

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD



**EL FIDEICOMISO MIXTO  
CON PATRIMONIO PÚBLICO-PRIVADO  
CON DESTINO INMOBILIARIO**

**LICENCIADA**

**GILMA ESPERANZA VALLADARES ORELLANA**

GUATEMALA, JULIO DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD

**EL FIDEICOMISO MIXTO CON PATRIMONIO PÚBLICO-PRIVADO  
CON DESTINO INMOBILIARIO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

**GILMA ESPERANZA VALLADARES ORELLANA**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD**

**(Magíster Scientiae)**

Guatemala, Julio de 2017

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

DECANO:	MSc. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO:	MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL:	Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr. Hugo Roberto Jáuregui
VOCAL:	MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar
VOCAL:	Dr. Carlos Waldemar Melini Salguero
SECRETARIO:	MSc. Oscar Estuardo Paiz Lemus

**RAZÓN:** “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

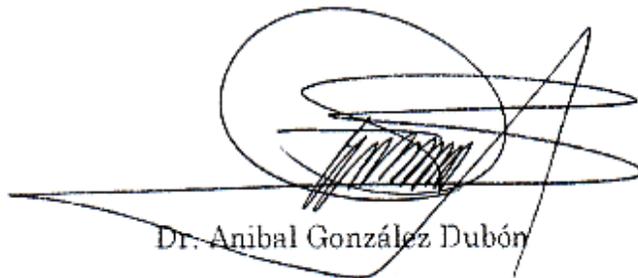
Guatemala, 24 de noviembre del año 2016

Dr. Ovidio David Parra Vela  
Director  
Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Parra Vela:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad de la Licenciada **GILMA ESPERANZA VALLADARES ORELLANA**, con número de carné 100007981, titulada ***“EL FIDEICOMISO MIXTO CON PATRIMONIO PÚBLICO-PRIVADO CON DESTINO INMOBILIARIO”***, y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente.



Dr. Anibal González Dubón

Guatemala, 22 de junio de 2017



Doctor Ovidio David Parra Vela  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria, zona 12.

Dr. Parra Vela:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**EL FIDEICOMISO MIXTO CON PATRIMONIO PÚBLICO-PRIVADO  
CON DESTINO INMOBILIARIO**

Esta tesis fue presentada por la licenciada **Gilma Esperanza Valladares Orellana** de la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad, de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas la corrección indicada, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,

Dra. Gladys Tobar  
Revisora

*Gladys Tobar Aguilera*  
Cédula 127,452

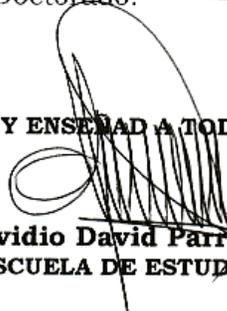
GTA/gta.

**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,** Guatemala, diez de julio del dos mil diecisiete.-----

En vista de que el Lic. Gilma Esperanza Valladares Orellana aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad**, lo cual consta en el acta número 6-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL FIDEICOMISO MIXTO CON PATRIMONIO PÚBLICO-PRIVADO CON DESTINO INMOBILIARIO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**



**Dr. Ovidio David Parra Vela**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>i</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>1</b>
1. El fideicomiso.....	1
1.1. Antecedentes históricos del fideicomiso.....	1
1.2. Distinción entre figuras jurídicas semejantes .....	10
1.3. Naturaleza jurídica del fideicomiso.....	12
1.4. Definiciones.....	15
1.5. Características .....	17
1.6. Elementos personales.....	20
1.7. El comité técnico .....	22
1.8. Elemento formal .....	24
1.9. Elemento real .....	26
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>31</b>
2. Clasificación de fideicomisos relacionados con el fideicomiso mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario .....	31
2.1. Fideicomiso expreso e implícito .....	31
2.2. Los fideicomisos que administran la ejecución de fondos públicos.....	32
2.3. Normativa del fideicomiso con fondos público .....	36
2.4. Fideicomiso de garantía.....	43
2.5. Fideicomiso de administración.....	51
2.6. Fideicomiso de inversión.....	53

CAPÍTULO III .....	59
3. Fideicomiso mixto (administración, garantía e inversión) con patrimonio público-privado con destino inmobiliario.....	59
3.1. Definición .....	59
3.2. Objeto del contrato.....	60
3.3. Exclusión del patrimonio fideicometido como garantía real de acreedores del fideicomitente y frutos del fideicomisario.....	63
3.4. Patrimonio con fondos públicos .....	64
3.5. El fiduciario y su participación dual .....	66
3.6. Inembargabilidad del patrimonio fideicometido .....	74
3.7. ¿Por qué por medio del fideicomiso?.....	76
3.8. Fines del fideicomiso mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario .....	79
3.9. Condiciones de la contratación .....	80
3.10. Préstamos garantizados con bienes raíces .....	83
3.11. Incumplimiento por parte del comprador/deudor.....	85
3.12. El Instituto De Fomento De Hipotecas Aseguradas (F.H.A.).....	86
 CAPÍTULO IV .....	 89
4. Ejecución extrajudicial por incumplimiento de las obligaciones .....	89
4.1. Régimen especial de ejecución de hipoteca .....	89
4.2. Procedimiento de ejecución extrajudicial .....	91
 CAPÍTULO V .....	 97
5. Incidencia tributaria.....	97
5.1. Principios doctrinarios .....	97
5.2. Fundamento constitucional .....	102

5.3. Normativa ordinaria en materia tributaria .....	104
5.4. Derecho comparado.....	108
CAPÍTULO VI .....	117
6.1. Política nacional de vivienda y asentamientos humanos en Guatemala	117
6.2. Propuesta del fideicomiso mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario .....	120
6.3. Elementos del contrato .....	125
CAPÍTULO VII .....	135
7. Causas de extinción del fideicomiso mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario.....	135
7.1. Por la realización de sus fines.....	135
7.2. Imposibilidad absoluta de realizarse .....	136
7.3. Expiración del plazo o haber transcurrido el máximo .....	136
7.4. Por disolución de la entidad fiduciaria .....	137
Conclusión.....	139
Referencias .....	141
Anexo .....	145

## INTRODUCCIÓN

Dentro de la estructura y organización del Estado, la Constitución Política de la República de Guatemala establece el Registro General de la Propiedad; institución pública que, de conformidad con lo establecido en Código Civil, tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles específicos.

Para cumplir eficientemente con sus atribuciones, el Registro General de la Propiedad no puede omitir la calificación de cada uno de los documentos que le son presentados para su registro, ya que doctrinal y legalmente es un proceso obligatorio y necesario, para garantizar la seguridad jurídica, como un bien tutelado por el Estado.

La inquietud de realizar la investigación que tuvo como resultado la presente tesis, surgió de observar, en la práctica registral, cierto descontento entre los notarios que presentan documentos al Registro General de la Propiedad para su inscripción. Los notarios afirman que dicho Registro, so pretexto de brindar seguridad jurídica, se extralimita en su función calificadora, haciéndoles requerimientos que no están legalmente regulados y reglamentados; que, además de menoscabar la fe pública notarial, afectan su dignidad.

El fenómeno observado se traduce en un problema de carácter científico, que puede expresarse por medio de las dudas y preguntas que surgen en relación con la verdadera función del Registro General de la Propiedad, específicamente en cuanto al procedimiento de calificación registral; así como en relación con la función fedataria de los notarios, quienes con su firma autorizan los instrumentos públicos que constituyen los títulos formales que son objeto de inscripción por dicho Registro, y en cuanto al reconocimiento y respeto de su dignidad como profesionales del Derecho.

En ese sentido, para definir el problema, se formularon las siguientes preguntas:

¿Se extralimita el Registro General de la Propiedad, en el proceso de calificación registral, al requerir la presencia de los notarios autorizantes de los instrumentos públicos que constituyen los títulos formales inscribibles, con el objeto de que reconozcan y ratifiquen el contenido y las firmas en dichos documentos?

¿Cuál es la forma correcta en que el Registro General de la Propiedad debe llevar a cabo el proceso de calificación Registral?

¿En qué forma se ve afectada la función notarial, por la citación que hace el Registro General de la Propiedad, a los notarios, para ratificar el contenido y las firmas de los instrumentos públicos presentados para su Registro?

Con base en las preguntas anteriores y con el fin de dar una respuesta preliminar a las mismas, se formuló desde un inicio, la hipótesis siguiente:

**“El Registro General de la Propiedad en el proceso de calificación registral, al requerir la presencia de los notarios autorizantes de los instrumentos públicos para que ratifiquen el contenido y la firma de los mismos, se extralimita en su función calificadora, violando el principio de presunción de autenticidad de los documentos presentados para su registro, menoscabando la fe pública notarial y atentando contra la dignidad de los notarios”.**

Con el objetivo de contribuir a la solución del problema, se abordó su estudio, combinando en la investigación aspectos teóricos y prácticos, para determinar el ámbito de las funciones tanto de los notarios como del Registro General de la Propiedad, para obtener elementos objetivos suficientes para definir y explicar el procedimiento de calificación registral que realiza el Registro General de la Propiedad; establecer cuáles son los límites de dicha calificación; y enriquecer la teoría existente sobre Derecho Notarial y Registral, necesaria para formar criterio y encausar la actividad registral y notarial dentro de un marco de legalidad, para brindar seguridad jurídica, dentro y fuera del Registro.

La hipótesis quedó comprobada, al concluir el proceso de investigación en el cual se llegó a establecer los límites y alcances de la calificación registral y las implicaciones de algunas medidas tomadas por la Dirección de Seguridad Registral del Registro General de la Propiedad, que se comentan en el presente trabajo de tesis.

La presente tesis, contiene siete capítulos, ordenados en la forma siguiente: **CAPÍTULO I:** La seguridad jurídica; **CAPÍTULO II:** La fe pública notarial; **CAPÍTULO III:** Registro de la Propiedad; **CAPÍTULO IV:** Calificación registral; **CAPÍTULO V:** Actos que afectan la fe pública notarial y registral; **CAPÍTULO VI.** Medidas de control adoptadas por el Registro General de la Propiedad; y **CAPÍTULO VII.** Apreciaciones finales.

Con la investigación realizada, el investigador pretende además de contribuir a la solución del problema planteado, hacer un aporte teórico a la comunidad jurídica conformada por estudiantes y profesionales del Derecho, especialmente a quienes se inclinen por el estudio del Derecho Registral, que es una rama de actualidad y constante evolución, con su propia historia y particularidades, que bien merece la pena conocer, para acompañar el desarrollo social y económico con el cual se traduce el conocimiento científico en tanto acción, como lo aprendí en las aulas universitarias.

# CAPÍTULO I

## 1. El fideicomiso

### 1.1. Antecedentes históricos del fideicomiso

#### 1.1.1. Derecho romano:

“La palabra Fideicomiso deriva del vocablo latino *Fideicomissum*, cuyas raíces son: *fides* que significa “fe” y *comissium*, participio pasivo de *comitto* que significa “confiar”, mismo que, a su vez, se descompone en los vocablos *cum* que quiere decir “con” y *mito* que es “enviar”, lo que podríamos interpretar como: *enviar algo con alguien de confianza.*”<sup>1</sup>

Los antecedentes del fideicomiso se remontan al imperio romano, en el cual existían dos figuras contractuales: *La Fiducia* y *la Fideicommissum*.

*La Fiducia*, por medio del *Pactum Fiduciae*, consistía en la transferencia de los bienes de una persona a otra, a efecto de que se encargara de realizar gestiones específicas y, posteriormente, devolver los bienes recibidos al original propietario. Considerado como un pacto entre vivos, en el que el beneficiario se comprometía a transmitir los bienes a las personas que fueron designadas por el otorgante.

Esta se sub-dividía en *Fiducia cum creditore* y *Fiducia cum amico*.

La primera, es el antecedente del *Fideicomiso de Garantía*, puesto que el deudor transfería sus bienes en propiedad del acreedor, quien los conservaba durante el plazo de la obligación, debiendo devolver al propietario al estar saldado el adeudo, una vez cumplida la obligación, y si por el contrario, había incumplimiento de pago por parte del deudor, el acreedor tenía el derecho de conservar la propiedad como propia, una especie de lo que hoy conocemos como adjudicación en pago.

---

<sup>1</sup> A. Sánchez Vega. *La Estrategia Fiscal mediante contratos de Fideicomiso*. 2ª Edición. México: Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2012. Pág. 113.

Originalmente el deudor, en caso de incumplimiento, perdía todos los abonos que hubiera efectuado y también la propiedad, situación que hoy día ocurre ante el incumplimiento de obligaciones garantizadas con hipoteca; posteriormente, esta figura cambió, permitiendo al deudor recuperar los abonos entregados, a efecto de que el acreedor únicamente recupere con la propiedad el saldo pendiente de pago.

Esta última modalidad es la que pretendemos promover con este trabajo de investigación, al advertir que las personas que desean invertir en la compra de su primera vivienda tienen, primeramente y con gran dificultad, que agenciarse de recursos por medio del ahorro, de lo cual nuestra sociedad no tiene fincada tal virtud, como un aspecto cultural guatemalteco; sin embargo, cuando logra reunir el valor del enganche o primer pago, debe además someterse a un riguroso procedimiento de calificación bancaria al que muy pocos tienen acceso, y habiendo recibido el crédito existe el riesgo de su imposibilidad de cumplir puntualmente con dos de las cuotas pactadas, es decir, incumplir la obligación, que tendrá como consecuencia que la garantía hipotecaria sea ejecutada, perdiendo todo lo que invirtió en el proceso de remate del bien inmueble; mientras que por medio de la institución del fideicomiso, este puede recuperar parte de esa inversión, una vez esté cubierta la obligación pendiente de pago a favor acreedor.

*La Fiducia cum creditore* en realidad constituyó la garantía al acreedor del pago de la deuda, mediante la entrega de la propiedad con la promesa de restituirla al hacerse el pago. Esta institución, del Derecho Romano, constituye hoy, en la actualidad guatemalteca, una lamentable práctica en la negociación de mutuos con garantía hipotecaria, simulados mediante contratos de compraventa y promesas de ventas, lo que deriva en la reclamación judicial de su nulidad, negocios contrario a las normas jurídicas prohibitivas del derecho civil (artículo 1791 último párrafo), al señalar que queda prohibido el pacto de retroventa, y más reprochable el advertir la asesoría notarial en la formalización de tal aberración jurídica.

La segunda modalidad, *Fiducia cum amico* es el antecedente del *fideicomiso* como lo conocemos hoy en día, puesto que el propietario trasladaba la propiedad de sus bienes a otra persona, para que ésta los administrara, se aprovechara de sus frutos e incluso podría disponer de los mismos, con el compromiso de devolverlos al propietario cuando

este regresada de viaje. Da al fiduciario la custodia o administración de los bienes, y frente a terceros es considerado el propietario del bien, dejando oculta la convención que limita sus atribuciones. Los bienes son transferidos registralmente como propiedad del Fideicomiso.

“En lo fundamental, la figura del *Fideicommissum* consistía en que una persona transfería a otra, por vía de testamento, uno o más bienes con el objeto de que ésta, figurando externamente como propietario, los empleara en beneficio de otra u otras terceras a las cuales más adelante, si ello era posible debían serle transmitidos los bienes.”<sup>2</sup>

Consistía, entonces, en la disposición del testador, dejando encargado a un heredero legítimo, para que sus bienes fueran entregados a su sucesor, siendo que este último no reunía las calidades necesarias para heredar. Como era de esperarse, el encargado/heredero incumplía la función designada, en perjuicio de la voluntad del testador y del sucesor designado. Su fin primordial era sustituir al testamento, de manera que el disponente, encargaba a otra persona (fiduciario) la transmisión de una parte (un bien determinado) o toda su herencia a una tercera persona (fideicomisario).

### **1.1.2. Derecho anglosajón:**

Conocido como “*Trust*”, surge de la voluntad contractual, mediante la cual una persona transmite a otra sus bienes, para que esta los maneje, en beneficio de otra persona.

Consistía en la transmisión de bienes, derechos y acciones, mediante acto entre vivos, o través de la institución testamentaria, para fines determinados convenidos por las partes, en beneficio de otra persona (beneficiario).

“En su obra sobre Contratos, Sir Frederick Pollock estima que el *trust*, en su origen, es una forma de contrato, pero admite que las complejas relaciones incorporadas en aquél no pueden reducirse convenientemente a los elementos *contractuales ordinarios*, justificándose así el método seguido por los autores ingleses en tratar al *Trust* como

---

<sup>2</sup> D. U. Ramírez Gaitán. *El Fideicomiso*. Guatemala: Litografía MR. 2015. Pág. 16.

integrando una rama jurídica separada. Por ejemplo: solo puede exigirse su cumplimiento por la persona en cuyo beneficio fue otorgado, sin que pueda reclamarse o renunciarse por quien lo creó, a menos que también sea *beneficiario*; en un contrato, por regla general, es susceptible de exigirse o renunciarse por quienes fueron parte en el mismo; en consecuencia, una vez constituido el *Trust* de manera definitiva, es el equivalente a una donación de derecho estricto y no deja en su creador, derecho alguno a exigirlo. Esta característica fue difícil de entender por juristas extranjeros, evidenciándose en los tribunales franceses, para quienes se consideraba un mandato revocable otorgado por el *Settlor* (*fideicomitente*), cuando en realidad la verdadera situación es distinta, el *Trustee* (fiduciario), más bien, es el mandatario de los beneficiarios, sin ligarle obligación alguna con el *Settlor*, de hecho en la doctrina inglesa se le reconoce como un donante, los beneficiarios son los donatarios y el *Trustee* una especie de mandatario de éstos últimos. El mandatario se encuentra en una relación fiduciaria frente al mandante, del mismo modo en que el *Trustee* lo está hacia los beneficiarios del *trust*; pero encontramos discrepancias notorias: el mandatario actúa para el mandante, en su representación y sujeto a su control, en tanto que el *trustee* no está sujeto al control del beneficiario; por más que tenga la obligación de administrar el patrimonio en su provecho y que pueda, incluso, ser constreñido a ello; el mandatario carece de título sobre los bienes del mandante, aun cuando pueda estar facultado para enajenar, en contraste con la situación del *trustee*, quien tiene el título legal de los bienes en *trust*; las obligaciones legales impuestas a los propietarios de bienes recaen en el mandante, no en el mandatario, mismas que se imponen al *trustee*, no al beneficiario; la relación contractual en el mandato termina a voluntad de las partes o por la muerte de cualquiera de ellas; en el *trust* por el contrario, no se extingue por voluntad del *Settlor*, del beneficiario o del *trustee*, ni por la muerte de cualquier de ellos, a menos que así lo disponga el instrumento respectivo. Bogert encontró diferencias esenciales determinantes entre el *Trust* y el Contrato, y son básicas: ***privity, consideration y status***. El principio *Privity*, sostiene que si una persona demanda el cumplimiento de un contrato, debe haber sido parte en la relación; sin embargo, en el *Trust* el beneficiario pudo no haber intervenido en el acto o ni siquiera tener conocimiento de su existencia (testamentario), tal circunstancia para nada afecta su derecho de exigir el cumplimiento; y debido a que en el *common law* no

reconoce acción alguna al beneficiario para reclamar dicha prestación, acentúa la distinción práctica entre contrato y *Trust* a beneficio de tercero. La noción de **consideration** del Derecho Inglés puede asimilarse en lo fundamental al concepto de causa, elaborado por la doctrina francesa sobre los antecedentes del derecho romano; fue aceptada pero más tarde abandonada, por lo que para la existencia y exigibilidad del *Trust* no es necesaria; lo que no ocurre con el contrato, en el que para nacer y ser exigible sí requiere la causa. Y finalmente, el *Trust* es una relación tutelada por el orden jurídico con independencia de la voluntad de las partes, que fija su naturaleza y contenido, así como sus efectos, y por ello se distingue de la relación contractual, que incorpora en sí el contenido y los efectos estipulados por las partes contratantes. La relación que liga al *Trustee* y los beneficiarios, es materia de status, no de contrato, ya que la ley deja al *Trustee* en libertad de aceptar o no el cargo, pero una vez aceptado este, sus obligaciones están legalmente preestablecidas sin que puedan modificarse por él o por el beneficiario.”<sup>3</sup>

Las diferencias entre el *Trust* y el Fideicomiso, es que el segundo por su naturaleza jurídica de contrato, puede exigirse su cumplimiento por todas las partes intervinientes; el fiduciario actúa con algunos matices de mandatario del fideicomitente, ya que desde la constitución del fideicomiso el fideicomitente define los fines y objetivos que debe perseguir el fiduciario cuya realización va encaminada a favor de los fideicomisarios, por lo que el fiduciario tendrá un marco normativo de acción propia y bajo su responsabilidad, dando cumplimiento a las instrucciones recibidas del fideicomitente, sin poderlas modificar de manera unilateral, el plazo de su función concluirá al estar cumplidos los fines para los que fue creado o por el transcurso del plazo convenido, aunque tiene la posibilidad por causa justificada pueda renunciar la encomienda y sea autorizada por juez competente.

No obstante, las notables críticas de Bogert, y consideradas por Rodolfo Batiza, veremos adelante como para el Derecho Latinoamericano el *Trust* constituyó el precedente, con

---

<sup>3</sup> R. Batiza. *El fideicomiso*. México, D.F.: Editorial B. Costa-Amic Mesones, 2014. Págs. 58 al 62

matices propios que se han decantado por medio del estudio doctrinario y la legislación en América Latina.

### 1.1.3. Derecho latinoamericano

“Ignacio E. Copete, citado por el doctor Sergio Rodríguez Azuero, en su obra Contratos Bancarios, su significación en América Latina, ha sostenido que la figura que en las actuales instituciones jurídicas se conoce como *Trust* en el Derecho Anglosajón y en nuestros sistemas como *Fideicomiso* o fiducia mercantil, no se inspira precisamente en los negocios de confianza del derecho romano, que como ya se indicó, no fueron recogidos por el derecho francés, sino más bien, tiene sus antecedentes en el derecho inglés...”<sup>4</sup> (lo subrayado es propio)

Este análisis realizado por el maestro Rodríguez Azuero merece nuestra particular atención, siendo que el *Fideicomissum*, del Derecho Romano se sustentaba en la confianza de las personas, para dar cumplimiento a los encargos que el titular no podía ejercitar personalmente, no existe antecedente de alguna remuneración o lucro. Para el caso guatemalteco, establecemos que la figura jurídica no fue considerada en el Código Civil decreto 1932, que entró en vigencia el treinta de junio de 1933, únicamente se hace referencia en el artículo 845 así:

“Es prohibido testar por fideicomiso; pero el testador podrá encomendar a un tercero la distribución de herencias o legados que deje para personas u objetos determinados.”

Fue considerada con rango constitucional, en la Constitución Política de 1945, y en su momento se reguló en la parte conducente del artículo 28:

“Todos pueden disponer libremente de sus bienes, siempre que al hacerlo no contravengan la ley. (...) Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término

---

<sup>4</sup> D. U. Ramírez Gaitán. *El Fideicomiso*. Guatemala: Talleres Litografía MR. 2015. Pág. 18.

no exceda de veinticinco años; en todo caso deberán ser ejercidos por un Banco o institución de crédito **facultados para hacer negocios** en la República. Esta autorización no se extiende en manera alguna a congregaciones religiosas o monásticas, ni a sacerdotes o ministros de cualquier culto o religión. El plazo podrá ampliarse únicamente cuando se trate de garantizar a enfermos incurables o a incapaces.”<sup>5</sup>

La Asamblea Nacional Constituyente de 1956 al promulgar la Constitución, estableció en la parte conducente del artículo 49 así:

“(…) Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo plazo no exceda de veinticinco años, y se administrarán por un banco o institución de crédito **facultado para hacer negocios** en la República. El plazo podrá ampliarse únicamente para garantizar a enfermos incurables o incapaces, o para sostenimiento de instituciones de beneficio social reconocidas por el Estado.”<sup>6</sup>

Es evidente, que desde su inclusión en la regulación nacional se contempló una dualidad en su naturaleza jurídica: *Social y Mercantil*.

“El creciente contacto entre hombres de negocios y profesionales del derecho de los Estados Unidos y de México, hizo interesar a estos últimos en los aspectos técnicos del *trust*, hasta entonces prácticamente ignorado fuera de las fronteras de los países anglosajones. Los operadores americanos tendían a emplear la herramienta jurídica que les era familiar; sin embargo, encontraron un obstáculo insalvable, ya que el *Trust* exige para existir y ser comprendido el sistema de doble propiedad, concepto inaceptable para el derecho civil en el que uno de los atributos del dominio, es la exclusividad. Se trata entonces de una figura jurídica nueva inspirada en el *trust*, pero cuyas características esenciales le son necesariamente ajenas. Fue hasta 1924 en Lima, en una convención sobre negocios bancarios, que un distinguido jurista panameño Ricardo Alfaro, quien había redactado el reglamento de una institución original, basada en el mandato, y que trataba en lo posible de seguir los lineamientos generales del *Trust*, fue presentado y

---

<sup>5</sup> Lo resaltado es propio.

<sup>6</sup> Lo resaltado es propio.

debatido en la Tercera Conferencia Científica Panamericana, el trabajo fue elogiado y encontró buena acogida en los medios jurídicos y bancarios.”<sup>7</sup>

Es este el antecedente más próximo en la historia jurídica latinoamericana, por medio del debate de ideas y pensamiento científico jurídico, fue presentado el Reglamento que pretendía regular y desarrollar la institución jurídica del fideicomiso, por supuesto tuvo gran acogida en la estructura financiera bancaria la que era indispensable para alcanzar sus objetivos, inspirado en el tráfico mercantil, en el que sus principios doctrinarios como la verdad sabida y buena fe guardada, le hacían establecerse apropiadamente.

“Este constituye el antecedente inmediato a la legislación mexicana. Fuera de América no se conoce el fideicomiso latinoamericano, su carácter *sui generis*, ya que se trata del ejercicio simultáneo de diferentes derechos de propiedad sobre un mismo bien, lo que implica la coexistencia de dos regímenes jurídicos, dualidad que permite conciliar los derechos del fiduciario, fideicomitente y fideicomisario, siendo un negocio de fiducia, una fiducia legal, *intuitu personae*, con la afectación de un patrimonio, el que también es considerado un atributo de la personalidad, y al que el derecho moderno ve solo como un conjunto de bienes relacionados con un fin. Tal afectación a un destino común es lo que causa la cohesión entre los bienes que conforman el patrimonio especial con prescindencia de la persona de su titular o aún de la existencia misma de un titular. Este conjunto de bienes está destinado a cumplir determinados propósitos, denominados genéricamente *patrimonios de afectación*.”<sup>8</sup>

“En la Constitución Política de 1945, se introduce por primera vez en el sistema jurídico guatemalteco, en su artículo 28 la institución del Fideicomiso, el cual su constitución se formalizaría ante Notario, como una institución financiera y tendría la responsabilidad de

---

<sup>7</sup> El término “fideicomiso” se debe a Alfaro, e hizo camino en autores y legisladores. Lo utilizó por primera vez en el opúsculo *El fideicomiso, Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en los países latinos una institución nueva semejante al trust del derecho inglés*. Publicado en Panamá en 1920. Citado por Pedro Mario Giraldi. Ricardo Alfaro, jurista panameño, es considerado fundador de la doctrina latinoamericana del fideicomiso.

<sup>8</sup> P. M. Giraldi. *Fideicomiso*. Argentina, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998. Págs. 11 y 13.

la administración del patrimonio y su distribución al fideicomisario, en un plazo no mayor de veinticinco años”<sup>9</sup>

“Todos pueden disponer libremente de sus bienes, siempre que al hacerlo no contravengan la ley. (...) Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco años; en todo caso deberán ser ejercidos por un Banco o institución de crédito **facultados para hacer negocios** en la República. Esta autorización no se extiende en manera alguna a congregaciones religiosas o monásticas, ni a sacerdotes o ministros de cualquier culto o religión. El plazo podrá ampliarse únicamente cuando se trate de garantizar a enfermos incurables o a incapaces.”<sup>10</sup>

Como podemos observar, aún en nuestros días, más de medio siglo después de su promulgación, el contrato se formaliza ante el notario, es considerada una institución jurídica financiera, el fiduciario efectivamente administra el patrimonio y no puede constituirse por un plazo mayor a veinticinco años, en este último aspecto, para los efectos de este trabajo, se propone la posibilidad de que el deudor cuya obligación supere el plazo de vigencia del fideicomiso, pueda ser trasladado a otro fideicomiso inmobiliario bajo las mismas condiciones, siendo que al estar regulado como un fideicomiso con patrimonio público-privado, las reglas generales de contratación son las mismas, independientemente de la institución fiduciaria que lo administre.

La Constitución de 1956 lo consideró en su artículo 49, como ya quedó transcrito y la Constitución de 1985 lo remitió a las leyes ordinarias, contenida en el Código de Comercio, decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en los artículos 766 al 793, y en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, se consideró al Fideicomiso de Inversión.

“Es oportuno señalar que la función principal del fiduciario es dar cumplimiento al encargo establecido como actos de la administración, estando obligado a hacer todo aquello que contribuya a la realización del propósito o fin del fideicomiso, encontrándose excluido de cualquier beneficio, ya que no ejerce la titularidad como dueño ni como mandatario, es

---

<sup>9</sup> J. G. Guerra González. *Fideicomiso como una alternativa de inversión*. Guatemala: Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Tesis, septiembre 2001.

<sup>10</sup> Lo resaltado es propio.

una prohibición que quien tenga a su cargo el ejercicio de los actos tendientes al cumplimiento del fideicomiso sea extraño a los beneficios previstos, lo que constituye un rasgo esencial y definitorio del mismo”.<sup>11</sup>

## 1.2. Distinción entre figuras jurídicas semejantes

**Como un contrato:** El contrato solo puede exigirse su cumplimiento por la persona en cuyo beneficio fue otorgado, por medio de la legitimación para pedir coerciblemente la ejecución de lo pactado; asimismo, solo podrá renunciar a los derechos únicamente quien ha sido parte contractual. “En el *trust*, -del Derecho Inglés- el creador no puede reservarse derecho alguno para exigir el cumplimiento, ya que en la doctrina inglesa, el *Settlor* lo ha considerado como un donante, dejando con exclusividad a los donatarios (beneficiarios) el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones delegadas al *Trustee*, quien es una especie de mandatario de estos últimos.”<sup>12</sup> En el caso del fideicomiso, es considerado un contrato o negocio jurídico, en el que las partes contratantes y los beneficiarios (aún los no determinados pero sí determinables), tienen legitimación para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la negociación, bajo las modalidades siguientes: Fideicomiso de Administración; Fideicomiso de Garantía; Fideicomiso de Inversión.

**Como un depósito:** Al depositario se le confía únicamente la guarda material del bien; mientras que en el *Trust* además de ostentar la posesión tiene la titularidad, con facultades más amplias, incluso el poderlos transferir en propiedad. El fideicomiso se constituye más que en un depositario, en el titular de los derechos de propiedad del bien que debe ser destinado con exclusividad a cumplir los fines del fideicomiso, debiendo entregar conforme las condiciones pactadas el resultado de su gestión a los beneficiarios, a quienes eventualmente puede transferirse la propiedad al finalizar el plazo o los fines del mismo.

---

<sup>11</sup> P. M. Giraldi. *Fideicomiso*. Ob. Cit. Págs. 20 y 21.

<sup>12</sup> R. Batiza. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 62.

**Como un mutuo:** El mutuo constituye una obligación personal, en el que aún las pérdidas pecuniarias o patrimoniales del deudor no afectan la obligación contractual; y si fuere una garantía real el acreedor encuentra garantizado en ésta el cumplimiento de la obligación; mientras que en “*Trust* el beneficiario conserva su derecho sobre el bien, salvo en casos de pérdida o destrucción sin culpa del Trustee.”<sup>13</sup> En el **Fideicomiso Inmobiliario** subyace, entre otros negocios jurídicos, la administración del mutuo, teniendo claro que el fiduciario no será a su vez el acreedor, no pudiendo actuar como inversionista en forma directa, por prohibición legal, pero si pudiendo hacerlo en su calidad de agente financiero respecto de la inversión realizada por terceros; esencialmente en el fideicomiso el fiduciario es el intermediario que con base en su experiencia garantizará la gestión financiera en la operación contractual inmobiliaria.

**Como un albaceazgo:** “Se designa en ocasiones al albacea como *Trustee*, quien en el sentido lato del término lo es, pues los bienes del *de cuius* le son transmitidos, con la obligación de administrarlos en beneficio de otra persona, existe una naturaleza fiduciaria, de carácter transitorio y limitadas a la distribución del caudal hereditario. Sus funciones: tomar posesión de los bienes del *de cuius* (depositario); administrarlo con facultades de liquidar sus deudas, cumplir los legados, y distribuir la masa hereditaria entre los herederos; sin embargo, de los bienes no adquiere la titularidad de los mismos, como ocurre con el *Trust*.”<sup>14</sup>

**Como un acto de dominio:** “Conforme al Derecho angloamericano, la facultad del *Trustee* para enajenar dependerá, en primer lugar, de lo que el *Settlor* haya establecido al respecto. Si dispuso que los bienes se conserven “en especie”, carecerá el *trustee* de la facultad de enajenarlos; pero el juez podrá otorgársela en algunas situaciones, sobre todo en vista de la tendencia reciente a la ampliación de su esfera. A falta de la facultad expresa de enajenar, la inferencia era en el sentido de que el *trustee* no disponía de ella; pero, de todos modos, se toman en cuenta factores tales como los términos del trust, sus propósitos y la naturaleza de los bienes que constituyen su patrimonio. Si el *trustee* tiene

---

<sup>13</sup> *Ibidem*. Pág. 63.

<sup>14</sup> *Ibidem*. Pág. 67.

la facultad de enajenar, podrá ejercitarla aun contra la opinión de los beneficiarios, pero sucede en ocasiones que su ejercicio esté subordinado al consentimiento del alguno o de todos ellos. Al enajenar bienes, lo mismo que en aspectos de su administración, tiene obligación el *trustee* de emplear pericia y cuidado razonables, ya que, si el patrimonio sufriera pérdidas por sus actos u omisiones culpables, como la venta a un precio muy inferior de su valor real, deberá indemnizar. Se sostiene por lo general que es indebido que concierte ventas a crédito; y se acepta que reciba parte del precio y una garantía real por el saldo, lo que equivale a recibir el precio íntegro en efectivo e invertir parte en un préstamo hipotecario, situación por lo común permitida.”<sup>15</sup> El fideicomiso se ejerce como un acto de dominio; sin embargo, está limitado al cumplimiento de los fines específicos para los que fue destinado, para lo cual se consideró previamente su experiencia, capacidad, infraestructura y conocimiento en el desarrollo y la ejecución de proyectos inmobiliarios. El Fideicomiso con destino Inmobiliario que se propone, está enfocado en cubrir la necesidad de vivienda de los habitantes de la República de Guatemala, a fin de que puedan optar por medio del financiamiento, en condiciones a largo plazo e interés blando, que les permita adquirir su primera vivienda digna con una real posibilidad de cumplir las obligaciones contraídas de manera prioritaria.

### 1.3. Naturaleza jurídica del fideicomiso

**Mandato irrevocable:** “A esta teoría se la ha criticado en nuestro continente, en el mandato no hay una transmisión real de bienes y que la transmisión real de bienes entre el mandante y mandatario, sería una compraventa;... también se le ha criticado por la aparente inconsistencia entre la irrevocabilidad y el mandato como contrato de naturaleza revocable.”<sup>16</sup>

En consecuencia, el Fideicomiso no tiene su naturaleza jurídica en el contrato de mandato, con elementos objetivos distintos, al considerar que el fiduciario actúa bajo su

---

<sup>15</sup> R. Batiza. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Págs. 257 y 258.

<sup>16</sup> D. U. Ramirez Gaitan. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 31.

propia responsabilidad, debiendo dar cumplimiento a los fines y objetivos del fideicomiso determinados por las partes contratantes, y que redundarán en favor de los fideicomisarios.

**Declaración de voluntad:** “Es una tesis sostenida por el maestro mexicano Cervantes Ahumada, quien sostiene que, “invariablemente, el fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad, en virtud de que existe la posibilidad de que se pueda constituir por testamento o por acto intervivos, a lo que es lo mismo, afirma que solo es indispensable la participación de una voluntad en su perfección...”<sup>17</sup> Para la contratación y ejecución del negocio jurídico requiere la aceptación del compromiso por parte del Fiduciario; es decir, se requiere del animus fiducia y la causa *fiduciae*. Aun cuando nazca de la declaración de última voluntad, el fideicomiso requerirá para su formalización la comparecencia de la institución fiduciaria, quien debe aceptar el cumplimiento de las condiciones impuestas por el testador, si este así las ha indicado de manera específica, o bien, regularlas por medio de reglamentos o directrices operativas para alcanzar los fines señalados por el testador.

