituir los fideicomisos.

22. ¿Por qué el financiamiento es en dólares de los Estados Unidos de América equivalente en quetzales?

Respuesta:

El capital del fideicomiso se obtuvo por la colocación de bonos en dólares; por lo que había que contrarrestar los efectos de las fluctuaciones cambiarias.

23. ¿El Reglamento del Comité Técnico ha sido actualizado, de ser así, podría brindar un ejemplar del mismo?

Respuesta:

Le adjunto la copia

24. ¿El MAGA cuenta con fideicomisos de inversión, podría indicar en síntesis su objetivo, destino y uso del patrimonio fideicometido, así como los beneficios obtenidos en el o los mismos, e indicar el pago al fiduciario?

Respuesta:

Considero, que con excepción del fideicomiso denominado “Administración de Cartera”, todos los demás, se pueden considerar de INVERSIÓN, en vista; que el capital transferido para que no permanezca ocioso se invierte o se utiliza en la ejecución del fideicomiso o sea que la mayoría son de ADMINISTRACION E INVERSIÓN y el denominado GUATEINVIERTE que además es de GARANTÍA.

La entrevista que antecede nos permite visualizar de cómo funcionan los fideicomisos del Estado, desde la perspectiva del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación MAGA, lo que coadyuva a confirmar lo vertido en la tesis.⁵⁵

5.2 Dirección de Fideicomisos, Ministerio de Finanzas Públicas

Requerimiento 173 Ley de Acceso a la Información Pública

A través del Acceso a la Información Pública, se solicitó información a la Dirección de Fideicomisos, obteniéndose los resultados siguientes:

⁵⁵ Díaz Aguilar, Carlos Alfredo, Director de Fideicomisos MAGA (Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación), Fecha de entrevista: 20 de Abril de 2016.

La nota de respuesta es generada de forma automática, por haber sido el requerimiento a través de la Ley de Acceso a la Información Pública de oficio.

Se atienden los numerales siguientes 3, 4, 5, 8, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 25 y 28.

3. Cuando el ente administrativo actúe como sujeto de derecho privado, se aplicarán las normas del derecho común Artículo 54 del Decreto 57-92 “Ley de Contrataciones del Estado”. ¿Esto incluye a los Fideicomisos?

*ARTICULO 54. * Transparencia en el uso de fondos públicos y otros contratos. Las organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones, patronatos, cooperativas, comités, organismos regionales e internacionales, fideicomisos y toda entidad privada o mixta, nacional o extranjera que reciba y/o administre fondos públicos, deben publicar y gestionar en GUAATECOMPRAS, las compras, contrataciones y adquisiciones que realicen, cuando superen el monto de la compra directa establecido en esta Ley, publicando para el efecto, como mínimo, la siguiente documentación: bases o términos de referencia, especificaciones técnicas, criterios de evaluación, preguntas, respuestas, listado de oferentes, actas de adjudicación y contratos. Asimismo, deben utilizar procedimientos de adquisición competitivos y evaluar las ofertas con criterios imparciales y públicos. La Contraloría General de Cuentas debe fiscalizar la negociación y todos los contratos que se suscriban en aplicación de este artículo, los cuales para su validez y ejecución deben registrarse en el Registro de Contratos de dicha Contraloría. Si en la fiscalización se detectaren anomalías, la Contrataría General de Cuentas deberá denunciar a los órganos respectivos, según la materia de que se trate, después de agotado el procedimiento administrativo que corresponda. Cuando se trate de compra directa se observará lo establecido en el artículo 43 de esta Ley.*

En los contratos y convenios que celebren las entidades reguladas en esta Ley, que no provengan de procedimientos que determina la misma,

se aplicarán las normas del derecho común, debiendo publicar y gestionar en GUATECOMPRAS la negociación y contrato respectivo. El reglamento de esta ley establecerá las condiciones relacionadas con esta materia.

**Reformado por el Artículo 14, del Decreto Del Congreso Número 27-2009 el 17-09-2009*

4. El Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, contenido en el Acuerdo Gubernativo 26-2014 del 29 de enero de 2014, establece la Dirección de Fideicomisos, cuyas funciones se desarrollan en los artículos 87 al 89, cuya estructura organizacional define dos (2) subdirecciones así:

4.1 Subdirección de Operaciones, encargada de facilitar, supervisar, monitorear y evaluar la ejecución de los procesos de formulación de políticas.

Apreciaré brindar un documento actualizado que contenga la supervisión, monitoreo y evaluación de la ejecución de los procesos de formulación de políticas⁵⁶.

La pregunta se realizó, a fin de determinar si la misión de la Subdirección descrita se lleva a cabo.

4.2 Subdirección de Análisis y Seguimiento, tiene a cargo facilitar supervisar, monitorear y evaluar la ejecución de los procesos de registro, administración y análisis de información de la ejecución física y financiera

⁵⁶ La información solicitada está contenida en las funciones de la Dirección de Fideicomisos en el Acuerdo Gubernativo 26-2014 publicado en el Diario de Centroamérica el 4 de febrero de 2014, "Reglamento Orgánico del Ministerio de Finanzas Públicas".

de los fideicomisos.

Agradeceré proporcionar informe actualizado que contenga la forma de facilitar la supervisión, monitoreo y evaluación de la ejecución de los procesos de registro, administración y análisis de información de la ejecución física y financiera de los fideicomisos. **De este requerimiento no hubo respuesta.**

De lo anterior si existe manual que contenga los procesos, por favor brindar copia del mismo.

Se adjunta de forma digital el Manual de normas, procesos y procedimientos de la Dirección de Fideicomisos e informe ejecutivo del mes de febrero.⁵⁷

La pregunta se realizó, a fin de determinar si la misión de la Subdirección descrita se lleva a cabo.

El manual de Fideicomisos según se desarrolla en la tesis, determina cómo funcionan los fideicomisos en el capítulo IV.

5. ¿La Función de la Dirección de Fideicomisos, en proyectos se circunscribe sólo a proyectos de gobierno, es decir del Organismo Ejecutivo o Gobierno Central o también de las entidades descentralizadas y autónomas?

- *Decreto 14-2015, artículo 45: Obligaciones de las entidades públicas con relación a los fideicomisos constituidos con recursos*

⁵⁷ La Dirección brindó el proyecto de Ley y se observó que, en el proyecto, entre otros, se hace mención de algunos artículos del Código de Comercio, e incluye disposiciones que quedan contenidas en la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado de cada año.

del Estado. Se refiere a las entidades que por Ley están autorizadas y sean responsables de fideicomisos.

- *Acuerdo Gubernativo No. 540-2013, Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto, artículo 88. Responsables. Las autoridades superiores de las entidades de la Administración Central, Descentralizadas y Autónomas, conjuntamente con los encargados de las Unidades Ejecutoras son responsables de brindar informes al Ministerio de Finanzas Públicas de conformidad con el contenido, periodicidad y en los formatos que establezca la normativa específica vigente y el Manual para la Administración de Fondos en Fideicomiso. Asimismo, deberán gestionar ante los fiduciarios la obtención de la información que sea requerida por los órganos gubernamentales de fiscalización y control. Los fiduciarios deberán presentar oportunamente la información y documentación de respaldo que se les requiera para dar cumplimiento a los informes y reportes que establece la Ley, así como proporcionar información a los órganos gubernamentales de fiscalización y control, y archivar y custodiar la documentación de respaldo de las operaciones financieras y contables que realicen. Estas obligaciones deben incluirse en los contratos de fideicomiso que suscriban las entidades a que se refiere el Artículo 2 de la Ley a partir de la vigencia del presente Reglamento.*

8. Si hay proyectos inconclusos o en fase de ejecución, que por causas no previstas deben prolongar su ejecución, tales como fenómenos naturales, aun así, no ¿se puede ampliar el plazo según lo establece la Ley Anual del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado?

La Dirección de Fideicomisos sólo consignó la cita legal.

Decreto 14-2015, artículo 46: Durante el ejercicio fiscal vigente, no se podrá ampliar el plazo de los fideicomisos constituidos con recursos del Estado.

12. ¿Existen fideicomisos vigentes sin que el Estado pague honorarios por ellos, de ser así por favor enumerar?

1. *Fondo Extraordinario Específico de Reconstrucción -FEER-*
2. *Formación de Recurso Humano*
3. *Fideicomiso FOGUAVI G&T Continental*
4. *Fideicomiso Municipalidad de Chinautla*
5. *Fideicomiso para la Rehabilitación y Modernización de la Red Ferroviaria en Guatemala*

13. ¿La metodología para el pago de los fiduciarios que no tengan impacto en el detrimento del patrimonio fideicometido está normada? de ser así, por favor proporcionar copia de la misma.

No existe una normativa de aplicación general.

14. ¿Quién debe establecer el mecanismo de traslado al Estado de Guatemala de los activos fijos (bienes muebles e inmuebles con o sin construcción)?

Decreto 14-2015, Artículo 45, Obligación de las entidades públicas con relación a los fideicomisos constituidos con recursos del Estado. En adición a las obligaciones contenidas en el contrato de fideicomiso, las entidades que por ley están autorizadas y sean responsables de los mismos, deberán: numeral 1, literal (d): Registrar los bienes que se adquieran con los fondos del fideicomiso en el Sistema de Contabilidad Integrada (Sicoín), de conformidad con lo programado en el presupuesto.

15. Indicar el procedimiento competitivo análogo, cuando el fideicomiso se modifique por la nueva fijación de la comisión por la administración de éste.

Decreto 14-2015, Artículo 47, literal (e): Para la determinación de la remuneración a pagar al fiduciario, se tomará en cuenta el tipo o naturaleza del fideicomiso.