**Unidad del negocio:** “Hablamos en primer lugar, de un negocio, porque a pesar de estar formado de dos relaciones distintas, una de carácter real por la cual se transmite un bien o un derecho al fiduciario, y la otra de carácter obligatorio, consistente, precisamente, en la obligación que asume el fiduciario a afectar los bienes o derechos a una finalidad y de retransmitirlos posteriormente, se trata de una figura unitaria en la que ambas relaciones son inseparables, son parte de un todo y no constituyen por sí mismos contratos independientes.”<sup>18</sup> La doctrina considera que el Fideicomiso es el medio operativo y financiero por medio del cual pueden desarrollarse diversos negocios jurídicos mercantiles, los que siempre conservarán el carácter unitario de la contratación dentro del fideicomiso.

**Patrimonio afectación:** La posibilidad de que exista un patrimonio sin dueño o, si se prefiere, la posibilidad de que un patrimonio tenga personalidad, constituye uno de los

---

<sup>17</sup> Ibídem. Pág. 35.

<sup>18</sup> J. Barrera Graf. *Estudios de Derecho Mercantil, Derecho Bancario, Derecho Industrial*. México: Ed. Porrúa. 1958. Pág. 318.

temas más controvertidos por la doctrina. “Marcos Satanowsky recuerda que fue Endemann quien primero enunció en 1875 en forma clara y sistemática la doctrina de la personalidad jurídica de la empresa: La hacienda comercial tiene una función propia que no depende del arbitrio de su principal. Es la empresa –no quien la organizó- quien inspira confianza a la clientela y merece el crédito de bancos y proveedores. Crece, se desarrolla y muere como consecuencia de sus propias vicisitudes y por lo tanto debe reconocérsele capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.”<sup>19</sup> El contrato de fideicomiso constituye la normativa legal que permite que el patrimonio aportado pueda ser destinado a fines específicos y plenamente determinados en su constitución; no puede considerarse parte del patrimonio del fiduciario, ya que el derecho titular que ostenta el fiduciario está limitado al cumplimiento de las condiciones de su administración.

La teoría de Endemann fue severamente criticada y llama mi atención, el planteamiento de Carlos J. Zavala Rodríguez, quien hace el postulado siguiente: “la aplicación en el derecho privado de la teoría de la institución, que desconoce la persona y la convierte en simple engranaje del Estado, un evidente retroceso de los derechos humanos.”<sup>20</sup>

Se trata, en consecuencia, de bienes que en razón del propósito al que están destinados engendran su propia personalidad, como una excepción al principio que en derecho no se concibe una situación o relación jurídica sin sujeto, y que este debe corresponder a un sustrato humano. Sin embargo, Endemann en su postulado no deja de tener razón, siendo que es un atributo de la empresa mercantil su **fama comercial**, el respaldo y garantía que la **marca** le da a la sociedad respecto a los productos que comercializa, sin tener relevancia para ese efecto, quien sea el titular de la misma. No obstante, el contrato de fideicomiso si bien es cierto, cumple con las condiciones para las cuales ha sido destinado el patrimonio, y cuenta con el respaldo de una administración del patrimonio por expertos, no debemos olvidar que siempre en la relación jurídica existe *la persona del beneficiario* (individual o jurídica), que será la que durante la administración y al

---

<sup>19</sup> Citado por P. M. Giraldi. *Tratado de derecho comercial*. Bs. As. Tomo II, 1857. Pág. 35.

<sup>20</sup> C. J. Zavala Rodríguez. *Código de Comercio y Leyes complementarias*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1959. Pág. 61.

finalizar el plazo recibirá en definitiva el derecho primigenio de la propiedad, así como los frutos de un administración exitosa.

**Contrato. Negocio jurídico:** La institución jurídica del fideicomiso se encuentra regulado en los artículos 766 al 793 del Código de Comercio guatemalteco, decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. Considerado un contrato real, sinalagmático, solemne, de tracto sucesivo, oneroso y conmutativo.

#### 1.4. Definiciones

Doctrinariamente, se han considerado las siguientes:

- “Negocio jurídico consistente en la afectación de un patrimonio a un propósito determinado en beneficio de alguien y en el encargo a un sujeto ajeno a la finalidad de realizar los actos tendientes a su cumplimiento.”<sup>21</sup>
- “Organización para la realización de determinados fines reconocida como sujeto de derecho y que no consiste en una unión de personas.”<sup>22</sup>
- “La constitución de una masa de bienes destinados de manera autónoma a un fin, bienes circunscritos en su propio ámbito como una *universitas* y destinados directamente, mediante su propia organización, al cumplimiento del fin que justifica la personalidad jurídica.”<sup>23</sup>
- “Es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite llamado fiduciante en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.”<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> P. M. Giraldi. *Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 21.

<sup>22</sup> E. Busso. *Código Civil anotado*. Tomo I. Buenos Aires: 1944. Pág. 288.

<sup>23</sup> Persone Giuridiche. Ernesto Eula, Milano 1939 página 58, citado por Pedro Mario Giraldi

<sup>24</sup> Texto aprobado en la III Conferencia Científica Panamericana (Lima 1924).

- “Aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad se le transfiere a título de confianza para que el cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido. Disposición testamentaria por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella, a la fe de uno para que, en caso o tiempo determinado, las transmita a otro sujeto, o lo invierta del modo que se le señale.”<sup>25</sup>
- “Entendemos por negocio fiduciario aquel en virtud del cual una persona transmite a otra, ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitente.”<sup>26</sup>

Para Mario Giraldi, esta última definición encierra una *contradictio in adjecto*. Es conceptualmente imposible que se produzca la traslación de dominio y que simultáneamente el enajenante confiera mandato al adquirente para administrar el bien transferido.

No puede considerarse al fiduciario propietario, por las razones siguientes:

- a) El fiduciario puede ser removido, lo que es inconciliable con la calidad de titular de un derecho real.** Sin embargo, ante esta crítica hacemos la reflexión al indicar que la calidad de titular de un derecho real eventualmente puede perderse, sin desnaturalizar el contenido intrínseco del derecho de propiedad, tal es el caso de la revocación de la donación de bien inmueble, que dadas los supuestos de ley, el donante puede atraer nuevamente a su patrimonio los derechos de propiedad que previamente había trasladado a su donatario, siempre y cuando tal derecho se ejercite cuando este último aun sea el titular.
- b) El derecho del fiduciario sobre los bienes no cesa por incapacidad o por fallecimiento.** “El no incluir los bienes afectados al fideicomiso constituye una excepción

---

<sup>25</sup> Diccionario Enciclopédico Abreviado. 2ª. Edición, Tomo II. Argentina, Buenos Aires: Espasa-Calpe Argentina, S.A., 1945.

<sup>26</sup> J. Barrera Graf. *Estudios de Derecho Mercantil, Derecho Bancario, Derecho Industrial*. México: Editorial Porrúa, S.A., 1958. Pág. 317

que choca con los principios generales de la sucesión hereditaria.”<sup>27</sup> Para el caso particular de Guatemala, la muerte del fideicomitente en nada afecta la situación patrimonial de los bienes aportados al fideicomiso en tanto su plazo se encuentre vigente; debiendo establecerse al momento de la constitución del fideicomiso el destino de éstos, al vencimiento del plazo, los cuales pueden ser trasladados a favor de los fideicomisarios o los herederos de éstos, por derecho de representación, según las condiciones pactadas.

### 1.5. Características

Se destacan en el contrato de fideicomiso, las características siguientes:

**Oneroso:** El fiduciario recibe una retribución por el desempeño de sus funciones. Para el caso que nos ocupa, el fiduciario responsable del fideicomiso con destino inmobiliario será siempre oneroso, por su naturaleza jurídica mercantil tanto en la persona del fiduciario –banco/financiera- como de los negocios jurídicos que le subyace. La implementación de complejos habitacionales requiere de la participación comercial de diversos proveedores, constructores, promotores y desarrolladores, todos en una participación con fines de lucro; por lo que la figura del Fideicomiso nos permite favorecer la interacción comercial con algunas exenciones tributarias y bajo parámetros de demanda y oferta que hagan más accesible al beneficiario obtener precios de mercado en masa, que haciendo una negociación individual.

**Ejecución de tracto sucesivo:** El Fideicomiso con destino inmobiliario conlleva procesos de ejecución de diversa índole, a concretizarse por el transcurso del tiempo y en cada una de sus etapas, por la búsqueda del cumplimiento de los fines o afectación del patrimonio, de modo, tiempo y forma convenidos. Es decir, el fideicomiso estipulará los mecanismos de desarrollo y ejecución, bajo la dirección del fiduciario de todos los

---

<sup>27</sup> Persone Giuridiche. Ernesto Eula, Milano. 1939, página. 58, citado por Pedro Mario Giraldi

procesos (técnicos-financieros-jurídicos) que sean necesarios, desde la solicitud inicial de incorporación como fideicomisario adherente hasta la escrituración definitiva de cada unidad habitacional. “La mayoría de ocasiones en el fideicomiso de garantía, el fideicomisario en primer lugar, es el acreedor a favor de quien se garantizan las obligaciones y el fideicomisario en segundo lugar es el fideicomitente deudor de dichas obligaciones.”<sup>28</sup>

**Típico:** Es un negocio típico regulado en el Código de Comercio de Guatemala, cuya adaptabilidad permite desarrollar diversas modalidades de ejecución o destinos, como el que nos ocupa.

**Patrimonio privado o público:** Los fideicomisos se conforman a base de patrimonios, por un lado encontramos que en la esfera privada se aportan para fines y beneficios exclusivamente privados; y por el otro, los denominados fideicomisos con fondos públicos cuya característica esencial es que el patrimonio está conformado con fondos o bienes del Estado, y en consecuencia, sus fines y beneficios tendrán destinatarios públicos, entiéndase comunidades, asociaciones de productores, sectores vulnerables, o el propio Estado, que en todo caso resultará ser beneficiado indirecto al satisfacerse las necesidades sociales por medio de este mecanismo financiero que contribuirá a cumplir sus propios fines públicos para el desarrollo humano (educación, salud, trabajo, vivienda, etc.).

El fideicomiso con destino inmobiliario que se propone en esta investigación, podría realizarse bajo la regulación normativa existente, y garantizando el principio de legalidad de la administración pública, por medio de la aprobación de los Acuerdos Gubernativos que autorizan la constitución del fideicomiso y la aportación de fondos o bienes del Estado, y en los que pueden realizarse operaciones de financiamiento privado y público, contándose con la **Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica**, decreto 16-2010 del Congreso de la República de Guatemala, enfocada al desarrollo de **infraestructura productiva**; lo que confirma la viabilidad del objetivo de esta investigación, como lo es acreditar la necesidad de regulación especializada, ya que el

---

<sup>28</sup> S. Vargas García; E. González Peredo; F. Martínez García de León. *Fideicomiso de Garantía, Planeación, Implementación y Ejecución*. México: Editorial Porrúa. 2014. Pág. 65.

fideicomiso con destino inmobiliario será el medio legal financiero para invertir y ejecutar en otros negocios jurídicos mercantiles que le subyacen, destinados a la construcción de vivienda, es decir infraestructura social.

## 1.6. Elementos personales

**Fideicomitente:** Es quien ostenta la capacidad legal para enajenar sus bienes. De tal manera que aporta o transfiere el patrimonio al fiduciario, lo que podría convenirse de manera irrevocable. El Estado de Guatemala, por medio del Congreso de la República de Guatemala, aprueba el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado autorizando la colocación o inversión del patrimonio o los fondos públicos en la modalidad de fideicomiso para el desarrollo de los fines propuestos. A su vez, la calidad de fideicomitente puede ser como fundador o como adherente.

**Fideicomitente fundador:** Se les considera a quienes comparecen en el acto de constitución del fideicomiso, por lo que transfieren lo que constituirá patrimonio fundacional en el contrato mercantil. Se considera que el Estado de Guatemala participaría como fideicomitente fundador al aportar dinero o bienes inmuebles al fideicomiso con destino inmobiliario. En el caso concreto del patrimonio público, es requisito formal *sine qua non* la previa aprobación por el Congreso de la República de Guatemala de la asignación presupuestaria específica para la inversión de los fondos públicos por medio del fideicomiso con destino inmobiliario, y además la autorización en consejo de ministros del Acuerdo Gubernativo de creación, condiciones y asignación financiera. Recordando, como se indicó en la introducción de este trabajo, que por disposición constitucional, el Estado cuando fuere necesario, actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados.

**Fideicomitente adherente:** Se les considera a quienes, habiéndose ya constituido el fideicomiso, por medio de la suscripción de la modificación al contrato, deciden aportar el patrimonio; una condición que se encuentra expresamente pactada en el contrato mercantil; siendo una participación también prevista en el Acuerdo Gubernativo de creación, en el que se determinarán las condiciones requeridas para ser admitido dentro del fideicomiso como tal.

**Fiduciario:** Podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país, y las instituciones de crédito, que hayan sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria de Guatemala. El fideicomitente designará la institución a la cual encomienda la función de Fiduciario. El artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, faculta a los bancos del sistema a prestar los servicios actuando como fiduciario. Por lo que es necesario que por disposición legal el Estado de Guatemala esté facultado para designar como fiduciario a la institución financiera, que mejor garantice la ejecución del mismo, y mientras eso no acontezca, se propone que tal función sea ejercida por el Banco de Guatemala.

**Fideicomisario:** Quien debe tener capacidad legal para adquirir el provecho del fideicomiso, puede ser cualquier persona, que tenga capacidad para adquirir derechos; no siendo necesario la designación individualizada en el contrato, siempre que se establezcan normas o reglas para su posterior determinación; no requiere necesariamente su intervención en la constitución y será a partir de su *aceptación* en el que se vinculará al fideicomiso, (artículo 769 Código de Comercio) la aceptación puede ser expresa en cuanto a los beneficios que les correspondan, y dada la naturaleza de solemnidad del contrato original, esta aceptación conforme al artículo 1578 del Código Civil debe documentarse en Escritura Pública, además de considerar que se suscribirá el contrato de mutuo la constitución de garantía en el fideicomiso, lo que también requiere su formalización en Escritura Pública, conforme al artículo 7941 del Código de Comercio.

“En el fideicomiso reglamentado en nuestra legislación no se requiere siempre la presencia de un beneficiario, ni tampoco que este sea una persona distinta al fideicomitente; porque, en efecto, pueden darse las situaciones siguientes:

- a) Que no haya un beneficiario del fideicomiso, por ejemplo, cuando en él se pacta que los bienes o derechos que forman su objeto están destinados o afectados a una finalidad de beneficencia, cultural, etcétera.
- b) Cuando los beneficios del fideicomiso se establecen a favor del propio fideicomitente.

c) Cuando el fideicomiso es testamentario, en cuyo caso el legatario o heredero que se nombraren no serían técnicamente ni beneficiarios ni terceros.”<sup>29</sup>

Los fideicomisarios pueden designarse en orden de prioridad o preferencia a los efectos de recibir los beneficios de la operación financiera del fideicomiso, en este sentido existen fideicomisarios en primer lugar; en segundo lugar; en tercer lugar, etcétera; lo que será determinado según las calidades y preferencias de acreedores o derechos contemplados en su ejecución.

### 1.7. El comité técnico

“Es prácticamente un órgano de gobierno o de administración del fideicomiso; y como tal, puede participar directamente en la conducción del mismo, no como titular del patrimonio fideicometido, sino como un órgano investido de facultades de dictamen y acuerdo sobre la forma en que se ha de conseguir el fin del fideicomiso. La creación, integración, operación y extinción del Comité Técnico puede establecerse desde el momento de la constitución del fideicomiso, o al otorgar prórrogas, ampliaciones o modificaciones del contrato; ... Las decisiones del Comité Técnico, tienen incidencia directa en la ejecución del fideicomiso, pues el fiduciario actuará conforme las directrices que de él reciba. Dada la importancia de las decisiones del Comité Técnico, es preciso que para la toma de dichas decisiones, su actividad esté convenientemente reglamentada”<sup>30</sup>

En relación con la definición anterior, considero al Comité Técnico como un órgano **asesor y de apoyo técnico** hacia el fiduciario en la administración del fideicomiso, ya que el único responsable de la dirección y administración del fideicomiso es exclusivamente el fiduciario; por lo que podrá atender las directrices del Comité Técnico en cuanto sean convenientes y coherentes para alcanzar los fines del fideicomiso. Es un órgano colegiado, designados desde el acto constitutivo, por nombre específico o bien, determinando los requisitos y el procedimiento para su integración o conformación;

---

<sup>29</sup> J. Barrera Graf. *Estudio de Derecho Mercantil, Derecho Bancario, Derecho Industrial*. México: Editorial Porrúa, S.A. 1958. Págs. 356 y 357.

<sup>30</sup> D. U. Ramírez Gaitán. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Págs. 56 y 57.

regulando las ausencias temporales o definitivas de sus miembros; y preferentemente debe recaer en personas de reconocida trayectoria, con experiencia técnica o profesional relacionada con los fines que el fideicomiso debe alcanzar. Sus funciones deben estar reguladas por medio de un reglamento que establecerá las facultades, límites y responsabilidades del Comité Técnico, y contendrá los procedimientos para dar respuesta a las solicitudes tanto del fideicomitente como de los fideicomisarios; a ese fin dictaminará lo que considere más conveniente para la efectiva operatividad del fideicomiso. El fiduciario es quien finalmente tomará las decisiones respecto de los planteamientos, con el apoyo de los dictámenes que se le presenten. Tienen particular relevancia su participación, en aquellos planteamientos o eventos que no se encuentren taxativamente contemplados en el fideicomiso, por lo que se harán las propuestas técnicas para dar respuesta o solución a los mismos.

El **Comité Técnico del Fideicomiso con destino inmobiliario**, deberá comprender, entre otras, las funciones siguientes:

- “Conocer y aprobar, en su caso, los planos, proyectos y demás documentación técnica del programa habitacional, que le presente el fiduciario.
- Conocer y aprobar, en su caso, los presupuestos de obra y los presupuestos de gastos relacionados con los fines del fideicomiso que le presente el fiduciario.
- Establecer las bases conforme a las cuales deben celebrarse los concursos relativos a las obras del programa de que se trate.
- Conocer y aprobar, las condiciones conforme a las cuales deban contratarse los créditos para la realización de las obras del programa correspondiente.
- Conocer y aprobar, en su caso, los contratos de supervisión técnica que deba celebrar el fiduciario en cumplimiento de sus funciones.
- Establecer las condiciones de venta de las viviendas.”<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> S. Vargas García; E. González Peredo; F. Martínez García de León. *Fideicomiso de Garantía, Planeación, Implementación y Ejecución*. Ob. Cit. Pág. 91.

Para su operatividad, se ha considerado la conformación por un cuerpo colegiado, a quien se le responsabiliza de la supervisión de la actividad administrativa y financiera encomendada al fiduciario. A este Comité Técnico, también se le faculta para tomar las decisiones respecto de los hechos, circunstancias y acontecimientos cuya resolución no haya sido prevista o contenida en el Contrato de Fideicomiso. Para los efectos del fideicomiso para la ejecución de fondos públicos, debe estar integrado por representantes del sector público directamente relacionadas con los fines y objetivos del fideicomiso.

### **1.8. Elemento formal**

El fideicomiso debe constar en Escritura Pública; puede convenirse su constitución por medio de contrato o instituirse por testamento. Además, contempla la legislación, que los jueces de Primera Instancia del Ramo Civil, a solicitud de parte y con opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación, podrán constituirlo en los casos que por ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes. Puede ser constituido por acto entre vivos o tener origen en una disposición de última voluntad. Entre sus características encontramos que es un contrato típico, bilateral, oneroso, consensual, formal, de ejecución continuada, mercantil o civil (según la naturaleza del objeto o de la gestión encomendada)

Para los efectos del fideicomiso con patrimonio Público, como ya quedo anotado es requisito formal *sine qua non* la previa aprobación por el Congreso de la República de Guatemala de la asignación presupuestaria específica para la inversión de los fondos públicos por medio del fideicomiso con destino inmobiliario, y además la autorización en consejo de ministros del Acuerdo Gubernativo de creación, términos y condiciones, y la asignación financiera para su ejecución.

El contrato debe contener: a) La individualización del fideicomisario o beneficiario, por medio de la designación de la persona individual o jurídica, o bien los datos que permitan su individualización en el futuro; b) La individualización de los bienes inmuebles (titularidad, gravámenes, desmembraciones, ocupaciones, etc.), o bien la descripción de

los requisitos y características que deberán reunir los bienes inmuebles que se incorporen en el futuro; por medio de las aportaciones que de ellos hagan los fideicomitentes adherentes, para el cumplimiento de los fines del fideicomiso; c) Duración, es decir el vencimiento del plazo previsto en el acto constitutivo, cuyo máximo considerado en nuestra legislación (artículo 787 Código de Comercio) es de veinticinco años; teniendo como excepción que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, en los demás casos es imposible jurídicamente su prórroga.

El fideicomiso testamentario, se inspira en una intención benéfica, y si bien es originado en una declaración unilateral de voluntad del testador, se constituirá en acto jurídico bilateral y contractual al momento de la aceptación de la herencia y la correspondiente constitución del fideicomiso para su operatividad, por medio de la suscripción del contrato entre los herederos, el albacea y el fiduciario designado en el propio testamento o por el juez.

El Contrato de fideicomiso es una institución mercantil del área privada; sin embargo, mediante Acuerdos Gubernativos emitidos por el Presidente de la República de Guatemala, en Consejo de Ministros, se aprueba para la creación de entes consultores o asesores, considerados también como instrumentos financieros, para el manejo de **fondos públicos**, por medio del Contrato de Fideicomiso; por lo que derivado de la naturaleza jurídica del origen de los fondos, se consideraron como Fideicomisos con patrimonio público, lo que a nuestro juicio resulta ser una fundamentación jurídica que para los efectos de esta propuesta requiere mayor precisión, limitación y alcances, a la luz de los principios que inspiran al Derecho Administrativo como la legalidad y la juridicidad de los actos del funcionario público; por lo que es menester para la ejecución del proyecto que se propone, la promulgación por el Congreso de la República de Guatemala, mediante decreto específico, de la regulación respecto a los fideicomisos constituidos con fondos públicos y particularmente con destino inmobiliario; actividad a la que el Estado está facultado, de conformidad con el artículo 118 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que en su parte conducente establece:

“(…) Cuando fuere necesario, el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados.”

“Al respecto Lizardi Albarrán señaló que si se acepta que la constitución del fideicomiso implica un acto de disposición propio del dueño o titular de un derecho, puede aceptarse que las autoridades administrativas competentes pueden hacer la afectación de bienes propiedad de la Nación, los Estados o Municipios, siempre que llenen todos los requisitos que señalan las leyes respectivas.”<sup>32</sup>

El Ministerio de Finanzas Públicas, por medio de Acuerdos Ministeriales y disposiciones reglamentarias, ha generado instrumentos legales, -normativas operativas- que permiten a estos fideicomisos ejecutar los fondos públicos que les han sido asignados por medio de la aprobación del presupuesto por el Congreso de la República de Guatemala, y que les permita cumplir los objetivos, fines y destinos contenidos en el contrato denominado fideicomiso.

### **1.9. Elemento real**

“Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan, así lo dijo Cervantes Ahumada y en consecuencia, solo podrán ejercitarse, respecto a ellos, los derechos y acciones al que mencionado fin se refieran.”<sup>33</sup>

Los bienes y derechos constituyen un patrimonio de afectación, y cada uno de estos patrimonios constituyen una masa o conjunto de bienes que integran una universalidad, es decir, que en manos del mismo titular (fiduciario) se tienen esferas jurídicas separadas, por lo que este tendrá la titularidad del patrimonio en la medida que sea necesaria para la consecución del fin del fideicomiso. Los bienes y derechos sobre bienes inmuebles al aportarse se inscribirán a nombre del Fideicomiso en los registros públicos respectivos.

---

<sup>32</sup> Citado por Dr. Luis Muñoz. *El Fideicomiso*. Página 342

<sup>33</sup> L. Muñoz. *El Fideicomiso*. México: Taller de impresión y encuadernación CAVO. Pág. 340.

“Los bienes y derechos fideicometidos constituyen un patrimonio de afectación o patrimonio autónomo, el cual, parece inútil aclararlo, de ninguna manera sería un patrimonio sin titular, puesto que propietario o titular de él es la institución fiduciaria. Ahora bien, la institución fiduciaria normalmente es titular o propietario de un patrimonio general y de tantos patrimonios fin o de afectación cuantos fideicomisos se hayan constituido con su intervención; cada uno de dichos patrimonios constituye una masa o conjunto de bienes que integran una universalidad, cada patrimonio debe ser administrado por reglas propias, que son ajenas e inoponibles a los otros. En manos del mismo titular se tienen dos esferas jurídicas separadas: el patrimonio general de la persona y un centro patrimonial con derecho y obligaciones propias con el patrimonio general la fiduciaria responde de las obligaciones en que incurra y que no deriven de la ejecución de los distintos fideicomisos, y también responde, con dicho patrimonio general de los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones o términos señalados en el fideicomiso... por la malversación de los bienes... o de sus frutos o productos, o por los demás hechos que impliquen culpa en el cumplimiento de los cometidos aceptados por ella”.<sup>34</sup>

De tal manera que existe contable y financieramente una separación concreta y diferenciada respecto de la gestión en la administración de los patrimonios propios del Fiduciario y del patrimonio fideicometido; una individualidad tal, que garantiza que los negocios dentro del fideicomiso no sufrirán ningún detrimento en perjuicio de los acreedores del Fideicomiso; ni respaldará el incumplimiento de las obligaciones que el fiduciario hubiere adquirido en forma personal y directa frente a sus acreedores.

“Al transmitir la propiedad, se hace simplemente a título de confianza. El fiduciario no compra los bienes destinados al fideicomiso, no paga nada por ellos, pero tampoco se los regalan. El fiduciante no realiza un acto de liberalidad a favor del fiduciario, y sin embargo este se transforma en propietario sin desembolsar el contravalor del bien adquirido y sin comprometerse a hacerlo en el futuro. .... Esos bienes no deberán figurar en una cuenta patrimonial dentro de su balance, por el contrario, deberán ser

---

<sup>34</sup> Ferrara. *Trattato di Diritto Civile italiano*. Volumen I. Roma, 1921. Pág. 878. Citado por J. Barrera Graf en su obra *Estudios de Derecho Mercantil, Derecho Bancario, Derecho Industrial*. Págs. 369 y 370.

incorporados mediante las llamadas “cuentas de orden” o de naturaleza análoga, sea cual fuera su denominación en la contabilidad.”<sup>35</sup>

En conclusión, en palabras del tratadista Jorge Barrera Graf, quien expresa que el Contrato de Fideicomiso tiene origen anglosajón, pero en América constituye una especie de negocio fiduciario fundamentado en el derecho romano –confianza-, que al ser regulado o reglamentado deviene nominado –Constituciones y Código de Comercio-, como un negocio jurídico típico, esencialmente traslativo de patrimonio, y junto a la relación real de enajenación a favor del fiduciario, existe el vínculo obligacional de este respecto a afectar el bien o el derecho a la finalidad diseñada o señalada por el fideicomitente, por medio de un acto constitutivo solemne (contrato, testamento), y concebida a favor del fideicomisario, que puede ser cualquier persona incluido el fideicomitente, a excepción del propio fiduciario, (salvo el pago de la comisión por su gestión), institución financiera, en la que se reducen los riesgos y peligros de las funciones de inversión, administración y garantía ejercidas de **buena fe** –principio de Derecho Mercantil- en base a su experiencia y profesionalismo –*Intuito Personae*-, y el control del Estado que se ejerce sobre ella –Superintendencia de Bancos-, por lo que terceros pueden contratar para garantizar se alcancen los fines de este patrimonio autónomo.”<sup>36</sup> Para el caso de la fiscalización de los fideicomisos que administran fondos públicos la Contraloría General de Cuentas es el ente encargado, con fundamento en el artículo 54 de la Ley de Compras y Contrataciones del Estado, decreto 57-92 del Congreso de la República y sus reformas, establece:

**“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

---

<sup>35</sup> *Ibíd.* Pág. 169

<sup>36</sup> J. Barrera Graf. *Estudios de Derecho Mercantil, Derecho Bancario, Derecho Industrial*. Ob. Cit. Págs. 344 y 345.

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 Contraloría 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.”<sup>37</sup>

Todo proyecto habitacional inicia con una idea, un concepto urbanístico del proyecto que logra visualizarse por medio de los planos, maquetas o diseños técnicos; fundamentado en los estudios de pre-factibilidad y factibilidad que permitan emprender las acciones profesionales de ingeniería civil, arquitectura, urbanismo y jurídicas (derecho de propiedad hasta el derecho ambiental) que viabilicen su implementación. Para su presentación al fiduciario, el proyecto habitacional debe preferiblemente haber cumplido con todos los requerimientos técnicos necesarios establecidos por la Cámara de la Construcción de Guatemala; cabe considerar la posibilidad que toda esta preparación del proyecto pueda generarse aún desde el propio Fideicomiso; lo que implicará costos previos al desarrollo inmobiliario que deben garantizarse con el proyecto que resulta factible.

Es así como todo proyecto necesita una inversión financiera, la cual requiere de bienes inmuebles sobre los cuales se pueda construir, la planificación del tiempo de ejecución de la obra; el presupuesto de gastos para su implementación; todo debe analizarse de

---

<sup>37</sup> Lo resaltado es propio.

manera técnica-profesional, considerando las opciones y condiciones que podrán ofrecerse a los inversores cuya rentabilidad debe garantizarse; ya que con su financiamiento podrá desarrollarse el proyecto en el tiempo, modo y forma planificado y cumplirse con la entrega tanto al fideicomisario en primer lugar (acreedor inversionista) como al fideicomisario en segundo lugar (titular de la unidad habitacional).

El elemento real del contrato de fideicomiso con destino inmobiliario, se compone de proyectos habitacionales de diversa envergadura, y en Guatemala se cuenta con personas (individuales o jurídicas) con reconocida experiencia en la construcción y han sido exitosos en el desarrollo de proyectos urbanísticos, a quienes les pueda interesar participar y ser los responsables directos, aún con el apoyo de subcontratistas, para lo cual se contempla concursos públicos –licitación privada- para la presentación de ofertas conforme a los requerimientos técnicos, y con el procedimiento aprobado por el fideicomiso. Es necesario que desde el Acuerdo Gubernativo se determinen los tipos de contratos mercantiles/bursátiles que se suscribirán entre el Fiduciario y las personas que reúnan las condiciones crediticias para optar al financiamiento y la adjudicación de un complejo o unidad habitacional como **su primera vivienda** con limitación de *patrimonio familiar*. Condiciones que como ya hemos señalado, serán flexibles con cuotas mensuales de capital e intereses blandos, que permitan al núcleo familiar cumplir su compromiso crediticio ante el fiduciario como una prioridad, pero sin descuidar las necesidades básicas de la familia. La construcción promueve el desarrollo económico, familias que crezcan en ambientes sanos y seguros, fomentando la inversión en la propiedad privada como ejercicio pleno de un derecho fundamental, que implica el compromiso y responsabilidad del beneficiario ante el financiamiento, en condiciones claras que no pongan en riesgo el acceso a las necesidades básicas a su núcleo familiar.

## CAPÍTULO II

### 2. Clasificación de fideicomisos relacionados con el fideicomiso mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario

#### 2.1. Fideicomiso expreso e implícito

El fideicomiso latinoamericano solo admite la categoría del “fideicomiso expreso”, mientras que el derecho anglo-americano reconoce el *trust* que nace por ministerio de la ley. Para los efectos del análisis de este trabajo de investigación, podemos establecer que, en Guatemala, la institución jurídica del fideicomiso estuvo contemplada desde la Constitución Política de la República de Guatemala (1945), (1956), (1985).

En la Constitución Política de la República de Guatemala, se contempló en el artículo 28, así:

“Todos pueden disponer libremente de sus bienes, siempre que al hacerlo no contravengan la ley. (...) Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco años; en todo caso deberán ser ejercidos por un Banco o institución de crédito **facultados para hacer negocios** en la República. Esta autorización no se extiende en manera alguna a congregaciones religiosas o monásticas, ni a sacerdotes o ministros de cualquier culto o religión. El plazo podrá ampliarse únicamente cuando se trate de garantizar a enfermos incurables o a incapaces.”<sup>38</sup>

La Asamblea Nacional Constituyente de 1956 al promulgar la Constitución, estableció en la parte conducente del artículo 49 así:

“(...) Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo plazo no exceda de veinticinco años, y se administrarán por un banco o institución de crédito **facultado para hacer negocios** en la República. El plazo podrá ampliarse

---

<sup>38</sup> Lo resaltado es propio.

únicamente para garantizar a enfermos incurables o incapaces, o para sostenimiento de instituciones de beneficio social reconocidas por el Estado.”<sup>39</sup>

Estuvo regulado en el Código Civil, decreto 106, vigente desde 1963, en el CAPÍTULO IV, DE LA PROPIEDAD EN FIDEICOMISO, artículos 560 al 578. Derogados por el artículo I, del Capítulo II Disposiciones Derogatorias y Modificatorias del Decreto del Congreso de la República de Guatemala Número 2-70, Código de Comercio. En la Constitución de 1985 ya no fue incluido, toda vez que fue regulado en ley ordinaria, Código de Comercio decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, y se encuentra regulada dentro de la contratación mercantil en particular, contenida en su libro Cuatro, referido a las obligaciones y contratos mercantiles, de los artículos 766 al 793, y al establecer que el fideicomiso puede constituirse por contrato o instituirse por testamento, queda claro que se acepta la categoría del *Fideicomiso Expreso*.

## **2.2. Los fideicomisos que administran la ejecución de fondos públicos**

“Son instrumentos jurídicos creados por la administración pública para cumplir con una finalidad lícita y determinada, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social por medio del manejo de los recursos públicos administrados por una institución fiduciaria. Asimismo, mediante el contrato de fideicomiso se da seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común. Su objetivo es fomentar el desarrollo económico y social por medio del manejo de los recursos públicos administrados por una institución fiduciaria y así dar seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común.”<sup>40</sup> En coordinación con el Banco fiduciario, las unidades ejecutoras, tienen a su cargo la ejecución de los fideicomisos con patrimonio público. La

---

<sup>39</sup> Lo resaltado es propio.

<sup>40</sup> Ministerio de Finanzas Públicas del Gobierno de Guatemala. [En línea] <http://www.minfin.gob.gt/index.php/2012-07-24-21-40-20/definiciones-tecnicas?Highlight=WyJmaWRlaWNvbWlzb3MiXQ>. (Consulta: 21 de julio de 2016).

existencia de una unidad ejecutora no exime al Fiduciario de las responsabilidades que por ley le atañen.

La administración pública, clasifica a los Fideicomisos de Administración, según su finalidad, lo cual se define desde el Acuerdo Gubernativo que aprueba su creación, condiciones, fines y objetivos, así:

a) **Asistencia crediticia o financiamiento reembolsable:** son constituidos para brindar y facilitar el acceso al crédito a determinados grupos de la sociedad y sectores considerados como prioritarios para el desarrollo económico del país.

b) **Financiamiento no reembolsable:** son constituidos para facilitar la ejecución de Proyectos y obras principalmente de inversión.

c) **Financiamiento mixto:** son constituidos teniendo como fines las dos formas de financiamiento anteriores.

Es oportuno considerar que, en Guatemala, existen varios fideicomisos constituidos como consecuencia de un acto administrativo del Estado que así lo ordena, por virtud de Acuerdo Gubernativo, lo que denominados “Fideicomisos que administran fondos Públicos” en virtud de ser constituidos con capital fundacional proveniente de los fondos públicos del Estado y entre ellos, específicamente con vocación al desarrollo inmobiliario, y encontramos su fundamento constitucional en el artículo 118. Por lo que podemos individualizar los siguientes:

1º. **Fondo Extraordinario Específico de Reconstrucción –FEER-.** Fiduciario: Banco de Guatemala (BANGUAT). Una consideración especial es que el Fiduciario *no actúa con fines lucrativos* por ser el banco central de Guatemala. Institución pública. Financiamiento Reembolsable. Destino de los fondos: Asistencia crediticia para las personas que hubieren sufrido pérdida o daño en sus viviendas, en sus pequeñas empresas comerciales, artesanales o industriales, en las áreas urbanas y rurales afectadas por los sismos acaecidos a partir del terremoto del 4 de febrero del año 1976. Fue constituido mediante escritura pública número doscientos sesenta y cuatro (264), autorizada en la ciudad de Guatemala, el tres de mayo de mil novecientos noventa y seis, por el Escribano

de Cámara y de Gobierno; de plazo indefinido, y aprobado por Acuerdo del veintiocho de abril de mil novecientos setenta y seis.

**2º. Fondo Guatemalteco de Vivienda –FOGUAVI-**. Fiduciario: Banco G&T Continental, Sociedad Anónima. Institución Privada. Financiamiento No Reembolsable. Destino de los fondos: Subsidio directo a la familia para compra, mejora, ampliación y reparación de vivienda a beneficiarios, por conducto del Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda. Constituido mediante escritura pública número cincuenta y uno (51) autorizada en la ciudad de Guatemala, el seis de diciembre del año dos mil seis, por el Escribano de Cámara y de Gobierno; por el plazo de quince años, por lo tanto vence el cinco de diciembre del año dos mil veintiuno, y se encuentra facultado por su Ley Orgánica.

**3º. Fideicomiso de Inversión Fondo Hipotecario para la Vivienda.** Fiduciario: Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), conforme la Carta que regula su constitución y funcionamiento. “El año 1960 es cuando se materializa y da inicio lo que hoy en día conocemos como integración económica centroamericana. Es el año en que se firma el Tratado General de Integración Económica Centroamericano mediante el cual se crea el Banco Centroamericano de Integración Económica, un 13 de diciembre. El BCIE surgió como el brazo financiero de la integración y el desarrollo de Centroamérica, un organismo *sui generis* tanto por la amplitud de campos en que tiene competencia o puede desarrollar sus operaciones, como por su objeto y principios fundacionales. Desde esa fecha, hasta entonces el BCIE ha contado con la dirección de personas visionarias que con su liderazgo han hecho realidad los propósitos para los cuales el BCIE fue creado.”<sup>41</sup> Institución de carácter Multinacional. Financiamiento Reembolsable. Constituido con recursos provenientes de la Comunidad Económica Europea – Convenio de Donación 94/81. Destino de los fondos: Emisión de certificados hipotecarios de participación fiduciaria, garantizados por el Fomento de Hipotecas Aseguradas (F.H.A) o por entidades afianzadoras o aseguradoras, fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos, para solucionar el déficit de vivienda. Dirigido al Foguavi y las instituciones

---

<sup>41</sup> Banco Centroamericano de Integración Económica. *Información institucional*. [En línea]. <http://www.bcie.org/index.php?id=27> (Consulta: 21 de julio de 2016).

bancarias, financieras y cualquier otra persona individual o jurídica que hubiere transmitido valores elegibles y derechos al fiduciario para la constitución del Fideicomiso. Contenido en escritura pública número setecientos sesenta y seis (766) autorizada en la ciudad de Guatemala, el dieciocho de septiembre de dos mil uno, por el Escribano de Cámara y de Gobierno; por el plazo de veinticinco años, con fecha de vencimiento el diecisiete de septiembre del año dos mil veintiséis, facultado por su Ley Orgánica.

**4º. Fondo de Tierras Acuerdo de Paz.** Fiduciario. Banco de Desarrollo Rural, Sociedad Anónima (BANRURAL). Institución Privada. Financiamiento Reembolsable y No Reembolsable (Mixto). Destino de los fondos: Créditos para la compraventa, arrendamiento o usufructo de tierras y asignación a los beneficiarios. Compraventa y arrendamiento de tierras; regularización de procesos de adjudicación de tierras del estado; asistencia jurídica y técnica procesamiento y comercialización; producción agropecuaria, forestal, hidrobiológica, agroindustria y otros proyectos productivos. Constituido mediante escritura pública número ciento cuarenta y tres (143), autorizada en esta ciudad el ocho de julio de mil novecientos noventa y siete, por el Escribano de Cámara y de Gobierno; por el plazo de veinte años, con vencimiento el siete de julio del año dos mil diecisiete, aprobado por Acuerdo Gubernativo trescientos noventa y dos guion noventa y siete (392-97). Este fideicomiso no está enfocado directamente en la adquisición de vivienda, pero en el área rural parte de las áreas productivas terminan utilizándose para tal fin.

**5º. Fondo Social de Solidaridad.** Fiduciario. Banco de Desarrollo Rural, Sociedad Anónima (BANRURAL). Institución Privada. Financiamiento No Reembolsable. Destino de los fondos: Ejecución de programas, proyectos y obras que coadyuven a fortalecer el desarrollo económico y social de la población guatemalteca y mejorar su nivel de vida. Constituido mediante escritura pública número ochenta y nueve (89), autorizada en la ciudad de Guatemala, el dos de abril del año dos mil nueve, por el Escribano de Cámara y de Gobierno; de plazo indefinido, aprobado mediante Acuerdo Gubernativo setenta y uno guion dos mil nueve (71-2009).

**6º. Fondo Nacional de Desarrollo –FONADES-**. Fiduciario: Banco Crédito Hipotecario Nacional (CHN). Una institución bancaria del Estado de Guatemala, de carácter público.

Financiamiento No Reembolsable. Destino de los fondos: Ejecución de programas y proyectos que mejoren el nivel de vida y las condiciones económicas y sociales de la población del país más vulnerable a la pobreza y extrema pobreza en el país. Constituido mediante escritura pública número trescientos ochenta y ocho (388), autorizada en la ciudad de Guatemala, el veintinueve de noviembre del año dos mil seis, por el Escribano de Cámara y de Gobierno; por el plazo de diez años, con vencimiento el veintiocho de noviembre del año dos mil dieciséis, aprobado por Acuerdo Gubernativo cuatrocientos cuarenta y ocho guiones dos mil seis (448-2006)

El Fideicomiso con fondos Públicos en Guatemala, constituido con fondos provenientes del Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, tiene su asidero legal en un Decreto emitido por el Congreso de la República de Guatemala, o bien por Acuerdo Gubernativo en Consejo de Ministros de Estado. Las Municipalidades en ejercicio de la autonomía constitucional que gozan para su administración, también han constituido Fideicomisos con fondos Públicos con fondos del erario municipal; igualmente las entidades autónomas o descentralizadas tales como la Universidad de San Carlos de Guatemala, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el Instituto Guatemalteco de Turismo.

### **2.3. Normativa del fideicomiso con fondos público**

La **Ley Orgánica del Presupuesto**, Decreto 101-97 del Congreso de la República, reformada por los Decretos 13-2013 y 9-2014 ambos del Congreso de la República de Guatemala, establece:

Artículo 2. Ámbito de aplicación. Están sujetos a las disposiciones de la presente ley: (...) g) Los **Fideicomisos** constituidos con fondos públicos y los fondos sociales;

Artículo 29 Bis. Responsables de la Ejecución Presupuestaria Autorizadores de Egresos. Las autoridades superiores de las entidades públicas son responsables de la ejecución presupuestaria de ingresos y egresos de su entidad. Para el efecto registrarán en el Sistema de Contabilidad Integrada (SICOIN), las transacciones presupuestarias y contables, que tendrán efectos contables de pago y financieros. El archivo y custodia de

los comprobantes de las transacciones presupuestarias y la documentación de soporte, quedarán a cargo de cada entidad, quien será responsable de su custodia, así como del cumplimiento de los procesos legales y administrativos que se deriven de la emisión de los mismos. Las autoridades superiores de las entidades son responsables de los fondos rotativos, anticipos, fondos de convenios y de **fideicomisos con patrimonio público** que soliciten al Ministerio de Finanzas Públicas, por lo que este realizará los registros contables y trámites administrativos para la entrega de los recursos financieros.

Artículo 30 Ter. Anticipo de Recursos. En la ejecución de las asignaciones aprobadas en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, el Ministerio de Finanzas Públicas únicamente podrá anticipar recursos para:

- a) Devengar y pagar, mediante fondo rotativo de conformidad con lo estipulado en el artículo 58 de esta Ley.
- b) Los **fideicomisos constituidos con fondos públicos**, Los organismos regionales e internacionales que ejecuten fondos públicos, las organizaciones no gubernamentales exclusivamente que provean servicios públicos, conforme a las disposiciones legales correspondientes, incluyendo lo estipulado en el artículo 33 de esta Ley.
- c) Contratistas, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento y el Manual de Procedimientos para el Registro y Ejecución de Contratos emitidos por el Ministerio de Finanzas Públicas.

Por ningún motivo se autorizarán anticipos en partes alícuotas de los créditos contenidos en la distribución analítica del presupuesto que para el efecto apruebe el Organismo Ejecutivo.

Las unidades ejecutoras de fondos públicos en **fideicomiso**, 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. Para otorgar un anticipo de recursos al fideicomiso que administra fondos públicos, deberá registrarse en el módulo de gestión de contratos, el avance en la ejecución de los contratos, conforme lo preceptuado en los manuales correspondientes. Dichos anticipos serán publicados en la forma establecida en los artículos 17 Ter y 41 de esta Ley.

Artículo 33 Bis. **Modalidad de Ejecución.** Los Ministerios, Secretarías, Fondos Sociales, Fideicomisos, Entidades Descentralizadas y Empresas Públicas, solamente podrán ejecutar sus gastos de funcionamiento y proyectos mediante administración directa o por contrato, de acuerdo al Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de Guatemala y de conformidad a la normativa para el sector público de Guatemala, indistintamente que sean gastos de funcionamiento o de inversión. Por ningún motivo podrán suscribirse convenios con administradoras de fondos financieros para la ejecución por medio de Organizaciones No Gubernamentales, Organismos Internacionales o Asociaciones.

Artículo 42 Bis. Uso de los Sistemas SIAF. Todas las entidades del sector público, incluyendo las de Administración Central, Descentralizadas, Autónomas y Empresas Públicas, particularmente las Municipalidades, los Organismos del Estado, la Universidad de San Carlos de Guatemala, Federaciones y Confederaciones Deportivas, Consejos de Desarrollo, Instituto de Fomento Municipal, **Fideicomisos Constituidos con Fondos Públicos**, Organismos Regionales e Internacionales, Organizaciones No Gubernamentales, entre otros, que ejecuten fondos públicos, están obligadas a usar los Sistemas Integrados de Administración Financiera vigentes.

Artículo 52 Cuando los **fideicomisos** no reflejen ejecución de acuerdo al objeto de su constitución o tengan carteras crediticias declaradas incobrables por el fiduciario, según los procedimientos establecidos en el contrato de fideicomiso o la normativa aprobada por el órgano de decisión, cuyo monto represente más del noventa por ciento (90%) de la cartera total, las unidades ejecutoras, y en su caso los responsables de los fideicomisos conforme la Ley, son responsables de dar inicio de inmediato al trámite para su extinción y liquidación anticipadas e informar a la **Dirección de Fideicomisos del Ministerio de Finanzas Públicas**. No se reconocerán honorarios por la cartera crediticia que se declare incobrable o irrecuperable

Artículo 59 Rendición de Informes de Entidades Financieras. El Banco de Guatemala y cualquier otra entidad pública o privada que actúe como agente financiero del Gobierno de la República, rendirá informes diariamente ante el Ministerio de Finanzas Públicas

sobre el movimiento y disponibilidad de las cuentas a su cargo incluyendo los fondos de garantía. Las instituciones que actúen como fiduciarias en los fideicomisos que constituyan las entidades del Estado, rendirán informes mensuales a dicho Ministerio.

La **Ley del Organismo Ejecutivo**, Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala:

Artículo 35 Ministerio de Finanzas Públicas. Al Ministerio de Finanzas Públicas le corresponde cumplir y hacer cumplir todo lo relativo al régimen jurídico hacendario del Estado, incluyendo la recaudación y administración de los ingresos fiscales, la gestión de financiamiento interno y externo, la ejecución presupuestaria y el registro y control de los bienes que constituyen el patrimonio del Estado; para ello, tiene a su cargo las siguientes funciones:,... r) Gestionar la constitución, en cualquiera de las instituciones del sistema bancario nacional, de los **fideicomisos**, fondos y otros instrumentos financieros y la ejecución de los programas del Gobierno Central, así como reglamentar, registrar y controlar su operación. Para el efecto se deberá coordinar conjuntamente con las instituciones responsables del sector.

El **Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Finanzas Públicas**, contenido en el Acuerdo Gubernativo 26-2014 de fecha 29 de enero de 2014, determina el órgano rector en materia de fideicomisos:

Artículo 4. Funciones. El Ministerio de Finanzas Públicas tiene, además de las funciones que le asignan la Ley del Organismo Ejecutivo y otras leyes relacionadas, las siguientes: (...) 14. Gestionar la constitución de los **fideicomisos**, fondos y otros instrumentos financieros, en las instituciones del Sistema Bancario Nacional, cuando corresponda; así como la ejecución de los programas del Gobierno Central, debiendo reglamentar, registrar y controlar sus operaciones, para el efecto, debe coordinar con las instituciones responsables del sector.

Artículo 5. Estructura Orgánica. Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministerio de Finanzas Públicas se organiza de la forma siguiente:

1. Órganos sustantivos:

1.1 Despacho Ministerial. A cargo del Ministro(a) y los Viceministros(as) de Administración Financiera, de Ingresos y Evaluación Fiscal y de Administración Interna y Desarrollo de Sistemas.

1.2. Dirección Técnica del Presupuesto...

1.11. **Dirección de Fideicomisos**

1.11.1. Subdirección de Operaciones

1.11.2. Subdirección de Análisis y Seguimiento.

El **Reglamento de la Dirección de Fideicomisos**, contenido en el Acuerdo Gubernativo 394-98 de fecha 31 de diciembre de 2008:

Artículo 52. Dirección de Fideicomisos. La **Dirección de Fideicomisos** es la dependencia del Ministerio de Finanzas Públicas, designada como órgano rector en materia de fideicomisos, por lo que corresponde gestionar la constitución, operación, extinción y liquidación de los **fideicomisos** establecidos con recursos del Estado; así como fondos y otros instrumentos financieros para la ejecución de los programas del Gobierno Central, regulando, registrando y controlando su operación.

Artículo 53. Atribuciones de la Dirección del Fideicomiso. Son atribuciones de la Dirección de Fideicomisos las siguientes:

1. Coordinar con otras direcciones del Ministerio de Finanzas Públicas, la formulación de propuestas de política, normas y procedimientos aplicables en la constitución, operación, extinción y liquidación de **fideicomisos** establecidos con recursos del Estado que se implementen para la ejecución de programas y proyectos.

2. Reglamentar y controlar el registro de la información contractual, física y financiera proporcionada por las unidades ejecutoras y/o fiduciarios de los fideicomisos.

3. Elaborar y gestionar, cuando corresponda, los proyectos de contratos, mandatos especiales con representación, acuerdos gubernativos y ministeriales, entre otros, para

la constitución, operación, extinción y liquidación de los fideicomisos en las instituciones financieras y bancarias del sistema nacional.

4. Solicitar auditorías específicas de los Fideicomisos a la Contraloría General de Cuentas, así como los informes respectivos.

5. Solicitar a los fiduciarios y unidades ejecutoras cualquier información relacionada con la ejecución física y financiera de los fideicomisos.

6. Elaborar informes semestrales y anuales sobre los Fideicomisos, y cuando proceda proponer las recomendaciones pertinentes.

7. Diseñar e instalar un Sistema de Seguimiento relacionado con la ejecución de los fideicomisos, que permita proporcionar criterios objetivos para la toma de decisiones sobre la continuidad y/o expansión de las operaciones, extinción o liquidación de los mismos.

8. Mantener un registro actualizado de la documentación legal, administrativa y de avance físico y financiero de los fideicomisos, con base en la información proporcionada por las unidades ejecutoras y/o fiduciarios de los mismos.

9. Participar, en coordinación con las direcciones y unidades del Ministerio de Finanzas Públicas, en la emisión de opiniones y/o dictámenes de los fideicomisos.

10. Desarrollar otras funciones que le asigne la Ley y el Despacho Ministerial en materia de fideicomisos.

En Guatemala, muy poco se ha escrito respecto al fideicomiso constituido con patrimonio Público, no obstante su innegable prioridad de estudio, ante el manejo de patrimonio del Estado, en manos de entes privados especializados; no obstante, existen los ejemplos que anteriormente se mencionaron, en los cuales queda acreditado su operatividad, lo que ha sido aprovechado por las estructuras parsimoniosas del Estado, incapaz de responder a la vivacidad que requieren los negocios financieros; constituyen el fin supremo el beneficio de un sector poblacional específico. Una institución que indudablemente requiere de suficientes, oportunos y adecuados controles por parte del propio Estado, tomando en cuenta que por medio de las dependencias estatales se transmitirá la titularidad de los bienes públicos, a fin de cumplir los destinos lícitos de interés público o comunitario. Como lo veremos más adelante, ha sido México quien

desarrolló desde el ámbito legislativo el régimen jurídico de los fideicomisos que administran la ejecución de fondos públicos, una asignatura que Guatemala tiene aún pendiente y debe superar, a efecto de proveer los límites y alcances de la operación del Fideicomiso.

La legislación mexicana, contenida en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 7, establece que fideicomiso es aquel que el gobierno federal o alguna de las demás entidades estatales constituyen con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, en consecuencia, le corresponde al Estado determinar los objetivos o fines y destinos del fideicomiso con fondos públicos.

Para el caso guatemalteco, existen diversas necesidades sociales que el Estado no puede atender, lo que encuentra una lógica al establecer que un proyecto habitacional requiere de una fuerte inversión de financiamiento, y el Estado de Guatemala, se encuentra imposibilitado, financiera y técnicamente, de hacerse cargo de manera directa, por lo que por medio del fideicomiso el Estado en forma directa podrá asignar algunos recursos financieros o inmobiliarios, y en de manera indirecta podrá hacerse de diversas fuentes nacional e internacionales, para alcanzar los fines propuestos.

No obstante la naturaleza jurídica mercantil del fideicomiso y su regulación en el Código de Comercio, para el caso del fideicomiso con fondos públicos se crea como una figura dual, con carácter administrativo, toda vez que requiere de normas legislativas, gubernativas y ministeriales para su aprobación, por lo que la naturaleza administrativa debe ser la sombrilla que acoja la operatividad del fideicomiso con los principios que inspiran al derecho mercantil, siendo que la constitución, modificación y extinción del fideicomiso, tiene su origen en el derecho administrativo.

## 2.4. Fideicomiso de garantía

Garantizar el cumplimiento de las obligaciones, ante una crisis económica mundial, aunado a la mora judicial de los tribunales, ha perfilado al Fideicomiso de Garantía como una herramienta financiera para asegurar y satisfacer las obligaciones incumplidas; superando en su operatividad a las garantías tradicionales como **la prenda y la hipoteca**, y los tardíos procedimientos judiciales.

“El *Fideicomiso en Garantía* es un negocio jurídico, en virtud del cual se pacta por parte del propietario o titular de determinados bienes que no necesariamente se generan al fiduciario, un derecho real para que en caso de incumplimiento, los beneficiarios de ese acuerdo de voluntades puedan exigir la venta de los mencionados bienes, ya sea mediante un proceso extrajudicial pactado entre las parte o por la vía judicial.”<sup>42</sup>

Constituye entonces el negocio jurídico por medio del cual se transfiere la titularidad del bien inmueble, que a su vez constituye la garantía del pago del monto adeudado al acreedor; el fiduciario administra el patrimonio y los negocios que subyacen al contrato de fideicomiso y ante el incumplimiento del deudor se procede a la ejecución extrajudicial del bien para que con su producto se satisfagan las obligaciones contraídas y el remanente se reembolsa o reintegra al deudor.

“Lo que implica necesariamente verificar la existencia de los bienes, así como sus características físicas, financieras y legales, ya que la institución fiduciaria debe cerciorarse que el representante legal del fideicomitente está legitimado para enajenar esos bienes, respecto de los cuales se tiene la libre disponibilidad de los mismos”<sup>43</sup> Es decir, que los bienes que serán aportados al Fideicomiso deben ser aprobados por el Comité Técnico, en base a un reglamento específico que determine las condiciones en las cuales puede aportarse por los fideicomitentes adherentes, llenando los requerimientos topográficos (estructurales y ambientales), las condiciones de mercado

---

<sup>1</sup> S. Vargas García; E. González Peredo; F. Martínez García de León. *Fideicomiso de Garantía, Planeación, Implementación y Ejecución*. Ob. Cit. Pág. 1.

<sup>43</sup> *Ibíd.* Pág. 15.

en cuanto a la justipreciación del bien, y los aspectos legales estando libres de gravámenes, anotaciones o limitaciones, sujetos al saneamiento de ley.

“Bajo esta modalidad de fideicomiso, el propietario de uno o más bienes (regularmente deudor de un crédito), los transfiere al fiduciario para respaldar el cumplimiento de una obligación principal a favor de un tercero (el acreedor del crédito), dándole facultades suficientes para que en caso de incumplimiento de la obligación, proceda a su venta y destine el producto de la venta, al cumplimiento de la misma.”<sup>44</sup>

Para los efectos del Fideicomiso con destino inmobiliario, el acreedor se constituye como Fideicomisario en Primer Lugar, y en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas, se procederá a la subasta pública notarial para satisfacer el saldo pendiente de pago.

La tratadista Bettina Freire, nos explica así “La finalidad de este tipo de fideicomisos es asegurar una obligación; el acreedor obtiene una posición más sólida y consigue un control mayor que el que podría obtener mediante la constitución de derechos reales como la prenda y la hipoteca. La diferencia más evidente entre estos últimos y el fideicomiso consiste en que el deudor deja de ser propietario del bien objeto de la garantía, perdiendo la facultad de disposición; otra diferencia *-con la garantía real-*, es la latente probabilidad que otro acreedor de su mismo deudor, saque a remate el bien objeto de su garantía... Obviamente, este segundo acreedor deberá respetar el privilegio constituido a favor del acreedor hipotecario/prendario. Sin embargo, el grave perjuicio está dado en el hecho de que otro tercero totalmente ajeno a una operación crediticia (puntual o en mora) irrumpa repentinamente, trabe embargo y logre paralizar, impidiendo una operación que estaba siendo exitosa”<sup>45</sup>

La pregunta sería ¿el deudor continuará cumpliendo con su obligación contractual, cuando el inmueble que garantizaba la obligación ya fue rematado a favor de otro de sus acreedores? La respuesta es que muy probablemente no; será el segundo acreedor

---

<sup>44</sup> D. U. Ramírez Gaitán. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 74.

<sup>45</sup> B. V. Frierre. *El Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1997. Pág. 143.

ahora adjudicatario, quien deberá asumir el pago, a fin de rescatar el inmueble de la primera hipoteca como garantía real privilegiada.

El alcance de estas disposiciones doctrinarias, para el fideicomiso con destino inmobiliario, no sería aplicable, al regularse su protección y dotarlo de inembargabilidad, durante la ejecución del fideicomiso y posteriormente, quedando limitada la propiedad por medio de la constitución del Patrimonio Familiar. Ya que al tenor de lo regulado en el artículo 782 del Código de Comercio, no obstante, su epígrafe denominarse “inembargabilidad”, señala que los derechos que el fideicomisario pueda tener en el fideicomiso no son embargables por sus acreedores; pero sí lo son los frutos del fideicomiso que perciba el fideicomisario. Además, indica que ***podrá anotarse los bienes fideicometidos con el objeto de gozar de preferencia sobre los derechos de las personas al extinguirse el fideicomiso.*** Cuando se trate de bienes no objeto de registro, el fiduciario deberá extender constancia de enterado para tenerlo presente en el momento de la liquidación.<sup>46</sup> En este sentido, tanto los frutos pueden embargarse y los bienes en sí mismos pueden anotarse de embargo para gozar de preferencia, en la forma y condiciones reguladas en la norma sustantiva.

También se considera que “en un contrato de mutuo, se garantiza la devolución del préstamo como una finca, y para evitar el juicio hipotecario, la finca se entrega en fideicomiso a un banco, por lo que se traslada el dominio de la finca al banco fiduciario para que si el fideicomitente deudor no paga, el banco proceda a la venta de la finca y haga el pago al fideicomisario –acreedor-. Una sustancial diferencia con el procedimiento de ejecución en la vía de apremio cuya pretensión es ejecutar una hipoteca o prenda, es que el *acreedor no goza del derecho preferente de adjudicación* del bien pignorado en pago. En el fideicomiso de garantía no existe un traslado real de la propiedad, no entra al patrimonio del fiduciario, sino al patrimonio del fideicomiso, y otorgar al fiduciario la potestad de administrar su funcionalidad, con la facultad de enajenar el bien en los términos y condiciones que en el acto constitutivo del fideicomiso se establezca.”<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Lo resaltado es propio.

<sup>47</sup> L. Muñoz. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 28.

Una crítica a este tipo de fideicomiso, es el atribuirse una función jurisdiccional, dejando en estado de indefensión al deudor, quien no gozaría del principio de igualdad procesal, al oponer sus defensas o excepciones ante el fiduciario, quien ejecuta la deuda y juzga, por lo que se recomienda un procedimiento judicial sumarísimo, previo a la subasta que el banco haga de los bienes fideicometidos, debiendo determinar qué objeto y alcances tendría esa judicialización.

Los tratadistas Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski, expresan que “cuando el fiduciario dispone de los bienes para satisfacer la garantía, no hace otra cosa que cumplir con el contrato, más precisamente con el encargo fiduciario... Cabe considerar que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una situación de hecho: la falta de pago por parte del deudor. Supuesto, este último, previamente convenido por las partes para el desahogo del fideicomiso en una de sus alternativas de cumplimiento... Desde otra perspectiva es importante subrayar que el fideicomitente (deudor) no instruye al fiduciario para que dirima un conflicto, sino que, verificado el hecho externo y objetivo –descrito como condición del contrato-, cumple con el acreedor garantizado (el beneficiario o un tercero) en función de una relación crediticia ajena al fideicomiso y cuya insatisfacción “dispara” el cumplimiento (ejecución) de este último” <sup>48</sup>

Este aporte doctrinario, está basado en el principio *Pacta Sunt Servanda*, en el que las partes libremente disponen las reglas que deba regir en el negocio jurídico y se comprometen a cumplirlas a cabalidad. Para los efectos del procedimiento de ejecución, más adelante abordaremos el tema y los efectos jurídicos que acarrea a las partes contractuales.

Por lo que, en caso de incumplimiento, el acreedor solicita a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicometidos para que con su producto se pague el saldo insoluto. Este procedimiento extrajudicial viene a descongestionar la labor jurisdiccional que invierte considerables recursos financieros y humanos para atender y

---

<sup>48</sup> C. M. Kiper y S. V. Lisoprawski. *Teoría y práctica del fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1999. Págs. 10 y 11.

diligenciar procesos de reclamos de créditos insolventes a favor de instituciones financieras.

“El fideicomiso en garantía puede asumir, en los negocios, diversas estructuraciones y contenidos, en que la función o la finalidad de garantía se hallan presente, aunque no necesariamente con ese único propósito.”<sup>49</sup>

Es decir que las obligaciones garantizadas pueden comprender o derivarse de diversas índoles de negocios jurídicos, para los efectos prácticos de la operatividad del fideicomiso, es la garantía del cumplimiento de tales obligaciones las que se encuentran reguladas de manera individualizada.

Lisoprawski y Kiper definen al Fideicomiso en Garantía como “el contrato mediante el cual el fideicomitente trasfiere la propiedad de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones (anteriores, presentes o futuras) a cargo de aquél o de un tercero, designando como fideicomisario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria.”<sup>50</sup>

Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski **describen** las ventajas para el acreedor, las que a continuación se explican:

- Es una garantía auto liquidable.
- El control y registro en la recepción de pagos y cobranza administrativa se realiza por el fiduciario.
- Facilita la individualización de acreedores y su sustitución por otros acreedores – agilización del movimiento financiero de capitales-.
- Descongestiona el sistema judicial nacional.
- Resulta más económica para ejecutar el cumplimiento de las obligaciones.
- Permite la realización/ejecución de la garantía con procedimientos ágil y extrajudicial.

---

<sup>49</sup> C. M. Kiper y S. V. Lisoprawski. *Fideicomiso de Garantía*. Pág. 3.

<sup>50</sup> C. M. Lisoprawski y S. V. Kiper. *Fideicomiso, dominio fiduciario, securitización*. Buenos Aires: Ed. Depalma. 1996. Pág. 312.

- Acepta activos considerados poco aptos para servir como garantía hipotecaria (vivienda popular e inclusive vivienda en áreas marginales, sectores rojos).
- Goza del privilegio sobre la cosa, ya que no están en el patrimonio de su deudor, sino de quien lo administra la garantía, el fiduciario.

Además, describen Ventajas para el deudor, las que a continuación se explican:

- Resulta económica en su constitución, reduciendo costos del crédito.
- Los pagos se realizan en cualquier sucursal del fiduciario (nacional o extranjera) por lo cual propicia la inversión desde fuera de las fronteras de Guatemala.
- Cumplida la obligación de pago del crédito, se restituye el bien inmueble.
- Trato más flexible, en el análisis de la capacidad de pago del deudor y riesgos del crédito, al considerar a los deudores en su conjunto, parte del conglomerado social al cual va dirigido el proyecto habitacional (vivienda popular, residencial, propiedad horizontal, comercial, etcétera), quienes individualmente considerados no tienen fácil acceso a una negociación de hipoteca ante una entidad financiera, en primer lugar porque deben ostentar previamente la propiedad del bien inmueble, -mientras que en el fideicomiso en garantía el objetivo es que el deudor compre el bien-, cubrir los costos de avalúos –el fideicomiso ya los tiene realizados por su cuenta o por cuenta del constructor-, acreditar fehacientemente su capacidad financiera para afrontar el pago puntual de las cuotas mensuales (capital e intereses) –el fideicomiso ya cuenta con los estudios actuariales que determinan la factibilidad del proyecto al mercado al que va dirigido-, los gastos de escrituración –contratos por adhesión- y gastos administrativos.
- En caso de incumplimiento, evita costos y prolongados procesos judiciales de ejecución.
- Pueden rotar o sucederse sus acreedores garantizados sin necesidad de modificar el fideicomiso.

Sin embargo, ha constituido una útil herramienta financiera, en la administración de **fraccionamientos urbanos**, encargándose el fiduciario de titular la propiedad a los adquirentes de viviendas, cuanto éstos hayan terminado de pagar el precio,

encargándose además de recibir los abonos. Por lo que, para los efectos de la presente investigación, esta modalidad cuenta con características que viabilizan la propuesta del **Fideicomiso Mixto con patrimonio Público-Privado con destino Inmobiliario** como una alternativa financiera para satisfacer las necesidades de vivienda en Guatemala.

Las críticas a este fideicomiso, giran en torno a los argumentos que es violatorio del derecho de defensa y garantía del debido proceso ya que el fiduciario al ejecutar los bienes fideicometidos, asumiendo el papel de juez, excepcionalmente de carácter administrativo. “En realidad, cuando el fiduciario dispone de los bienes para satisfacer el cumplimiento de la obligación, lo hace en *cumplimiento del contrato* suscrito para ese fin, por lo que no ejecuta la garantía en sentido procesal, sino que cumple el convenio, realiza lo encomendado por el deudor teniendo como fin pagar la obligación garantizada.”<sup>51</sup>

El fiduciario no se hace cargo de ningún proceso de conocimiento ni dirime conflictos, se limita a **constatar en sus propios registros contables** la situación morosa del deudor, motivada por la falta de pago en tiempo y forma convenida; lo que al tenor del artículo 59 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, los registros contables constituyen plena prueba; por lo que a requerimiento del acreedor, procederá la venta de los bienes que constituyen la garantía y con su producto cumplirá la obligación, y el *saldo o remanente se pone a disposición del deudor* como beneficiario o fideicomisario ante la ocurrencia de tal circunstancia. Por otro lado, como ya se indicó el acreedor no se apropiará del bien aportado al fideicomiso por el deudor, el acreedor persigue únicamente recuperar la inversión financiera y el remanente deducidas las obligaciones pactadas, será entregado o devuelto al deudor, lo que no ocurre con ejecución de la garantía hipotecaria ya que la misma garantiza el saldo.

“Esta variedad, tal vez fue la primera en practicarse en México, se utilizó inicialmente por las instituciones autorizadas para celebrar diversas clases de operaciones, a efecto de garantizar ante sí mismas los préstamos que concedía su departamento de crédito, procedimiento seguido durante varios años hasta que fue prohibido por ley. Ha venido

---

<sup>51</sup> C. M. Kiper y S. V. Lisoprawski. *Fideicomiso de Garantía*. Pág. 10.

a sustituir con éxito a la prenda y a la hipoteca, haciendo más sencillo y seguro<sup>52</sup> el manejo del crédito. El clausulado del contrato, por lo general, contiene disposiciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta, sea por suerte principal o accesorios legales; fija el plazo de vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses, su tasa, la de los intereses moratorios, los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, ya porque el deudor no cubra puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses o los impuestos y cargas fiscales que gravan el inmueble; establece el trámite a seguir para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento, detallando requisitos de publicaciones, deducciones al precio si la venta no se realiza en la fecha señalada, etcétera. Se ha expresado la opinión aislada de que esta especie de fideicomiso pugna con el sistema constitucional mexicano y que la facultad de vender concedida al fiduciario implica atribuciones jurisdiccionales. Tal parecer es inadmisibile si se considera que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una simple situación de hecho: la falta de pago por parte del deudor, supuesto previamente convenido por las partes para la ejecución del fideicomiso, es decir, para proceder a la venta y con su producto hacer pago al acreedor fideicomisario y caso de quedar un sobrante, entregárselo al deudor fideicomitente.”<sup>53</sup>

Como queda evidenciado, es una figura jurídica contractual que ha dado resultados satisfactorios en otras latitudes, claro está, cuenta con una vasta estructura doctrinaria, legislativa y jurisprudencial, países en donde existe una cultura financiera de inversión en la construcción de vivienda, una reputación comercial bancaria que lo respalda, y a lo largo del tiempo, los proyectos habitacionales que han sido entregados a la población, bajo condiciones accesibles, que de darse los atrasos en los pagos, se aplicarán los procedimientos previamente aprobados en los reglamentos operativos.

---

<sup>52</sup> Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas (FHA). [En línea] <http://casanuevafha.com.gt/category/articulos/>. (Consulta: 3 de agosto de 2016).

<sup>53</sup> R. Batiza. *El Fideicomiso*. México: Editorial Bartolomé Costa Amic. Pág. 134.

## 2.5. Fideicomiso de administración

Dada la especialidad de la institución bancaria o financiera para administrar recursos, es entendible que se confíe el patrimonio en manos de quién sepa qué hacer con él, lo que más rentable le resulte.

“Es una forma interesante de utilizar los servicios fiduciarios, transfiriendo bienes a la entidad crediticia que le brinda no solo la seguridad de ser una institución seria y especializada, sino también sometida a controles por parte del Estado.”<sup>54</sup>

Las instituciones financieras bancarias compiten en el libre mercado por medio de la oferta y la demanda; no obstante, el cliente toma la decisión tomando en consideración la estabilidad financiera, el respaldo financiero y sus operaciones reflejadas en el Balance General que se publica por medio de los informes de la Superintendencia de Bancos y el prestigio comercial de la institución.

El fideicomitente transfiere bienes inmuebles al fiduciario para que este se encargue de administrarlos, de tal manera que se encuentra facultado para celebrar contratos, cubrir los gastos de administración y entablar los juicios, pagar los impuestos, etcétera. También se ha utilizado para evitar los engorrosos trámites y gastos que conlleva el proceso sucesorio, pero como un efecto secundario a la propia administración del patrimonio, por lo que una persona denominada fideicomitente constituye el fideicomiso, entregando sus bienes al banco fiduciario, para que este los administre y entregue sus productos al fideicomisario (a su vez puede ser el mismo fideicomitente), y a su muerte, lo que resulta el cumplimiento de una condición resolutoria que da por vencido el plazo del fideicomiso, se titulen los bienes fideicometidos a las personas que en el acto constitutivo el fideicomitente hubiere designado como fideicomisarios.

“A diferencia del testamento, en que los herederos ignoran su condición hasta después de la muerte del causante, éstos tienen conocimiento pleno de tiempo, modo y forma en que serán constituidos beneficiarios del patrimonio del fideicomitente. Se conoce aquel

---

<sup>54</sup> S. Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios*. Pág. 665.

en que el fideicomitente transfiere bienes inmuebles al fiduciario para que este se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio o lanzamiento, del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad raíz, etc. Todo ello en interés del beneficiario.”<sup>55</sup> Tal y como se refieren estos ejemplos, estaríamos ante un fideicomiso en el que los destinos de la operación financiera son para desarrollar contratos de naturaleza civiles que subyacen al fideicomiso.

Actos de Administración. “Cuando el patrimonio comprende bienes inmuebles, es obligación normal del fiduciario hacerlos productivos; teniendo la facultad de arrendar, salvo disposición en contrario. Al celebrar el arrendamiento, lo mismo que en los demás aspectos de su administración, está obligado a conducirse con prudencia.”<sup>56</sup> La responsabilidad del fiduciario se circunscribe a la correcta administración del patrimonio, a fin de que este produzca los frutos naturales y civiles esperados y prudentes; el fiduciario debe garantizar el mantenimiento y conservación de los bienes y no permitir su deterioro, salvo fuerza mayor o caso fortuito.

En el Fideicomiso con destino inmobiliario, comprende igualmente la administración de bienes inmuebles, pero concebidos como proyectos habitacionales destinados a su venta en masa, ya sea bajo la modalidad de compraventa a plazos o por medio de la suscripción de mutuos con garantías reales.