- i) La remuneración que el fiduciario percibirá por la administración de fideicomisos de carácter no reembolsable se calculará y se pagará sobre cada monto que se aporte efectivamente al patrimonio fideicometido, por una sola vez y en la fecha en que el fiduciario reciba los fondos aportados;*
- ii) Para los fideicomisos de asistencia crediticia, se negociarán y se pagarán remuneraciones considerando el volumen, el tipo de garantía y los porcentajes de recuperación efectiva de cartera que efectúe el fiduciario por la cartera crediticia que se declare irrecuperable.*
- iii) Para los fideicomisos de naturaleza mixta (de carácter no reembolsable y asistencia crediticia), la remuneración al fiduciario se calculará y pagará aplicando una combinación de las bases de cálculo y pago para cada una de las modalidades anteriores; y,*
- iv) En todo caso, la determinación de las remuneraciones a pagar al fiduciario se sustentará en metodologías que no tengan un impacto significativo en detrimento del patrimonio fideicometido.*

16. ¿Existe alguna propuesta de ley de Fideicomisos por parte del Ministerio de Finanzas Públicas?

Si

17. ¿Han presentado al Ministerio de Finanzas Públicas, propuestas de ley de fideicomisos que me pudieran compartir?

Se adjunta de forma digital la iniciativa No. 4462 de fecha 12 de marzo de 2012.

20. ¿Utilizan una única nomenclatura para la elaboración de los estados financieros de los fideicomisos?

No.

21. ¿Existe sistema informático de fideicomisos que contenga la misma nomenclatura para efectos de descarga electrónica, que facilite la fiscalización y análisis de los fideicomisos?

No.

22. ¿Por favor podría proporcionarme copia del fideicomiso de apoyo financiero para los productores del sector cafetalero de Guatemala: escritura pública constitutiva, modificatorias, decretos, acuerdos gubernativos, reglamentos?

Se adjuntan de forma digital.

25. ¿Cuántos fideicomisos vigentes se encuentran en el Estado de Guatemala, por favor separar por entidad central; y, descentralizadas y autónomas y brindar informe o reporte por actividad económica?.

Se adjuntan de forma digital.

28. ¿Los fiduciarios están obligados a realizar auditorías externas anuales a los fideicomisos con cargo al patrimonio fideicometido, se lleva a cabo dicha práctica?

Si, puede visualizar las auditorías realizadas en el siguiente link:

http://www.minfin.gob.gt/index.php/?option=com_content&view=article&id=1012&Itemid=697⁵⁸

La Dirección de fideicomisos brindó el link que antecede, a fin de que cualquier persona que así lo requiera pueda consultar las auditorías practicadas, lo que no se entra a desarrollar, toda vez que no es el objetivo de la presente tesis

⁵⁸ En esta pregunta la Dirección de Fideicomisos brindó el link, en el que se puede verificar el cumplimiento de la realización de las auditoría externas efectuadas a los fideicomisos.

5.3 Preguntas realizadas a la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, no contestadas.

De las preguntas efectuadas a la Dirección de Fideicomisos no todas fueron respondidas, lo que nos hubiera permitido establecer quiénes determinan la estructura y condiciones de los fideicomisos; la fijación de los honorarios otorgados previo a cotizar el servicio de la fiducia; tipo de contabilidad en la que se registran las operaciones de los fideicomisos, así como los criterios utilizados para declarar incobrable las cuentas por cobrar; y, el seguimiento de los fideicomisos del Estado.

1. ¿El artículo 33 Bis. Del Decreto 101-97 Ley Orgánica del Presupuesto, determina que los Fideicomisos solamente podrán ejecutar sus gastos de funcionamiento y proyectos mediante administración directa o por contrato. El Fideicomiso es un contrato mercantil, quiere decir que debe suscribir otros contratos para tal efecto?
2. ¿Se puede dejar de pagar honorarios por la cartera crediticia que se declare incobrable o irrecuperable aunque esté pactado en los contratos?.
6. ¿Registrar los bienes que se adquieran con los fondos del fideicomiso en el Sistema de Contabilidad Integrada (Sicoin), de conformidad con lo programado en el presupuesto. Se refiere a bienes muebles y sólo éstos se registran o también los gastos incurridos e inversión realizada en proyectos de la administración central, o abarca descentralizadas y autónomas?
7. ¿Existe una programación anual con metas cuatrimestrales de los fideicomisos que permita establecer el avance físico y financiero de los programas y proyectos ejecutados a través de esta figura o mecanismo?
9. ¿Las unidades ejecutoras la conforman sólo empleados públicos, quién les paga los sueldos u honorarios?
10. ¿Según la Ley Anual del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, para el período que corresponda, determina que el fiduciario percibirá por la administración de fideicomisos no reembolsables sobre cada aporte efectivamente percibido por una sola

vez; asimismo, los honorarios cuando la junta o comisión evalúe los honorarios que beneficie el Estado. Por favor podría aclarar, toda vez que podría entenderse que el Estado pagará un monto adicional al que ofertan los fiduciarios, es decir sobre aportes?

11. ¿La ley anual del presupuesto que corresponda, también establece que a los fideicomisos de asistencia crediticia, se negociarán y pagarán comisiones considerando el volumen, el tipo de garantía y los porcentajes de recuperación efectiva de cartera que efectúe el fiduciario. No se reconocerán honorarios al fiduciario por la cartera crediticia que se declare irrecuperable y si los fideicomisos son mixtos es decir de carácter no reembolsable y de asistencia crediticia o reembolsable, las comisiones se calcularán y pagarán aplicando una combinación de ambas. Lo que se podría inferir es que el Estado ha dispuesto dar comisiones al fiduciario por la recepción del dinero, independientemente de los honorarios que fije el fiduciario, lo que podría ser poco ventajoso para el Estado, por lo que agradeceré comentar al respecto.

18. ¿Por qué la Contraloría General de Cuentas difunde que le es difícil auditar los fideicomisos, esta disposición de fiscalización no queda contenida en los contratos de los fideicomisos?

19. ¿Qué tipo de contabilidad se lleva en los fideicomisos del Estado?

23. ¿De existir manual o manuales de fideicomisos del Estado, apreciaré proporcionar los mismos.

24. ¿La literal h) del artículo 47 de la Ley Anual del Presupuesto General de Ingresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2016, favor comentar el contenido de la excepción: “Se exceptúan de esta obligación los aportes que por disposición legal se reciban del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado en calidad de transferencia.”.

25. ¿Desde la perspectiva del Ministerio de Finanzas Públicas, existe limitación para que la Contraloría General de Cuentas pueda realizar auditorías a los Fideicomisos?

26. ¿Existe mecanismo para el traslado de los activos fijos, inmuebles y construcciones de los fideicomisos al Estado de Guatemala? De ser afirmativo, por favor brindar el mismo.

29 ¿Las modificaciones contractuales destinadas a modificar la remuneración al fiduciario, deberán efectuarse bajo los criterios establecidos en la literal e) del artículo 44 de la presente Ley; sin embargo, el artículo no tiene literales?

30 ¿Los créditos que se otorguen en los fideicomisos no pueden exceder el plazo del mismo, incluyendo sus prórrogas, es esto funcional? Toda vez que también hay diligencias para la recuperación de los créditos morosos.

31 ¿Artículo 50 de la Ley Anual del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, autoriza a los fiduciarios aplicar rebaja de intereses, cargos moratorios y otros cargo acumulados de los créditos otorgados, cuando los deudores cancelen la totalidad del capital vencido.

Esta disposición no resultaría contraproducente, toda vez que los deudores o sujetos de crédito que cumplen, podrían visualizar que es preferible pagar el capital vencido para que le exoneren hasta los intereses?

32 En el mismo artículo facultan a los fiduciarios para declarar irrecuperable la cartera crediticia, entre otros, por las causas siguientes:

- Saldos de capital de hasta Q10,000.00
- El deudor y/o coudedor se encuentren en situación de pobreza o pobreza extrema
- Los costos administrativos o judiciales superan el monto a recuperar
- El monto no puede ser cubierto en su totalidad con los bienes o derechos dejados en garantía u otros que hayan sido ubicados o identificados; la declaración de incobrabilidad será por el saldo del adeudo
- Préstamos que tengan más de 10 años de encontrarse en mora o vencidos;

- Las obligaciones que correspondan a deudores fallecidos, muerte presunta legalmente declarada, o en situación de privación de libertad
- Que exista proceso de concurso de acreedores o quiebra
- Recomendación en informes de auditorías externas o auditorías de los órganos del Estado
- Personas jurídicas extinguidas o disueltas, excepto casos de transformación o de fusión

Si no queda establecido en los contratos de los fideicomisos, o normativa aprobada, los fiduciarios quedan facultados para clasificar como irrecuperables los créditos concedidos, lo que acreditará por medio de dictámenes; los saldos de capital, intereses y otros cargos que hayan sido clasificados como irrecuperables, **no serán susceptibles de pago o remuneración a los fiduciarios, por la recuperación de la cartera crediticia** y deberán aplicar las cuentas contables correspondientes.

Los criterios establecidos en este numeral en dónde se desarrolla la clasificación de las personas en situación de pobreza o pobreza extrema, si la persona está privada de su libertad pero tiene capacidad económica, qué sucede en estos casos, personas jurídicas disueltas aunque también cuenten con solvencia económica, no se toma en cuenta el artículo 27 del Decreto Ley 106 “Código Civil”?

33 ¿El artículo 49 de la Ley que nos ocupa, determina que los fideicomisos de segundo grado se regirán por lo que establecen las literales b) y e) del numeral 1 del artículo 39 de la presente Ley, pero el referido artículo no tiene numerales y literales, apreciaré indicar la base legal aplicable?

34 ¿Al cerrar operaciones por parte de un banco, tal es el caso del Banco del Café, Sociedad Anónima, los fideicomisos fueron trasladados a otros bancos, no afectando ninguno de sus bienes? Por favor comentar.

35 ¿Quién autoriza los reglamentos de los fideicomisos y su contenido?

36 ¿Quién o quiénes determinan las condiciones contractuales de los fideicomisos?

37 ¿Si los fideicomisos son de crédito quién o quiénes establecen las condiciones de éstos?

Al efectuar la entrevista correspondiente se llevó a cabo varios aspectos de los fideicomisos del Estado, que en la concesión crediticia hay dos tipos de experiencias: la positiva en la cual los caficultores aprovechan el financiamiento a bajo costo, a largo plazo y otras ventajas que ofrece el programa de gobierno para reactivar y hacer más prósperas sus actividades cafetaleras. La negativa, en la cual, por influencias políticas, algunas personas aprovechan para obtener financiamiento, pero ya no cancelan los créditos, lo cual deteriora la cartera y origina una mala imagen para el fideicomiso.

Sobre el financiamiento no reembolsable no existe ninguna experiencia; en vista, que el programa no se ha puesto en marcha. Sin embargo, estos programas son mal vistos, por la influencia política que recae sobre los mismos y por tal razón los beneficios no llegan a quien realmente lo necesita.

No existe ningún otro mecanismo que se pueda utilizar para otorgar el financiamiento crediticio, en vista, que los fondos que el Estado de Guatemala destina para constituir fideicomisos, es en apoyo a los sectores productivos del país, ya sea porque los usuarios no son sujetos de crédito de los Bancos o financieras; por crisis económicas o financieras que se presentan en algunos sectores productivos; por pérdidas derivadas por calamidades públicas y otras causas naturales en las cuales el Estado en cumplimiento a sus obligaciones fundamentales estimula la iniciativa de actividades agrícolas, pecuarias, etc.

Lo más usual y común que se da en los fideicomisos del Estado para llevar a cabo una buena estructura organizacional es identificar al ente superior encargado de coordinar las actividades del fideicomiso como **Comité Técnico**.

Las otras identificaciones se hacen por estilo de la persona que propone la ley y con la finalidad que mediante nombres sofisticados se dé relevancia al órgano rector.

Siempre se da la conformación de un comité, junta o consejo según sea el caso, generalmente es político, o bien tomando en cuenta a los entes que participan en la ejecución del fideicomiso (fideicomitente, fiduciario y Unidad Operativa) y los beneficiarios o sujetos del crédito.

Se ha dado desde el año 2007 una confrontación cuando la Contraloría General de Cuentas -CGC-, empezó a auditar los fideicomisos hubo resistencia de los Bancos fiduciarios; en vista, que por ley éstos son fiscalizados por la Superintendencia de Bancos y bajo el criterio que el fideicomiso es un contrato de carácter privado que se constituye al amparo del Código de Comercio; sin embargo, posteriormente se emitieron disposiciones legales y actualmente la CGC (Contraloría General de Cuentas) realiza las auditorías con toda libertad.

Sin embargo, existe la limitante que la CGC (Contraloría General de Cuentas), no tiene personal capacitado en fideicomisos y por tal razón cuestionan su funcionamiento o aducen que no pueden fiscalizarlos.

El Banco de Guatemala, basado en lo que establece el artículo 133 de la Constitución Política de Guatemala y el artículo 1 de la Ley de Supervisión Financiera, es el único fiduciario que no le permite a GCG, fiscalizar directamente en la institución, las operaciones de los fideicomisos que administra.

Si se tienen estadísticas de beneficios que los usuarios han obtenido de los créditos de dichos fideicomisos ya que el Banco fiduciario tiene una base de datos muy amplia que le permite proporcionar estadísticas de diversa índole. Le adjunto un cuadro que resume por destinos y tamaño de productor que, al 30 de noviembre de 2015, el fideicomiso AFPSCG había financiado créditos por US\$118,756,215.38 equivalentes a Q919,269,299.58 al tipo de cambio de referencia del Banco de Guatemala al día de hoy Q.7.74081

En el fideicomiso AFPSCG, ANACAFE se capacita a las personas que logran obtener su financiamiento dentro de sus programas de capacitación, proporciona capacitaciones en las áreas indicadas.

Se logra fortalecer el mecanismo de ejecución modificando el contrato y el Reglamento de Crédito y Operaciones del fideicomiso, para crear una unidad ajena al fiduciario que se encargue de planificar y supervisar los créditos, crear un Comité de Créditos encargado de aprobar los créditos para agilizar la concesión crediticia.

Que el Estado cumpla con desembolsar el capital que se comprometió a entregarle al fideicomiso.

El fideicomiso es un contrato de carácter mercantil; por lo que el criterio de emitir una ley específica que regule la constitución y administración de los fideicomisos del Estado; es algo irregular, porque se estaría distorsionando la figura creada bajo el Código de Comercio. Como ejemplo, en el fideicomiso el fideicomitente entrega al fiduciario ciertos bienes para su administración por lo que la propiedad de los bienes pasa a ser del fideicomiso; sin embargo, con la figura del fideicomiso estatal se pretende que los bienes sigan siendo propiedad del Estado y por tal razón quedan sujetos al control contable y presupuestario del estado y otros controles que distorsionan la figura del fideicomiso mercantil.

Los beneficiarios del fideicomiso tratan de fortalecer sus conocimientos, coordinando, las actividades de capacitación que tienen las dependencias de los Ministerios del Estado.

En este aspecto el Estado ha retrocedido; en vista, que en los fideicomisos constituidos del año 1950 al año 1980, los fideicomisos contemplaban quien era el encargado de la capacitación técnica y la financiera, con la ventaja que el fiduciario era un banco estatal; sin embargo, como estos no generan utilidades son mal vistos, en contraposición los bancos privados por sus fines de lucro, ya no brindan los servicios personalizados que antes se otorgaban por lo que ya no hay capacitación.

Anteriormente, la mayoría de fideicomisos eran constituidos con recursos de donaciones, préstamos y contrapartidas nacionales, por lo que incluían recursos para capacitar al usuario del crédito en varios campos; sin embargo, la cooperación internacional cada día es menor y el presupuesto del Estado ha crecido exageradamente que es imposible destinar recursos para estimular las actividades agrícolas y pecuarias.

Así como la unidad administrativa y financiera que establece el artículo 4 del Decreto 12-2013, es la encargada de los registros contables y presupuestarios del fideicomiso en el Sistema de Contabilidad Integrada SICOIN.

Se generan anualmente informes para emitirlos al Congreso de la República de Guatemala y a consideración de los entrevistados los informes son positivos porque transparenta la ejecución del fideicomiso; sin embargo, muchas veces, la información solo es archivada y no se utiliza en forma adecuada.

Es el estado de resultados de los porcentajes de los fideicomisos públicos que se manejan del período del 31 de marzo de 2016 la cartera del fideicomiso estaba integrada de la siguiente manera:

Situación de la Cartera	Valores Q	Porcentajes (%)
Vigente al día	321,691,353.75	60
En mora	112,397,873.35	21
Vencida	99,849,640.73	19
Total:	533,938,867.83	100

En forma drástica se puede decir que la cartera contaminada del fideicomiso es del 40%; sin embargo, por disposiciones de la Superintendencia de Bancos, cuando en un crédito no se paga una amortización todo el saldo por pagar se traslada a la categoría de mora; consecuentemente, la mora real es menor, si se hace un análisis individual de cada crédito y se determina cual es el monto de las amortizaciones en mora.

Al plantearle a una de las personas entrevistadas de qué manera les afecta las leyes anuales del presupuesto, y al dar el ejemplo de que si un fideicomiso está por vencer y hay créditos que siguen vigentes donde es que se trasladan la cartera de préstamos, y al contestar que no se

puede dar; en vista, que en el contrato del fideicomiso se estipula que no pueden darse créditos con vencimiento posterior al vencimiento del contrato del fideicomiso.

Cuando vence el plazo del fideicomiso, automáticamente toda la cartera pasa al estatus de vencida y en el Acuerdo Gubernativo en donde se autoriza la extinción del fideicomiso se indica a donde debe trasladarse la cartera.

Existen fideicomisos vigentes sin que el Estado pague honorarios por ellos, de ser así por favor enumerar?

8. Fondo Extraordinario Específico de Reconstrucción -FEER-

9. Formación de Recurso Humano

10. Fideicomiso FOGUAVI G&T Continental

11. Fideicomiso Municipalidad de Chinautla

12. Fideicomiso para la Rehabilitación y Modernización de la Red Ferroviaria en Guatemala

El Estado constituyó el Fideicomiso denominado “Administración de Carteras”, el cual tiene como finalidad continuar administrando las carteras, activos, pasivos y capital de los fideicomisos que se extinguen.

La prohibición de conceder créditos con plazo posterior al vencimiento del fideicomiso provoca que en los últimos años de su vigencia se vaya limitando el otorgamiento de créditos

Así mismo se hizo una proyección del resultado de cuantos fideicomisos maneja El MAGA, representa al Estado de Guatemala en 14 fideicomisos y su situación es la siguiente:

No.	Nombre del Fideicomiso	Sector que Atiende	Financiamiento
1	Fondo Nacional para la Reactivación y Modernización de la Actividad Agropecuaria –FONAGRO-	Apoya financiera y técnicamente a las organizaciones legalmente constituidas, a los Comités Institucionales, bilaterales y Grupos subsectoriales de trabajo para su desarrollo y consolidación, con cobertura a nivel nacional.	Reembolsable y no reembolsable
2	Crédito Rural	Otorga créditos a personas individuales o jurídicas para actividades agrícolas y artesanales, con cobertura a nivel nacional.	Reembolsable
3	Programa de Desarrollo Integral en Áreas con Potencial de Riego y Drenaje	Apoya la construcción de infraestructura de riego, con cobertura a nivel nacional	Reembolsable y no reembolsable

No.	Nombre del Fideicomiso	Sector que Atiende	Financiamiento
4	Fideicomiso Apoyo Financiero para los Productores del Sector Cafetalero Guatemalteco	Apoya a los cafetaleros en forma general, con cobertura a nivel nacional.	Desde la fecha de su constitución a la fecha solo se ha manejado el financiamiento reembolsable.
5	Fideicomiso para el Desarrollo Rural Guate Invierte	Otorga garantía de pago sobre los créditos que otorgan los bancos privados para la actividad productiva, con cobertura a nivel nacional.	Reembolsable y no reembolsable
6	Fondo Nacional de Desarrollo, FONADES	Apoya programas de apoyo a los agricultores en general (entrega de fertilizantes y semillas)	No reembolsable
7	Formación de Recurso Humano	Otorga becas a estudiantes con relación a la agricultura, con cobertura a nivel nacional.	No reembolsable
8	Administración de Carteras	Administra, activos, pasivos y capital de fideicomisos que se han liquidado	No otorga financiamiento.
9	Mejoramiento del Pequeño Caficultor	En proceso de extinción y liquidación.	
10	Proyecto de Desarrollo Rural para Pequeños Productores de los Departamentos de Zacapa y Chiquimula	En proceso de extinción y liquidación.	
11	Proyecto de Desarrollo Rural de la	En proceso de extinción y liquidación.	