“Bajo esta modalidad o clase de fideicomiso, el propietario de bienes que por cualquier razón no quiera administrarlos personalmente, confiando en la seriedad, la experiencia y los conocimientos especializados que el fiduciario tiene sobre los negocios y sobre las actividades financieras y bursátiles, se los transfiere, para que este se encargue de su administración, que incluye cualquier forma de negociación rentable que sea permitida por el fideicomitente o convenida con este, con la limitación de disponer de la propiedad de los bienes fideicometidos sin el consentimiento expreso del fideicomitente. Bajo esta modalidad, el fiduciario, prácticamente ejerce las funciones de un administrador, en beneficio del fideicomisario, que como ya quedo indicado, puede ser el propio

---

<sup>55</sup> R. Batiza. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 133.

<sup>56</sup> *Ibíd.* Pág. 263.

fideicomitente, o un tercero.”<sup>57</sup> Esta administración está encaminada a la correcta inversión de recursos monetarios cuya rentabilidad pueden explotarse de mejor manera ante la experiencia y los contactos del fiduciario, para procurarle una mayor rentabilidad que estando en un depósito a plazo fijo.

## 2.6. Fideicomiso de inversión

En el fideicomiso de inversión, las funciones que realiza el fiduciario van más allá de la correcta administración del patrimonio fideicometido, tomando en consideración su experiencia, los amplios conocimientos técnicos, especialmente en temas de inversión y manejo de riesgos por parte del fiduciario, ya que dentro de esta operación el fin que se persigue es la inversión del patrimonio a efecto de obtener los mejores rendimientos económicos, pudiendo actuar el fiduciario en colaboración con un agente financiero.

“En el artículo 76 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías de Guatemala, permite que en la práctica, los bancos y sociedades financieras, deleguen la función de fiduciarios, en un agente, el cual adquiere responsabilidad solidaria con el banco o sociedad financiera delegante. Esta delegación se da especialmente en caso que la inversión esté convenida para realizarse en valores que se encuentren en oferta pública.”<sup>58</sup>

El fideicomitente transfiere al fiduciario el patrimonio que preferiblemente estará constituido por un fondo económico en efectivo; no obstante, admite bienes de toda naturaleza susceptibles de negociación a efecto que con el producto de su venta pueda transformarse en dinero; también contempla la cesión de sus derechos acreedores sobre préstamos vigentes y vencidos; entendido que el producto de la recuperación será exclusivamente para que el Fiduciario haga la inversión en títulos valores (bonos privados y públicos, valores bursátiles, participaciones accionarias en sociedades nacionales y extranjeras). Estos rendimientos servirán para incrementar el patrimonio fideicometido

---

<sup>57</sup> D. U. Ramírez Gaitan. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 71.

<sup>58</sup> *Ibíd.* Pág. 73.

para su re-inversión bajo el mismo método, o bien para cubrir determinados destinos convenidos en el contrato.

“Bajo esta modalidad, el fideicomitente transfiere al fiduciario entre otros bienes, fondos o sumas de dinero para que los invierta de conformidad con sus instrucciones, invertirlo en operaciones financieras rentables. De esta manera, el fiduciario ejerce funciones de inversionista, por cuenta del fideicomitente... Para este caso, es importante la creación de un **Comité Técnico**, llamado también comité de inversión, que puede actuar como un ente consultivo, o en su caso como ente rector de las decisiones en cuanto a la clase de inversión que específicamente podrá realizar el fiduciario; sin que ello naturalmente, libere automáticamente la responsabilidad del fiduciario, que es quien juega el papel central en el fideicomiso.”<sup>59</sup>

A este respecto, no compartimos el análisis del autor antes relacionado, toda vez que el Comité Técnico por su experiencia y conocimiento en los temas financieros puede perfectamente asesorar y hacer las recomendaciones al fiduciario, tomando en cuenta que la responsabilidad de la adecuada administración es del fiduciario; en consecuencia, las decisiones del Comité Técnico no necesariamente deben ser acatadas de manera incuestionable por el fiduciario, lo que desvirtuaría la función y suplantaría la función del fiduciario; de lo contrario, las inversiones que puedan redundar en pérdida del patrimonio fideicometido liberarían al fiduciario, al justificar que la mala inversión se realizó porque devino de una instrucción recibida del Comité Técnico y es consecuencia directa de esa directriz.

“El Comité Técnico es el conjunto de personas físicas y/o morales designadas por el fideicomitente, para analizar las distintas alternativas de inversión, acciones específicas a considerar y encargar los estudios que estimasen pertinentes, para el mejor cumplimiento para los fines del fideicomiso. Esta figura del Comité Técnico, es quien en la práctica se encarga de emitir a la fiduciaria, para que esta ejecute, las instrucciones en relación con patrimonio del fideicomiso, motivo por el cual, las autoridades fiscales lograron convencer a los señores legisladores de que este negocio jurídico, así como el

---

<sup>59</sup> *Ibíd.* Pág. 72.

de la asociación en participación (...) de que para los efectos fiscales se les considerase como personas morales. (...) Las reglas de funcionamiento del Comité Técnico, cuando se prevé así, por el fideicomitente, en ocasiones se parecen a los estatutos sociales de empresas, en lo relativo a las facultades del órgano de administración, ya sea para su instalación, quórum, facultades y demás aspectos corporativos, siendo especialmente relevante esta figura, ya que en la práctica, los integrantes del Comité Técnico, son los que le ordenan a la fiduciaria ejecutar las acciones específicas.”<sup>60</sup>

Para el desarrollo inmobiliario se requiere de fuertes inversiones financieras a largo plazo. La institución financiera (fiduciario) puede captar inversiones por sí misma o por medio de terceras personas, inversionistas tanto nacionales como extranjeros interesados en el proyecto específico o bien, en general con la finalidad del fideicomiso.

Las instituciones jurídicas con las que se puede formalizar esta operación financiera, se encuentran reguladas en el Código de Comercio y la Ley del Mercado de Valores y Mercancías:

Estos capitales nacionales o extranjeros, son invertidos de manera garantizada, por medio de los títulos de crédito denominados Certificados Fiduciarios, regulados en los artículos 609 al 614 del Código de Comercio. Estos tendrán el carácter de títulos de crédito y atribuyen a sus titulares derechos, entre ellos: a) A una parte alícuota de los productos de los bienes fideicometidos; b) A una parte alícuota del derecho de propiedad de los dichos bienes, o sobre el precio que se obtenga en la venta de los mismos; c) Al derecho de propiedad sobre una parte determinada del bien inmueble fideicometido. En el caso de nuestro estudio, para el Fideicomiso con destino inmobiliario, los Certificados Fiduciarios otorgarían con otras modalidades financieras el derecho de la literal b).

La Ley del Mercado de Valores y Mercancías, contenida en el Decreto 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, en su artículo 76 regula el contrato de Fideicomiso de Inversión, y establece “CONTRATO DE FIDEICOMISO DE INVERSIÓN. Los bancos y las sociedades financieras privadas podrán convenir con los agentes la

---

<sup>60</sup> S. Vargas García; E. González Peredo; F. Martínez García de León. *Fideicomiso de Garantía, Planeación, Implementación y Ejecución*. Ob. Cit. Págs. 18 y 19.

delegación de su función como fiduciarios. El fiduciario delegado podrá realizar todas las actividades propias de un fiduciario y será junto con la entidad delegante, solidariamente responsable por su actuación. Tanto los bancos y las sociedades financieras privadas, como los fiduciarios delegados, podrán fungir como fiduciarios de fideicomisos constituidos para la inversión en valores que se encuentren en oferta pública. Si como resultado de la constitución del fideicomiso, se acordare la emisión de certificados fiduciarios, su oferta pública deberá inscribirse en el registro y su vez, podrá el fiduciario solicitar su inscripción para cotizarse en bolsa, en cuyo caso, el régimen fiscal de los certificados respectivos será el mismo que el aplicable a los bonos emitidos por sociedades financieras privadas. El documento constituido de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones podrá constar en documento privado; y la emisión y negociación de los certificados fiduciarios a que se refiere el presente artículo estarán sujetas únicamente a los requisitos que esta ley establece para realizar oferta pública de valores emitidos por sociedades mercantiles.

Por su parte, la legislación mexicana, en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, en su artículo 223, establece el beneficio fiscal, teniendo como requisito que “la fiduciaria emita certificados de participación por los bienes que integren el patrimonio del fideicomiso y que dichos certificados se coloquen en el país entre el gran público inversionista o bien, sean adquiridos por un grupo de inversionistas integrado por al menos diez personas, que no sean partes relacionadas entre sí, en el que ninguna de ellas en lo individual sea propietaria de más del veinte por ciento de la totalidad de los certificados de participación emitidos.”<sup>61</sup>

El decreto 26-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Impuesto Sobre la Renta,<sup>62</sup> en su artículo 3 determina a quienes se les considera contribuyentes, y “(...) Para los efectos de esta ley, los entes, patrimonios o bienes que se refieren a continuación, se consideran como sujetos del Impuesto Sobre la Renta: los fideicomisos...”

---

<sup>61</sup> Ley del Impuesto Sobre la Renta de la República de México. 2002 reformado en 2009

<sup>62</sup> Ley del Impuesto Sobre la Renta de la República de Guatemala. 1992.

El artículo 13 de la ley del ISR, estipula que, para los efectos de esta ley, los fideicomisos serán considerados independientemente de sus fideicomitentes y fiduciarios. De las rentas que obtenga el fideicomiso, no son deducibles las distribuciones de beneficios a los fideicomisarios u otros beneficiarios del fideicomiso. Cuando por cualquier circunstancia se liquide un fideicomiso, deberá determinar su renta y pagarse el impuesto resultante, antes de distribuir a cada uno de los integrantes del mismo, la parte que les corresponde de los bienes fideicometidos y de los beneficios obtenidos; constituyen renta bruta para los beneficiarios, la diferencia entre el valor comercial que posean los mismos, a la fecha en que se adjudiquen y, su valor residual.

En relación con el fideicomiso con destino inmobiliario y las ventajas tributarias que más adelante se analizarán, lo relativo al Impuesto Sobre la Renta al que está afecto la administración del fideicomiso no queda contemplada, por lo que el fiduciario mantiene esta carga impositiva respecto de la comisión u honorario que perciba por sus funciones.



## CAPÍTULO III

### **3. Fideicomiso mixto (administración, garantía e inversión) con patrimonio público-privado con destino inmobiliario**

#### **3.1 Definición**

El Fideicomiso Mixto que proponemos en este trabajo de investigación, tiene sustentabilidad jurídica, amparado en nuestro Código de Comercio y sostenibilidad financiera; el fin último es dotar a las personas del mecanismo que le permita acceder al financiamiento bancario, con el que se invierta en el desarrollo de complejos habitacionales, y en el que el beneficiario podrá adquirir en propiedad su primera vivienda. El fiduciario debe administrar el patrimonio fideicometido, el que a su vez constituirá la garantía para los inversionistas, y estará a cargo de la operatividad técnica financiera del proyecto inmobiliario.

Lo definimos como el instrumento jurídico-financiero por medio del cual el Estado y los particulares en su calidad de fideicomitentes, transferirán la titularidad de sus bienes para la administración, garantía e inversión, a cargo del fiduciario quien lo destinará para el desarrollo de proyectos inmobiliarios a nivel nacional, a favor de los fideicomisarios, quienes tendrán la oportunidad de adquirir su primera vivienda en condiciones crediticias blandas y sostenibles; y permitirá a los inversionistas contar con una garantía real y la participación financiera en condiciones de libre mercado con sentido social.

“Este tipo de fideicomiso es por lo regular una especie en sí misma y considerado como traslativo de dominio con esos fines, sin embargo, actualmente debido a la necesidad de reunir recursos y esfuerzos, encontramos este tipo de esquemas en fideicomisos mixtos, cuyas características principales consiste en ser traslativos de dominio, de garantía y de administración; por virtud de los cuales las personas concurren como fideicomitentes, transmitiendo por un lado la titularidad del derecho de propiedad de un inmueble y por otro lado, el fraccionador, constructor, inversionista o futuros adquirentes aportan sus conocimientos y dinero. El fiduciario, en algunas ocasiones, puede administrar, invertir y

aplicar los recursos financieros para la obra y los provenientes de las ventas y, en su oportunidad distribuirlos entre cada una de las partes que intervienen según el porcentaje que les corresponda, o en otras ocasiones otorga los poderes necesarios para obtener todo tipo de licencias, permisos autorizaciones para llevar a cabo las obras de urbanización, fraccionamiento y construcción. Una vez concluida la construcción, acorde a la constitución del condominio correspondiente, el fiduciario puede transmitir la titularidad de los derechos de propiedad sobre los lotes o unidades resultantes del desarrollo a las personas que indique el fideicomitente o fideicomisario, según se haya pactado. Las ventajas de estos esquemas, desde el punto de vista de la garantía, es que se garantizan a los que aportan los recursos la recuperación de su inversión, y desde luego, muchas veces garantizando un margen de utilidad.”<sup>63</sup>

Encontramos varias versiones o adaptaciones de este particular negocio jurídico, directamente relacionado con la propiedad de bienes inmuebles, por lo que en el capítulo siguiente se presenta un modelo de contrato de los que actualmente son utilizados por dos instituciones fiduciarias.

### 3.2. Objeto del contrato

**a) Uno o más bienes.** “En términos generales toda clase de bienes y derechos son susceptibles de constituirse en fideicomiso, salvo aquellos personalísimos del fideicomitente que, en general, no son nunca susceptibles de enajenación.”<sup>64</sup> Para los efectos de nuestra investigación, se aportan al Fideicomiso dos tipos de bienes:

- **Bienes inmuebles de propiedad privada.** Aquellos terrenos que pertenecen a personas privadas. Finca o fincas que conforman un solo cuerpo, en condiciones topográficas adecuadas para la realización del proyecto inmobiliario; o bien, terrenos que cuentan con planos de ubicación, autorizaciones municipales y ambientales, áreas a

---

<sup>63</sup> S. Vargas García; E. González Peredo; F. Martínez García de León. *Fideicomiso de Garantía, Planeación, Implementación y Ejecución*. Ob. Cit. Págs. 90 y 91.

<sup>64</sup> S. Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios*. Pág. 637.

desmembrar o con sus desmembraciones registradas o en proceso, calles de acceso, calles internas y áreas comunes todo destinado al fin previamente determinado: la urbanización para vivienda. Respecto de los bienes inmuebles de **propiedad privada**, nos referimos a inversionistas con interés de participar en el proyecto bajo estas modalidades:

- i) Vendiendo el inmueble, por medio de un negocio jurídico único de traslado de la titularidad del bien inmueble al fideicomiso y en contraprestación recibir el pago del precio total, derivado del financiamiento que el fiduciario ha captado como agente del inversionista (acreedor) al fideicomiso (deudor primigenio), encontrándose garantizado el adeudo con el propio bien inmueble;
  - ii) Vendiendo el inmueble a plazos, de tracto sucesivo, pagadero conforme se vayan reservando los inmuebles por los fideicomisarios en segundo lugar y recibir el financiamiento para su compra.
- **Bienes inmuebles propiedad pública.** Nos referimos no solo a los pertenecientes al Estado o de las entidades autónomas, sino también incluimos a los bienes inmuebles recuperados del crimen organizado, por medio de aplicación de la Ley de Extinción de Dominio que pueden destinarse para el desarrollo inmobiliario dentro de los fines del Fideicomiso Mixto que se propone; así ha ocurrido en la historia reciente de nuestro país, derivado de un hecho natural que provocó una calamidad ocurrida en la comunidad El Cambrai I en un Municipio cercano a la ciudad capital, en el que se utilizaron los bienes inmuebles recuperados por orden judicial; además debe considerarse que el Estado puede aportar además de los bienes inmuebles *per sé*, también dinero en efectivo; o el producto de la venta de los bienes muebles extinguidos de dominio; y si los bienes inmueble no reúnen las condiciones para el proyecto, será el producto de su venta en pública subasta, el que se utilizaría para apoyar el financiamiento de compra de otro bien inmueble en el que puede desarrollarse el proyecto inmobiliario para el cual se destina este fideicomiso.
- a) Patrimonio Autónomo.** “A partir de la teoría de la afectación, considera los bienes recibidos en fideicomiso como formando un patrimonio autónomo o afectado a una

finalidad, en términos que no pueda confundirse con los bienes del fiduciario. La separación exigida es sobre todo contable y busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con aquellos correspondientes a otros fideicomisos.”<sup>65</sup>

El fideicomitente al constituir el fideicomiso, debe especificar los bienes inmuebles que aporta; además la naturaleza y características de los que podrán aportarse en el futuro; ya sea por él mismo o por otro fideicomitente adherente.

El fiduciario puede ser instruido por el fideicomitente y por el fideicomisario en primer lugar (acreedor), para que con los recursos del fideicomiso puedan adquirirse bienes inmuebles que pasarán a formar parte del patrimonio fideicometido.

“Como consecuencia de la flexibilidad que cualquiera pueda aportar toda clase de bienes para constituir el patrimonio del fideicomiso y destinarlos al cumplimiento de la obligación principal garantizada, dichos bienes pueden ser susceptibles de ser utilizados como garantías de otras obligaciones... lo que implica una ventaja jurídica y de costos considerable frente a la hipoteca”<sup>66</sup>.

En Guatemala hemos experimentado recientemente la intervención administrativa de dos instituciones bancarias, en las que la Superintendencia de Bancos, como ente encargado de la supervisión de tales operaciones, por medio de la Junta de Exclusión de Activos y Pasivos, ha confirmado categóricamente este aspecto ampliamente discutido de manera doctrinaria, al separar de forma inmediata el patrimonio de cada uno de los fideicomisos administrados por el Banco. La Junta de Exclusión al tomar la administración temporal de la institución financiera, procede a ejecutar las instrucciones conforme lo convenido en la escritura constitutiva de cada fideicomiso, al darse esta eventualidad de imposibilidad material del fiduciario, por quiebra o intervención, y bajo ninguna circunstancia se ha considerado como un patrimonio que respalde o garantice las obligaciones y compromisos financieros propios adquiridos por el fiduciario en forma directa, quedando excluidos de la garantía general de sus acreedores. La Junta de

---

<sup>65</sup> S. Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios*. Ob. Cit. Pág. 637.

<sup>66</sup> S. Vargas García; E. González Peredo; F. Martínez García de León. *Fideicomiso de Garantía, Planeación, Implementación y Ejecución*. Págs. 83 y 84.

Exclusión en cumplimiento de lo pactado en la constitución viabiliza los procedimientos para la entrega del patrimonio a los fideicomisarios o bien se traslade el Fideicomiso a otra institución fiduciaria.

### **3.3. Exclusión del patrimonio fideicometido como garantía real de acreedores del fideicomitente y frutos del fideicomisario**

En cuanto a la exclusión de la garantía real de los acreedores del fideicomitente, el tratadista señala que queda la posibilidad de perseguirlos cuando la constitución del fideicomiso se realice en *fraude de acreedores*; y respecto del fideicomisario, únicamente procedería el embargo de los *frutos producidos* por los bienes fideicometidos que le estén destinados. En Guatemala con fundamento en el artículo 1329 del Código Civil, que regula “la obligación personal queda garantizada con los bienes enajenables que posea el deudor en el momento de exigirse su cumplimiento”, en consecuencia, formalmente los bienes inmuebles o derechos que se encuentran fideicometidos no le pertenecen al fideicomisario, solo encontraríamos la expectativa sobre la transmisión de dichos bienes, la que está condicionada al acaecimiento de circunstancias futuras e inciertas, tales como las formas de extinción del fideicomiso, lo que ocurrirá según se estableció en el contrato o en la ley, al darse este presupuesto. Sin embargo, el Código de Comercio de Guatemala, en su artículo 782 en su parte conducente regula “... Podrá **anotarse** los bienes fideicometidos con el objeto de **gozar de preferencia** sobre los derechos de las personas (...) al extinguirse el fideicomiso.”<sup>67</sup>

La tratadista Bettina Freire, también comparte que “la creación de un patrimonio separado logra aislar el bien objeto de la garantía poniéndolo fuera del alcance de los acreedores personales no solo del fiduciante, sino también del mismo fiduciario y del beneficiario”<sup>68</sup>

En el caso de la legislación guatemalteca, como quedo anotado, los acreedores anteriores tienen el derecho de acción para pedir la revocatoria del contrato de

---

<sup>67</sup> Lo resaltado es propio.

<sup>68</sup> B. V. Freire. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 148.

fideicomiso suscrito en fraude a sus acreedorías; y los acreedores posteriores, les asiste el derecho a anotar sus derechos sobre los bienes para gozar de preferencia.

### **3.4. Patrimonio con fondos públicos**

En el caso de los bienes públicos al ser aportados al fideicomiso, la Contraloría General de Cuentas debe participar fiscalizando la correcta inversión y ejecución exclusivamente de los fondos públicos que han sido destinados para el logro de los fines propuestos en el fideicomiso. Aportaciones que son consideradas desde su aprobación dentro del Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, anualmente, como lo regula la **Ley Orgánica del Presupuesto**, Decreto 101-97 del Congreso de la República, reformada por los Decretos 13-2013 y 9-2014 ambos del Congreso de la República de Guatemala y el artículo 54 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala. Este patrimonio puede aportarse como bienes dinerarios, inversiones bursátiles, y bienes de cualquier naturaleza que puedan contribuir a los fines del fideicomiso con destino inmobiliario.

El fideicomiso constituido con fondos públicos, “adaptando una definición de Acosta Romero, es posible describir el fideicomiso público como un contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en su carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes de dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario (por lo general instituciones nacionales o provinciales de crédito), para realizar un fin lícito, de interés público. (...) Villagordoa Lozano observa... En el público, la celebración del contrato es una fase dentro del proceso, toda vez que existe un procedimiento jurídico sui generis que se inicia en el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley o decreto), fija sus objetivos y características, determina las condiciones y términos a que se sujetará la contratación correspondiente y regula, en fin, la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos. (...) La constitución, modificación, extinción del fideicomiso tienen origen en el derecho administrativo; el patrimonio

separado se conforma con bienes y derechos del Estado, y consecuentemente la finalidad del fideicomiso que lo genera es de interés público.”<sup>69</sup>

En la experiencia mexicana, se contempla en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal<sup>70</sup> en su artículo 47, que los *fideicomisos públicos* son aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuentan con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos. En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada.

“Méjico parece haber sido el país donde los fideicomisos públicos se originaron y alcanzaron el mayor desarrollo, a punto tal que autores como Dávalos Mejía llegan a afirmar que es una figura que solo existe, y que en consecuencia solo se puede comprender en su totalidad en los términos del derecho mejicano. (...) Méjico ha tenido el tino de prever legislativamente el régimen básico de los fideicomisos públicos, dotándolos de un marco tendiente a evitar la creación anárquica y deformada. El art. 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se refiere al fideicomiso como aquel que el gobierno federal o alguna de las demás entidades para estatales constituyen con el ***propósito de auxiliar al Ejecutivo federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo*** que cuenten con una estructura análoga a las otras entidades y que tengan comité técnico... En los fideicomisos públicos mejicanos, el fiduciante es el Ejecutivo federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. A aquél le corresponde establecer los objetivos y características generales de los fideicomisos públicos y la secretaría es el fiduciante único del gobierno federal. Asimismo, a dicha secretaría le compete el macro-control de las actividades de los fideicomisos públicos en su conjunto. (...) En virtud de que el fideicomiso tiene como corolario la afectación de bienes, o parte de un patrimonio para la creación de otro

---

<sup>69</sup> C. M. Kiper. y S. V. Lisoprowski. *Teoría y práctica del fideicomiso*. Ob. Cit. Págs. 103 y 104.

<sup>70</sup> Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976.

separado, en cabeza del fiduciario designado, el contrato debe ser homologado por el ministerio autorizado para disponer de los recursos de la nación.”<sup>71/72</sup>

El Fideicomiso en consecuencia, será una herramienta financiera que le permita al Estado de Guatemala impulsar e invertir en las áreas prioritarias del desarrollo, como en el presente caso, la inversión está destinada a la construcción de viviendas, con financiamiento del propio Estado e inversión privada.

### **3.5. El fiduciario y su participación dual**

Al respecto analizaremos la doctrina y sus diversas posturas, ya que es trascendental determinar la licitud o legalidad de esta operación financiera, antes de continuar con nuestra propuesta, ya que el proyecto del desarrollo inmobiliario parte indefectiblemente de su financiamiento y es imprescindible determinar quién puede jurídicamente otorgarlo y como lo proponemos el Estado se convertiría en principal inversionista.

La tratadista Bettina V. Freire, en su obra *El Fideicomiso*, sus proyecciones en los negocios inmobiliarios, destinó un apartado especial que denominó “fideicomiso de garantía en favor del fiduciario”, y explica que es una cuestión de interés no solo doctrinario, sino eminentemente práctico, es la validez o invalidez del fideicomiso de garantía constituido a favor del fiduciario, es decir, reuniendo estas las calidades de acreedor y titular de los bienes objeto de la garantía. “Empecemos diciendo que debemos ser cautelosos en cuanto a la verdadera distribución de las ventajas de un fideicomiso en garantía. Una primera impresión al analizar el problema, nos llevaría a identificar al deudor con la parte perjudicada y al acreedor con quien se lleva todas las ventajas para sí. Pero ¿es correcta esta apreciación? Veremos que no. Las ventajas no son solo para el acreedor, sino incluso para el deudor, porque lo que sucede en la práctica de las subastas o remates judiciales es que el bien es rematado por valores muy inferiores a los comerciales, con lo cual se perjudican ambas partes y el deudor ve desaparecer la

---

<sup>71</sup> C. M. Kiper. y S. V. Lisoprowski. *Teoría y práctica del fideicomiso*. Ob. Cit. Págs. 105-108.

<sup>72</sup> Lo resaltado es propio.

posibilidad de recibir el saldo. Por lo tanto, existiendo el derecho del deudor a recibir el saldo, este será también beneficiario del fideicomiso y le interesará obtener el mayor precio de venta posible. **¿Existe alguna norma que prohíba estos fideicomisos? En nuestro país (refiriéndose a Argentina) no existen impedimentos legales ni conflictos de intereses que impidan la constitución de fideicomisos de garantía en los que el fiduciario designado sea al mismo tiempo el acreedor garantizado.** Más que contrapuestos, los intereses de fiduciario y constituyente pueden considerarse convergentes, puesto que a ambos interesa que la cosa se venda por el mejor precio. Además, existen dos antiguos precedentes jurisprudenciales (uno del año 1946 y otro de 1972), que, analizando la cesión de créditos en garantía a favor del acreedor, se pronunciaron aceptando su legitimidad, reconociendo que en realidad se trataba de verdaderos fideicomisos de garantía, aun cuando este tipo de fiducia no estaba tipificada en la legislación argentina. Su licitud fue fundada en la autonomía de la voluntad, que autoriza celebrar contratos nominados e innominados...<sup>73</sup>

Analizando el aporte doctrinario, consideramos que para el caso del fideicomiso constituido con fondos Público, este debe regirse por los principios de legalidad, siendo que el origen de los fondos provienen de la administración pública, y se aplicarán los principios mercantiles en cuanto a la operatividad financiera para garantizar la agilidad; sin embargo, todas las acciones que estén relacionadas de manera directa con la administración del patrimonio público aportado por el Estado debe tener su asidero legal, contenido en la ley o en los reglamentos respectivos.

Los tratadistas Kiper y Lisoprawski, también se refieren al tema en su libro *Teoría y Práctica del Fideicomiso*, y señalan: “Analizaremos, ahora, el supuesto en que la calidad de fiduciario coincide con la de acreedor-beneficiario. Trataremos de dilucidar si hay incompatibilidad entre uno y otro carácter. Adelante nuestra posición limitadamente favorable a la validez del fideicomiso cuando el fiduciario es, a la vez, el acreedor garantizado, en el sentido de que no necesariamente habrá incompatibilidad y de que no surge claramente de la ley la prohibición del doble carácter en una misma persona. Lo

---

<sup>73</sup> B. V. Freire. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Págs. 148 y 149.

que ella prohíbe es que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicometidos al no admitir la dispensa de tal prohibición por vía convencional.”<sup>74</sup>

En este sentido, el artículo 769 del Código de Comercio, contempla la persona determinada o determinable para ostentar la calidad de fideicomisario; señalando que no es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior. El fideicomitente puede designarse a sí mismo como fideicomisario; sin embargo, también considera que el fiduciario **nunca** podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso, con lo cual encontramos una primera prohibición legal en la que el fiduciario no puede constituirse en su calidad de acreedor como fideicomisario en primer lugar.

*Argumentos en contra de la coincidencia de la calidad dual.* En la doctrina existen opiniones controversiales, en cuanto al papel del fiduciario como administrador del fideicomiso, y su posible dualidad de calidades. Concebir al fiduciario como acreedor fideicomisario.

Esta dualidad requiere su análisis jurídico, si partiéramos de la idea que la entidad financiera proporcionará el capital para la inversión necesaria en la construcción del proyecto inmobiliario, y será quien conceda los créditos individuales a los futuros propietarios (deudores), encargándose en consecuencia de la administración del fideicomiso, por medio de la formalización del crédito, la operatividad en recepción de pagos de capital e intereses; la cobranza administrativa ante atrasos en los pagos; y eventualmente de darse incumplimiento, promover la venta de los bienes para recuperar el saldo pendiente de pago. En el manejo de la cuenta corriente deberá establecer sus honorarios como fiduciario, la recuperación del propio capital y utilidades de esa inversión; y lo propio para el constructor o desarrollador del proyecto habitacional. Por lo que debemos considerar que estamos ante una inversión de capitales públicos-privados.

“Los autores que se oponen a la coincidencia de la doble calidad fiduciario-beneficiario o fiduciario-acreedor, sostienen que una de las consecuencias fundamentales del

---

<sup>74</sup> C. M. Kiper. y S. V. Lisoprowski. *Fideicomiso de Garantía*. Ob. Cit. Pág. 26.

denominado principio de lealtad es que el fiduciario ha de actuar en un todo en interés del fideicomiso, lo que excluye, por definición, que lo haga en su propio beneficio. Piensan que el conflicto de interés es, en la práctica, inevitable. (...) la relación acreedor-deudor es, a diferencia de otras relaciones, contrapuesta. (...) el acreedor normalmente quiere cobrar y cuando se trata de la ejecución de bienes de su deudor, poco le importa si habrá detrimento patrimonial en contra del último porque su interés está en la satisfacción de su crédito. (...) En síntesis, la coincidencia acreedor-fiduciario-beneficiario es, para los que sostienen su inhabilidad, una situación que genera, actual o potencialmente, conflictos de intereses.”<sup>75</sup>

En primer término, aparece el conflicto de intereses, ya que el fiduciario ha de actuar en un todo en interés del fideicomiso, lo que excluye lo haga en su propio interés. “Habría una contradicción conceptual inadmisible si el fiduciario se pudiera beneficiar con los actos de administración o de disposición de los que ha sido encargado en cumplimiento de la finalidad prevista por el fideicomitente, porque entonces, el fideicomiso no tendría razón de ser.”<sup>76</sup>

De conformidad con el artículo 45 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, decreto 19-2002 del Congreso de la República, los bancos tienen prohibido: “*Empezar actividades comerciales, agrícolas, industriales y mineras u otras que no sean compatibles con su naturaleza bancaria, y participar en cualquier forma, directa o indirectamente, en empresas que se dediquen a tales actividades*”

Esta dualidad propuesta, no podría considerarse para Guatemala, derivado de la prohibición legal existente, además contenida en el artículo 791 del Código de Comercio, que establece en su último párrafo: “(...) El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor.”

*Argumentos en favor de la validez del fideicomiso en que coincide fiduciario y beneficiario.* Considerando la legislación argentina, los autores citados contemplan “(...) se funda

---

<sup>75</sup> C. M. Kiper. y S. V. Lisoprowski. *Fideicomiso de Garantía*. Ob. Cit. Pág. 28

<sup>76</sup> Ídem.

principalmente en la ausencia de restricción legal, sin perjuicio de admitir la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicometidos... Consideran que esta prohibición no obsta a que el fiduciario acreedor realice los bienes afectados al patrimonio separado y con su producido satisfaga el crédito insoluto, incorporando lo debido a su patrimonio general como excepción, convencionalmente prevista, al principio de subrogación real... Desde el punto de vista de la moralidad del contrato, rechazan el presupuesto de lo inevitable del conflicto de interés entre el fiduciante deudor y el fiduciario acreedor. Pues uno y otro coincidirían en un objeto común, el cual sería la obtención del mejor precio posible para satisfacer la acreencia del fiduciario...”<sup>77</sup>

Para el caso de nuestro estudio, al aportarse bienes públicos, en su operatividad rigen los principios de legalidad y juridicidad de los actos, y por otro lado, la legislación guatemalteca establece específicamente una restricción legal, contenida en el artículo 769 antes relacionado y además en el último párrafo del artículo 791 del Código de Comercio establece “(...) El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor.”

En este momento es totalmente inviable jurídicamente que la institución fiduciaria en su calidad de Banco también lo haga en su calidad de acreedor; sin embargo, no existe limitación para que lo haga como agente de inversión (captadora de financiamientos externos públicos o privados, nacionales y extranjeros) al haberse analizado el destino de los fondos y la factibilidad o rentabilidad del proyecto, estos **inversionistas** serían considerados como primer fideicomisario (acreedor), financiamiento que será utilizado por la entidad fiduciaria, para la adquisición (segundo fideicomisario, -propietario- constructor) de los bienes, siendo en consecuencia la principal interesada en **garantizar el éxito de su administración**, y cumplir a cabalidad con las condiciones pactadas tanto en el crédito como en la constitución del fideicomiso, obligaciones crediticias garantizadas con la hipoteca del bien inmueble por desarrollarse; cuya acreeduría originalmente estará a cargo o contra el fideicomiso, pero finalmente recaerá en el comprador/deudor del complejo habitacional (tercer fideicomisario) quien le sustituirá, es decir que la

---

<sup>77</sup> *Ibíd.* Págs. 26 - 28.

participación del fiduciario como administrador del fideicomiso-deudor es de carácter temporal, quedando confirmado lo que la doctrina señala respecto de que el fideicomiso es el *medio o instrumento* para alcanzar el resultado. En ningún caso el acreedor (inversionista) podrá adjudicarse los bienes fideicometidos en pago, por cuanto que el Fiduciario deberá someter el bien a proceso de enajenación a efecto de satisfacer el monto de la deuda y el remanente corresponderá reintegrarlo al deudor.

Esta prohibición está superada en la práctica comercial guatemalteca, ya que, por medio de los Grupos Financieros, las entidades bancarias participan en su calidad de Fideicomitentes Fundador, y constituyen en la entidad Financiera que pertenece al Grupo la calidad de Fiduciaria, como lo veremos más adelante en los ejemplos que se analizarán. Es importante resaltar, que el fiduciario puede estar facultado para adquirir obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo; siendo además una entidad financiera podría actuar como agente de inversión, y ante tales obligaciones quedarán directamente respaldadas por los bienes fideicometidos.

Así lo analiza la tratadista Bettina V. Friere, al señalar que “el fideicomiso no es un fin en sí mismo, sino que configura una suerte de medio o vehículo especialmente apto para otorgar mayores seguridades jurídicas y garantías a una operación o negocio determinado. Generalmente, será este último el que genera la riqueza, y el fideicomiso será solamente un medio para poner a salvo ciertos activos o, dicho de otra forma, el fiduciario será el recipiente en donde ciertos bienes permanecerán separados del patrimonio de los demás sujetos intervinientes. Es por eso que el fiduciario tiene la propiedad vacía de todo contenido económico. Estas otras operaciones son el verdadero negocio, subyacen al fideicomiso... El fiduciario no es más que un vehículo que utiliza el fiduciante para realizar una liberalidad en favor de los beneficiarios...”<sup>78</sup>

El fideicomiso con destino inmobiliario permitirá que todos los negocios que resultan necesarios e indispensables para el desarrollo, promoción y liquidación de un proyecto habitacional, se haga bajo la estructura jurídica-financiera propuesta, siendo administrada

---

<sup>78</sup> B. V. Freire. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 162.

por el Fiduciario y con los incentivos para todos los intervinientes; es decir, el inversionista (personal individual o jurídica) que participa en una economía social de mercado, recibirá el interés pactado conforme al monto de su inversión -a mayores riesgos mayores beneficios- debidamente garantizada, y como el *plus*, que su contribución ha servido para satisfacer una necesidad social humanitaria; el comparador-deudor, tendrá acceso a su primera vivienda, en las condiciones más favorables del mercado, a una tasa de interés blanda, a largo plazo -20 o 30 años-, cuotas conforme a su capacidad económica, sin poner en riesgo los gastos indispensables de manutención del hogar, proveyendo así, de tranquilidad, estabilidad y seguridad jurídica a su núcleo familiar; el constructor/desarrollador del proyecto contará con el financiamiento oportuno y las exenciones fiscales para abaratar los costes, generará fuentes de trabajo, mano de obra calificada y no calificada, servicios técnicos y profesionales; y las instituciones financieras recibirán la comisión por el servicio financiero que prestan.

La autora continua y reflexiona, “pensemos en otro ejemplo: “A” (dueño de tierras) transmite a “F” la propiedad fiduciaria de un terreno para que cuando “B1” (constructor) termine la edificación, “F” subdivida el inmueble en propiedad horizontal y le entregue a “A” treinta unidades funcionales y a “B1” setenta. Si “B1” no cumple con la obra en un plazo determinado, “F” deberá devolver la propiedad a “A”. De este modo, “A” y “B1” depositan en “F” su confianza para resolver una permuta que de otro modo traería riesgos, necesidad de garantías costosas y largos juicios en caso de incumplimiento, que generarían elevados costos. Es evidente que el negocio subyacente en este fideicomiso es una permuta diferida en el tiempo. El fiduciante transfiere el terreno a cambio de treinta unidades funcionales, que aún no están construidas, pero que la empresa “B1” se compromete a realizar a su costo. Esta última está construyendo sobre un terreno cuya propiedad fiduciaria ostenta “F”, pero cuyo contravalor o precio está representado por las treinta unidades funcionales que recibirá el fiduciante “A” cuando el edificio se encuentre terminado. Este espacio temporal que existe entre la transferencia de la propiedad del terreno y la existencia física de las unidades funcionales es un factor que trae riesgos para ambos permutantes (...) Estos peligros quedan eliminados por el fideicomiso, que pone al terreno y a las mejoras en un patrimonio separado y aísla el proyecto de los otros

malos negocios de los sujetos intervinientes (...) La fiducia ha sido una forma o medio de garantizar los resultados de esa operación subyacente (...) Desde la óptica tributaria, el fideicomiso debería ser totalmente neutro, es decir, no debería aplicársele una carga tributaria mayor a la que le correspondería soportar a la operación para la cual se utiliza este vehículo, en caso de no instrumentarse el fideicomiso. En otros términos, la neutralidad tributaria debería tener como único efecto que el negocio subyacente protegido por medio del fideicomiso tribute de idéntica forma a la que debería tributar si el mismo no se hubiera protegido por medio de este vehículo... <sup>79/80</sup>

No obstante lo anterior, mi propuesta para la exoneración de pago del Impuesto al Valor Agregado en los negocios jurídicos subyacentes al fideicomiso con destino inmobiliario, encuentra sustento o justificación en atención a la persona a favor de quien se realiza (exenciones subjetivas), por la concurrencia de ciertas condiciones o circunstancias en la persona y también respecto al hecho imponible (exenciones objetivas). El primero, me refiero a la persona que carece de vivienda propia para él y su familia, frente a quien el Estado de Guatemala está obligado por disposición constitucional (artículos 105, 118 y 119 literal g.) a garantizarle su desarrollo integral como persona y una vivienda digna; y el segundo, la inaplazable necesidad de construcción de complejos habitacionales destinados a vivienda familiar.

El objetivo de esta investigación es determinar la viabilidad fáctica y jurídica del Estado de Guatemala, para complementar la actividad privada en el área de la construcción, específicamente para la promoción de proyectos habitacionales para las personas que no cuentan con vivienda propia; lo que no excluye que la figura jurídica financiera que se propone vislumbre la posibilidad de su constitución para el desarrollo inmobiliario de vivienda y cuyo valor de adquisición, aún con los beneficios que se analizan, no sea accesible para algún sector de la población, por lo que pueda también considerarse al

---

<sup>79</sup> *Ibidem*. Págs. 162-164.

<sup>80</sup> Lo subrayado es propio.

fideicomiso con destino inmobiliario subyaciendo el contrato de arrendamiento de vivienda.

### 3.1. 3.6. Inembargabilidad del patrimonio fideicometido

De tratarse de bienes privados o públicos, para el caso del *Fideicomiso con destino inmobiliario*, una característica legal a admitir sería la **inembargabilidad**, durante la ejecución del fideicomiso, y posteriormente continuaría la limitación al otorgarse en definitiva la unidad habitacional bajo la protección del Patrimonio Familiar. Esto para garantizar que el objetivo primordial de la inversión se cumpla a cabalidad, como lo es **proveer de vivienda propia a las familias guatemaltecas**; un proyecto en el que el Estado de Guatemala ha invertido recursos públicos, por lo que no se desnaturalizaría, o el objetivo no se verificaría si las unidades habitacionales son embargadas y garantizarían otros compromisos financieros asumidos por el fideicomisario en segundo lugar.

El artículo 782 del Código de Comercio, regula la **inembargabilidad**, que para los efectos del Fideicomiso con Destino Inmobiliario no aplicaría, ya que desde su constitución se contempla la institución del Patrimonio Familiar.

La norma mercantil citada estipula “Los derechos que el fideicomisario pueda tener en fideicomiso no son embargables por sus acreedores; pero sí lo son los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso. Podrá anotarse los bienes fideicometidos con el objeto de gozar de preferencias sobre los derechos de las personas que consigna el artículo 788 de este Código al extinguirse fideicomiso. Cuándo se trata de bienes no objeto de registro, el fiduciario deberá extender constancia de enterado para tenerlo presente en el momento de la liquidación.”

La posibilidad legal de embargar los frutos del fideicomiso, quedará sin efecto, al regular en la negociación al amparo del Código Civil guatemalteco, que establece en su capítulo

diez, **EL PATRIMONIO FAMILIAR** del artículo 352 al 368 y entre ellos se establece: “El patrimonio familiar es la institución jurídico-social por la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia.” “(...) Las casas de habitación, que sean objeto de explotación familiar, pueden constituir el patrimonio de familia, siempre que su valor no exceda de la cantidad máxima fijada en este capítulo.” “Solo puede fundarse un patrimonio para cada familia, por el padre o la madre sobre sus bienes propios, o por marido y mujer sobre bienes comunes de la sociedad conyugal. También puede constituirse por un tercero, a título de donación o legado.” “Los bienes constituidos en patrimonio familiar son indivisibles, inalienables, inembargables y no podrán estar gravados ni gravarse, salvo el caso de servidumbre.” “Si el inmueble constituido en patrimonio familiar fuere inscrito únicamente a nombre del cabeza de familia, se entenderá que ha sido constituido para el sostenimiento del cónyuge, de los hijos menores o incapaces y de las personas que tengan derecho a ser alimentadas por aquél.” “Para la constitución del patrimonio familiar se requiere la aprobación judicial y su inscripción en el Registro de la Propiedad, previos los trámites que fije el Código Procesal Civil y Mercantil. **Sin embargo, cuando el Estado proceda al parcelamiento y distribución de un bien nacional**, podrá darle a cada parcela el carácter de patrimonio familiar; y bastará esta calificación legal, para su constitución y registro. En lo demás, este patrimonio familiar se regulará de conformidad con lo dispuesto en este capítulo en todo lo que le sea aplicable.”

Esta normativa posibilita que los complejos habitacionales ejecutados dentro del Fideicomiso con destino inmobiliario, sean concedidos bajo esta protección legal, debiendo tomarse en cuenta que cuando el Estado le dé esta calificación legal, no le será aplicable el monto máximo regulado en la ley, sino estará sujeto al valor de capital pagado en el que se justipreciará la adjudicación al fideicomisario en segundo lugar.

### 3.7. ¿Por qué por medio del fideicomiso?

Se propone la inversión, administración y garantía del fideicomiso con destino inmobiliario; lo que tiene su razón de ser, por el origen del **encargo de confianza** que recae en la institución financiera profesional y experta en el manejo del financiamiento; la oportuna inversión de capitales y custodia de la garantía; sabemos que estamos ante una inversión de capitales nacionales y extranjeros, que permitirá a la población participar en este negocio jurídico mercantil, bajo leyes y reglamentos claros y precisos, que promoverán a corto y mediano plazo, el desarrollo económico nacional; propiciará y garantizará el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna, y atraerá la inversión de capitales garantizados, la participación del sector financiero, sin monopolios, en una economía de libre mercado.

El Maestro Sergio Rodríguez Azuero, ha señalado que el negocio fiduciario encuentra su posibilidad de desarrollo en la autonomía de la voluntad privada y ante la insuficiencia legislativa para solucionar todos los problemas o finalidades buscadas por las partes. Y en la medida que el derecho se hace más amplio y más flexible, con la integración jurídica adecuada, puede lograrse; lo cual comparto, al evidenciar que en Guatemala existe una gran demanda o necesidad de facilitar el acceso al financiamiento para la adquisición de vivienda, especialmente en los estratos sociales menos favorecidos; a lo que la legislación civil y mercantil actual puede responder; tomando en cuenta que no tienen la posibilidad de acceder a la contratación civil o mercantil, tales como mutuos o créditos con prestamistas o bancarios, lo que se encuentra regulado con requisitos o estándares muy altos, en el que se evalúa el riesgo y las posibilidades económicas de los deudores, requiriéndoles ingresos económicos mensuales superiores a los dos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$2,000.00); con cuotas niveladas que incluyen capital e intereses, que superan los ochocientos dólares de los Estados Unidos de América (US\$800.00), en plazos mayores a quince años, para la venta de complejos habitacionales residenciales.

Además explica el tratadista Rodríguez Azuero que “es evidente que son innumerables las posibilidades en virtud de las cuales, finalidades económicas, pueden obtenerse o

lograrse mejor al utilizarse un expediente fiduciario (...) esa amplia gama de posibilidades que deja, prácticamente, librada a la imaginación la determinación del objeto perseguido, limitado de manera natural, a la obtención de una finalidad que no sería lícito obtener por el fideicomitente si actuara en forma directa.”<sup>81</sup>

Lo que propongo para Guatemala, ha sido exitoso en otras latitudes. México constituye una vasta fuente de derecho comparado y experiencias acreditadas en apoyo a la gestión gubernamental, reconociendo que el aparato estatal tiene limitaciones técnicas y financieras para el oportuno manejo y desarrollo de la infraestructura inmobiliaria. “Este tipo de fideicomisos ingeniosos, en cuanto a sus estructuras y partes que intervienen, han permitido impulsar la infraestructura en nuestro país, mediante la intervención de iniciativa privada financiando programas gubernamentales. La manera en la que ha funcionado y funcionan, consiste en que el gobierno federal y algunos gobiernos estatales establecen las bases para la participación de empresas privadas, nacionales y extranjeras, para desarrollar los proyectos consistentes en la creación, construcción, mantenimiento, operación y administración de carreteras, plantas hidroeléctricas o eólicas, gasoductos, centrales de abastecimiento, entre otros. La forma en la que participan consisten en que el Gobierno Federal otorga la concesión y aporta los bienes necesarios; la iniciativa privada aporta los recursos financieros; el fiduciario diseña, implanta y administra el esquema jurídico, así como los estudios de factibilidad e ingeniería que el proyecto requiere. Los fideicomisos de infraestructura, pueden ser financiados por medio de la emisión de certificados de participación ordinarios o inmobiliarios, certificados bursátiles, certificados de capital de desarrollo o cualquier otro instrumento.”<sup>82</sup>

**¿Cuál modalidad de Fideicomiso se adapta a los fines propuestos en esta investigación, se requiere un Fideicomiso de Garantía, que además opere como Fideicomiso de Administración, y que permita la negociabilidad de un Fideicomiso de Inversión?**

---

<sup>81</sup> S. Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios*. Ob. Cit. Pág. 642.

<sup>82</sup> S. Vargas García; E. González Peredo; F. Martínez García de León. *Fideicomiso de Garantía, Planeación, Implementación y Ejecución*. Pág. 92.

La doctrina admite la presencia de un “Fideicomiso Mixto, en el que además de ser de garantía, sea de administración, de inversión, de fuente de pago o cualquier otra modalidad, por lo que la denominación que se le dé al mismo debe ser muy clara para evitar cualquier confusión, por la pluralidad de materias que abarca.”<sup>83</sup>

El fiduciario está empoderado de esta multifuncionalidad en su quehacer, como experto en la administración de capitales, contando con un equipo técnico y profesional en materia especializada de la construcción; constituyéndose como depositario de la garantía de las inversiones, en estricto control de la ejecución del proyecto de infraestructura habitacional. En Guatemala existe el Banco Inmobiliario, Sociedad Anónima y el Crédito Hipotecario Nacional, entre otros, que como en sus propias denominaciones sociales se hace referencia, han perfeccionado su experiencia en el ámbito de la infraestructura inmobiliaria.

---

<sup>83</sup> *Ibíd.* Pág. 76.

### **3.8. Fines del fideicomiso mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario**

El principal fin lo constituye facilitar el acceso al financiamiento para la adquisición de la primera vivienda, destinado a las familias guatemaltecas que carecen de vivienda propia. Como corolario de este fin, se encuentra la captación de inversión privada -nacionales y extranjeras-, plenamente garantizadas y correcta administración de inversiones público-privadas, a efecto de financiar de manera oportuna y eficiente la ejecución de proyectos de infraestructura habitacional que provoquen el movimiento de capitales para activar la economía del país, creando fuentes de trabajo, facilitando una plataforma de negocios, en el que el cumplimiento de las obligaciones sea la regla, dadas las condiciones preferenciales, y que el inversionista recupere su inversión y ganancias, y las familias guatemaltecas cuenten con un techo digno para sus familias.

En este orden de ideas, buscar y conseguir las fuentes de financiamiento ante la envergadura de estos proyectos, implica ineludiblemente garantizar al inversionista el cumplimiento de las obligaciones de pago, en tal sentido el fiduciario será el único y legítimo titular del patrimonio fideicometido, y estará bajo su responsabilidad la mejor manera de administrarlo, ejerciendo los derechos inherentes al mismo, así como las medidas de protección oportunas y adecuadas.

Por la naturaleza del destino, se otorgaría al depositario la *simple posesión* del bien para los efectos de su uso y aprovechamiento (derecho real de habitación), sin que se le conceda derecho de propiedad, en tanto no se encuentren satisfactoriamente cumplida la obligación de pago total y el fiduciario reciba las instrucciones o el aviso del fideicomisario en primer lugar (acreedor), se procederá a la liberación de la garantía, y la consecuente adjudicación del bien al fideicomisario en segundo lugar (deudor).

Ahora bien, en caso de incumplimiento de la obligación, siendo avisado el fiduciario de tal circunstancia, este procederá a iniciar el procedimiento de ejecución ya sea judicial, extrajudicial, o mixto, según se haya pactado; pudiendo además “permitir al fideicomisario en primer lugar, o a la persona designada por este la administración, operación y el

ejercicio de los derechos relacionados con el patrimonio del fideicomiso... Al final, es práctica común que se establezca una disposición genérica consistente en llevar a cabo todas las acciones contenidas, establecidas y pactadas en el fideicomiso, así como aquellas necesarias o recomendables para cumplir con los fines del fideicomiso. Sin embargo, esta amplitud pudiera prestarse a interpretaciones laxas y que al final, corresponde al fiduciario, como el *bonus pater familias* decidir si algún acto a realizar, se incluye o no dentro de los fines del fideicomiso.”<sup>84</sup>

Para los efectos legales del fideicomiso con destino inmobiliario, todos los derechos y obligaciones deberán constar de manera clara y precisa, procurando en la medida de lo posible que su aplicación no llegue a requerir la “interpretación” de su contenido o alcances por el Comité Técnico, quien en primer término estaría facultado para resolver este tipo de controversias de suscitarse durante la operatividad del fideicomiso.

### **3.9. Condiciones de la contratación**

Las partes al convenir, lo hacen bajo los principios que inspiran al Derecho Mercantil; sin embargo, al encontrarse administrando patrimonio público, lo hacen bajo los principios de Legalidad y Juridicidad; siendo oportuno señalar algunas condiciones esenciales que eviten la posibilidad de alguna causal de ineficacia que pueda ser invocada:

“a) En caso de ser una persona física, que tiene la capacidad de goce y/o de ejercicio, para la celebración del fideicomiso.

b) En caso de ser una persona moral, que se encuentra debidamente constituida de conformidad con las leyes del país que corresponda.

---

<sup>84</sup> S. Vargas García; E. González Peredo; F. Martínez García de León. *Fideicomiso de Garantía, Planeación, Implementación y Ejecución*. Ob. Cit. Págs. 81 y 82.

c) Apoderados y representantes, deben declarar que los mismos cuentan con todas las facultades y autorizaciones necesarias para la celebración del respectivo contrato, las cuales no le han sido revocadas o modificadas en forma alguna.

d) Es el único y legítimo propietario de los bienes que se aportan; tiene la autorización corporativa necesaria o ha obtenidos todas las aprobaciones necesarias para celebrar y cumplir con sus obligaciones...

e) Los bienes transmitidos o aportados, se encuentran libres de cualquier gravamen, servidumbre o cualquier otra limitación de dominio, así como que se encuentran al corriente en el pago de impuestos...

f) En la actualidad, tanto por el cuidado ecológico al medio ambiente y la responsabilidad en este sentido, es importante que también se declare que se encuentran en cumplimiento con la legislación ambiental y que los bienes aportados están libres de contaminación respecto a sustancias o materiales peligrosos... g) ...

h) Así mismo, hoy en día con motivo de las disposiciones para evitar el lavado de dinero y la legislación sobre extinción de dominio, se debe declarar que los bienes transferidos por el fideicomitente fueron obtenidos de fuentes legales..."<sup>85</sup>

En este punto, es imprescindible contar con las autorizaciones legislativas y gubernativas necesarias para la formalización del Fideicomiso Mixto, para la oportuna aportación de bienes y dinero del erario público, facultando expresamente al representante legal del Estado de Guatemala, para suscribir y comprometerse en el negocio jurídico de fideicomiso, con todas las condiciones y términos de la contratación de manera taxativa.

En relación con las condiciones de protección del medio ambiente, y que los proyectos habitacionales deben cumplir en este tema, se hace referencia a la **Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente** contenida en el Decreto 68-86 del Congreso de la República de Guatemala, estipula en su artículo 8: "Para todo proyecto, obra, industria o cualquier otra actividad que por sus características puede producir deterioro a los recursos naturales renovables o no, al ambiente, o introducir modificaciones nocivas o

---

<sup>85</sup> *Ibíd.* Págs. 70-72.

notorias al paisaje y a los recursos culturales del patrimonio nacional, será necesario previamente a su desarrollo un estudio de evaluación del impacto ambiental, realizado por técnicos en la materia y aprobado por la Comisión del Medio Ambiente. El funcionario que omitiere exigir el estudio de Impacto Ambiental de conformidad con este Artículo, será responsable personalmente por incumplimiento de deberes, así como el particular que omitiere cumplir con dicho estudio de Impacto Ambiental será sancionado con una multa de Q5,000.00 a Q100,000.00. En caso de no cumplir con este requisito en el término de seis meses de haber sido multado, el negocio será clausurado en tanto no cumpla.”

En este sentido, todo proyecto debe contar con su respectiva autorización de impacto ambiental, a cargo del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, la que constituye un requisito *sine qua non*, para dar inicio a los trabajos de ejecución de la construcción del complejo habitacional.

Por otro lado, también la *Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos*, contenida en el decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, establece en su artículo 2: “**Del delito de lavado de dinero u otros activos. Comete el delito de lavado de dinero u otros activos quien por sí, o por interpósita persona:** a) *Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito;* b) *Adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito;* c) *Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de derechos relativos a tales bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito.*”

De tal suerte que, todos los elementos personales, no importando la calidad en la cual participen dentro de la operatividad del fideicomiso, deben garantizar ante cualquier transacción financiera con bienes o dinero, que los mismos no son producto, proceden o

se originan de la comisión de un delito; para la envergadura de las inversiones nacionales y extranjeras que se requieren para el desarrollo inmobiliario, esta es una condición contractual que el fiduciario debe vigilar atentamente.

Más adelante se detallarán las condiciones propias del contrato de Fideicomiso Inmobiliario, con base en los negocios jurídicos que actualmente ejecutan exitosamente dos instituciones fiduciarias.

### 3.10. Préstamos garantizados con bienes raíces

**“Mediante Emisión de Cédulas.** Por medio de un contrato preliminar, una persona da su consentimiento para que la entidad registre una hipoteca sobre un bien inmueble determinado y, a su vez, la entidad fija las condiciones a que estará subordinado el otorgamiento del crédito. La constitución previa de la hipoteca es una *condictio iuris* exigida para que se otorgue el préstamo. Debe tratarse de una primera hipoteca y el inmueble objeto del gravamen debe ser de un valor mínimo equivalente al doble del monto del préstamo.”<sup>86</sup>

En Guatemala, los créditos hipotecarios se otorgan por lo general, por el equivalente hasta el setenta o el ochenta por ciento (80%) del valor del bien inmueble reflejado en el avalúo bancario. Constituida la garantía se otorga el crédito y se emiten las cédulas hipotecarias como **título de crédito** causal, en forma nominativa, el que según la *doctrina italiana* no puede ser objeto de secuestro ni embargo y se benefician con un régimen impositivo de favor porque están exentas de cualquier impuesto presente o futuro y su reembolso debe efectuarse dentro de un plazo mínimo de diez años y máximo de cincuenta años.

La entidad fiduciaria, “se caracteriza por captar recursos por medio de la emisión de títulos llamados cédulas y bonos hipotecarios, generalmente respaldados por los créditos

---

<sup>86</sup> G. Molle. *Manuale di Diritto Bancario*. 2ª Edición. Dott A. Giuffre Editore Milano, 1977. Traducido por el Dr. M. A. Bonfanti. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot. Pág. 203.

constituidos a su favor. Estos colocan dichos recursos para la construcción de vivienda, casi sin excepción, y contra la garantía de una hipoteca constituida sobre el mismo bien construido o comprado. Atiende entonces un sector específico de la actividad económica y busca satisfacer una necesidad primaria, particularmente sentida en América Latina: dotar a la población de vivienda adecuada, con la advertencia de que existen porcentajes muy elevados de la misa que carecen de ella”<sup>87</sup>.

Dada la naturaleza del destino de la inversión, las condiciones de exención de las cuales gozaría la operatividad del fideicomiso, y el fin último que es proveer de vivienda propia a los que carecen de ella y no cuentan con la posibilidad económica requerida dadas las condiciones del mercado inmobiliario y sus garantías hipotecarias bancarias; en el fideicomiso con destino inmobiliario –Mixto-, opera el fideicomiso de garantía, lo que no implica la constitución de gravamen hipotecario sobre bienes inmuebles, siendo que el fiduciario como titular del patrimonio fideicomiso, encargado de su administración y cumplimiento de los fines, es quien al acaecer el incumplimiento de pago, proceso conforme al procedimiento preestablecido a realizar la garantía en subasta pública notarial, lo que permitirá la agilización y movilización de los recursos para el cumplimiento de las obligaciones, evitará gastos e intereses ordinarios y moratorios innecesarios, y con la posibilidad de reembolsar al fideicomisario en segundo lugar, de cualquier remante una vez se hagan satisfecho las obligaciones en el orden de pago que se estipuló en la negociación.

**Por medio de la creación de Certificados de Participación.** Otra modalidad se contempla al constituir el fideicomiso, se atribuye al fiduciario la titularidad de un bien inmueble, (ejemplo: Edificio o Centro Comercial), el que además está regulado por el Régimen de Propiedad Horizontal, quedando facultado el fiduciario para emitir Certificados de Copropiedad, y se negocien al público como valores de inversión. En esta modalidad el fideicomiso conserva, por el plazo pactado, la administración del complejo habitacional conforme los objetivos y destinos convenidos, por lo que los adquirentes son propietarios únicamente de estos certificados de copropiedad, los cuales incorporan en su naturaleza mercantil la flexibilidad de su negociación y traspaso.

---

<sup>87</sup> S. Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios*. Ob. Cit. Pág. 104.

Esta operación fiduciaria es muy especializada, y por el momento, no está desarrollada en una regulación propia. El fiduciario aparecerá inscrito en el Registro General de la Propiedad como titular del inmueble, y se encargará de los servicios comunes del inmueble; sin embargo, los inversionistas tendrán el goce de los derechos que los certificados de copropiedad les han atribuido respecto de un apartamento, residencia o local comercial en particular y sus áreas comunes, según sea el caso. El título constituirá una inversión financiera negociable y transferible como título valor que otorga una parte alícuota determinada (apartamento, residencia o local comercial) y otra indeterminada (áreas comunes). Para este concepto, debe determinarse quién es el responsable del pago de los gastos de administración y mantenimiento del complejo inmobiliario, el pago de los servicios tanto de la parte alícuota determinada e indeterminada, las reparaciones locativas, desperfectos de la obra y los impuestos territoriales.

### **3.11. Incumplimiento por parte del comprador/deudor**

Una vez cumplido los fines, en forma parcial o total,

del fideicomiso, los bienes inmuebles cuyo adeudo ha sido cancelada y entregados los frutos de la inversión, con lo cual se pagó el precio del inmueble al constructor; el complejo habitacional será entregado en propiedad al comprador, quedando satisfactoriamente ejecutado el encargo. Sin embargo, debemos advertir la posibilidad del acaecimiento de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, y las que no estén contempladas en el seguro del crédito, que impidan al Fideicomisario en segundo lugar, el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas, circunstancias extraordinarias que habilitarían la venta en pública subasta notarial de la unidad habitacional y la consecuente pérdida del derecho de habitación para el deudor y su familia.

### **3.12. El Instituto De Fomento De Hipotecas Aseguradas (F.H.A.)<sup>88</sup>**

En el año 1934 surge en los Estados Unidos de América, surge la Administración Federal de la Vivienda “Federal Housing Administration” (F.H.A.), que implementó un seguro de hipotecas, para garantizar a los inversionistas- acreedores la recuperación de su dinero ante el incumplimiento de pago del deudor. Su objetivo era promover la construcción de vivienda, generar fuentes de trabajo, y canalizar el financiamiento de los bancos en el sector de la construcción habitacional. El sistema fue implementado en Latinoamérica. Bajo este sistema el banco cobra al FHA el seguro de la hipoteca, evitando la ejecución judicial y el costo financiero que esto implica. Se inicia en Guatemala con la creación del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas con el decreto 1448 del Congreso de la República de Guatemala, en el año 1961. Inicio sus operaciones adscritas al banco Crédito Hipotecario Nacional, por tres años, hasta que actuó de manera independiente.

Los objetivos: emitir el resguardo de asegurabilidad, a fin de ofrecer la oportunidad de casa propia a toda persona, con el único de esfuerzo del pago de la cuota mensual, conforme al análisis de crédito correspondiente; fomentar la construcción en gran escala de viviendas de todo tipo, a fin de disminuir el déficit de necesidad de vivienda; asegurando la inversión por medio del seguro de hipoteca, garantizando a los intermediarios financieros el retorno del dinero, en caso de incumplimiento de pago.

Es una institución estatal descentralizada, gobernada por una Junta Directiva, integrada por representantes del Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Economía; de la Junta Monetaria, de la cámara de la construcción, banco nacional de la vivienda, entidades aprobadas y afiliadas al sistema FHA; por el plazo de 2 años. La supervisión está a cargo de la Superintendencia de Bancos. Los intereses que devenguen los préstamos están exentos de pago de impuestos.

Seguro de Hipoteca: El documento que garantiza al titular y al legítimo tenedor de un crédito, préstamo o cédula hipotecaria, mediante el pago puntual de la prima pactada, el

---

<sup>88</sup> Profesor Legal. *Curso de derechos reales*. [En línea]  
<http://www.profesorlegal.com/course/derecho-civil-2>

cobro íntegro del principal, intereses y demás obligaciones de los préstamos conforme y en la forma que se hubiere consignado en el documento o título que ampara las obligaciones hipotecarias aseguradas.

El Fomento de Hipotecas Aseguradas, reconocido como FHA, ofrece el seguro con cobertura para pérdida de empleo, fallecimiento e invalidez y expone “Este nuevo seguro tomó vigencia a partir del 2 de enero de 2013, dicho seguro se implementó para proteger el esfuerzo que las familias efectúan para comprar su vivienda, tomando en cuenta que es la inversión más importante para las familias y la cual puede verse afectada ante la disminución de ingresos por diversas razones.

1. Indemnización del saldo total o parcial del préstamo, ante el fallecimiento de los deudores.
2. Indemnización del pago total o parcial del préstamo debido a invalidez total y permanente que afecten a los deudores.
3. El pago de seis cuotas mensuales del crédito de vivienda, ante la pérdida de empleo. En estos casos podrá utilizarse hasta 2 veces cada 5 años, si el deudor cumple con todos los requisitos del normativo.”<sup>89</sup>

*Ius Vendendi.* La doctrina señala que “en caso de no ser abonada la deuda asegurada, el fiduciario puede proceder a la venta de la *res fiduciae* que será plenamente válida dado que es el titular del derecho... El fiduciario deberá actuar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. No se concibe, entonces, la posibilidad de abusar de la confianza del deudor. A los efectos de dotar de transparencia a todo el proceso, es recomendable, que todo contrato de fideicomiso de garantía se estipule con claridad el **sistema de ejecución** a observarse para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada.”<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas (FHA). [En línea] <http://casanuevafha.com.gt/category/articulos/>. (Consulta: 3 de agosto de 2016).

<sup>90</sup> B. V. Freire. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 153.

Considerando el componente social del proyecto, y teniendo presente que estamos ante un negocio mercantil de inversión financiera, el Comité Técnico deberá oportunamente someter a conocimiento y decisión aquellos casos de incumplimiento que por la naturaleza de las circunstancias ameriten conceder prórrogas, reestructuración de deuda, condonación de intereses moratorios, entre otros; salvo que el riesgo acaecido esté dentro de los supuestos del **seguro** contratado, ya que de ocurrir algún accidente que inhabilite al deudor a trabajar de manera temporal o definitiva o el fallecimiento del deudor, el **seguro** cubriría el saldo del adeudo conforme las condiciones de la póliza.

En el capítulo siguiente, abordaremos el procedimiento extrajudicial que el fiduciario debe realizar para la recuperación de los adeudos en favor del fideicomisario en primer lugar (acreedor) al incurrir el deudor en incumplimiento de pago.

## CAPÍTULO IV

### 4. Ejecución extrajudicial por incumplimiento de las obligaciones

#### 4.1. Régimen especial de ejecución de hipoteca

El fideicomiso de garantía *per se* no requiere una reforma legislativa, sino por medio de su operatividad se crea una institución novedosa de negociación jurídica por medio del instrumento financiero llamado fideicomiso, en el que las garantías inmobiliarias - conocidas en derecho civil como hipotecas-, podrán ejecutarse bajo su propio procedimiento establecido en el contrato, que es ley entre las partes.

La realización de la garantía fiduciaria es una consecuencia legal y contractual derivada del incumplimiento por parte del deudor de las condiciones y presupuestos necesarios para ser considerado como beneficiado con este particular financiamiento. Por ejemplo: Se condiciona que el inmueble sea destinado en forma exclusiva para la vivienda; que la vivienda sea exclusiva para deudor y su grupo familiar; se tiene prohibido arrendar o subarrendar el bien inmueble; el pago mensual en el modo, la forma y tiempo convenido. Y nos referiremos al incumplimiento de cualquiera de estas condiciones, dará por vencido el plazo del contrato, y faculta al acreedor a exigir judicialmente el pago del adeudo; en la práctica la condición que más comúnmente se incumple es el pago puntual de las cuotas mensuales a las que se hubiere obligado.

En caso de incurrir en mora por un plazo de dos meses, en el pago de las amortizaciones de capital e intereses, el fiduciario administrador, intimará al deudor en su domicilio (artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y artículos 12 y 18 del Código Procesal Civil y Mercantil), y lugar en el que se encuentra ubicado el bien inmueble que constituye la garantía real, para exigirle cumpla con el pago, fijándole un plazo prudencial predeterminado en el reglamento, y de no mediar el pago íntegro de la suma requerida, el inmueble será subastado en la vía extrajudicial.

El fiduciario deberá utilizar los medios de comunicación idóneos que causen certeza jurídica de la efectiva y oportuna notificación del requerimiento al deudor (notificación notarial); salvo que este hubiere abandonado el bien inmueble, lo cual constituye incumplimiento a otra condición resolutoria, que le hace perder su derecho como beneficiario del financiamiento.

El fiduciario procederá a la realización del bien en pública subasta, y con su producto cubrirá los gastos de la subasta; las obligaciones crediticias de capital, intereses, los gastos judiciales y extrajudiciales derivados del lanzamiento, y si existe algún remanente se acreditará en cuenta a favor del deudor.

Concluido el proceso de subasta pública notarial, y adjudicado el inmueble al mejor postor, el fiduciario con fundamento en los antecedentes notariales requerirá al Juez verificar por medio de una Prueba Anticipada de Reconocimiento Judicial, el estado de la ocupación o no por el deudor y en la misma, se podrá pedir judicialmente la posesión y entrega del bien; para la realización de tal diligencia podrá el Juez auxiliarse de un notario propuesto por el fiduciario (artículo 33 del Código Procesal Civil y Mercantil).

De comprobarse que el bien inmueble está ocupado por el deudor, en el mismo acto se intimará al deudor a su desocupación en el plazo que la ley determine, bajo apercibimiento de lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública. El deudor podrá ejercitar su derecho de defensa ante el Juez que conozca la causa, en la audiencia que se le conceda para el efecto. Estas diligencias se realizan en pieza judicial, y podrá el Juez apersonarse al lanzamiento o bien, encomendar a un notario tal diligencia, debiendo remitir el informe de todo lo actuado al Juez. El notario requerirá el auxilio de la fuerza pública, estará autorizado para allanar el domicilio, abrir cerraduras de ser necesario, poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble a costa del deudor; entregará y dará posesión del bien inmueble al Fiduciario administrador o al adjudicatario.

## 4.2. Procedimiento de ejecución extrajudicial

**La subasta de los bienes fideicometidos que constituyen la garantía.** “Mc Naught González sugiere, como procedimiento de ejecución de garantía de bienes inmuebles, que creemos adaptable a los inmuebles, que en la práctica mejicana ha dado resultados favorables el siguiente:

1º. Solicitud escrita del fideicomisario (acreedor) para iniciar el procedimiento, con una constancia certificada por contador público acerca de la liquidación de la deuda reclamada.

2º. Recepción de recursos del fideicomisario para afrontar los gastos del procedimiento.

3º. Notificación al fiduciante del incumplimiento y requerimiento para que el deudor acredite el pago o cumplimiento de las obligaciones según lo previsto en el contrato de fideicomiso. La notificación se debería cursar por un medio fehaciente.

4º. Cumplida la notificación y agotado el plazo para que el deudor pague, o acredite documentadamente el pago de la obligación que se le reclama, el fiduciario cumplimenta el trámite de tasación para establecer el precio de la venta o el de adjudicación.

5º. Venta por medio de profesionales, como martilleros y corredores públicos, de reconocido prestigio. Una buena publicidad en los medios para asegurar la concurrencia de los interesados en la compra.

6º. Se suele convenir, en el capítulo correspondiente del contrato de fideicomiso, el procedimiento de venta al martillo cuando fracasa, en un plazo preestablecido, la venta privada.

7º. Transmisión de los bienes al adquirente.

8º. Procedimiento de liquidación del producido de la venta y aplicación a la deuda insoluta y gastos del procedimiento de la realización. En su caso, rendición de cuentas y restitución del remanente, si lo hubiera.”<sup>91</sup>

Este procedimiento está a cargo del Fiduciario como administrador de la garantía, sin embargo, no considera la etapa de entrega y posesión del bien inmueble al adjudicatario, por lo que para ese efecto se propone el procedimiento siguiente:

#### **4.2.1. Procedimiento de venta en subasta pública ante notario**

Los fideicomitentes adherentes –deudores- en el libre ejercicio de la disposición de sus bienes y derechos, al aportar el patrimonio fideicometido en forma expresa e irrevocable, aceptan y se someten al procedimiento de venta del bien inmueble aportado al fideicomiso en subasta pública ante notario, y con su producto se proceda a efectuar el pago al Fideicomisario en Primer Lugar de su respectiva acreeduría, así:

1º. Ante la falta de pago o incumplimiento de las condiciones pactadas, especialmente de las amortizaciones a capital e intereses del crédito, así como el incumplimiento en el pago de impuestos, primas de seguro, y de las condiciones resolutorias impuestas para disfrutar del derecho real de habitación, el Fideicomisario en Primer Lugar (acreedor) hará constar de manera fehaciente (certificación contable) el incumplimiento de pago y notificará por escrito a la entidad fiduciaria la decisión de iniciar el procedimiento, para los efectos que se organice la venta de la unidad habitacional correspondiente. Según corresponda la causal de incumplimiento el Fideicomisario en primer lugar debe acreditarlo ante el fiduciario.

2º. Recibida la constancia del incumplimiento y la decisión del Acreedor Fideicomisario en Primer Lugar, la entidad Fiduciaria procederá a notificar notarialmente al deudor - Fideicomitente Adherente y Fideicomisario en segundo lugar-, para que en un plazo

---

<sup>91</sup> R. Mc Naught González. *Actualidad y Futuro del Fideicomiso en Méjico*. Méjico: Instituto Fiduciario Bancomer, obra colectiva, 1997. Pág. 404. Citado en la obra *Teoría y Práctica del Fideicomiso* de C. M. Kiper y S. V. Lisoprawski. Pág. 40.

máximo de diez días, acredite de manera documental que ha subsanado su incumplimiento reclamado; en caso de no hacerlo, el procedimiento continuará sin más trámite.