No.	Nombre del Fideicomiso	Sector que Atiende	Financiamiento
	Sierra de los Cuchumatanes.		
2	1 Proyectos Productivos de la Población Desarraigada	En proceso de extinción y liquidación.	
3	1 Bosques y Agua para la Concordia	En proceso de extinción y liquidación.	
4	1 Proyecto de Desarrollo Rural Sostenible en Zonas de Fragilidad Ecológica en la Región del Trifinio, Área de Guatemala	En proceso de extinción y liquidación.	

Los fideicomisos de financiamientos no reembolsables se pueden ejecutar por medio de Proyectos y Programas plenamente identificados en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado.

A criterio de los entrevistados las condiciones crediticias se fijan con base al tipo de usuario que se pretende beneficiar, si tiene cobertura específica para una actividad agrícola o es general; área geográfica que se atenderá y la constitución del Fideicomiso tiene como fin primordial fortalecer al sector al que se está apoyando.

El fideicomiso se fortalece por medio de una reglamentación adecuada y que se cumpla y la creación de los sistemas con medidas de control interno razonables y funcionales.

Sin embargo, debe considerarse que la actividad agrícola está sujeta a muchos riesgos naturales, de mercado, producción, etc., lo cual origina muchos riesgos para los agricultores y

los mismos repercuten en la irrecuperabilidad del crédito, razón por la cual los bancos privados limitan el financiamiento de dichas actividades, salvo cuando les ofrecen garantías sólidas.

Por lo tanto ha habido varias opiniones negativas acerca de los diversos sectores de Guatemala en contra de los fideicomisos a lo cual se concluyó que la mala imagen que se le ha creado al fideicomiso se debe a que el estado creó fideicomisos como FONAPAZ, por medio del cual, se estaban cubriendo muchas de las actividades que les correspondía desarrollar a los Ministerios (ejemplo construcción de vivienda, escuelas, hospitales, caminos, etc) y por la influencia política ya no había transparencia en su ejecución, por lo que la corrupción deterioró la imagen del fideicomiso en general.

Los fideicomisos de crédito son necesarios en el país, para apoyar a los sectores productivos; en vista, que la banca privada no arriesga su capital en financiar a los que no pueden comprobar la tenencia de la tierra y no tienen bienes para garantizar la recuperación de los créditos, pero mientras la influencia política no se erradique de las actividades de gobierno, cualquier proyecto, programa o fideicomiso será mal visto.

También es importante que los fideicomisos de crédito no sean calificados por sus resultados financieros, si no por los beneficios que produjo a determinada actividad económica

Así que para crear un fideicomiso debe existir alguna necesidad o demanda de la población guatemalteca y para justificar su creación debe apegarse a las políticas del Ministerio y del Gobierno.

En otros casos hay organismos internacionales que han efectuado estudios, como se ha desarrollado en la presente tesis existen varios tipos de Fideicomisos Públicos por lo que se considera que es más común y con excepción del fideicomiso denominado “Administración de Cartera”, todos los demás, se pueden considerar de INVERSIÓN, en vista; que el capital transferido para que no permanezca ocioso se invierte o se utiliza en la ejecución del fideicomiso o sea que la mayoría son de ADMINISTRACION E INVERSIÓN y el denominado GUATEINVIERTE que además es de GARANTÍA.

La entrevista que antecede nos permite visualizar de cómo funcionan los fideicomisos del Estado, desde la perspectiva del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación MAGA, lo que coadyuva a confirmar lo vertido en la tesis.

CONCLUSIONES

1. Hay desconocimiento del mecanismo o figura del fideicomiso.
2. En varias leyes se regulan disposiciones de los fideicomisos del Estado, básicamente por la ejecución de éstos.
3. Los fideicomisos no reembolsables, por inversión o ejecución de gastos, debieran tener reglas claramente definidas, sistemáticas, que guarde un mismo orden, lo que coadyuvaría hasta para su fiscalización.
4. Actualmente, los ejecutores de los fideicomisos debe ser personal dependiente del Estado, lo que incrementa el pasivo laboral.
5. La Contraloría General de Cuentas indica que si no es empleado público no se puede accionar o sea imponer multas, lo que es cierto desde el punto de vista administrativo, pero sí se puede perseguir por la vía civil y penal.
6. La concesión de préstamos con fondos públicos (fuente nacional), encaja muy bien en el fideicomiso, tomando en cuenta la experiencia y cobertura de la banca, hay retorno de capital, pero debe tomarse en cuenta que los créditos están sujetos a las condiciones establecidas en un determinado reglamento, políticas, tipo de financiamiento que pudiera ser de alto riesgo, debido al tipo de actividad económica a financiar, así como la población meta (a quien va dirigido el financiamiento o crédito).
7. Si el crédito no está acompañado de una adecuada asistencia técnica, normas de salubridad, seguridad, estudio previo del mercado en el que se pretende colocar el producto o servicio, podría poner en riesgo el o los préstamos otorgados por intermedio de fideicomiso.
8. Debe visualizarse la sostenibilidad de los proyectos o programas a ejecutar.

9. Cuando el fideicomiso es de ejecución no reembolsable, debiera ser el fiduciario el que cotice, compre, contrate, de acuerdo a los requerimientos de la Unidad Ejecutora o quien tenga a cargo la misma, porque si sólo se le paga por captar el dinero y trasladarlo, no tendría objeto el crear fideicomisos.

El fiduciario puede conseguir mejores resultados en precio y producto, ya que entre otros, dispone de experiencia, cobertura nacional, dinero inmediato, pero para ello debe quedar establecido en el contrato del fideicomiso.

10. El Estado de Guatemala ya fija el pago por la recepción del dinero, en todo caso debiera ser por la prestación de algún servicio y no sólo la recepción del dinero, esto incrementa el costo de administración del fideicomiso.

No se pretende obtener un servicio gratis, pero si se contrata debe existir un equilibrio entre el costo y beneficio.

12. El objetivo del Estado no es el lucro, ya que su misión es el desarrollo de la población guatemalteca.

13. Con la cantidad de requisitos y reglas que se le impone a los fideicomisos, es como cualquier ente del Estado, excepto la recepción de los recursos financieros y su liquidación, el aplicar la ley de contrataciones del Estado, podría resultar engorroso.

14. El Fideicomiso debiera utilizarse sólo para la concesión de créditos, y la asistencia técnica, podría propiciarse la alianza con Universidades a través de un estipendio para los universitarios del último grado de la carrera.

15. Se considera que sí debiera existir una ley de fideicomisos estatales, pero eminentemente para la ejecución, porque como está regulado actualmente, en varias se incorpora disposiciones de fideicomisos, lo que denota desorden y hasta posibles hallazgos.

16. En la Ley Orgánica del Presupuesto-LOP, se regula la dotación de recursos financieros, la responsabilidad por la captación y ejecución de éstos, el uso de los sistemas, así como cumplir con los procedimientos para las compras y Contrataciones que se realicen.

17. Falta claridad en la definición del pago por servicios fiduciarios, en vista que se están reconociendo honorarios en una ley, cuando hay fideicomisos en los cuales no se paga honorarios por los servicios fiduciarios, según información brindada por la Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, según se indican a continuación:

- a. Fondo Extraordinario Específico de Reconstrucción -FEER-
- b. Formación de Recurso Humano
- c. Fideicomiso FOGUAVI G&T Continental
- d. Fideicomiso Municipalidad de Chinautla
- e. Fideicomiso para la Rehabilitación y Modernización de la Red Ferroviaria en Guatemala

Si existe una metodología debiera estar normada en un manual.

18. El Ministerio de Finanzas Públicas no informa de ninguna forma o medio, como se manejan y el funcionamiento de los fideicomisos del Estado.

19. El Ministerio de Finanzas Públicas controla los fideicomisos del Estado, basándose en varias leyes no teniendo una en específico.

20. Actualmente existen diferentes tipos de fideicomisos públicos por categoría de inversión, sector económico dependiendo de las necesidades de la sociedad se van dando, pero no hay un reglamento que los regula específicamente.

21. La Contraloría General de Cuentas, es un ente con facultades muy características como el de ser fiscalizadora, investigadora y llevar un control sobre los ingresos, egresos del Estado, pero es carente en el tema de fiscalización de fideicomisos, debido a que no regula específicamente sus facultades para este tipo de situaciones.

En ese sentido, sí el artículo 6 del decreto 57-2008 Ley de Acceso a la Información Pública, regula la obligación de proporcionar información de los fideicomisos públicos, que se solicite,

mayormente a la Contraloría General de Cuentas que es el ente fiscalizador de la hacienda pública.

23. A los fiduciarios no se les ha responsabilizado en las compras y contrataciones, por lo que no se le ha dado una pronta realización de los fideicomisos del Estado.

24. En los fideicomisos del Estado se han fijado los honorarios que solamente han beneficiado a los fiduciarios que están a cargo de estos fideicomisos, con altas cantidades a percibir por lo que no se lleva un control del mismo, la Contraloría General de Cuentas debería de controlar si se están llevando a cabo de la forma correcta el pago de los honorarios a percibir.

27. Se debería de definir de mejor manera y clasificar por grados cada programa, proyecto en los fideicomisos y detallarlos según los tipos o clases de inversión, para el mejor funcionamiento, así como la ayuda a las personas para que sean beneficiadas.