3º. Los gastos del procedimiento que genere la realización de la venta en pública subasta, puede ser proveídos preferentemente por el Fideicomitente Adherente al momento de aportar el bien al fideicomiso en calidad de depósito (valor aproximado); por el Acreedor Fideicomisario en Primer Lugar; o bien por la entidad Fiduciaria, éstos dos últimos podrán reembolsarse estos gastos con el producto de la venta de la unidad habitacional; salvo el caso, de adjudicación en pago por parte del acreedor.

4º. La entidad fiduciaria divulgará la venta del patrimonio fideicometido por adhesión, por el medio de comunicación social que estime pertinente y las veces que así lo considere, indicando la fecha de la subasta y fijando con base en el saldo deudor presentado para el efecto por el acreedor, el precio mínimo de los bienes objeto de la subasta; se indicará el momento hasta el cual podrán presentarse ofertas, en el entendido que los bienes se adjudicarán a la mejor oferta presentada.

5º. Para participar como postor, deberá previamente realizar un depósito, equivalente a un porcentaje del valor publicado para la venta, que no podría ser inferior al diez por ciento (10%); monto que será reintegrado a quienes participen que no resulten adjudicatarios en la subasta.

6º. El deudor Fideicomitente Adherente tendrá derecho de tanteo, siempre y cuando cancele la totalidad de las obligaciones generadas del crédito; es decir, finiquite sus obligaciones crediticias a cabalidad.

7º. El día y hora señalado para la realización de la subasta pública, la entidad Fiduciaria en presencia de Notario nombrado por ésta, fincará la venta del bien inmueble objeto de subasta en el mejor postor.

8º. A falta de oferentes o postores o que la subasta no se pueda realizar por cualquier motivo, la entidad fiduciaria podrá:

i) Convocar nuevamente a subasta pública, bajo las mismas condiciones de la primera, salvo el derecho del acreedor a decidir unilateralmente reducir el monto de la postura hasta un veinte por ciento del valor de venta inicial; y

ii) Adjudicar en pago –a petición del acreedor- el inmueble objeto de la subasta, con el fin de saldar la deuda a su favor; instruyendo para que se formalice la correspondiente escritura traslativa de dominio a favor del Acreedor; inmueble que recibirá libre de gravámenes, anotaciones y limitación, de conformidad con el artículo 1173 del Código Civil.

9º. Una vez fincada la venta en el mejor postor, y este haya cancelado totalmente su importe, la entidad fiduciaria le otorgará la escritura traslativa de dominio, siendo por cuenta del adjudicatario el pago de todo gasto e impuestos para la formalización y registro del negocio. En caso de adjudicación en pago a favor del acreedor o adjudicación al mejor postor, la exoneración del impuesto al valor agregado que se plantea en este trabajo de tesis, no sería aplicable a estos supuestos contractuales; lo que ocurriría únicamente en caso de adjudicación al Fideicomisario en Segundo Lugar.

10º. Habiéndoseles adjudicado el bien inmueble, y ante la negativa de entrega y desocupación voluntaria por parte del deudor; los interesados como propietarios procederán judicialmente en la **vía sumaria de desahucio** en contra del deudor-habitacionista, cuyo derecho ha quedado resuelto, en su calidad de simple tenedor.

11º. Si el inmueble estuviere desocupado. Concluido el proceso de subasta pública notarial, y adjudicado el inmueble al mejor postor, el fiduciario con fundamento en los antecedentes notariales requerirá al Juez verificar por medio de una Prueba Anticipada de Reconocimiento Judicial, el estado de la desocupación del inmueble, constatada ésta se podrá pedir judicialmente la posesión y entrega del bien; para la realización de tal

diligencia podrá el juez auxiliarse de un notario propuesto por el fiduciario (artículo 33 del Código Procesal Civil y Mercantil).

Este procedimiento puede estar contenido en el propio contrato de constitución del fideicomiso, o bien ser referido en un reglamento específico.

El notario tiene la responsabilidad de actuar con base en los principios que inspiran el derecho notarial y las funciones notariales que garantizan la imparcialidad, objetividad y buena fe en su actuar.

Todas las diligencias quedarán documentadas por medio de actas notariales las que se autorizarán una en pos de otra, en riguroso orden cronológico, acompañando los atestados y constancias atinentes, formando un expediente por ser una diligencia en jurisdicción voluntaria.

El deudor tiene garantizado el ejercicio de su derecho de defensa por medio de los medios legales, procurando que cualquier controversia sea resuelta por medio de la conciliación, y ante la imposibilidad de llegar a un convenio, puede someter su inquietud o solicitud a conocimiento y decisión del Comité Técnico quienes resolverán lo que consideren procedente. No obstante, queda expedita la vía de la acción constitucional de amparo ante cualquier violación a sus derechos de defensa y debido proceso que no sean atendidos en la forma conciliatoria por el fiduciario.



## CAPÍTULO V

### 5. Incidencia tributaria

La propuesta de exención de pago del Impuesto al Valor Agregado de los negocios jurídicos que subyacen al contrato de fideicomiso con destino inmobiliario, se fundamenta en los principios doctrinarios de “generalidad”; “igualdad; y “capacidad económica”.

#### 5.1. Principios doctrinarios

**Generalidad:** “En primer lugar, el referido principio debe informar, con carácter general, el ordenamiento tributario, exigiendo que el mismo no trate de forma distinta situaciones que son idénticas y, en definitiva, prohibiendo que se establezcan discriminaciones carentes de fundamento en el tratamiento fiscal de los ciudadanos.”<sup>92</sup>

Este principio prohíbe que se establezcan discriminaciones en el tratamiento fiscal de las personas, encontrándose en situaciones de igual naturaleza. En el caso que nos ocupa, existe un grupo vulnerable de habitantes dentro de la República de Guatemala, que están imposibilitadas materialmente dadas las condiciones y estructurales de las instituciones jurídicas actuales que constituyen un obstáculo a su derecho integral como persona y la de sus familias. Un sector de la población que se encuentran en una situación distinta por carecer de los medios económicos suficientes para proveer a su familia de una vivienda digna.

En este sentido, consideramos que la exoneración de impuestos sería de carácter general a todo sujeto pasivo (grupo familiar) que reúna las condiciones predeterminadas para atribuirle la calidad de fideicomisario en segundo lugar del Fideicomiso con destino Inmobiliario, de tal suerte que la persona tenga la capacidad de adquirir **su primera**

---

<sup>92</sup> J. Martín Queralt; C. Lozano Serrano; F. Poveda Blanco. *Derecho Tributario*. 10a. Ed. Navarra, España. Ed. Aranzadi, S.A. Pág. 52.

**vivienda** a precios sumamente accesibles, tomando en consideración su condición económica limitada por la falta de oportunidades con las que hoy afronta.

La exoneración del impuesto tiene suficiente justificación al considerarse un beneficio que facilitará que el Estado cumpla con la obligación de garantizar a la población la seguridad y el derecho a la vivienda, como derechos fundamentales, siendo los beneficiarios directos la niñez y la adolescencia, quienes tiene derecho a crecer dentro de un ambiente sano y seguro, lo que obtendrán por medio de habitar en una vivienda propia.

De esta experiencia y de los beneficios físicos y psicológicos hemos tenido la oportunidad de recibirlos por medio del Patrimonio Familiar, que es una institución que garantiza la seguridad de la familia.

**Igualdad:** El Tribunal Constitucional guatemalteco ha sostenido que no existe discriminación ante situaciones desiguales, las que en aplicación de la justicia deben ser consideradas de manera distinta por su propia naturaleza. Para los efectos de las obligaciones tributarias, el principio de igualdad tributaria se entiende de la misma manera como la capacidad económica; y en el caso que nos ocupa, existe un proceso de comprobación que los beneficiarios no han tenido, no tienen, ni tendrán a corto o mediano plazo la capacidad económica para adquirir por sí solos su primera vivienda; por lo que en este sentido el principio de igualdad no veda el tratamiento desigual, cuando esta es razonable y fundamentada.

Entonces podemos concluir, que otorgar el beneficio tributario a aquellas personas hasta ahora carentes de opciones, que por primera vez tendrán la posibilidad de adquirir, su vivienda con régimen de patrimonio familiar, con un financiamiento blando y sensibilizado, no constituirá una discriminación frente a otras personas que con gran esfuerzo encontraron otros mecanismos de financiamiento en el mercado, por lo que ya cuentan con una propiedad que constituye su vivienda y cuyo precio se encuentren pagando.

La Corte de Constitucional de Guatemala, sostuvo en Sentencia de fecha veintitrés de febrero de dos mil doce, dictada dentro del expediente 3009-2012, en el análisis del artículo 4 constitucional: "(...) el derecho que esta norma garantiza no exige simplemente un mismo trato legal para todos los ciudadanos, sino determina que, ante situaciones que

revelen disparidad de las condiciones o circunstancias existentes (objetivas o subjetivas), el legislador está en posibilidad de observar tales diferencias a fin de que su reconocimiento legal y, por ende, la regulación de un tratamiento diferenciado, resulte eficaz para el aseguramiento de los valores superiores que inspiran al texto constitucional y, a la vez, para el logro de los fines que este impone a la organización social. Cabe añadir que ese desigual tratamiento legal debe no solo justificarse en la existencia de condiciones objetivas o subjetivas efectivamente distintas entre una y otra situación, sino que, más que ello, **ha de perseguir la garantía del ejercicio de los derechos y la realización de los valores que determinan la razón de ser del Estado**, como causas fundamentales que hacen exigible –sino imperativa- una disímil regulación normativa ante las diversidades constatadas.”<sup>93</sup>

Con este aporte jurisprudencial, confirmamos la posibilidad de legislar apropiadamente la figura del fideicomiso que administre fondos público-privado con destino Inmobiliario, en el que se otorgan exenciones tributarias a todos los negocios jurídicos que subyacen al fideicomiso, y que son necesarios o indispensables para el cumplimiento de los fines del mismo.

“En el ámbito tributario es frecuente considerar que el principio de igualdad se traduce en forma de capacidad contributiva, en el sentido de que situaciones económicamente iguales sean tratadas de la misma manera, puesto que la capacidad económica que se pone de relieve es la misma. Sin embargo, ello no significa que el principio de igualdad tributaria agote su contenido con el de capacidad económica; entre otros motivos porque, como lo señaló el Tribunal Constitucional, las discriminaciones no son arbitrarias cuando se establecen en función de un criterio amparado por el ordenamiento, aun cuando pertenezca a otra rama jurídica. Por tanto, según el Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional Español), el principio de igualdad no veda cualquier desigualdad, sino solo la desigualdad que no sea razonable y carezca de fundamentación; es decir, la

---

<sup>93</sup> Lo resaltado es propio.

desigualdad que pueda ser calificada como discriminatoria –en relación con presupuestos de hecho idénticos-.”<sup>94</sup>

Entonces podemos considerar, que otorgar el beneficio tributario a aquellas personas hasta ahora carentes de opciones, que por primera vez tendrán la posibilidad de adquirir, su vivienda con régimen de patrimonio familiar, con un financiamiento blando y sensibilizado, no constituirá una discriminación frente a otras personas que con gran esfuerzo encontraron otros mecanismos de financiamiento en el mercado, por lo que ya cuentan con una propiedad que constituye su vivienda y cuyo precio se encuentren pagando.

“En conclusión: a) el principio de igualdad en el ámbito tributario se traduce en el respeto al *principio de capacidad económica*, de forma que situaciones económicamente iguales deben ser tratadas de la misma manera; b) el *principio de igualdad* no veda cualquier desigualdad, sino solo aquella que pueda reputarse como discriminatorio, por carecer de justificación; c) el principio de igualdad no solo exige la igualdad ante la ley, sino también la igualdad en la aplicación de la ley; d) el principio de igualdad no ampara el derecho a imponer o a exigir diferencias de trato en situaciones o supuestos desiguales (discriminación por indiferenciación); e) el principio de igualdad debe interpretarse en conexión con las exigencias derivadas de otros principios constitucionales; f) la igualdad en el marco del sistema tributario debe complementarse con la igualdad en el ordenamiento del gasto público, lo que se traduce en la necesidad de asignar equitativamente los recursos públicos.”<sup>95</sup>

No obstante lo anterior, es oportuno plantear la viabilidad de este mecanismo financiero constituido por medio del fideicomiso con destino Inmobiliario, como un instrumento de financiamiento social, que podría sustituirse por el crédito que fue antes constituido en otra institución financiera como un crédito bancario con garantía hipotecaria; siempre y cuando, previo análisis las condiciones de financiamiento que ofrezca el Fideicomiso en cuanto interés, plazo y formas de pago, le sean más convenientes al interesado, y por

---

<sup>94</sup> J. Martín Queralt; C. Lozano Serrano; F. Poveda Blanco. *Derecho Tributario*. 10a. Ed. Navarra, España. Ed. Aranzadi, S.A. Pág. 56.

<sup>95</sup> *Ibíd.* Pág. 59.

supuesto, que tenga las calidades para ser considerado fideicomisario, es decir que también se trate de aquel financiamiento que fue autorizado para adquirir su primera vivienda la que además se constituirá bajo el régimen de Patrimonio Familiar.

**Capacidad Económica:** Es el principio material de justicia en el ámbito tributario. “Decir que se debe contribuir, que se debe pagar tributos, de acuerdo con la capacidad económica de quien deba pagarlos, es una afirmación en la que todo el mundo se pone de acuerdo. Las discrepancias comienzan en el momento de determinar qué hechos son indicativos de capacidad económica... la concreción del principio de capacidad económica no puede petrificarse en fórmulas rígidas que, de forma matemática, sean o no, siempre y en todo caso, indicativas de capacidad económica apta para soportar cargas tributarias.”<sup>96</sup>

Ha quedado claro, que el fin último que persigue nuestra propuesta es promover el mecanismo financiero que facilite el financiamiento de los habitantes de la República de Guatemala, para adquirir su primera vivienda. Las condiciones subjetivas y objetivas de los que califiquen como fideicomisarios del fideicomiso son plenamente determinables, tales como: a) la persona debe tener bajo su cargo al grupo familiar, indistintamente que esté casado (a) o no; viva maridablemente o no; siendo indispensable acreditar la existencia de este núcleo familiar compuesto por **hijos** que se encuentren bajo su guarda y custodia, (minoría de edad y/o con incapacidad absoluta) o **padres y/o abuelos** (personas de la tercera edad) a fin de brindar la protección a la niñez, la adolescencia, a los ancianos y personas con capacidades especiales; b) que el crédito que se autoriza sea para invertirlos en su **primera** vivienda; c) que suscriba el compromiso aceptando el derecho de habitación con exclusividad para el núcleo familiar, el que ha declarado en su solicitud, salvo el acaecimiento de circunstancias fortuitas y de fuerza mayor (muerte de algún miembro de su grupo familiar; el nacimiento de hijos, incorporación padres o abuelos, siempre que estos se encuentran en el rango de la tercera edad; lo que deberá notificarse al fiduciario y siendo aprobadas por el Comité Técnico requerirá la formalización de la modificación del derecho de habitación originalmente pactado; d) que su capacidad económica sea suficiente para cubrir las necesidades de la canasta básica,

---

<sup>96</sup> *Ibíd.* Pág. 61.

y la cuota mensual de pago que incluya capital e intereses, esté garantizada con sus ingresos acreditados de manera fehaciente.

Como ha señalado el tratadista Martín Delgado “la determinación del mínimo vital constituirá un problema de justicia que dependerá de cuál sea el ideal sentido por la comunidad en cada momento histórico y adoptado por el ordenamiento jurídico” <sup>97</sup>

El citado tratadista se refiere a “la labor del legislador en la tarea de configurar los hechos imponibles por medio de la exención del mínimo vital, entendiéndose por tal, la existencia de una cantidad que no puede ser objeto de gravamen, toda vez que la misma se encuentra afectada a la satisfacción de las mínimas necesidades vitales de su titular.”<sup>98</sup>

El Fideicomiso con destino Inmobiliario, está encaminado a satisfacer las necesidades mínimas de vivienda digna para los habitantes y sus familias dentro la República de Guatemala; la seguridad jurídica que representa para la persona ser el titular del complejo habitacional en el que reside con su familia de manera estable, **constituye un derecho fundamental que debe garantizar el Estado** de Guatemala, y generar las condiciones para hacerlo posible, subrayando el interés superior del niño.

## 5.2. Fundamento constitucional

### Constitución Política De La Republica De Guatemala

**“Artículo 1o. Protección a la persona.** El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.”

**“Artículo 2o. Deberes del Estado.** Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

---

<sup>97</sup> *Ibidem*. Págs. 61 y 62

<sup>98</sup> *Ibidem*. Pág. 61.

**“Artículo 105. Viviendas de los trabajadores.** El Estado, por medio de las entidades específicas, apoyará la planificación y construcción de conjuntos habitacionales, estableciendo los adecuados sistemas de financiamiento, que permitan atender los diferentes programas, para que los trabajadores puedan optar a viviendas adecuadas y que llenen las condiciones de salubridad. Los propietarios de las empresas quedan obligados a proporcionar a sus trabajadores, en los casos establecidos por la ley, viviendas que llenen los requisitos anteriores.”

**“Artículo 118. Principios del Régimen Económico y Social.** El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional. **Cuando fuere necesario, el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados.**”<sup>99</sup>

**“Artículo 119. Obligaciones del Estado.** Son obligaciones fundamentales del Estado: (...) **g)** Fomentar con prioridad la construcción de viviendas populares, mediante sistemas de financiamiento adecuados a efecto que el mayor número de familias guatemaltecas las disfruten en propiedad. Cuando se trate de viviendas emergentes o en cooperativa, el sistema de tenencia podrá ser diferente.”

Existen disposiciones constitucionales que avalan el planteamiento de este trabajo de investigación, a efecto de integrar, con las instituciones jurídicas financieras existentes, un instrumento financiero universal y flexible que permita contribuir al desarrollo de las personas, permitiendo el acceso a fuentes de financiamiento debidamente garantizado, para ser beneficiado como adjudicatario de un complejo habitacional que constituya su primera vivienda y el hogar para su familia, en calidad de propietarios, en el ejercicio del derecho protegido por el Estado de Guatemala.

---

<sup>99</sup> Lo resaltado es propio.

### **5.3. Normativa ordinaria en materia tributaria**

Por otra parte, el artículo 7 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, citada, en su numeral ocho (8), también considera la exoneración del pago del impuesto para la constitución de fideicomisos y la devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente. Los actos gravados conforme a esta ley que efectúe el fiduciario quedan afectos al pago de este impuesto.

Esta norma fiscal, se encuentra en armonía con el artículo 792 del Código de Comercio del que ya hicimos referencia en este apartado, por lo que considero que la modificación de esta norma fiscal sería necesaria, encaminada a exonerar todas las operaciones técnicas, jurídicas y financieras que sean necesarias para el cumplimiento del fin del fideicomiso con destino inmobiliario; quedando por supuesto excluido los impuestos que afectan al fiduciario en su función propiamente dicha y los que recaen sobre el inmueble a cargo del fideicomisario, como se regula en el segundo párrafo del inciso ocho (8) el cual quedaría igual e inalterable. Me refiero a facilitar aquellos negocios jurídicos de promesa, adjudicación o compraventa de inmueble, corretajes, agencias, obligaciones del mercado bursátil, mandatos, compra de los materiales destinados a la construcción, desde su planificación hasta su entrega, honorarios técnicos y profesionales, etcétera, que sean necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso; e incluyo compraventa de inmuebles, en caso no ocurra por aportación al fideicomiso, como sí lo sería de los bienes del Estado recuperados de los procesos de extinción de dominio; los bienes inmuebles propio del Estado declarados sin uso productivo o los bienes propiedad de las entidades autónomas que sean aportadas al fideicomiso como un beneficio para sus trabajadores, e incluso por qué no considerar aquellas empresas privadas, nacionales o extranjeras, que estén interesadas en aportar, o venderle al fideicomiso - bajo condiciones de mercado favorables-, el bien inmueble destinado a la construcción de vivienda para que sus trabajadores se acojan a los beneficios del Fideicomiso con Destino Inmobiliario.

La modificación de las leyes ordinarias, específicamente el artículo 792 del Código de Comercio, y el artículo 7, inciso 12 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, requiere un decreto legislativo, aprobado por el Honorable Pleno del Congreso de la República de Guatemala, y para el efecto debe promulgarse el Decreto que la contenga, específicamente para la regulación del Fideicomiso Mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario, de la materia jurídica de naturaleza mercantil; con efectos a nivel nacional; considerando el plazo de vigencia de hasta veinticinco años para cada fideicomiso; destinados a la entidades que la ley permite figurar en calidad de fiduciarios bajo sus leyes y reglamentos específicos.

Así se encuentra regulado en el artículo 7 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, decreto 27-92 del Congreso de la República de Guatemala, que en su parte conducente establece: “**ARTICULO 7.\* De las exenciones generales.** Están exentos del impuesto establecido en esta ley:... 12. La venta de vivienda con un máximo de ochenta (80) metros cuadrados de construcción cuyo valor no exceda de doscientos cincuenta mil quetzales (Q.250,000.00) y la de lotes urbanizados que incluyan los servicios básicos, con un área máxima de ciento veinte (120) metros cuadrados, cuyo valor no exceda de ciento veinte mil quetzales (Q.120,000.00). Además, el adquiriente deberá acreditar que él y su núcleo familiar carecen de vivienda propia o de otros inmuebles. Todo lo anterior deberá hacerse constar en la escritura pública respectiva.”<sup>100</sup>

La exención del Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) aplicable a todo negocio jurídico relacionado de manera directa que contribuyan al cumplimiento de los fines del Fideicomiso con destino Inmobiliario, tiene su justificación en atención a la persona a favor de quien se realiza (exenciones subjetivas), por la concurrencia de ciertas condiciones o circunstancias en la persona, y también respecto al hecho imponible (exenciones objetivas). El primero, me refiero a la persona que carece de vivienda propia para él y su familia; y el segundo, la urgente necesidad de construcción de complejos habitaciones destinados a vivienda familiar, a efecto de cubrir una necesidad social inaplazable.

---

<sup>100</sup> Ley del Impuesto al Valor Agregado. Decreto 27-92 del Congreso de la República de Guatemala.

“Sin dudas, el fideicomiso inspira certeza y seguridad a las operaciones subyacentes, a las cuales les sirve de medio de realización... ya que no es un negocio en sí mismo, sino el soporte jurídico que garantiza la realización de otros...”<sup>101</sup>. Una operatividad cuya exención tributaria también pueden superarse mediante el otorgamiento de fideicomisos de primer y segundo piso. De tal suerte que, cada negocio jurídico subyacente a la construcción de proyectos habitacionales sea ejecutado bajo la administración de otro fideicomiso.

La transferencia de la propiedad de los bienes al fideicomiso no se encuentra sujeta a ningún tipo de gravamen. Así lo regula el artículo 792 del Código de Comercio, y estipula “El documento constitutivo de fideicomiso y la traslación de bienes en fideicomiso, al fiduciario, estarán libres de todo impuesto. Igualmente, queda exonerada de todo impuesto la devolución de los bienes fideicometidos al **fideicomitente**, a la terminación del fideicomiso.” El segundo párrafo de la norma sustantiva, distingue y determina que “El contrato o acto por el cual el fiduciario traspase o enajene bienes inmuebles al **fideicomisario o a terceros**, queda sujeto a todos los impuestos que estuvieren vigentes en la fecha del acto o contrato, pero en caso de fideicomisos testamentarios, en lo que se refiere a inmuebles, el impuesto se graduará según el parentesco del fideicomitente con el respectivo fideicomisario.”<sup>102</sup>

Esto último debe integrarse con la normativa que contenida en el artículo 7 de la Ley del Impuesto de Herencias, Legados y Donaciones, decreto 431 del Congreso de la República de Guatemala.

Para los efectos prácticos del fideicomiso con destino Inmobiliario, se propone ampliación de la aplicación de la exoneración del impuesto a favor de los fideicomisarios o terceros, bajo la condición que se trate de la adquisición de bienes y servicios que contribuyan en forma directa, a los fines propuestos consistente en dotar, adjudicar o generar oportunidad para la adquisición de la *Primera Vivienda*, bajo el régimen de Patrimonio Familiar, normativa social que se encuentra vigente en las leyes fiscales de Guatemala,

---

<sup>101</sup> B. V. Freire. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 165.

<sup>102</sup> Código de Comercio de Guatemala. Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

pero que requiere su modificación por parte del órgano legislativo, para incluir esta negociación en particular.

“El fideicomiso, a diferencia de una sociedad mercantil, no tiene una personalidad jurídica propia, por tanto, su razón de existir depende de los intereses o propósitos de los fideicomitentes y/o fideicomisarios, por tanto, ellos son los contribuyentes. Lo anterior es así, ya que estas partes son las que reciben los rendimientos del fideicomiso.”<sup>103</sup> Es oportuno señalar que la operatividad del fideicomiso a cargo del fiduciario, sí genera el impuesto correspondiente que recae sobre la utilidad del fiduciario en lo que corresponda a la comisión por la administración del fideicomiso, como también el que recae sobre los intereses que devengarán los acreedores por la inversión, de conformidad con la Ley del Impuesto Sobre la Renta, decreto 26-92 del Congreso de la República de Guatemala, que en sus artículos 3 y 31 establecen en su parte conducente:

**“Contribuyentes:** Son contribuyentes del impuesto, las personas individuales y jurídicas domiciliadas o no en Guatemala, que obtengan rentas en el país, independientemente de su nacionalidad o residencia y por tanto están obligadas al pago del impuesto cuando se verifique el hecho generador del mismo. Para los efectos de esta ley, los entes, patrimonios o bienes que se refieren a continuación, se consideran como sujetos del Impuesto Sobre la Renta: los fideicomisos...”

“Rentas presuntas por intereses y por facturas especiales. Rentas presuntas por intereses: Para los efectos de esta ley en todo contrato de préstamo cualquiera que sea su naturaleza y denominación, se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de una renta neta por interés, que será la que resulte de aplicar sobre el monto total del préstamo, la tasa máxima activa bancaria vigente durante el período de liquidación definitiva anual. Los beneficiarios de intereses que sean personas domiciliadas en el país, los deben incluir en su declaración anual como parte de su renta que soportó la retención definitiva por aplicación del Impuesto sobre Productos Financieros, cuando proceda, en la proporción correspondiente a lo percibido en cada uno de los períodos de liquidación anual durante los cuales esté vigente la operación generadora de intereses.

---

<sup>103</sup> A. Sánchez Vega. *La Estrategia Fiscal en contratos de Fideicomiso*. 2ª. Edición. México: Instituto Mexicano de Contadores Públicos. Pág. 155.

Por su parte, los prestatarios deberán efectuar las retenciones que corresponda en los casos que proceda conforme a la ley.”

Por lo que, considerando que en el negocio fiduciario que nos ocupa, permitiría una forma efectiva de cumplir la protección del Estado por medio de la *adjudicación de la primera vivienda*, garantizando el ejercicio de los derechos constitucionales contenidos en los artículos siguientes:

#### **5.4. Derecho comparado**

La Ley 37/1992, del 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido de España, vigente desde el 1 de enero de 1993 al 1 de enero de 2016, en el apartado de Exenciones, en su artículo 91 Tipos Impositivos Reducidos, en los numerales 7º; 10º; 11º, y 12º incluyen:

**7.º** Los edificios o partes de los mismos aptos para su utilización como viviendas, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y anexos en ellos situados que se transmitan conjuntamente. En lo relativo a esta ley no tendrán la consideración de anexos a **viviendas** los locales de negocio, aunque se transmitan conjuntamente con los edificios o parte de los mismos destinados a **viviendas**. No se considerarán edificios aptos para su utilización como viviendas las edificaciones destinadas a su demolición a que se refiere el artículo 20, apartado uno, número 22.º, parte A), letra c) de esta ley.

**10.º** Las ejecuciones de obra de renovación y reparación realizadas en edificios o partes de los mismos **destinados a viviendas**, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

**a)** Que el destinatario sea persona física, no actúe como empresario o profesional y utilice la vivienda a que se refieren las obras para su uso particular. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, también se comprenderán en este número las citadas ejecuciones de obra cuando su destinatario sea una comunidad de propietarios.

b) Que la construcción o rehabilitación de la vivienda a que se refieren las obras haya concluido al menos dos años antes del inicio de estas últimas.

c) Que la persona que realice las obras no aporte materiales para su ejecución o, en el caso de que los aporte, su coste no exceda del 40 por ciento de la base imponible de la operación.

11.º Los arrendamientos con opción de compra de edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas, incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y anexos en ellos situados que se arrienden conjuntamente.

12.º La cesión de los derechos de aprovechamiento por turno de edificios, conjuntos inmobiliarios o sectores de ellos arquitectónicamente diferenciados cuando el inmueble tenga, al menos, diez alojamientos, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de estos servicios.

Las operaciones siguientes:

1.º Las ejecuciones de obras, con o sin aportación de materiales, consecuencia de contratos directamente formalizados entre el promotor y el contratista que tengan por objeto la construcción o rehabilitación de edificaciones o partes de las mismas **destinadas principalmente a viviendas**, incluidos los locales, anejos, garajes, instalaciones y servicios complementarios en ellos situados. Se considerarán destinadas **principalmente a viviendas**, las edificaciones en las que al menos el 50 por ciento de la superficie construida se destine a dicha utilización.

2.º **Las ventas con instalación de armarios de cocina y de baño y de armarios empotrados** para las edificaciones a que se refiere el número 1º anterior, que sean realizadas como consecuencia de contratos directamente formalizados con el promotor de la construcción o rehabilitación de dichas edificaciones.

3.º Las ejecuciones de obra, con o sin aportación de materiales, consecuencia de contratos directamente formalizados entre las Comunidades de Propietarios de las edificaciones o partes de las mismas a que se refiere el número 1º anterior y el contratista

que tengan por objeto la construcción de garajes complementarios de dichas edificaciones, siempre que dichas ejecuciones de obra se realicen en terrenos o locales que sean elementos comunes de dichas Comunidades y el número de plazas de garaje a adjudicar a cada uno de los propietarios no exceda de dos unidades.

“Consistiendo, pues, el hecho exento en el propio hecho imponible, cualificado por determinadas circunstancias, la norma de exención supone una consideración más detallada, más particularizada, de alguno de los supuestos integrados en aquel. Teniendo como fundamento una proyección más concreta sobre ellos de los principios y criterios de justicia tributaria, o bien la consecución de fines *extrafiscales* perseguidos por medio del sistema tributario (estímulos a la inversión, razones de política económica)”<sup>104</sup>

En el caso que nos ocupa, un fin *extrafiscal*, es cubrir la imperante necesidad de vivienda de las familias guatemaltecas, la cual debe declararse de urgencia nacional.

Así también lo consideró la legislación argentina en la ley 24.441, “en su artículo 50 del título IV prescribe que en los créditos hipotecarios para la vivienda, otorgados de conformidad con las disposiciones de esta ley, los gastos de escrituración por la traslación del dominio e hipoteca a cargo del cliente, por todo concepto, excluidos los impuestos, e incluido el honorario profesional, no podrán superar el 2% del precio de venta o la valuación del inmueble; cuando solo se deba otorgar hipoteca, el porcentaje establecido será calculado sobre el monto hipotecado.”<sup>105</sup>

Ahora bien, para considerar el impacto de estas exoneraciones en el erario público, tomando en cuenta que en ausencia de la alternativa financiera que se propone en este trabajo de investigación, las familias que carecen de vivienda propia, debido a su condición económica precaria, tampoco tendrán la posibilidad de adquirirla mediante otros medios financieros convencionales; en consecuencia, no hay ninguna expectativa de recaudación de impuestos al respecto, como ocurre actualmente. Contrario a ello, el desarrollo inmobiliario contribuirá grandemente con el movimiento de flujos de capitales,

---

<sup>104</sup> J. Martín Queralt; C. Lozano Serrano; F. Poveda Blanco. *Derecho Tributario*. Ob. Cit. Pág. 125.

<sup>105</sup> S. V. Lisoprawski y C. M. Kiper. *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*. Ob. Cit. Pág. 369.

será un generador fuentes de trabajo, atraerá la inversión nacional y extranjera en un mundo globalizado, interconectado por la tecnología y transferencia internacional de capitales, en una **economía social de mercado**.

No obstante, la exoneración específica al Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) en todas las transacciones comerciales que sean parte de las operaciones del fideicomiso encaminadas a su fin último, **dotar de su primera vivienda a las familias guatemaltecas**; no quedan incluidos en este beneficio otros impuestos, tales como el Impuesto Sobre la Renta; el Impuesto Único Sobre bienes Inmuebles; el Impuesto Notarial, los cuales cancelarán en la forma establecida en su leyes y reglamentos respectivos, respecto de su propio hecho generador.

**República de México.** La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito<sup>106</sup>, establece el procedimiento en caso de incumplimiento de las obligaciones dentro del Fideicomiso de Garantía, y lo regula en su parte conducente del artículo 403, así:

*Artículo 403. En el fideicomiso de garantía, las partes podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso, siempre que, cuando menos, se pacte lo siguiente:*

*I. Que la institución fiduciaria inicie el procedimiento de enajenación extrajudicial del o los bienes o derechos en fideicomiso, cuando reciba del o los fideicomisarios comunicación por escrito en la que soliciten la mencionada enajenación y precisen el incumplimiento de la o las obligaciones garantizadas.*

Es requisito *sine que non* que el fiduciario sea instruido por escrito por el acreedor (fideicomisario en primer lugar) para iniciar la enajenación extrajudicial, como consecuencia del incumplimiento del deudor (fideicomitente o fideicomisario en segundo lugar) a las condiciones pactadas en el crédito concedido, estableciendo el monto de las reclamaciones en concepto de capital, intereses, intereses moratorios, gastos

---

<sup>106</sup> Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y sus reformas, aprobada por la Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión, publicada el 27 de agosto de 1932. México.

administrativos de cobranza extrajudicial, etcétera, y los que se generen hasta la fecha de su efectivo pago.

II. *Que la institución fiduciaria comunique por escrito al o los fideicomitentes en el domicilio señalado en el fideicomiso o en acto posterior, la solicitud prevista en la fracción anterior, junto con una copia de la misma, quienes únicamente podrán oponerse a la enajenación, si exhiben el importe del adeudo, acreditan el cumplimiento de la o las obligaciones precisadas en la solicitud por el o los fideicomisarios de conformidad con la fracción anterior, o presentan documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación.*

Garantizando el Derecho de Defensa y el Debido Proceso, deberá comunicarse al deudor el aviso por escrito que sido enviado por el acreedor y la reclamación del pago que este le pretende. Esta notificación debe practicarse en el **domicilio** del deudor constituido contractualmente, y preferiblemente en la Unidad Habitacional de la cual es el habitacionista y cuya adjudicación en propiedad con la limitación de patrimonio familiar pretende.

Al deudor le asiste el derecho para:

- a) **oponerse a la enajenación**, siempre que:
  - i) Pague la totalidad del monto reclamado.
  - ii) Acredite que ha cumplido con los pagos que se le reclaman.
  - iii) Acredite de manera documental la prórroga del plazo otorgada por el acreedor para realizar el pago de lo adeudado.
  - iv) Acredite de igual manera la novación de la obligación. La legislación le permite cuatro supuestos jurídicos que paralizan el proceso de enajenación extrajudicial.

III. *Que solo en caso de que el o los fideicomitentes no acrediten, de conformidad con lo previsto en la fracción anterior, el cumplimiento de la o las obligaciones garantizadas o,*

*en su caso, su novación o prórroga, la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente el o los bienes o derechos fideicomitidos (sic), en los términos y condiciones pactados en el fideicomiso.*

*IV: Los plazos para llevar a cabo los actos señalados en las fracciones anteriores.*

En **materia impositiva**, la Ley del Impuesto Sobre la Renta mexicana, establece en su artículo 223 que “con el propósito de fomentar la inversión inmobiliaria en el país, se les dará el tratamiento fiscal establecido en el artículo 224 de esta Ley a los fideicomisos que se dediquen a la adquisición o construcción de bienes inmuebles que se destinen al arrendamiento o a la adquisición del derecho a percibir ingresos provenientes del arrendamiento de dichos bienes, así como a otorgar financiamiento para esos fines...”<sup>107</sup>

La legislación mexicana está destinada a promover la construcción de inmuebles cuyo destino sea su **arrendamiento**, por esta razón he considerado que la propuesta que hago en este trabajo de investigación tiene amplio margen de negociabilidad, ya que principalmente está encaminada a proveer de **vivienda propia** a los habitantes de la República de Guatemala; sin embargo, ante las precarias situaciones económicas que se afrontan por alguna familias y las desigualdades sociales que son indiscutibles en nuestra sociedad, la figura contractual del arrendamiento de inmuebles puede constituirse como otra respuesta más a la necesidad de vivienda, a efecto de que se brinden las condiciones mínimas requeridas para satisfacer las necesidades humanas y de seguridad para las familias.