RECOMENDACIONES

1. La Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas, debiera elaborar un trifoliar para difundir cómo funcionan los fideicomisos.
2. Establecer una única ley que contenga todas las disposiciones de los fideicomisos estatales, específicamente la ejecución, toda vez que la estructura de éste está claramente definida en el Código de Comercio, Decreto 2-70.
3. Elaborar un reglamento que defina el tipo de fideicomisos por categoría de inversión o sector económico a financiar.
4. La Contraloría General de Cuentas debe de actualizar sus capacidades, que le permita determinar cómo funcionan los fideicomisos y establecer las acciones administrativas y legales a aplicar a las personas individuales o jurídicas, con o sin relación de dependencia.
5. Los honorarios fijados en las actuales normas de los fideicomisos deben ser objeto de revisión, en vista que ya se considera que esta disposición sólo beneficia a los fiduciarios.
6. La organización del Estado de Guatemala está conformada por diversos ministerios, entidades descentralizadas y autónomas, secretarías, instancias que por la burocratización de los procesos no les permite llevar a cabo programas o proyectos.
7. Definir una única nomenclatura, lo que permitirá la fácil fiscalización, el envío de la información por medio magnético (o sea en línea), para su integración de los diferentes fideicomisos del Estado, la generación de informes de forma eficiente y oportuna lo que coadyuvará a la transparencia de la información de los fideicomisos entre otros.

REFERENCIAS

Referencias Bibliográficas

ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho bancario. Ediciones Porrúa, 1983. México (3ra Edición).

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El Negocio jurídico, 2007** Guatemala, (2da Edición)

Acosta Romero, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Casa Editorial Urgel. 1963, España

Batiza, Rodolfo. *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*. Editorial Porrúa S.A. 1991, México. (2da Edición)

BOJALÍN, Julián. **Fideicomiso**. Ed. Porrúa, S.A. 1963. México (1ra Edición)

Ballbé Manuel, Marta Franch, Manual de Derecho Administrativo Cataluña, 2005. España.

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. México, Editorial Harla, 1980.

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

CALDERÓN, Hugo. **Derecho administrativo I**. Guatemala, 1999.

Calderón Morales, Hugo Haroldo. *Derecho Administrativo II*, Editorial Estudiantil Fénix 2005, Guatemala, Cuarta Edición.

Calderón Morales, Hugo Haroldo. *Derecho Procesal Administrativo*. Editorial Fénix. 2003. Guatemala.

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

Chiavenato, Idalberto. *Introducción a la teoría general de la administración*. McGraw-Hill Interamericana. 2004, Argentina, Séptima Edición.

Dávalos, Mario. *Aspectos Jurídicos del Fideicomiso*. Editorial Porrúa. 1998. México, Segunda Edición.

Drake López Ronald, Mary Ann Drake R. El Contrato de Fideicomiso y su Regulación. 2000, Costa Rica.

Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo Contratos*. México. Editorial Porrúa. 2000.

Funes, Julio. *Fideicomiso*. Editorial De Palma. 1996. Buenos Aires, Argentina. Segunda Edición.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Cuarta Edición. Fundación de Derecho Administrativo. 2000. Tomo I. Buenos Aires, Argentina.

Hitt Michael y otros. *Administración*. Editorial Pearson Educación. 2006, México, Novena Edición.

Koontz Harold y O'donnell Cyril. *Administración moderna*. Editorial McGraw-Hill.1997, México. Octava Edición.

Normativas

Nacional

Congreso de la República de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, reformada por Acuerdo Legislativo No.18-93 del 17 de noviembre de 1993.

Congreso de la República de Guatemala, del Código de Comercio, Decreto Número 2-70, fecha de promulgación: 9 de abril de 1970, fecha de entrada en vigencia: 1 enero de 1971.

Congreso de la República de Guatemala, Código Civil, Decreto Número 106, 14 de septiembre de 1,973.

Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número 57-92, fecha de promulgación: 21 de octubre de 1992 fecha de entrada en vigencia: 5 de noviembre de 1992.

Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto Número 101-97 fecha de promulgación: 1 de enero de 1998, fecha de entrada en vigencia: 16 de enero de 1998.

Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Ejecutivo, fecha de promulgación: 11 de diciembre de 2000, fecha de entrada en vigencia: 26 de diciembre de 2000.

Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89, 10 de enero de 1989.

Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 31-2002, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Fecha de promulgación: 17 de junio del 2002, fecha de entrada en vigencia: 02 de julio de 2002

Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 50-2016, “Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos mil Diecisiete”, 29 de noviembre de 2016.

Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 18-2002, “Ley de Supervisión Financiera”, 10 de mayo de 2002.

Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 57-2008, “Ley de Acceso a la Información Pública”, 22 de octubre de 2008.

Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 89-2002, Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos. Fecha de promulgación: 30 de enero de 1998, fecha de entrada en vigencia: 31 de enero de 2002.

Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, Acuerdo Gubernativo 26-2014, fecha de promulgación: 29 de enero de 2014, fecha de entrada en vigencia: 4 de febrero de 2014.

Ministro de Finanzas Públicas, Acuerdo Ministerial Número 25-2010 “A”, “Manual para la Administración de Fondos Públicos en Fideicomisos”, 27 de abril de 2010.

ANEXOS

A. MODELO DE ENTREVISTA

Realizo una investigación para elaborar mi tesis sobre el tema “Análisis de la Legislación de los Fideicomisos Públicos y la No Fiscalización por parte de la Contraloría General de Cuentas” contiene entrevista realizada, que nos permitirá conocer un punto de vista de la administración pública que tiene a cargo la ejecución de fideicomisos, para ello se elaboró un cuestionario y se agradece la colaboración brindada por el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, según se indica:

Para fines de estudio se apreciará brindar la información requerida en los numerales que a continuación se presentan:

1. ¿El artículo 33 Bis. Del Decreto 101-97 Ley Orgánica del Presupuesto, determina que los Fideicomisos solamente podrán ejecutar sus gastos de funcionamiento y proyectos mediante administración directa o por contrato. El Fideicomiso es un contrato mercantil, quiere decir que debe suscribir otros contratos para tal efecto?

2. ¿Se puede dejar de pagar honorarios por la cartera crediticia que se declare incobrable o irrecuperable aunque esté pactado en los contratos?.

3. ¿Cuándo el ente administrativo actúe como sujeto de derecho privado, se aplicarán las normas del derecho común Artículo 54 del Decreto 57-92 “Ley de Contrataciones del Estado”. Esto incluye a los Fideicomisos?

4. El Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas, contenido en el Acuerdo Gubernativo 26-2014 del 29 de enero de 2014, establece la Dirección de Fideicomisos, cuyas funciones se desarrollan en los artículos 87 al 89, cuya estructura organizacional define dos (2) subdirecciones así:

4.1 Subdirección de Operaciones, encargada de facilitar, supervisar, monitorear y evaluar la ejecución de los procesos de formulación de políticas.

Apreciaré brindar un documento actualizado que contenga la supervisión, monitoreo y evaluación de la ejecución de los procesos de formulación de políticas.

4.2 Subdirección de Análisis y Seguimiento, tiene a cargo facilitar supervisar, monitorear y evaluar la ejecución de los procesos de registro, administración y análisis de información de la ejecución física y financiera de los fideicomisos.

Agradeceré proporcionar informe actualizado que contenga la forma de facilitar la supervisión, monitoreo y evaluación de la ejecución de los procesos de registro, administración y análisis de información de la ejecución física y financiera de los fideicomisos.

De lo anterior si existe manual que contenga los procesos, por favor brindar copia del mismo.

5. ¿La Función de la Dirección de Fideicomisos, en proyectos se circunscribe sólo a proyectos de gobierno, es decir del Organismo Ejecutivo o Gobierno Central o también de las entidades descentralizadas y autónomas?

6. ¿Registrar los bienes que se adquieran con los fondos del fideicomiso en el Sistema de Contabilidad Integrada (Sicoin), de conformidad con lo programado en el presupuesto. Se refiere a bienes muebles y sólo éstos se registran o también los gastos incurridos e inversión realizada en proyectos de la administración central, o abarca descentralizadas y autónomas?

7. ¿Existe una programación anual con metas cuatrimestrales de los fideicomisos que permita establecer el avance físico y financiero de los programas y proyectos ejecutados a través de esta figura o mecanismo?

8. ¿Si hay proyectos inconclusos o en fase de ejecución, que por causas no previstas deben prolongar su ejecución, tales como fenómenos naturales, aun así no se puede ampliar el plazo según lo establece la Ley Anual del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado?

9. ¿Las unidades ejecutoras la conforman sólo empleados públicos, quién les paga los sueldos u honorarios?

10. ¿Según la Ley Anual del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, para el período que corresponda, determina que el fiduciario percibirá por la administración de fideicomisos no reembolsables sobre cada aporte efectivamente percibido por una sola vez; asimismo, los honorarios cuando la junta o comisión evalúe los honorarios que beneficie el Estado. Por favor podría aclarar, toda vez que podría entenderse que el Estado pagará un monto adicional al que ofertan los fiduciarios, es decir sobre aportes?

11. ¿La ley anual del presupuesto que corresponda, también establece que a los fideicomisos de asistencia crediticia, se negociarán y pagarán comisiones considerando el volumen, el tipo de garantía y los porcentajes de recuperación efectiva de cartera que efectúe el fiduciario. No se reconocerán honorarios al fiduciario por la cartera crediticia que se declare irrecuperable y si los fideicomisos son mixtos es decir de carácter no reembolsable y de asistencia crediticia o reembolsable, las comisiones se calcularán y pagarán aplicando una combinación de ambas. Lo que se podría inferir es que el Estado ha dispuesto dar comisiones al fiduciario por la recepción del dinero, independientemente de los honorarios que fije el fiduciario, lo que podría ser poco ventajoso para el Estado, por lo que agradeceré comentar al respecto?

12. ¿Existen fideicomisos vigentes sin que el Estado pague honorarios por ellos, de ser así por favor enumerar?