“Alquilar un cuarto en el casco urbano capitalino cuesta, al menos, Q600 mensuales, y una casa en las afueras de la capital entre Q1.000 (US\$118.16) y Q1.500 (US\$177,25), informó Leonel Alarcón, directivo de la Asociación Centroamericana de la Vivienda, Capítulo Guatemala (Acenvi).”<sup>108</sup>

Por su parte, el Código Fiscal de la Federación mexicana, en su artículo 14 regula: Se entiende por enajenación de bienes: ... La que se realiza por medio del fideicomiso, en

---

<sup>107</sup> A. Sánchez Vega. *La Estrategia Fiscal mediante contratos de Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 133.

<sup>108</sup> Estrategia y negocios. [En línea] <http://www.estrategiaynegocios.net/lasclavesdeldia/855022-330/guatemala-crece-d%C3%A9ficit-habitacional>. (Consulta: 3 de agosto de 2016).

los siguientes casos: a) En el acto en el que el fideicomitente designa o se obliga a designar fideicomisario diverso de él y siempre que no tenga derecho a readquirir del fiduciario los bienes; b) En el acto en el que el fideicomitente pierda el derecho a readquirir los bienes del fiduciario, si se hubiere reservado tal derecho; La cesión de los derechos que se tengan sobre los bienes afectos al fideicomiso, en cualquiera de los siguientes casos: a) En el acto en el que el fideicomisario designado ceda sus derecho o dé instrucciones al fiduciario para que transmita la propiedad de los bienes a un tercero. En estos casos se considerará que el fideicomisario adquiere los bienes en el acto de su designación y que los enajena en el momento de ceder sus derecho o de dar dichas instrucciones...”<sup>109</sup>

De tal suerte que al considerar esta transacción un acto de enajenación, es susceptible de carga tributaria. Para los efectos de la propuesta de esta investigación, esta operación fiduciaria de *adjudicación de los bienes inmuebles en propiedad*, estaría exenta de pago de impuestos.

La necesidad de una vivienda digna constituye un reto para las autoridades en los países en vías en desarrollo; por lo que hemos analizado legislación a nivel iberoamericano, con relación a las facilidades financieras e instrumento jurídicos que se han adaptado enfocados en cubrir esta imperante necesidad, la cual debe abordarse de manera ética, responsable, segura y de equidad. Guatemala cuenta con la experiencia del Banco Nacional de la Vivienda, que en su oportunidad cubrió una emergencia nacional a consecuencia del terremoto vivido en 1976, administrando dinero del Estado y bienes públicos en los cuales se desarrollaron viviendas populares que fueron adjudicadas a los beneficiarios, en condiciones muy favorables para su pago. Por supuesto, dada la situación emergente, no se cumplió con los reglamentos que definían los requisitos de calificación para considerarlo beneficiario; siendo una consta la ausencia de vivienda propia, pero sin mayor estudio socioeconómico respecto de la capacidad de pago, frente a las cuotas y plazo impuesto.

---

<sup>109</sup> Código fiscal de la federación. *Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1981*. Texto vigente. Última reforma publicada DOF 04-06-2009. [En línea] [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_mex\\_anexo6.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo6.pdf). (Consulta: 1 de marzo de 2016).

Mediante el decreto 28-2003 del Congreso de la República se concluyó el proceso de liquidación del Banco Nacional de la Vivienda, por existir problemas de orden legal, financiero y administrativo que lo hicieron inoperante para alcanzar los objetivos que justificaron su creación, encontrándose dentro de los compromisos de los Acuerdos de Paz, se obliga al Estado de Guatemala a buscar soluciones habitacionales para quienes carecen de vivienda propia. Reconociendo que es obligación del Estado procurar el bienestar de la familia, contribuyendo a crear condiciones favorables para elevar el nivel de vida y la seguridad jurídica de las familias en situación de pobreza y extrema pobreza, y con el objeto de lograr una adecuada administración de los bienes, resultado de las operaciones efectuadas por el Banco Nacional de la Vivienda (BANVI), así como de los fondos que se asignen para el desarrollo de programas y proyectos de Vivienda Popular, fue necesaria la creación de una Unidad Ejecutora adscrita al Ministerio de Comunicaciones Infraestructura y Vivienda, denominada Unidad para el Desarrollo de Vivienda Popular –UDEVIPO-, por lo que se promulga la Ley de Adjudicación de Bienes Inmuebles ubicados en Proyectos del Extinto Banco Nacional de la Vivienda-BANVI- decreto 25-2004 del Congreso de la República de Guatemala, por medio de la cual se autoriza la adjudicación y venta de fincas o fracciones de fincas inscritas en los Registros de la Propiedad a nombre del Estado y adscritos al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda provenientes del extinto Banco Nacional de la Vivienda, que estén ocupadas por familias en situación de pobreza o extrema pobreza, lo cual debe determinarse por medio del estudio socioeconómico respectivo, destinadas exclusivamente para vivienda, encargado a la Unidad para el Desarrollo de Vivienda Popular que fue creada para la administración de recursos y bienes y de la recuperación de la cartera del liquidado Banco Nacional de la Vivienda –BANVI-, para que pueda **adjudicar, legalizar, escriturar y vender** fincas o fracciones de fincas y demás derechos provenientes del extinto Banco Nacional de la Vivienda –BANVI-, trasladados al Estado de Guatemala, y adscritos al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda, así como de aquellos bienes inmuebles y demás derechos provenientes de los fideicomisos administrados por el liquidado Banco Nacional de la Vivienda –BANVI- y trasladadas al Estado de Guatemala, cuyos procesos de adjudicación y legalización fueron iniciados por los beneficiarios antes del 31 de diciembre de 2003.

Lo cual refleja que el Estado de Guatemala, por medio de las instituciones jurídicas que en su momento creó y utilizó para responder a una emergencia nacional, aún con las vicisitudes que pudieran presentarse de diversa índole, siempre garantizó la titularidad de los bienes del Estado, dio seguridad y certeza jurídica para ejercer su derecho sobre los fondos y los bienes que fueron administrados por *BANVI*, y ha contado con la legislación necesaria para finiquitar la operatividad de su gestión.

## CAPÍTULO VI

### 6.1. Política nacional de vivienda y asentamientos humanos en Guatemala

Mediante Acuerdo Gubernativo No. 163-2004, promulgado el 9 de junio de 2004 en el gobierno del Presidente Oscar Berger, se implementó una Política Nacional de Vivienda y Asentamientos Humanos que contiene los principios y directrices para orientar la formulación de planes, programas y proyectos habitacionales en forma integral y congruente con los planes socioeconómicos del país, orientada básicamente a la población en condiciones de pobreza y extrema pobreza que habitan en zonas precarias y de alto riesgo; y para aquella población que un vivienda en condiciones de pobreza tienen alguna capacidad de ahorro, y con el apoyo del Estado puedan encontrar una solución habitacional o mejora de la vivienda ya adquirida; es decir propiciar el acceso a una vivienda adecuada.

La política se sostiene en los principios de **equidad social, integralidad, desarrollo sostenible y participación ciudadana**, cuyo objetivo es establecer las bases que permitan en forma sostenida, a corto y mediano plazo, mejorar la calidad de vida de la población de escasos recursos económicos que carecen de vivienda adecuada, con prioridad a aquellas familias que se encuentren en situación de pobreza y extrema pobreza y grupos vulnerables o desfavorecidos; generar empleos, fomentar el ahorro familiar e incrementar la inversión. Para tal efecto, la misma tiene carácter nacional e involucra a todas las instituciones relacionadas con el sector vivienda, a fin de propiciar el acceso por medio del fortalecimiento legal, institucional, financiero, tecnológico y normativo del sector, con la participación del gobierno central, municipalidades, la población, los organismos no gubernamentales, el sector empresarial y la cooperación internacional, a fin de promover el desarrollo eficiente de la oferta de viviendas, la certeza jurídica de la tierra, el mejoramiento y ampliación de viviendas, y la dotación de servicios básicos. La política integra un Consejo Nacional de la Vivienda.

Y por medio del decreto 120-96 del Congreso de la República de Guatemala “Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos”, modificado por el decreto 74-97 del Congreso de

la República de Guatemala, y finalmente ahora vigente el decreto **9-2012** del Congreso de la República de Guatemala “**Ley de Vivienda**”, la que tiene por objeto regular y fomentar las acciones del Estado, desarrollando coherentemente el sector vivienda, sus servicios y equipamiento social. Para ello se establecerán las bases institucionales, técnicas, sociales y financieras, que permitan a la familia guatemalteca el acceso a una vivienda digna, adecuada y saludable, con equipamiento y servicios. En materia crediticia creo una plataforma legal de subsidios, destinados a la regularización de derechos de propiedad, mejorar la infraestructura en asentamientos producto de ocupaciones ilegales, servicios básicos, entre otros. Todo el familiar guatemaltecos tienen derecho a disponer, de forma segura, con certeza jurídica, el acceso a la vivienda digna, adecuada y saludable, como un derecho humano universal.

El presente proyecto de investigación, armoniza y se viabiliza con los objetivos, principios rectores y modalidades de financiamiento que se presentan en esta ley, desde la promoción de materiales a bajo costo, la captación de inversión extranjera, los títulos valores representativos de la propiedad hasta las tasas de financiamiento blandas para las familias en condiciones de pobreza o pobreza extrema, considerando además el arrendamiento con opción de compra, como se ha considerado en esta investigación bajo la administración del fideicomiso, ya que contempla incentivar y promover otras modalidades de financiamiento no convencionales y por supuesto, el aporte de los fondos públicos dinerarios y no dinerarios (inmuebles).

### **6.1.1. Principios de carácter público y de interés social**

**Equidad social:** Garantiza la igualdad de oportunidades para acceder a la vivienda de las poblaciones vulnerables, que habitan en asentamientos precarios, por medio de subsidios directos o indirectos y préstamos a largo plazo en condiciones favorables, especialmente en la tasa de interés.

**Integralidad:** Concebir las soluciones al problema en un marco de desarrollo integral, previendo el desarrollo humano sostenible y la protección sustentable de medio ambiente, superando la visión puramente de construcción de casas.

**Desarrollo sostenible:** Velar porque las inversiones no comprometan futuros proyectos, por lo que todo proyecto de asentamiento humano y vivienda debe ser sostenible en lo económico, social y ambiental.

**Participación ciudadana:** Implica facilitar la participación popular en la gestión habitacional en su priorización, formulación, ejecución, administración y fiscalización de los proyectos habitacionales, garantizando la transparencia.

### **6.1.2. Ejes transversales de la política**

El ser humano es el eje sobre el cual gira toda actividad, que implica el respeto a la vida en todas sus manifestaciones, su identidad en el marco de la pluralidad cultural y diversidad étnica; dando atención a los grupos vulnerables, es por ello que se consideran los ejes transversales del desarrollo humano tales como equidad de género, multiculturalidad e interculturalidad, medio ambiente y riesgo.

Consejo Nacional de la Vivienda –CONAVI-, se constituye como una instancia multisectorial, consultora y asesora, para proponer, concertar y dar seguimiento a las políticas, estrategias y planes, emitir opiniones, hacer propuestas e impulsar iniciativas en cuanto a la ejecución de programas, proyectos y acciones de los desarrollos habitacionales y su ordenamiento territorial, de sus servicios y equipamiento.

## **6.2. Propuesta del fideicomiso mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario**

El presente trabajo de investigación, pretende estimular el flujo de capitales en la industria de la Vivienda y Construcción, a fin de aminorar el déficit habitacional en Guatemala, con base en las experiencias de otros países latinoamericanos, lo cual requiere de la inversión por medio del financiamiento, superando los obstáculos regulatorios de diversa índole, facilitando la inversión de capitales, permitiendo el acceso a la vivienda propia, lo que tendrá valiosas y favorables implicaciones sociales.

“El crecimiento significativo de la industria de la construcción solo será posible con fuentes de financiamiento, desregulación de las trabas de diversa especie que interpone el Estado al crecimiento del sector y fundamentalmente con instrumentos capaces de facilitar la inversión sectorial, a fin de que cantidades crecientes de personas tengan acceso a la vivienda propia o a una locación accesible.”<sup>110</sup>

El déficit habitacional de los guatemaltecos es inminente, no existen informes estadísticos comprobables; por lo que el mercado potencial espera millones de dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en quetzales, con una mano de obra desocupada que podría emplear a un significativo número de personas, siendo necesario el financiamiento a largo plazo (20-30 años) para la adquisición de los inmuebles, la construcción y la compra de las unidades habitacionales.

Al ser entrevistados los señores Juan Francisco Asturias, presidente y Leonel Alarcón, directivo de la Asociación Centroamericana de la Vivienda, Capítulo Guatemala (Acenvi), por la Revista Digital E&N, señaló: “El déficit habitacional del país supera los 1,6 millones de viviendas y es una de las situaciones más críticas de Latinoamérica. En el país se fabrican 20.000 viviendas al año, lapso en el que se forman 80.000 hogares, por lo que es un tema importante de abordar, ya que los precios de los alquileres van en aumento, aseguró Juan Francisco Asturias, presidente de Acenvi. El problema habitacional podría

---

<sup>110</sup> C. M. Kiper y S. V. Lisoprowski. *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*. Ob. Cit. Pág. 335.

ser más grave para el 2020 cuando, según Asturias, el déficit será de 2,1 millones. Para abordar el problema, Acenvi organizó para el 24 y 25 de septiembre, el “Encuentro Nacional de Vivienda Acenvi 2015”, que busca promover la vivienda como motor de desarrollo de Guatemala, indicó Asturias. Acenvi lleva 15 años promoviendo iniciativas que desarrollen la vivienda en el país. Para esto pretende que se analicen factores económicos, institucionales y políticos que frenan el desarrollo del sector, expresó Asturias.

**Acciones:** Alarcón especificó que pretenden presentar una nueva política nacional de vivienda, que promueva el leasing habitacional, el arrendamiento social y los préstamos con tasa de interés subsidiada. La principal dificultad para las familias es no contar con el dinero del enganche para comprar una casa, señaló Alarcón. En la actualidad, dijo, los bancos prestan tasas al 6% anual y con la propuesta esperan que el Gobierno subsidie dos puntos porcentuales para bajar al 4%. “El plan nacional de vivienda que presentaremos cuenta con 18 iniciativas que pretenden ordenar los municipios, implementar esquemas innovadores para el fomento del ahorro y financiamiento para adquirir una vivienda”, apuntó Alarcón. Asturias detalló que, a escala centroamericana, el déficit habitacional es muy similar. “Lo que pretendemos es desarrollar vivienda en la capital y el país”, afirmó Asturias.”<sup>111</sup>

Para la Asociación para el Desarrollo Integral Guatemalteco, “existe una problemática en el sector vivienda en nuestro país, se han generado soluciones por diferentes entidades tanto privadas como del estado; el déficit de soluciones habitacionales en Guatemala es de más de 1,500,000 viviendas según datos de FOGUAVI (Fondo Guatemalteco para la Vivienda); se estima que debido al crecimiento demográfico de Guatemala en el 2,015 el déficit habitacional va a ser de casi 2,000,000 de viviendas. En Adig presentamos soluciones habitacionales actualmente desarrolladas en Guatemala con satisfacción total de los beneficiarios de la vivienda, y se presentara planes de trabajo y de inversión para

---

<sup>111</sup> Estrategia y negocios. [En línea]. <http://www.estrategiaynegocios.net/lasclavesdeldia/855022-330/guatemala-crece-d%C3%A9ficit-habitacional>. (Consulta: 3 de agosto de 2016).

la solución viable de dicha problemática, a un sector amplio de la población de Guatemala.”<sup>112</sup>

“Durante una reunión del **Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI)**, que encabezó el **vicepresidente Juan Alfonso Fuentes Soria**, se informó que el **déficit habitacional en el país asciende a 1.6 millones.**”<sup>113</sup>

“Con un millón 220 mil 207 historias se podría narrar el drama humano que se esconde detrás del déficit habitacional en Guatemala. Se trata de un problema que no discrimina a las personas por su edad o color de piel, aunque sí por su condición económica, de tal manera que los sectores excluidos son los que carecen de un lugar digno para vivir, lo que repercute en distintos aspectos de su desarrollo y de la falta de oportunidades para su superación. (...) De acuerdo con información del Fondo Guatemalteco de la Vivienda (FOGUAVI), del Ministerio de Comunicaciones, el déficit de vivienda llega a un millón 220 mil 207. De esa cifra se desprende el déficit cuantitativo de vivienda, conocido como la situación "donde el ciudadano carece absolutamente de una vivienda". En este rubro se identifica un total de 475 mil 703 casos, es decir el 39 por ciento. Por otro lado, se encuentra el déficit cualitativo, que representa a las personas que, si bien poseen vivienda, esta no reúne las condiciones mínimas de habitabilidad, por estar construidas en condiciones precarias y carecer de los servicios básicos o por estar erigidas en zonas de alto riesgo que ponen en peligro la vida de sus habitantes. En este rubro se concentra un total de 744 mil 503 casos, lo que representa el 61 por ciento. Enfrentar el problema del déficit habitacional es un verdadero reto para las autoridades, ya que de acuerdo con el informe "Orientaciones Estratégicas de Política 2012-2014", elaborado por la Secretaría de Planificación y Programación, dotar de infraestructura básica y servicios comunitarios a las familias sin hogar implica también ejecutar un proyecto de certeza

---

<sup>112</sup> Asociación para el Desarrollo Integral Guatemalteco. [En línea] <http://adig.org.gt/vivienda>. (Consulta: 3 de agosto de 2016).

<sup>113</sup> Publinews. [En línea]. <http://www.publinews.gt/nacionales/el-deficit-habitacional-en-guatemala-asciende-a-1-6-millones/Tetolw---8MhhX1EluCrw/>. (Consulta: 3 de agosto de 2016).

jurídica de la propiedad. Por otra parte, desarrollar un plan de habitación popular requiere de una serie de estudios a nivel nacional sobre la demografía y situación del terreno.”<sup>114</sup>

La iniciativa de ley, debe considerar que el mercado inmobiliario en el mundo está principalmente financiado por los fondos de inversión y países europeos, EEUU y Canadá, por fondos inmobiliarios. Un marco legal adecuado generará un mercado atractivo para estas inversiones y atraerá un desarrollo en el mercado de capitales local y una presencia activa en mercados internacionales. El fideicomiso con destino inmobiliario debe brindar la seguridad jurídica a inversionistas nacionales y extranjeros; este régimen legal permitirá la captación de recursos privados y públicos para la financiación de construcciones y adquisición de viviendas. Se reducirá el riesgo de incobrabilidad, la reducción de gastos, a efecto de que un sector más amplio de la población acceda a este financiamiento y se descargará la mora judicial derivado de ejecuciones hipotecarias.

Lisoprawski, explica que la utilización de esta figura jurídica en inmuebles posibilitará transformar un gasto (alquiler o renta) en una inversión (propiedad), brindando un mecanismo alternativo de financiamiento para personas con imposibilidad de acceder a crédito para vivienda propia. La reactivación de la economía del país, por medio del mercado inmobiliario, otorgando fluidez a la comercialización de viviendas, oficinas, locales y plantas comerciales.<sup>115/116</sup>

En Argentina, se promulgo la ley 24.441 “que intenta dar respuesta a la necesidad manifiesta por todos los sectores: el financiero, las cámaras empresariales, entidades gremiales, colegios profesionales, entidades dedicadas a la promoción de la vivienda, y demás agentes que intervienen en el universo de la construcción y la vivienda, de contar con instrumentos ágiles y eficaces que permitan canalizar el ahorro de los particulares y el institucional a la financiación de esa industria. En ello no solo están en juego

---

<sup>114</sup> Cámara Guatemalteca de la Construcción. [En línea]. <http://construguate.com/nuevo/index.php/component/content/article/37-%20nacionales/553--guatemala-con-altos-indices-de-deficit-habitacional>. (Consulta: 3 de agosto de 2016).

<sup>115</sup> C. M. Kiper y S. V. Lisoprowski. *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*. Ob. Cit. Pág. 338.

<sup>116</sup> Lo resaltado es propio.

elementales cuestiones sociales relacionadas con el nivel de vida y salud de nuestra población, sino la llave para poner en marcha un factor decididamente potenciador de la economía general, por el efecto multiplicador que desde siempre se le reconoce a la industria de la construcción.”<sup>117</sup>

Si consideramos que la negociación que subyace al fideicomiso lo constituirá el crédito necesario para el financiamiento de la compra de los bienes inmuebles (unidades habitacionales), el que requiere la constitución de una garantía real; conforme a los principios que inspiran al Derecho Mercantil, y los principios de economía, seguridad del tráfico comercial y agilidad en la movilización o comercialización de los respectivos títulos acreditativos, consideramos que es propicio que el Fideicomiso emita certificados fiduciarios hipotecarios, como título de crédito negociable en forma *nominativa*.

“La ley (argentina) dice que el derecho real de hipoteca incorporado al título se rige por las disposiciones del Código Civil en materia de hipoteca, mientras que al título valor le son subsidiariamente aplicables en cuanto resulten compatibles las reglas previstas para la letra de cambio. Se discutió entonces en doctrina y hubo jurisprudencia controvertida en torno de la cuestión acerca de la preminencia que tendrían una u otra de las figuras empalmadas ¿era la principal la hipoteca y el pagaré un mero accesorio, o, al contrario, lo fundamental era la obligación cambiaria y la hipoteca un problema solo atinente a la garantía? Ya en su momento, *Fernández*, (refiriéndose a Raymundo L. Fernández) luego de analizar las diversas opiniones puestas en juego, no dudó un instante en aseverar que el punto de partida más exacto es tener en cuenta que la **obligación** convenida en el documento cambiario es lo principal de la negociación y su **garantía real** lo accesorio, siendo la garantía la que debe adaptarse a la obligación y no a la inversa.”<sup>118/119</sup>

---

<sup>117</sup> C. M. Kiper y S. V. Lisoprowski. *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*. Ob. Cit. Pág. 339.

<sup>118</sup> L. Gómez. *El pagaré*, Depalma, 1988, Obra Sobre Pagaré Hipotecario y Prendario de R. L. Fernández, página 625 citado en *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*. S. V. Lisoprowski y C. M. Kiper, página 368

<sup>119</sup> Lo resaltado es propio.

En efecto, la negociación principal lo constituyen las obligaciones estipuladas cuyo cumplimiento se sujetan a plazos, formas, modos y finalmente, requieren de la garantía para su cumplimiento.

### **6.3. Elementos del contrato**

#### **Elementos personales:**

- Institución Financiera, en su calidad de fiduciaria.
- El Estado de Guatemala en su calidad de Fideicomitente Fundador, debidamente autorizado desde el Acuerdo Gubernativo y la aprobación de la aportación dineraria o patrimonial en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado mediante decreto legislativo.
- El inversionista y el propietario del bien inmueble, en calidad de fideicomitente en primer lugar.
- Las personas que por virtud del crédito aporten determinados bienes y derechos al fideicomiso, en calidad de Fideicomitentes Adherentes, por medio de la respectiva formalización en Escritura Pública.
- Acreedores Hipotecarios, en su calidad de fideicomisario en primer lugar
- Persona individual en su calidad de deudoras, sujetas a la condición del cumplimiento del pago íntegro de la obligación crediticia, constituyéndose adjudicatarios de la unidad habitacional, en su calidad de fideicomisario en segundo lugar.

**Elemento Real:** El Patrimonio Fideicometido.

**Patrimonio Fideicometido Fundacional:** Será la cantidad de dinero inicialmente aportada por el Fideicomitente Fundador.

**Patrimonio Fideicometido por Adhesión:** Los bienes inmuebles, bienes y derechos que por su naturaleza pertenecen a los mismos. Los bienes serán transmitidos a la Fiduciaria con la finalidad que los mismos se sujeten a la garantía y procedimiento de

pago de las obligaciones que los respectivos deudores adquieran ante los Fideicomisarios en primer lugar.

### **Elementos Formales:**

De conformidad con los artículos 770 y 771 del Código de Comercio, el fideicomiso puede constituirse por contrato o instituirse por testamento, el contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de los bienes.

Procedemos a determinar las condiciones esenciales que deben incluirse en el Fideicomiso con Destino Inmobiliario que se propone.

### **Obligaciones de la entidad fiduciaria**

- i) Ejecutar el Fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines.
- ii) Desempeñar el cargo con la debida diligencia y únicamente podrá renunciarlo por causas debidamente justificadas, las que en caso de duda deberán ser calificadas por un juez de primera instancia de acuerdo al procedimiento de ley.
- iii) Tomar posesión, recibir y guardar los bienes y derechos objeto del patrimonio fideicometido por adhesión, en los términos y condiciones del contrato y velar por su conservación y seguridad, para tal efecto, otorgará el derecho de habitación al Fideicomitente Adherente, quien debe obligarse a mantener el inmueble en buen estado de funcionamiento, conservación y habitabilidad.
- iv) Fiscalizar los ingresos por la venta y administración del patrimonio fideicometido por adhesión.
- v) Llevar cuenta detallada de su gestión en forma separada de sus demás operaciones.
- vi) Proceder a la venta del patrimonio fideicometido por adhesión, o a la adjudicación en pago del mismo en su caso, según el procedimiento establecido.
- vii) Devolver los bienes inmuebles que sean negociados y vendidos directamente por el Fideicomitente Adherente, siempre y cuando este le entregue una solicitud por escrito y

que la devolución sea aprobada expresamente por el Fideicomisario en Primer Lugar, por escrito en forma fehaciente.

- viii) Velar porque el Fideicomisario en Primer Lugar reciba los pagos a la acreeduría a su favor. Cualquier cantidad que por tal concepto reciba la fiduciaria, constituirá un cobro por cuenta ajena a favor del Fideicomisario en primer lugar, razón por la que de ninguna manera implicará carga tributaria o renta para el fideicomiso; siendo que la fiduciaria actúa como intermediaria en el ejercicio de sus funciones para con el acreedor, a efecto de que este reciba el pago de su capital e intereses remuneratorios y moratorios devengados, según el caso.
- ix) Defender el patrimonio del fideicomiso, ejercitando las acciones que sean procedentes para tal fin, situación en la que los gastos, costas y honorarios que se ocasionen corren por cuenta del Fideicomitente Adherente o del patrimonio fideicometido.
- x) Conservar la titularidad y propiedad de los bienes y derechos transmitidos al fideicomiso.
- xi) Pagar los impuestos que correspondan y recaigan sobre los bienes y derechos fideicometidos. La fiduciaria notificará al acreedor y procederá a la venta del patrimonio fideicometido incluyendo los montos de esta obligación.
- xii) Proceder a la venta total o parcial, transmisión o enajenación directa de los bienes y derechos que conforman el patrimonio fideicometido sin necesidad de incurrir en el procedimiento de subasta pública y notarial, a favor de las personas, conforme previo acuerdo entre el Fideicomitente Adherente y el fideicomisario en primer lugar, debiendo girar las instrucciones precisas a la fiduciaria, y de común acuerdo establecerán los términos y condiciones de la negociación a efecto de que queden satisfechas todas las obligaciones generadas en el fideicomiso.

**Derechos de la fiduciaria:** Ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que requieran para el cumplimiento de los fines del fideicomiso; ejercitar las acciones en defensa del patrimonio fideicometido el patrimonio fideicometido por adhesión; percibir remuneración por sus servicios en manera preferente de los ingresos del fideicomiso; a ser reembolsado todos los gastos que ocasione o se deriven de la administración del fideicomiso, estando facultada a retener la devolución de los bienes fideicometidos hasta que se le cancele la totalidad de los honorarios, comisión, gastos, impuestos o

contribuciones pendientes de pago al fideicomiso; otorgar bajo su estricta responsabilidad los mandatos especiales y judiciales, con representación, en relación con el fideicomiso, que sean necesarios para el buen funcionamiento y ejecución del mismo, sin perjuicio que los gastos derivados del ejercicio de dichos mandatos corran a cuenta del patrimonio del fideicomiso; nombrar libremente al Notario a cargo del procedimiento de subasta pública.

**El fideicomisario en primer lugar:** (Banco acreedor) concederá créditos a personas individuales, los cuales cuentan con garantía inmobiliarias. En caso de incumplimiento en el pago de los créditos concedidos, la Fiduciaria (Financiera), procederá a la venta en pública subasta de los bienes y derechos que constituyen la garantía del crédito y con el producto o precio de los mismos, se haga pago directo al Fideicomisario en primer lugar (acreedor) hasta la totalidad de la obligación crediticia y el remanente, si lo hubiere, le será entregado al Fideicomitente Adherente. A falta de interés en la adquisición de la garantía, el acreedor podrá adjudicarse el bien en pago, quedando saldada la deuda existente a su favor.

**Obligaciones del fideicomitente adherente:** Transmitir en forma expresa e irrevocable por el plazo del fideicomiso y sus prórrogas, libre de todo gravamen, anotación o limitación que pudieren afectar los fines del fideicomiso y los derechos de los fideicomisarios, los bienes inmuebles y derechos sobre los mismos; pagar los gastos y honorarios que ocasione el contrato, sus adhesiones, modificaciones, ampliaciones y prórrogas, así como los que se generan del acto de transmisión, devolución y registro de los bienes, además de los gastos que se causaren en la venta y administración de los bienes y derechos, si ésta se llevare a cabo, salvo cuando dichos pagos y gastos correspondieren a los adquirientes o compradores de los bienes; dar aviso a la fiduciaria de cualquier desmejora, depreciación, usurpación o riesgo que pueda afectar a los bienes fideicomitados por adhesión; cooperar con la fiduciaria en la defensa del Patrimonio Fideicomitado por Adhesión; pagar en forma directa los seguros a que se encuentren afectos los bienes y derechos objeto del fideicomiso; proporcional a la fiduciaria con la

debida antelación, los fondos correspondientes al pago de impuestos, seguros<sup>120</sup>, arbitrios y contribuciones a que se encuentren afectos los bienes y derechos objeto del fideicomiso y sus respectivas adhesiones; prestar toda la colaboración que sea necesaria a la fiduciaria a efecto que ésta no encuentre obstáculo alguno en su gestión.

**El patrimonio fideicometido:** Puede conformarse por medio de la aportación inicial de dinero en efectivo o bienes inmuebles propiedad del Estado de Guatemala o de particulares. Con el dinero en efectivo, podrá financiarse la adquisición de unidades habitacionales ya construidas, o bien el desarrollo del proyecto habitacional sobre los inmuebles previamente aportados por el Estado de Guatemala. En todo caso, los bienes inmuebles estarán libres de gravámenes, anotaciones o limitaciones que puedan afectar los derechos de las partes. Queda afecto a este patrimonio: la edificación, los bienes muebles que por su naturaleza no puedan ser removidos del inmueble sin causarle daño al mismo, servicios y demás construcciones existentes y adheridos a los inmuebles que se aporten al fideicomiso; todos los bienes que se incorporen al servicio de los inmuebles objeto de aportación, y todo cuanto de hecho y por derecho le corresponda a los mismos. Toda aportación se recibirá sujeta al saneamiento de ley. Y de conformidad con el artículo 771 del Código de Comercio las partes pueden asignar un valor estimativo al patrimonio fideicometido por adhesión.

**Seguros y avalúos:** Es obligación de cada fideicomitente adherente contratar un seguro sobre las construcciones de los inmuebles que conforman el patrimonio fideicometido por adhesión, y que mantendrán vigente por todo el plazo del fideicomiso y su respectiva adhesión; la póliza deberá endosarse a favor de la fiduciaria y el beneficiario del mismo será el Fideicomisario en Primer Lugar. Asimismo, deberá cubrir los riesgos de terremoto, incendio, incendio por causa de terremoto, explosión, motín, caída de naves aéreas y líneas aliadas y otros eventos de similar naturaleza.

---

<sup>120</sup> Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas (FHA). [En línea]. <http://casanuevafha.com.gt/category/articulos/>. Consultada el 3 de agosto de 2016

**Fines del fideicomiso:** El Fideicomiso se constituye para alcanzar los fines propuestos, entre ellos se proponen:

- a. Recibir y mantener el dominio fiduciario del Patrimonio Fideicometido Fundacional y por Adhesión.
- b. La entidad fiduciaria como titular fiduciaria, adjudicará en forma automática al deudor fideicomisario en segundo lugar, y sin más requisito que el cumplimiento del pago total de las obligaciones contraídas en el crédito garantizado con hipoteca, los gastos, honorarios y tributos que se encuentren pendientes de pago.
- c. Garante de la realización de la garantía ante el incumplimiento de pago de los créditos concedidos, las primas de seguros, impuestos (presentes y futuros) y todo tipo afectación al patrimonio fideicometidos fundacional o por adhesión.
- d. Con el producto de la venta en pública subasta, cubrir los gastos del procedimiento notarial y proceder al pago de las obligaciones garantizadas ante los acreedores. Para el efecto la fiduciaria deberá imputar los pagos en el orden siguiente: i) Honorarios y gastos del fiduciario; ii) amortización del capital e intereses vencidos crédito respectivo y gastos realizados por cuenta del deudor; y iii) el remante si existiere, se entregará al Fideicomitente Adherente. En caso no existir posturas dentro del procedimiento de subasta pública, a petición del acreedor, proceder a adjudicar en pago el bien inmueble que constituye la garantía al Acreedor Fideicomisario en Primer Lugar, siendo a su cargo los gastos del procedimiento de subasta, y de existir remante, entregarlo al Fideicomitente Adherente.
- e. Adjudicar el bien inmueble al Fideicomisario en Segundo Lugar –deudor-, una vez cumplidas las obligaciones contraídas al suscribir el crédito, incluidos primas de seguros, gastos, honorarios de adjudicación, impuestos, aranceles aplicables a la inscripción registral y manejo del Fideicomiso. El fideicomitente adherente, deudor o fideicomisario en segundo lugar, tiene derecho a que se le restituya el derecho de propiedad pleno en forma automática y sin más requisito que el cumplimiento de las obligaciones crediticias contraídas.
- f. Efectuar los pagos de impuestos y primas de seguros a los cuales estén afectos los bienes inmuebles. En las cuotas del pago del crédito se incluirán estos rubros. En caso de incumplimiento de pago por parte del deudor de impuestos y primas de seguro,

además de considerarse el incumplimiento a la condición resolutoria que adelante se detalla, serán a cargo de los acreedores como pago por cuenta ajena, y reembolsables juntamente con la reclamación del capital y los intereses pactados en los créditos.

**El plazo:** El plazo del fideicomiso podrá constituirse hasta por veinticinco años. Las partes convienen que, si el plazo estipulado para el cumplimiento de un contrato de crédito excediere el plazo del fideicomiso, podrán trasladar la garantía y administración del crédito a otro fideicomiso vigente, respetando las condiciones previamente pactadas.

**Derecho real de habitación del patrimonio fideicometido:** Considerando que el patrimonio fideicometido está destinado a la compra o construcción de *unidades habitacionales*, la entidad fiduciaria autorizará el derecho real de goce de Habitación a favor del fideicomisario en segundo lugar, de conformidad con lo establecido en el artículo 746 del Código Civil, de tal suerte que el deudor podrá disfrutar de este derecho real en exclusiva con su familia, el cual se mantendrá vigente, bajo las condiciones resolutorias expresas pactadas en el contrato de fideicomiso.

**Condiciones resolutorias expresas:** i) El pago del crédito concedido en tiempo, modo y forma pactadas; ii) Mantener, en perfecto estado de conservación y mantenimiento de la unidad habitacional, siendo bajo su costo y exclusiva responsabilidad, por lo que no podrá exigir el reembolso de ningún gasto invertido en concepto de conservación, mantenimiento o mejoras al bien inmueble; iii) Queda prohibido ceder, gravar, arrendar ni enajenar en cualquier forma el derecho de habitación que se le confiere, tal y como lo regula el artículo 748 del Código Civil. iv) Queda entendido que el derecho de habitación terminará antes del plazo pactado, por el hecho que se produzca una causa de vencimiento anticipado en el crédito, extinguiéndose así por esa sola circunstancia el derecho de habitación del deudor sobre el bien inmueble. En caso de acaecer la condición resolutoria expresa, el deudor se obliga a poner en posesión de la fiduciaria el bien inmueble en forma inmediata, voluntaria y documentada notarialmente, siendo que la relación jurídica en cuanto al derecho real de habitación quedará resuelta, sin necesidad de declaración judicial y a falta de entrega voluntaria por parte del deudor, se procederá

a su desocupación en la vía sumaria en calidad de simple tenedor. Dejando a salvo, el derecho del acreedor fideicomisario en primer lugar, a requerir a la entidad Fiduciaria se proceda a la venta en pública subasta de la unidad habitacional.