13. ¿La metodología para el pago de los fiduciarios que no tengan impacto en el detrimento del patrimonio fideicometido está normada?, de ser así, por favor proporcionar copia de la misma?

14. ¿Quién debe establecer el mecanismo de traslado al Estado de Guatemala de los activos fijos (bienes muebles e inmuebles con o sin construcción)?

15. ¿Indicar el procedimiento competitivo análogo, cuando el fideicomiso se modifique por la nueva fijación de la comisión por la administración de éste?

16. ¿Existe alguna propuesta de ley de Fideicomisos por parte del Ministerio de Finanzas Públicas?

17. ¿Han presentado al Ministerio de Finanzas Públicas, propuestas de ley de fideicomisos que me pudieran compartir?

18. ¿Por qué la Contraloría General de Cuentas difunde que le es difícil auditar los fideicomisos, esta disposición de fiscalización no queda contenida en los contratos de los fideicomisos?

19. ¿Qué tipo de contabilidad se lleva en los fideicomisos del Estado?

20. ¿Utilizan una única nomenclatura para la elaboración de los estados financieros de los fideicomisos?

21. ¿Existe sistema informático de fideicomisos que contenga la misma nomenclatura para efectos de descarga electrónica, que facilite la fiscalización y análisis de los fideicomisos?

22. ¿Por favor podría proporcionarme copia del fideicomiso de apoyo financiero para los productores del sector cafetalero de Guatemala: escritura pública constitutiva, modificatorias, decretos, acuerdos gubernativos, reglamentos?

23. ¿De existir manual o manuales de fideicomisos del Estado, apreciaré proporcionar los mismos.

24. ¿La literal h) del artículo 47 de la Ley Anual del Presupuesto General de Ingresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2016, favor comentar el contenido de la excepción: “Se exceptúan de esta obligación los aportes que por disposición legal se reciban del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado en calidad de transferencia.”?

25. ¿Cuántos fideicomisos vigentes se encuentran en el Estado de Guatemala, por favor separar por entidad central; y, descentralizadas y autónomas y brindar informe o reporte por actividad económica?

26. ¿Desde la perspectiva del Ministerio de Finanzas Públicas, existe limitación para que la Contraloría General de Cuentas pueda realizar auditorías a los Fideicomisos?

27. ¿Existe mecanismo para el traslado de los activos fijos, inmuebles y construcciones de los fideicomisos al Estado de Guatemala? De ser afirmativo, por favor brindar el mismo.

28. ¿Los fiduciarios están obligados a realizar auditorías externas anuales a los fideicomisos con cargo al patrimonio fideicometido, se lleva a cabo dicha práctica?

29. ¿Las modificaciones contractuales destinadas a modificar la remuneración al fiduciario, deberán efectuarse bajo los criterios establecidos en la literal e) del artículo 44 de la presente Ley; sin embargo, el artículo no tiene literales?

30. ¿Los créditos que se otorguen en los fideicomisos no pueden exceder el plazo del mismo, incluyendo sus prórrogas, es esto funcional? Toda vez que también hay diligencias para la recuperación de los créditos morosos.

31. ¿Artículo 50 de la Ley Anual del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, autoriza a los fiduciarios aplicar rebaja de intereses, cargos moratorios y otros cargo acumulados de los créditos otorgados, cuando los deudores cancelen la totalidad del capital vencido?

Esta disposición no resultaría contraproducente, toda vez que los deudores o sujetos de crédito que cumplen, podrían visualizar que es preferible pagar el capital vencido para que le exoneren hasta los intereses?

32. En el mismo artículo facultan a los fiduciarios para declarar irrecuperable la cartera crediticia, entre otros, por las causas siguientes:

- Saldos de capital de hasta Q10,000.00
- El deudor y/o coudedor se encuentren en situación de pobreza o pobreza extrema
- Los costos administrativos o judiciales superan el monto a recuperar
- El monto no puede ser cubierto en su totalidad con los bienes o derechos dejados en garantía u otros que hayan sido ubicados o identificados; la declaración de incobrabilidad será por el saldo del adeudo
- Préstamos que tengan más de 10 años de encontrarse en mora o vencidos;
- Las obligaciones que correspondan a deudores fallecidos, muerte presunta legalmente declarada, o en situación de privación de libertad
- Que exista proceso de concurso de acreedores o quiebra

- Recomendación en informes de auditorías externas o auditorías de los órganos del Estado

- Personas jurídicas extinguidas o disueltas, excepto casos de transformación o de fusión

Si no queda establecido en los contratos de los fideicomisos, o normativa aprobada, los fiduciarios quedan facultados para clasificar como irrecuperables los créditos concedidos, lo que acreditará por medio de dictámenes; los saldos de capital, intereses y otros cargos que hayan sido clasificados como irrecuperables, no serán susceptibles de pago o remuneración a los fiduciarios, por la recuperación de la cartera crediticia y deberán aplicar las cuentas contables correspondientes.

Los criterios establecidos en este numeral en dónde se desarrolla la clasificación de las personas en situación de pobreza o pobreza extrema, si la persona está privada de su libertad pero tiene capacidad económica, qué sucede en estos casos, personas jurídicas disueltas aunque también cuenten con solvencia económica, no se toma en cuenta el artículo 27 del Decreto Ley 106 “Código Civil”.

33. ¿El artículo 49 de la Ley que nos ocupa, determina que los fideicomisos de segundo grado se registrarán por lo que establecen las literales b) y e) del numeral 1 del artículo 39 de la presente Ley, pero el referido artículo no tiene numerales y literales, apreciaré indicar la base legal aplicable?

34. ¿Al cerrar operaciones por parte de un banco, tal es el caso del Banco del Café, Sociedad Anónima, los fideicomisos fueron trasladados a otros bancos, no afectando ninguno de sus bienes? Por favor comentar.

35. ¿Quién autoriza los reglamentos de los fideicomisos y su contenido?

ENTREVISTA CON POSIBLES EJECUTORES DE FIDEICOMISOS

1. ¿Qué tipo de fideicomisos tiene la entidad?

2. ¿Considera que la experiencia de fideicomisos es positiva y transparente?

2. ¿Qué beneficio brinda la figura del fideicomiso?

3. ¿Se elabora memoria anual de los logros obtenidos de los programas o proyectos ejecutados por medio de la figura del fideicomiso?

4. ¿La entidad cuenta con análisis sobre el costo respecto del beneficio que brinda el fideicomiso?

5. ¿Si no se utiliza el fideicomiso, hay opciones alternas?

6. ¿Los programas o proyectos que se ejecutan en fideicomiso se pueden ejecutar de forma directa?

7. ¿Por qué se ha optado por utilizar el fideicomiso?

8. ¿Qué opina de las críticas que se realizan a los fideicomisos?

B. CASO PRÁCTICO

El caso práctico tiene como objeto dar a conocer la forma de estructura de uno de los fideicomisos del Estado, en el cual se incluye las condiciones contractuales consideradas de relevantes.

“FIDEICOMISO APOYO FINANCIERO PARA LOS PRODUCTORES DEL SECTOR CAFETALERO GUATEMALTECO”

FAFPSCG

Escritura Pública 802 del 24 de octubre de 2001, ante la Escribano de Cámara y de Gobierno, los titulares del MFP y MAGA, ante la Escribano de Cámara y de Gobierno, los titulares del MFP y MAGA, actuando como Mandatarios Especiales con Representación del Estado de Guatemala, según mandato inscrito en el Registro Electrónico de Poderes del Archivo General de Protocolos del Organismo Judicial; y, el Representante Legal del Banco Fiduciario, personería que acredita con acta notarial de nombramiento autorizada ante notario e inscrita en el Registro Mercantil General de la República; con base en el Decreto 31-2001 del Congreso de la República se constituye el fideicomiso denominado:

“Fideicomiso Apoyo Financiero para los Productores del Sector Cafetalero Guatemalteco”, que se registrará por el Decreto 31-2001, el contrato del Fideicomiso, Reglamento del Comité Técnico y el Reglamento de Crédito y Operaciones del Fideicomiso que normen su ejecución, lo que estipula el código de Comercio; la literal a) del Artículo 6º. de la Ley del ISR y toda regulación que se relacione con el Fideicomiso.

Fideicomiso que fue modificado según disposición contenida en Acuerdo Gubernativo 198-2005 del 7 de junio de 2005, publicado en el Diario de CA el 13 de junio de 2005, se amplía el plazo del Fideicomiso a 15 años.

En el Decreto 12-2013 del 8 de octubre de 2013, publicado en el Diario de Centro América el 30 de octubre de 2013, se prorroga el plazo del Fideicomiso, mismo que vencerá el 23 de octubre de 2026.

En escritura pública 63 del 2 de mayo de 2014, ante los oficios de la Escribano de Cámara y de Gobierno se modifica el Fideicomiso, siendo pertinente mencionar como queda las disposiciones siguientes:

Elementos Personales

- a) El MAGA queda como único fideicomitente
- b) BANRURAL continúa como fiduciario
- c) Los Fideicomisario: Los micro, pequeños, medianos y grandes productores del sector cafetalero guatemalteco y el Estado de Guatemala

El patrimonio fideicometido en quetzales equivalente en US\$100,000,000.00 para los programas que se describen:

a) el Programa de Apoyo Financiero para los Micro y Pequeños Productores del Sector Cafetalero Guatemalteco por US\$40,000,000.00;

b) Programa de Apoyo Financiero para los Medianos y Grandes Productores del Sector Cafetalero Guatemalteco por US\$60,000,000.00. El Fideicomiso puede ser incrementado por donaciones, préstamos y otros fondos de instituciones, organismos internacionales, gobiernos, personas individuales o jurídicas particulares y disminuir los montos aprobados por el Comité Técnico para asistencia de carácter no reembolsable para brindar insumos para fortalecer la caficultura y los procesos productivos agrícolas a nivel nacional, siempre y cuando sea beneficio social, etc.

Destino de los fondos

I) Financiamiento reembolsable:

- a) Diversificación de cultivos
- b) Agroindustrialización
- c) Comercialización
- d) Reestructuración de deuda.

II. Financiamiento no reembolsable:

Insumos para fortalecer la caficultura y los procesos productivos agrícolas a nivel nacional, de acuerdo a las disposiciones que emita el Comité Técnico y acorde con las políticas sectoriales del MAGA.

Derechos y Obligaciones de las Partes

A. Derechos del Fideicomitente:

- a) Ejercer acciones tendentes a lograr el objetivo del fideicomiso de acuerdo con lo establecido en los Decretos 31-2001 y 12-2013 del Congreso de la República.
- b) Recibir del fiduciario los estados financieros, información y reportes del Fideicomiso.
- c) Revisar y auditar, las operaciones del Fideicomiso por medio de sus instituciones fiscalizadoras, firmas de contadores públicos y auditores que autorice el fideicomitente.
- d) Participar en la liquidación del fideicomiso
- e) Cualquier otro derecho que confiera el contrato y leyes aplicables

B. Obligaciones del Fideicomitente:

- a) Otorgar finiquito al fiduciario al término del Fideicomiso
- b) El Comité Técnico, Fideicomitente y Fiduciario, elaborarán los reglamentos y los aprobará
- c) Cooperar con el fiduciario, de ser el caso en la defensa del patrimonio fideicometido
- d) Participar conjuntamente con el fiduciario en las reuniones de seguimiento y evaluación de las operaciones del Fideicomiso

A. Derechos del Fiduciario

- a) Percibir las comisiones pactadas
- b) Participar en el Comité Técnico del Fideicomiso
- c) Ejercitar las facultades para el adecuado funcionamiento del fideicomiso
- d) Ejercitar acciones para la defensa y conservación del Patrimonio Fideicometido
- e) Otorgar los mandatos especiales para el funcionamiento y defensa del patrimonio del fideicomiso
- f) Elaborar conjuntamente con el Comité Técnico, el Reglamento de Crédito y Operaciones del Fideicomiso

g) Las demás que sean necesarias para el cumplimiento de los objetivos del fideicomiso, contemplados en el contrato del Fideicomiso o en las leyes que le sean aplicables.

B. Obligaciones del Fiduciario

a) Ejecutar acciones para la eficaz administración, seguridad, integridad, incremento y conservación del patrimonio fideicometido conforme sus fines.

b) Realizar los pagos de gastos que autorice el Comité Técnico, necesario para la administración del fideicomiso

c) Pagar con los productos del fideicomiso los impuestos, gastos y contribuciones que afecten al fideicomiso

d) En los primeros diez días hábiles del mes siguiente, los Estados Financieros al Fideicomitente con copia al Comité Técnico, así como información y reportes, que incluye el artículo 59 de la Ley Orgánica del Presupuesto.

e) Llevar cuenta detallada de la gestión y del patrimonio fideicometido, de forma separada de sus operaciones

f) Otorgar créditos a los beneficiarios del Fideicomiso, de acuerdo con el Reglamento de Crédito y Operaciones;

g) Ejercer control y supervisión sobre los préstamos otorgados, valuando anualmente o cuando lo considere oportuno la cartera crediticia, entre otros, realizar gestión de cobro en fases administrativa, extrajudicial y judicial.

h) Cumplir con las disposiciones que establezca el Comité Técnico, congruente con los objetivos del Fideicomiso dentro del marco legal.

i) Recibir las sumas de dinero que constituyen el patrimonio fideicometido

j) Aprobar de manera conjunta con el Comité Técnico y el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación, el Reglamento de Crédito y Operaciones del Fideicomiso

k) Defender el patrimonio fideicometido

l) Participar conjuntamente con el fideicomitente en las reuniones de seguimiento y evaluación de las operaciones, que incluye la evaluación de la cartera del fideicomiso

m) Las demás inherentes a la naturaleza de su encargo.

Plazo del Fideicomiso: 25 años, vencerá el 23 de octubre de 2026, sin perjuicio del tiempo que lleve su liquidación.

Tasa de Interés: Las tasas de interés activas de los créditos que se encuentren al día.

- a) Para los micro y pequeños productores del sector cafetalero, la tasa del 2% anual; y,
- b) Para los medianos y grandes productores del sector cafetalero, la tasa del 3% anual.

Las tasas se mantendrán vigentes hasta el vencimiento del plazo del Fideicomiso, siempre que los usuarios de los créditos se mantengan al día en el pago de capital e intereses.

c) Establecer para los créditos que tengan pagos de capital o intereses atrasados o los que caigan en mora, la tasa máxima de interés del 8.5% anual.

Comité Técnico del Fideicomiso CT

El Fideicomiso deberá tener un Comité Técnico conformado por:

- a) El Ministro de Agricultura, Ganadería y Alimentación
- b) El Ministro de Finanzas Públicas
- c) El Ministro de Economía
- d) El Ministro de Relaciones Exteriores
- e) El Presidente de la Junta Monetaria
- f) El Presidente de la Asociación Nacional del Café; y,
- g) El Gerente General del Banco Fiduciario

Cada uno de los representantes titulares ante este Comité Técnico, deberá contar con su respectivo suplente, quien asistirá únicamente en ausencia del titular; en el caso de los ministros el representante suplente será un viceministro.

El Comité Técnico será el órgano máximo de decisión y actuación del Fideicomiso de acuerdo a las normas aplicables. El Comité será presidido por el Ministro de MAGA y en su orden, en caso de ausencia del Ministro del MFP y así sucesivamente. El Fideicomiso se regulará por lo que establezcan las disposiciones contractuales.

El Comité Técnico informará en forma trimestral al Congreso de la República, sobre la ejecución del apoyo financiero otorgado a la caficultura, a través del Fideicomiso.

Comisiones del Fiduciario

- a) Por la administración del fideicomiso: una comisión de un cuarto del uno por ciento (1/4 de 1) sobre el capital efectivamente fideicometido que se destine al otorgamiento de préstamos
- b) Por el manejo de cartera: una comisión de los tres cuartos de un punto (3/4 de 1) de la tasa de interés efectivamente cobrada por los préstamos otorgados
- c) una comisión del dos por ciento (2%) sobre cada monto que se aporte efectivamente al patrimonio fideicometido por una sola vez y en la fecha que el fiduciario reciba o traslade los fondos que se destinen a financiar proyectos no reembolsables, los cuales constituirán un gasto para el fideicomiso. Las comisiones podrán ser revisadas anualmente entre el fideicomitente y fiduciario con la opinión previa del Comité Técnico.

De acuerdo con el artículo 4 del Decreto 12-2013 del Congreso de la República de Guatemala, el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación será responsable de supervisar el Fideicomiso y designar una unidad administrativa y financiera específica para ejecutar las acciones necesarias para el cumplimiento del Decreto.

Reglamentos del Fideicomiso

a) En Resolución No. CA-188-0-2001 del Consejo de Administración del Banco de Desarrollo Rural, Sociedad Anónima -BANRURAL-, resuelve ratificar el Reglamento de Crédito y Operaciones del “Fideicomiso Apoyo Financiero para los Productores del Sector Cafetalero Guatemalteco”, aprobado por el Comité Técnico del Fideicomiso, en sesión celebrada el 31 de octubre de 2001.

El Reglamento de Crédito y Operaciones del “Fideicomiso Apoyo Financiero para los Productores del Sector Cafetalero Guatemalteco”, contiene entre otros, lo que a continuación se indica:

- Moneda
- Destino
- Sujetos de crédito
- Condiciones para calificar a los sujetos de crédito en los programas del fideicomiso

- Requisitos de los sujetos de crédito, entre otros:

Personas Naturales:

i. Presentar el plan de inversión (micro y pequeños) o el estudio de factibilidad (medianos y grandes), según sea el caso, que contenga entre otros las actividades a financiar, En los proyectos que contemplen la construcción de obras de infraestructura, se deberá adjuntar además, el diseño, los planos, las especificaciones y los presupuestos de las obras a construir;

ii. Acreditar su condición de productor de café, mediante certificación de registro o constancia emitida por la Asociación Nacional del Café -ANACAFE- o en su defecto con certificación emitida por el Alcalde Municipal de la localidad. En este último caso ANACAFE queda liberada de responsabilidad. En dicha constancia se deberá indicar el volumen de producción y el área cultivada;

- Requisitos relacionados con las garantías fiduciarias y garantía hipotecaria y prendaria.
- Condiciones especiales para la concesión de créditos a las instituciones intermediarias

de servicios IISE´s

- Montos máximos a financiar
- Tasa de interés
- Recargos por mora
- Plazo
- Período de gracia
- Garantías
- Márgenes de garantía
- Aprobación, formalización y desembolsos de los préstamos
- Recuperación de capital
- Restricciones en concesión de préstamos
- Requisitos de los contratos
- Tratamiento de cartera
- Casos no previstos
- Modificaciones
- Vigencia

Reglamento del Comité Técnico del Fideicomiso “Fideicomiso Apoyo Financiero para los Productores del Sector Cafetalero Guatemalteco”, contiene lo siguiente:

1. Integración del Comité Técnico

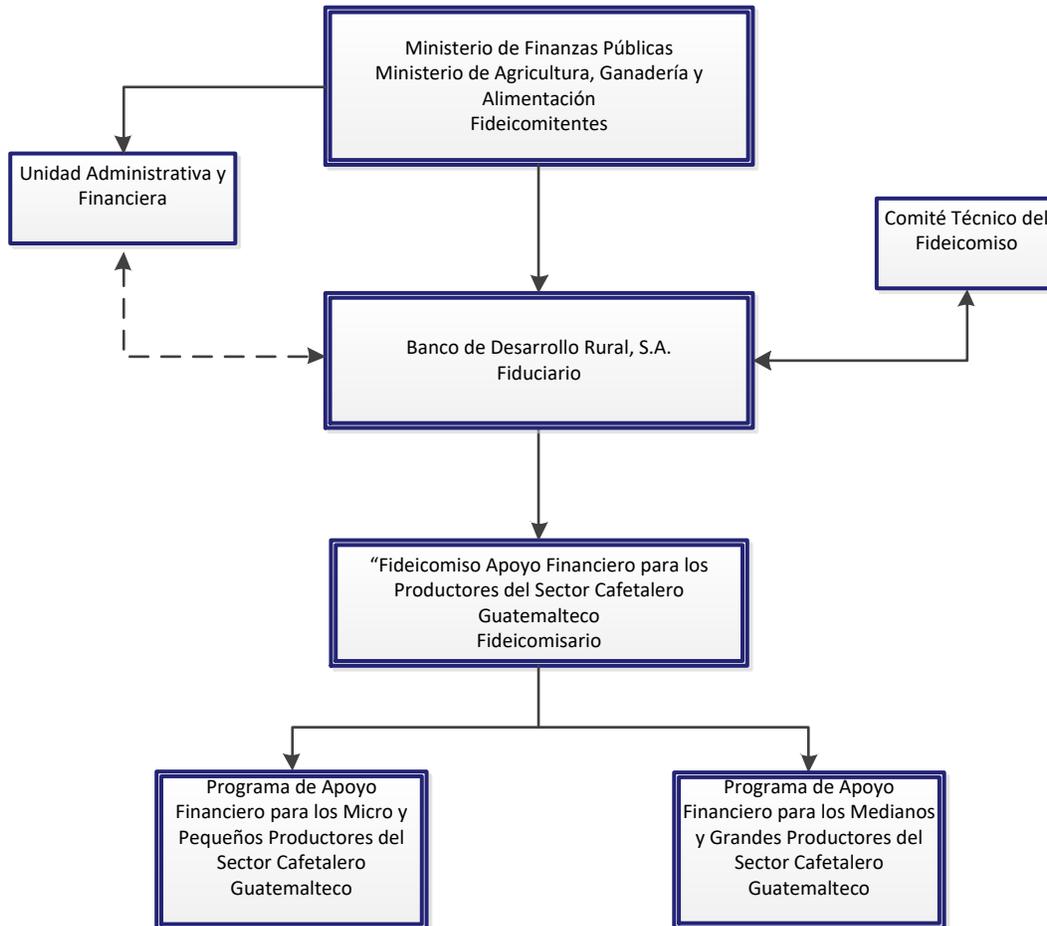
2. Funciones del Comité Técnico, entre las cuales se mencionan:

- Establecer y aprobar la política de crédito y sus modificaciones,
- Aprobar la transferencia de fondos entre los programas del Fideicomiso,
- Elaborar el informe de ejecución del Apoyo Financiero otorgado trimestralmente a la caficultura a través del Fideicomiso, al Congreso de la República de Guatemala,
- Proponer al fideicomitente las modificaciones a la escritura de constitución del Fideicomiso,
- Aprobar el Reglamento de crédito y Operaciones del Fideicomiso, previa consulta al Fideicomitente,
- Fijar la tasa de interés que el fiduciario ha de aplicar a los usuarios de crédito,
- Determinar y aprobar las entidades que puedan inspeccionar el Fideicomiso,
- Aprobar los créditos que el fiduciario le proponga como irrecuperables, puedan ser cubiertos con el fondo de reserva,
- Autorizar la utilización parcial del Fondo de Reserva para otorgar créditos o inversiones en BANGUAT,
- Resolver con el fiduciario los casos no previstos,
- Aprobar la utilización temporal del capital efectivamente fideicometido para cubrir gastos extraordinarios que se ocasionen,
- Aprobar la suscripción de contratos para la prestación de servicios,
- Evaluar y aprobar otros destinos que surjan de la aplicación del Decreto 31-2001, para la concesión de créditos,
- Opinar previamente a la revisión de las comisiones del fiduciario
- Aprobar, previo análisis del fiduciario, montos superiores a los fijados en el reglamento de crédito y operaciones del Fideicomiso,
- En general, todas las funciones derivadas del Reglamento y Contrato del Fideicomiso, en fiel cumplimiento y observancia de las restricciones que en ellos se establezcan.

3. Sesiones

4. Quórum
5. Lugar de Sesiones
6. Actas
7. Resoluciones
8. Responsabilidad de los Miembros
9. Modificaciones al Reglamento

ESQUEMA
FIDEICOMISO APOYO FINANCIERO PARA LOS PRODUCTORES DEL SECTOR
CAFETALERO GUATEMALTECO



OBSERVACIONES

En el esquema que se presenta, se observa la interrelación que se mantiene de acuerdo a las competencias pactadas en el contrato del Fideicomiso, cuyos normativos regulan, entre otros, el Fideicomitente Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación MAGA, entidad que establece una unidad administrativa y financiera, la que tiene como función los registros contables y presupuestarios del fideicomiso en el Sistema de Contabilidad Integrada SICOIN; para el efecto el MAGA presupuesta los recursos financieros para el Fideicomiso, en atención a

su objetivo y destino; el fiduciario debe rendir información de la ejecución, así como aquélla que le soliciten.

El Comité Técnico del Fideicomiso, conforme el objetivo y destino del Fideicomiso, congruente con las políticas del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación -MAGA-, aprueba los reglamentos que servirán para la concesión de créditos y operaciones del Fideicomiso, los que también deben ser aprobados por el fideicomitente y fiduciario, para el efecto el fiduciario, entre otros, otorga el financiamiento o créditos a los fideicomisarios del Fideicomiso, debido que éste ejecuta o lleva a cabo las resoluciones del Comité Técnico.

Se tomó en cuenta sólo los epígrafes que se consideran relevantes por cuestión de análisis; en las disposiciones que contiene los normativos del Fideicomiso Apoyo Financiero para los Productores del Sector Cafetalero Guatemalteco, el Comité Técnico está integrado por un grupo multidisciplinario, en vista que participa la Asociación Nacional del Café, así como las autoridades superiores del MAGA, instancias que deben estar compenetradas con el tema, y la participación del fiduciario, que son expertos en materia crediticia, pero debemos tomar en cuenta que los créditos se otorgan de acuerdo a las políticas del Estado de Guatemala, porque lo que se pretende es fortalecer el sector, en el caso que nos ocupa la caficultura.

El Fideicomiso está diseñado para otorgar financiamiento o crédito directo a los beneficiarios del Fideicomiso y por intermediación con las Instituciones Intermediarias de Servicios -IISe's, en este caso se incrementa el costo del financiamiento al beneficiario del crédito, en vista que la intermediaria debe sufragar los gastos que ocasione la intermediación, así como ganancia, utilidad o excedente que pretenda obtener.

El Fiduciario recibe más comisión sólo por la recepción del patrimonio que es el 2%, así como 2% cuando se otorgue financiamiento no reembolsable; en el caso del otorgamiento de créditos o préstamos el 0.25% y por la recuperación de la cartera o préstamos el 0.75%, lo que podría ser desventajoso para el Estado porque lo importante de fideicomiso de crédito es la

colocación y recuperación de los préstamos; en el caso de la comisión sólo por la recepción del patrimonio lo determinan las normas legales que rigen los fideicomisos del Estado⁵⁹.

Los fideicomisos de crédito encajan muy bien en la figura del fideicomiso, debido que el sistema bancario tiene cobertura nacional, puede contratar intermediarias para la concesión crediticia, aunque por la intermediación se encarece el préstamo, es una de las instituciones más sólidas a nivel nacional, si se extingue o liquida el banco o financiera, según la ley no debiera poner en riesgo el patrimonio fideicometido; después de la experiencia de préstamos de condiciones blandas proporcionados por el Estado, los sujetos de crédito del Fideicomiso podrían solicitar a la banca formal si mantienen un adecuado récord crediticio, lo que redundaría en el desarrollo del país, porque hay fuentes productivas, mejores perspectivas para la familia, un nivel de educación mayor, entre otros factores.

A continuación, se presenta la composición de la cartera crediticia del Fideicomiso, proporcionada por la Dirección de Cooperación, Proyectos y Fideicomisos del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación.

⁵⁹ Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal Dos Mil Dieciséis, año 2016, Guatemala, Ministerio de Finanzas Públicas, disposición que se emite de forma anual.

**FIDEICOMISO APOYO FINANCIERO PARA LOS PRODUCTORES DEL
SECTOR CAFETALERO GUATEMALTECO
RESUMEN DE INFORME ENVIADO AL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE
GUATEMALA SOBRE LA EJECUCIÓN AL 30-11-2015**

CONCEPTOS	TRIM-SEP-NOV- 2015		ACUMULADO AL 30-11-2015	
	No.	MONTO US\$	No.	MONTO US\$
Solicitudes recibidas	41	1,427,025.	7,8	118,756,21
		70	53	5.38
Solicitudes que cumplieron requisitos	41	1,427,025.	7,8	118,307,01
		70	29	8.77
Solicitudes incompletas	0	0.00	24	449,196.61

Solicitudes Distribuidas por destinos	41	1,427,025.	7,8	118,756,21
		70	53	5.38
Reestructuración de deuda	1	17,000.00	5,7	49,779,004.
			73	90
Diversificación de cultivos			829	9,004,132.8
				0
Capital de trabajo y mantenimiento	12	24,454.55	685	11,905,243.
				60
Comercialización			20	4,110,854.9
				3
Agro Industrialización			39	8,514,863.5
				3
Renovación de Cafetales	28	1,385,571.	507	35,442,115.
		15		62

Solicitudes por tamaño de productor	41	1,427,025.	7,8	118,756,21
		70	53	5.38
Micro y pequeños productores	20	81,249.43	5,8	11,375,123.
			54	34
Medianos productores	17	545,656.2	1,7	33,200,018.
		8	20	15
Grandes productores	4	800,119.9		41,166,304.
		9	172	04
Organizaciones de segundo piso			107	33,014,769.
				85

Situación de la Cartera			3,0	90,539,926.
			78	72
Vigentes			629	53,290,667.
				73
Vigentes en mora			435	26,181,218.
				36
Cobro por administración			1,8	6,839,324.1
			61	3
Cobro Judicial			153	4,228,716.5
				0

Fuente: Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación -MAGA-