**Resolución de controversias:** Las controversias que surjan entre las partes se resolverán preferentemente por la vía directa mediante la conciliación. Las partes contratantes convienen que cualquier conflicto, disputa o reclamación que surja relacionado con la aplicación, interpretación, ejecución y cumplimiento del presente contrato y sus respectivas adhesiones se dilucidará ante los órganos jurisdiccionales en **juicio oral**, de conformidad con el artículo 199 numeral 7º del Código Procesal Civil y Mercantil.

**Condiciones del cumplimiento:** El Pago Anticipado. Es una facultad contractual para el deudor, que consiste en cancelar el crédito antes de su vencimiento; el contrato podrá prever una compensación razonable para el acreedor cuando la cancelación anticipada se hiciera antes de que hubiere cumplido determinadas condiciones del plazo estipulado. En principio, el prepago implica un desajuste de la ecuación financiera tenida en cuenta por el acreedor al otorgar el crédito, en especial cuando son de largo plazo como el caso que nos ocupa.

**Contrato de adhesión irrevocable al fideicomiso:** consiste en la transmisión que una persona hace a la fiduciaria respecto de bienes y derechos, para que ésta última puede otorgarlos en garantía de cumplimiento de pago de las obligaciones contraídas a favor de los acreedores (fideicomisarios en primer lugar), constituyéndose asimismo como fideicomisario en segundo lugar, una vez la obligación crediticia se encuentre totalmente cancelada. Los bienes y derechos a transmitir se componen en bienes inmuebles y los demás bienes y derechos que por su naturaleza pertenecen a los mismos, siendo transmitidos a la fiduciaria con la finalidad que se sujeten a la garantía de la obligación de pago que el Adherente adquirió con su acreedor. En caso de incumplimiento de pago del crédito concedido, el Adherente autoriza se proceda a la *subasta pública notarial*, según el procedimiento descrito en el contrato, y se haga pago al acreedor de lo

adeudado, los gastos del procedimiento de subasta y el remanente si lo hubiere, le sea reintegrado al Adherente. Este procedimiento mejora las condiciones del deudor, toda vez que, bajo el procedimiento de la ejecución en vía de apremio, la garantía hipotecaria garantiza el saldo, siendo indivisible, por lo que el deudor se encuentra en desventaja al perder la totalidad del bien, por el saldo que refleje el adeudo, mientras que, en la subasta pública, aun recupera el remanente del precio subastado.

#### Ejemplo 1:

Una persona cuenta con un bien inmueble, pero requiere financiamiento para la construcción de vivienda. Aporta el bien inmueble al Fideicomiso el cual queda en garantía, para obtener el financiamiento bajo la modalidad del Fideicomiso con destino Inmobiliario, para el efecto decide la construcción de su unidad habitacional conforme las opciones que la entidad constructora le presente, que llene sus requerimientos y necesidades familiares. Concluido el pago de las condiciones del crédito recibido, se adjudica el bien como fideicomisario en segundo lugar.

#### Ejemplo 2:

La entidad constructora aporta la unidad habitacional al Fideicomiso, a efecto de que el interesado adquiera el financiamiento de su valor. El Fideicomiso cancela el valor total del bien a la constructora. Durante la vigencia del crédito, corresponderá al acreedor figurar como Fideicomisario en primer lugar, Concluido el pago de las condiciones del crédito recibido, se adjudica el bien al fideicomisario en segundo lugar.

#### Ejemplo 3.

En segundo lugar, determina qué bien inmueble cumple con sus necesidades y requerimientos familiares, por ubicación, espacio y precio. La negociación se realiza al amparo del Fideicomiso con destino inmobiliario en el cual el actual propietario aporta el bien inmueble al Fideicomiso, recibe el precio pactado y el Fideicomisario en segundo lugar asume el compromiso de pago del adeudo bajo las condiciones establecidas por ser su primera vivienda.

#### **6.4. Denominación. fideicomiso irrevocable de administración, inversión y garantía y procedimiento de pago**

Al cual debe consignársele alguna denominación, verbigracia “Fideicomiso de Desarrollo Inmobiliario”; “Fideicomiso para la asistencia financiera en la inversión y desarrollo inmobiliario”; “Fideicomiso Mi Primera Vivienda”; etcétera.

Como **Anexo “A”** en este trabajo de investigación se propone un modelo de contrato, que permitirá la auto-regulación de las operaciones mediante la aprobación de reglamentos internos que coadyuven a la viabilidad de cada proyecto habitacional.

## CAPÍTULO VII

### **7. Causas de extinción del fideicomiso mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario**

El artículo 787 del Código de Comercio, señala las circunstancias por las cuales termina el fideicomiso, por lo que explicamos algunas de ellas, así:

#### **7.1. Por la realización de sus fines**

“Puesto que el fideicomiso se constituye para la realización de un fin determinado, una vez que este se cumple no es susceptible de repetirse en el tiempo, el encargo llega a su fin. Se transfiere una suma de dinero para la construcción de un complejo habitacional, incluida la venta de sus unidades. Concluido el negocio, termina el fideicomiso. Cosa distinta ocurriría si la finalidad fuese la construcción de complejos habitacionales. Su extinción en este caso, dependería de los términos máximos señalados.”<sup>121</sup>

Nuestro trabajo de investigación contempla la institución del fideicomiso con destino inmobiliario a nivel nacional, para ser ejecutado por todas las instituciones financieras, en igualdad de condiciones, salvo las condiciones propias del mercado como la oferta y la demanda. En este sentido, nos referimos a fideicomisos cuya finalidad sea el desarrollo de proyectos habitacionales, en el que todos los componentes se encuentran considerados, a decir: i) el bien inmueble; ii) el constructor; iii) el financiamiento para el proyecto nacional o extranjero; iv) el adjudicatario o comprador.

La figura jurídica del fideicomiso nos permite considerar lo que llamaría un fideicomiso para un proyecto cerrado, refiriéndome a un determinado condominio residencial o edificio de apartamentos (construcción futura o construcción reciente); y por otro lado, el proyecto abierto, en el que el comprador decide que unidad habitacional quiere adquirir

---

<sup>121</sup> S. Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios*. Ob. Cit. Pág. 660.

(construcción antigua), permitiendo la aportación del bien inmueble al fideicomiso bajo esta modalidad, de tal suerte que será el interesado quien presenta al fiduciario la vivienda cuyo financiamiento requiere, por ejemplo adquirir una propiedad para vivienda construida en 1970-1980.

Los fideicomisos cumplirán sus fines al haberse concluido todos los procesos de adjudicación de los proyectos habitacionales que ha desarrollado y promovido. Esperaríamos que el Fideicomiso tuviera el éxito esperado, a fin de continuar promoviendo la adquisición de complejos habitacionales beneficiando al mayor número de personas a nivel nacional.

## **7.2. Imposibilidad absoluta de realizarse**

Al acontecer la destrucción total de los bienes objeto del fideicomiso, derivado de fuerza mayor o caso fortuito; ya que de establecerse dolo o culpa deberán deducirse las responsabilidades penales y civiles según las circunstancias del caso. Sin embargo, el mercado financiero guatemalteco cuenta con las herramientas para apoyar al fideicomiso con destino inmobiliario, por medio del Contrato de Seguro, en el que la inversión realizada en la unidad habitacional estaría cubierta como un daño indemnizable, permitiendo que el fiduciario reinvierta la indemnización y pueda cumplir con los fines del fideicomiso.

## **7.3. Expiración del plazo o haber transcurrido el máximo**

Al concluirse la negociación con el fideicomisario, transfiriendo la propiedad de la unidad habitacional al comprador, el fideicomiso sufre una especie de expiración o liquidación parcial del patrimonio fideicometido, operación de tracto sucesivo que no puede superar los **veinticinco años** contados a partir de su constitución. Considerando los plazos que sean factibles para el comprador, será oportuno considerar que la formalización de la

constitución del fideicomiso se realice preferiblemente cuando todos sus elementos se encuentran plenamente determinados, lo que se conoce como venta total en planos, de tal suerte que el factor tiempo sea expresamente para el reintegro de la inversión por parte del comprador, y en el que el comprador pueda realizar pagos a capital como enganche fraccionado, para que el monto del financiamiento corresponda al 90% u 80% por ciento del valor de la propiedad, en aquellos casos en que pueda esta regla aplicarse.

#### **7.4. Por disolución de la entidad fiduciaria**

Bajo cualquier circunstancia exista imposibilidad material para la entidad fiduciaria de continuar sus funciones, (renuncia, remoción, quiebra, etc.), podrá convenirse desde su constitución, qué entidad fiduciaria le reemplazaría, y a falta de convenio será decida judicialmente.

“Para la extinción del fideicomiso, debe recordarse que los bienes que no hayan sido transmitidos a terceros en virtud del fin del fideicomiso y estén en poder del fiduciario, deben ser restituidos al fideicomitente, en la misma forma que fueron transmitidos al fideicomiso; es decir, entregando la propiedad y la posesión; y afectando los registros respectivos”<sup>122</sup>

A este respecto, debemos tener presente que en los fideicomisos comunes, cuyo patrimonio aportado es privado y el fideicomitente ha considerado la posibilidad de que la entidad Fiduciaria pueda disolverse, traerá como consecuencia que todo el patrimonio fideicometido que aún se encuentre bajo la titularidad del Fiduciario deberá restituirse al Fideicomitente-Fideicomisario, ya que respecto a este patrimonio no podrá cumplirse los fines del fideicomiso y se entregue al Fideicomisario; sin embargo, para los efectos del Fideicomiso con destino Inmobiliario constituido por aportaciones público-privadas, debe contemplarse que ante cualquier eventualidad como hecho, acto o negocio jurídico que apareje la imposibilidad material del Fiduciario de cumplir con su administración, el

---

<sup>122</sup> D. U. Ramírez Gaitán. *El Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 86.

patrimonio debe trasladarse a otra entidad Fiduciaria, determinada o determinable, la que se considerará desde su constitución, a fin de que la operatividad del fideicomiso no se paralice ni obstaculice por gestiones administrativas, fiscalizadoras y/o registrales.

Nuestra legislación contempla la posibilidad de convenir desde la constitución del fideicomiso, las reglas para la determinación, en tiempo, modo y forma para la sustitución del fiduciario.

## Conclusión

El régimen económico y social de Guatemala se funda en principios de justicia social; es obligación del Estado fomentar con prioridad la construcción de viviendas populares, mediante sistemas de financiamiento adecuados, a efecto de que el mayor número de familias guatemaltecas disfruten del derecho humano a una vivienda digna. El Estado, además, actuará complementando la iniciativa y la actividad privada para el logro de sus fines, cuando las circunstancias socioeconómicas así lo exijan. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD- recientemente ha manifestado: “el no disponer de una vivienda adecuada tiene un impacto alto en los hogares, no solo porque afecta la salud, sino también por vulnerar otras capacidades como la educación”. Esto evidencia la imperiosa necesidad de garantizar a las familias guatemaltecas un techo propio y digno, que les brinde seguridad ciudadana, nutricional y sanitaria; como una oportunidad de desarrollo humano con estabilidad para su núcleo familiar.

Durante el desarrollo de la presente investigación se evidenció que las inversiones que se necesitan para el desarrollo de proyectos habitacionales, superan la capacidad financiera de las empresas constructoras guatemaltecas, por lo que debe buscarse aumentar el financiamiento nacional e internacional, lo cual puede lograrse por medio de las instituciones financieras expertas en la administración de recursos, la custodia y manejo de las garantías reales y la inversión de capitales, mediante la contratación del Fideicomiso Mixto con patrimonio Público-Privado con destino inmobiliario.

La propuesta sobre el Fideicomiso Mixto con patrimonio Público-Privado con destino inmobiliario como herramienta para la consecución de los fines del régimen económico y social que instituye la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 118, así como para el cumplimiento de la obligación fundamental del Estado de fomentar con prioridad la construcción de viviendas populares e implementar sistemas de financiamiento adecuados para tal fin, se fundamenta esencialmente, en la capacidad y eficiencia del sector privado y en la capacidad de aportación de fondos por

parte del Estado; y también en la apertura para las inversiones extranjeras de personas que consideren rentable la propuesta.

En términos generales, puede afirmarse que la hipótesis formulada en el diseño de la investigación se verifica en forma teórica, no siendo posible su verificación empírica; pues, precisamente por constituir una propuesta de implementación de una herramienta más eficaz que las actuales, no existen datos empíricos que puedan permitir el análisis de eficiencia de la implementación de tal herramienta. Sin embargo, el análisis de las herramientas jurídico-económicas actuales permite inferir no solo que estas son insuficientes para la finalidad perseguida, sino que además los fondos existentes para el financiamiento de vivienda popular también son insuficientes. Creemos que, aunado a la propuesta de la herramienta desarrollada en esta investigación, también es necesario que el Estado promueva o permita las condiciones necesarias para la generación de empleos y la inversión privada tanto nacional como extranjera; pues estas condiciones son esenciales para que la población tenga capacidad adquisitiva y capacidad para el cumplimiento de obligaciones financieras provenientes de la adquisición de vivienda.

## Referencias

### Bibliografía

Barrera Graf, Jorge. *Estudios De Derecho Mercantil. Derecho Bancario. Derecho Industrial.* México: Editorial Porrúa, S.A., 1958.

Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso.* México, D. F.: Editorial B. Costa-Amic, Mesones, 2014.

*Diccionario Enciclopédico Abreviado.* Tomo II. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina: Espasa-Calpe Argentina, S.A., 1945.

Freire, Bettina V. *El Fideicomiso.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo. Editorial Depalma. 1997

Giraldi, Pedro Mario. *Fideicomiso.* Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1998.

Guerra González, Julio Gilberto. *Fideicomiso como una Alternativa de Inversión.* Guatemala: Tesis de Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, septiembre de 2001.

Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V. *Teoría y práctica del fideicomiso.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999.

Lisoprawski, Silvio V. y Kiper, Claudio M. *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996.

Martín Queralt, Juan; Lozano Serrano, Carmelo; Poveda Blanco, Francisco. *Derecho Tributario*. 10ª Edición. Navarra, España. Thomson Aranzadi, Editorial Aranzadi, S.A., 2005.

Molle, Giacomo. *Manuale di Diritto Bancario*. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina: Dott A. Giuffre Editore Milano. Traducido por el Dr. Mario Alberto Bonfanti. Abeledo-Perrot, 1977.

Muñoz, Dr. Luis. *El Fideicomiso*. México: Taller de Impresiones y Encuadernaciones CAVO, 1980.

Ramírez Gaitán, Daniel Ubaldo. *El Fideicomiso*. Guatemala: Talleres Litografía MR, 2015.

Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios*. Bogotá, Colombia. Federación Latinoamericana de Bancos FELABAN, 1979

Sánchez Vega, Alejandro. *La Estrategia Fiscal en contratos de Fideicomiso*. 2ª Edición. México: Instituto Mexicano de Contadores Públicos, 2012.

Vargas García, Salomón; González Peredo, Edgar; Martínez García de León, Fernando. *Fideicomiso de Garantía, Planeación, Implementación y Ejecución*. México: Editorial Porrúa, 2014.

Zavala Rodríguez, J. C. *Código de Comercio y Leyes complementarias*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma. 1959

## **E-grafía**

[http://www.minfin.gob.gt/subsitios/fideicomisos/archivos/1\\_1.pdf](http://www.minfin.gob.gt/subsitios/fideicomisos/archivos/1_1.pdf)

<http://www.minfin.gob.gt/index.php/2012-07-24-21-40-20/definiciones-tecnicas?Highlight=WyJmaWRlaWNvbWlzb3MiXQ==>.

<http://www.estrategiaynegocios.net/lasclavesdeldia/855022-330/guatemala-crece-d%C3%A9ficit-habitacional>

<http://adig.org.gt/vivienda>

<http://www.publineas.gt/nacionales/el-deficit-habitacional-en-guatemala-asciende-a-1-6-millones/Tetolw---8MhhX1EluCrgw/>

<http://construigate.com/nuevo/index.php/component/content/article/37-%20nacionales/553--guatemala-con-altos-indices-de-deficit-habitacional><http://casanuevafha.com.gt/category/articulos/>

<http://www.profesorlegal.com/course/derecho-civil-2/>

## **Leyes**

Constitución Política de la República de Guatemala.

Código Civil, decreto ley 106.

Código de Comercio, decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), decreto 27-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Impuesto Sobre la Renta, decreto 26-92 del Congreso de la República de Guatemala.

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

Ley del Impuesto de Herencias, Legados y Donaciones, decreto 431 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Adjudicación de Bienes Inmuebles ubicados en Proyectos del Extinto Banco Nacional de la Vivienda –BANVI- decreto 25-2004 del Congreso de la República de Guatemala.

La Ley 37/1992, del 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido de España, vigente desde el 1 de enero de 1993 al 1 de enero de 2016.

Ley del Impuesto Sobre la Renta de la República de México.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y sus reformas, aprobada por la Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión, publicada el 27 de agosto de 1932.

Ley 24.441 Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. El senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, sancionada el veintidós de diciembre de 1994 y Promulgada el nueve de enero de 1995.

## Anexo

### **MODELO DE CONTRATO DE FIDEICOMISO IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN, INVERSIÓN Y GARANTÍA CON PATRIMONIO PÚBLICO-PRIVADO CON DESTINO INMOBILIARIO.**

NÚMERO \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_) En la ciudad de Guatemala el \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de dos mil \_\_\_\_\_, Ante Mí: \_\_\_\_\_, **Notario**, comparece el Licenciado (**NOMBRE**), de (edad) años de edad, (estado civil), (nacionalidad), (profesión), de este domicilio, quien se identifica con el Documento Personal de Identificación con Código Único de Identificación número (xxxxx) extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, Centroamérica, con fecha (día) de (mes) del (año), actúa en la calidad de **MANDATARIO ESPECIAL ADMINISTRATIVO CON REPRESENTACIÓN DE LA BANCO/FINANCIERA (DENOMINACIÓN FIDUCIARIA)**, la cual acredita con el Testimonio de la Escritura Pública número número (xx), autorizada en la Ciudad de Guatemala, el (día) de (mes) de (año), por la Notaria (nombre), inscrito en el Registro Electrónico de Poderes del Archivo General de Protocolos del Organismo Judicial a la inscripción número uno del poder número guion E (xxx-E), con fecha (día) de (mes) de (año) y en el Registro Mercantil General de la República, al número número (xxxx), folio número (xx), del libro número (xx) de Mandatos, con fecha (día) de (mes) del (año), el Banco/Financiera comparece en su calidad de entidad **FIDUCIARIA** del Fideicomiso de Garantía y Administración que por medio del presente Instrumento Público se constituye, denominado **“FIDEICOMISO MIXTO CON PATRIMONIO PÚBLICO-PRIVADO CON DESTINO INMOBILIARIO”**, en adelante denominado indistintamente como **“EL FIDEICOMISO”**, al Banco/Financiera (Denominación Fiduciaria), podrá denominarse en el transcurso de este instrumento público indistintamente por su nombre o como **“LA FIDUCIARIA”**. Y por la otra parte comparece la Licenciada (**NOMBRE**), de (edad) años, (estado civil), (nacionalidad), (profesión), de este domicilio, quien se identifica con el Documento Personal de Identificación con Código Único de Identificación número (xxxxxx), extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, Centroamérica, con fecha (día) de (mes) del año (año), comparece en su calidad de **MINISTRO DE COMUNICACIONES, INFRAESTRUCTURA Y VIVIENDA**,

extremo que acredita con la certificación del Acuerdo Gubernativo de Nombramiento número .... De fecha .... y Certificación del Acta de Toma de Posesión número .... (), de fecha ....., extendida por el Director Ejecutivo de la Secretaría del Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda; y, en **REPRESENTACION DEL ESTADO DE GUATEMALA**, en su calidad de Mandatario Especial con Representación del señor PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, quien de conformidad con lo que dispone el artículo doscientos cincuenta y dos (252) de la Constitución Política de la República de Guatemala, ejerce la Representación Legal del Estado, personería que acredita con el primer testimonio de la escritura pública número .... (...), autorizada por la Escribano de Cámara y de Gobierno con fecha ..., por medio de la cual el señor Procurador General de la Nación le confiere Mandato Especial con Representación al señor Ministro de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda. Debidamente facultada de conformidad con el Acuerdo Gubernativo número .... ( ), autorizado en esta ciudad con fecha (día) de (mes) de (año); en el transcurso del presente instrumento, a su representada se le denominará “La Fideicomitente Fundacional”. Hago constar: a) Que tuve a la vista la documentación relacionada la cual es fehaciente; b) Que las representaciones que se ejercitan son amplias y suficientes de conformidad con la ley y a mi juicio para el presente acto y que las mismas no han sido revocadas, modificadas, sustituidas, suspendidas, ni limitadas en forma alguna y que se encuentran plenamente vigentes; y c) Que los comparecientes me aseguran ser de los datos de identificación personal consignados, encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y en la calidad con que actúan otorgan **CONTRATO DE CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN, INVERSION Y GARANTIA DENOMINADO “FIDEICOMISO MIXTO CON PATRIMONIO PÚBLICO-PRIVADO CON DESTINO INMOBILIARIO”** de conformidad con las cláusulas escriturarias siguientes: **PRIMERA: DEFINICIONES:** Para una mejor comprensión e interpretación de los términos, condiciones y elementos de este contrato, los otorgantes, en las calidades con que actúan respectivamente, convienen en las definiciones siguientes: **I. FIDEICOMISO:** Contrato por medio del cual una persona llamada FIDEICOMITENTE transmite a otra denominada FIDUCIARIO, determinados bienes y derechos para que los administre y constituyan la garantía en la forma que se le indique y disponga de ellos a favor de un tercero llamado FIDEICOMISARIO O BENEFICIARIO;

**II. FIDEICOMITENTE y FIDEICOMITENTE ADHERENTE:** Se refiere a la persona individual o jurídica que transmite o transmitirá efectivo, bienes y/o derechos al Fiduciario, afectándolos a fines determinados; en este caso será EL ESTADO DE GUATEMALA, por medio del MINISTERIO DE COMUNICACIONES, INFRAESTRUCTURA Y VIVIENDA a quien podrá denominársele en adelante “El Fideicomitente Fundacional” o la “Parte Fideicomitente”; **III. FIDUCIARIA:** Es la institución Financiera que recibe el efectivo, los bienes y derechos en fideicomiso para destinarlos a los fines establecidos; en el presente contrato, será **FINANCIERA/BANCO (DENOMINACIÓN FIDUCIARIA)**, a quien también podrá denominarse en lo sucesivo indistintamente por su nombre o simplemente “El Banco” o, “La entidad Fiduciaria” **IV. FIDEICOMISARIO:** Puede ser cualquier persona individual o jurídica que en el momento en que, de acuerdo con el Contrato de Constitución del Fideicomiso, le corresponda entrar a beneficiarse del mismo y tenga capacidad de adquirir derechos; en el presente contrato podrán participar conforme a la prioridad de su respectivo derecho en Fideicomisarios en Primer Lugar, en Segundo Lugar y en Tercero Lugar. Para ostentar la calidad de fideicomisario como adjudicatario del bien inmueble, se requiere ser persona individual con núcleo familiar. **V. CONTRATO:** Es el presente instrumento público de constitución de fideicomiso de administración, inversión y garantía, así como sus futuras modificaciones, aclaraciones o ampliaciones; **VI. PATRIMONIO FIDEICOMETIDO:** Es la totalidad de efectivo, bienes y derechos que son y serán transmitidos al Fiduciario y que se describirán en este contrato; **VII. DENOMINACION DEL FIDEICOMISO:** El fideicomiso de Administración que se constituye por medio del presente instrumento público se denominará “**FIDEICOMISO MIXTO CON PATRIMONIO PÚBLICO-PRIVADO CON DESTINO INMOBILIARIO**”. **SEGUNDA: AUTORIZACIÓN PARA LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO:** Manifiesta el Licenciado (**NOMBRE**), en la calidad con que actúa, que comparece debidamente facultado para otorgar el presente instrumento público de conformidad con: **A)** La Resolución de Junta Directiva del Financiera/Banco (Denominación Fiduciaria) número diagonal (año) (xx/xxxx) inserta en el punto cuarto del Acta número (número) diagonal (año) (xx/xxxx) de la sesión celebrada el (día) de (mes) de (año); que autorizó la Constitución del Fideicomiso en Garantía y Administración. **B)** Por su parte la licenciada (**NOMBRE**) comparece debidamente autorizada según el Acuerdo Gubernativo en

Consejo de Ministros número (xxx) de fecha (día) de (mes) de (año) **TERCERA: CONSTITUCIÓN:** Los comparecientes, en las calidades con que actúan, debidamente facultados de conformidad con la documentación relacionada en la segunda cláusula de este instrumento, expresan que comparecen a constituir el **FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN, INVERSIÓN Y GARANTIA** denominado “FIDEICOMISO MIXTO CON PATRIMONIO PUBLICO-PRIVADO CON DESTINO INMOBILIARIO” de conformidad con las estipulaciones que se establecen en el presente contrato. **CUARTA: OBJETO Y FINALIDAD:** El objeto del Fideicomiso es administrar la adquisición de bienes inmuebles, la construcción de unidades y proyectos habitacionales, constituir y administrar las garantías y procedimientos de pago, proceder a la adjudicación de los bienes a fideicomisarios, y mantener en resguardo el patrimonio fideicometido. Su finalidad de manera enunciativa, será: i) Recibir y mantener el dominio fiduciario del Patrimonio Fideicometido Fundacional y por Adhesión; ii) La entidad Fiduciaria como propietaria fiduciaria, adjudicará en forma automática al deudor Fideicomisario en segundo lugar, y sin más requisito que el cumplimiento del pago total de las obligaciones contraídas en el crédito garantizado con hipoteca, de los gastos, honorarios y tributos que se encuentren pendientes de pago; iii) Ser garante de la realización de la garantía ante el incumplimiento de pago de los créditos concedidos, las primas de seguros, impuestos (presentes y futuros) y todo tipo afectación al patrimonio fideicometidos fundacional o por adhesión; iv) Ante el incumplimiento de pago, administrar el procedimiento de pago por medio de la venta del bien que constituye la garantía subasta pública notarial, con el producto de la venta, cubrir los gastos del procedimiento notarial y proceder al pago de las obligaciones garantizadas ante los acreedores (Fideicomisarios en Primer Lugar). Para el efecto la Fiduciaria deberá imputar los pagos en el orden siguiente: a) Honorarios y gastos del Fiduciario; b) amortización del capital e intereses vencidos crédito respectivo y gastos (primas, impuestos, mantenimiento, etcétera) realizados por cuenta del deudor; y c) el remante si existiere, se entregará al Fideicomitente Adherente. En caso no existir posturas dentro del procedimiento de subasta pública, a petición del acreedor, proceder a adjudicar en pago el bien inmueble que constituye la garantía al Acreedor Fideicomisario en Primer Lugar, siendo a su cargo los gastos del procedimiento de subasta, y de existir remante, entregarlo al Fideicomitente Adherente; v) Adjudicar el bien

inmueble al Fideicomisario en Segundo Lugar –deudor-, una vez cumplidas las obligaciones contraídas al suscribir el crédito, incluidos primas de seguros, gastos, honorarios de adjudicación, impuestos, aranceles aplicables a la inscripción registral y manejo del Fideicomiso. El que reúna las calidades de fideicomitente adherente, deudor y fideicomisario en segundo lugar, tiene derecho a que se le restituya el derecho de propiedad pleno en forma automática y sin más requisito que el cumplimiento de las obligaciones crediticias contraídas; vi) Efectuar los pagos de impuestos, primas de seguros y gastos de mantenimiento a los cuales estén afectos los bienes inmuebles, que ante la falta de pago del deudor, deberán sufragar los acreedores. En las cuotas del pago del crédito se incluirán estos rubros. En caso de incumplimiento de pago por parte del deudor de impuestos, primas de seguro y gastos de mantenimiento, además de considerarse el incumplimiento a la condición resolutoria que adelante se detalla, serán a cargo de los acreedores como pago por cuenta ajena, y reembolsables juntamente con la reclamación del capital y los intereses pactados en los créditos. **QUINTA: CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO:** Manifiesta la Representante Legal del FIDEICOMITENTE FUNDACIONAL que por el presente acto transmite en forma irrevocable en la calidad de Patrimonio Fideicometido los bienes que se describen a continuación: a) Activos : Efectivo : por la suma de \_\_\_\_\_; bienes inmuebles inscritos en el Registro General de la Propiedad bajo los números (finca), (folio), (libro) de (departamento); con valor de \_\_\_\_\_ según avalúo comercial practicado por el valuador autorizado, ingeniero \_\_\_\_\_; los cuales transmite por este acto. Por advertencia del infrascrito Notario con relación a las responsabilidades en las que podrían incurrir de conformidad con la ley, la licenciada (nombre), en la calidad con que actúa, declara que a la presente fecha, de conformidad con la documentación, información y registros sobre los bienes descritos y que por el presente acto se transmiten en FIDEICOMISO no pesan gravámenes, limitaciones o anotaciones que afecten los derechos de la FIDUCIARIA. **SEXTA: IMPUESTOS Y GASTOS:** Los impuestos a los cuales esté afecto EL FIDEICOMISO, así como los trámites de inscripción ante la Superintendencia de Administración Tributaria, habilitación y autorización de libros contables y emisión de facturas serán pagados con fondos del propio FIDEICOMISO; y en caso de no haber o

ser insuficientes, serán cubiertos por EL FIDEICOMITENTE. LA FIDUCIARIA cobrará por gastos de inicio de operaciones de EL FIDEICOMISO la cantidad de CINCO MIL QUETZALES (Q5,000.00). **SÉPTIMA: PLAZO DEL FIDEICOMISO:** El presente fideicomiso entrará en vigencia a partir de la presente fecha y se establece su vigencia por un plazo de VEINTICINCO (25) años, por lo que vencerá el ( ...). El plazo podrá darse por terminado antes de su vencimiento por cualquiera de las causas, estipuladas en el Código de Comercio de Guatemala para el contrato de Fideicomiso. Dicho plazo no podrá prorrogarse, por lo que se procederá a su liquidación. No obstante lo anterior, las partes convienen que si el plazo estipulado para el cumplimiento de un contrato de crédito excediere el plazo del fideicomiso, se podrá trasladar la garantía y administración del crédito a otro fideicomiso vigente, respetando las condiciones previamente pactadas. **OCTAVA: OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA: LA FIDUCIARIA** tendrá las siguientes obligaciones: I) Ejecutar el Fideicomiso de acuerdo a sus objetivos, constitución, disposiciones contenidas en el Código de Comercio de Guatemala y las resoluciones del FIDEICOMITENTE que se relacionen directamente con el patrimonio fideicometido; II) Desempeñar el cargo con la debida diligencia y únicamente podrá renunciarlo por causas graves debidamente justificadas que deberá sustentar ante EL FIDEICOMITENTE y EL FIDEICOMISARIO, las que en caso de duda deberán ser calificadas por un Juez de Primera Instancia de acuerdo al procedimiento de ley; III) Tomar posesión, recibir, administrar y guardar los bienes y derechos objeto del patrimonio fideicometido por adhesión, en los términos y condiciones del contrato, velar por su conservación y seguridad, para tal efecto, otorgará el derecho de habitación al Fideicomitente Adherente, quien debe obligarse a mantener el inmueble en buen estado de funcionamiento, conservación y habitabilidad; IV) Disponer la apertura de una cuenta bancaria a nombre del Fideicomiso en la que se depositara el producto de fondos provenientes de los bienes que integran el patrimonio fideicometido, y de la administración del fideicomiso, así como otros ingresos. V) Llevar cuenta detallada ante el Fideicomitente de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones; VI) Ejercer la titularidad de toda clase de bienes que hayan sido aportados al fideicomiso; VII) Informar al FIDEICOMITENTE y al FIDEICOMISARIO, los resultados de su gestión así como cualesquiera otras informaciones que le sean requeridas por los otorgantes del

contrato; VIII) Informar al FIDEICOMITENTE y al FIDEICOMISARIO cada seis meses, sobre la situación del manejo del fideicomiso así como de la situación del patrimonio fideicometido; IX) Defender el Patrimonio fideicometido ejercitando, en su caso, las acciones que sean procedentes para tal fin, situación en la que los honorarios y gastos judiciales o extrajudiciales que se ocasionen correrá por cuenta y a cargo del patrimonio fideicometido; en cuanto a esta obligación, debe entenderse que la misma consistirá en conservar la titularidad y propiedad de los bienes y derechos transmitidos al fideicomiso. X) Cumplir con las obligaciones tributarias que correspondan a los bienes fideicometidos, para el efecto el FIDEICOMISARIO EN SEGUNDO LUGAR proporcionará en la cuota mensual establecida los recursos para tal fin, en caso de incumplimiento de pago, estos gastos los cubrirá el Fideicomisario en Primer Lugar y queda especialmente establecido que LA FIDUCIARIA, por ningún motivo y bajo ninguna circunstancia, pagará con fondos propios ningún tipo de gasto o impuesto generado por el presente fideicomiso, quedando desde ya EL FIDEICOMISARIO EN SEGUNDO LUGAR como el principal responsable del desembolso de los fondos para hacer frente a tales pagos; XI) LA FIDUCIARIA deberá trasladar mensualmente el monto correspondiente de las recuperaciones de los créditos ya efectuados, al FIDEICOMISARIO EN PRIMER LUGAR (acreedor) en la forma pactada; debiendo para el efecto velar porque el Fideicomisario en Primer Lugar reciba los pagos a la acreeduría a su favor. Cualquier cantidad que por tal concepto reciba la Fiduciaria, constituirá un cobro por cuenta ajena a favor del Fideicomisario en primer lugar, razón por la que de ninguna manera implicará carga tributaria o renta para el Fideicomiso; siendo que la Fiduciaria actúa como intermediaria en el ejercicio de sus funciones para con el acreedor, a efecto de que este reciba el pago de su capital e intereses remuneratorios y moratorios devengados, según el caso; XII) Transferir la propiedad del bien y derecho fideicometido a favor del Fideicomisario en segundo lugar, al estar totalmente cumplidas las obligaciones crediticias contraídas; XIII) Proceder a la venta del patrimonio fideicometido por adhesión, o a la adjudicación en pago del mismo en su caso, según el procedimiento establecido; XIV) Devolver los bienes inmuebles que sean negociados y vendidos directamente por el Fideicomitente Adherente, siempre y cuando este le entregue una solicitud por escrito y que la devolución sea aprobada expresamente por el Fideicomisario en Primer Lugar, por escrito en forma fehaciente; o

bien, proceder a la venta total o parcial, directa de los bienes y derechos que conforman el patrimonio fideicometido sin necesidad de incurrir en el procedimiento de subasta pública notarial, a favor de las personas, conforme previo acuerdo entre el Fideicomitente Adherente y el Fideicomisario en primer lugar, debiendo girar las instrucciones precisas a la Fiduciaria, y de común acuerdo establecerán los términos y condiciones de la negociación a efecto de que queden satisfechas todas las obligaciones generadas en el fideicomiso; XV) Las demás que conforme a este contrato, la ley y el Reglamento de manejo y administración del Fideicomiso le correspondan. **NOVENA: DERECHOS DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA:** LA FIDUCIARIA tendrá los siguientes derechos: I) Cobrar los honorarios o comisiones que se pactan en el presente contrato, por el manejo de EL FIDEICOMISO acorde con las finalidades para las que fue constituido; en tal virtud, EL FIDUCIARIO percibirá a) La suma de dinero por un valor de CINCO MIL QUETZALES (Q5,000.00), los cuales se destinarán para los gastos del inicio de operaciones y b) Como honorarios por administración el dos punto cinco por ciento (2.5%) sobre el valor recuperado de forma mensual por administración del fideicomiso, dicho monto deberá cancelarse a LA FIDUCIARIA, el último día hábil de cada mes, este monto será cubierto con los productos del fideicomiso o con fondos del patrimonio fideicometido, el cual la Fiduciaria queda facultado para debitar de la cuenta del fideicomiso que para el efecto se aperture de no existir disponibilidades dentro del FIDEICOMISO, el Fideicomisario en Primer Lugar deberá efectuar el pago directamente a la entidad FIDUCIARIA. III) LA FIDUCIARIA tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor por cobro de honorarios, créditos y gastos derivados del FIDEICOMISO. Cualquier gasto, costo, impuesto u honorarios que se generen derivado de la existencia del presente fideicomiso, correrá a cargo del Fideicomisario en segundo lugar, quién deberá proveer de fondos a la FIDUCIARIA y en caso de incumplimiento lo hará el Fideicomisario en primer lugar, por cuenta ajena, cargándose a la acreeduría todo pago realizado por cuenta del Fideicomisario en segundo lugar; IV) la Fiduciaria será reembolsada de todos los gastos que ocasione o se deriven de la administración del fideicomiso, estando facultada a retener la devolución de los bienes fideicometidos hasta que se le cancele la totalidad de los honorarios, comisión, gastos, impuestos o contribuciones pendientes de pago al fideicomiso; V)A ser reembolsado de todos los gastos que ocasione EL FIDEICOMISO,

el presente contrato y sus modificaciones si las hubiere; VI) Otorgar bajo su responsabilidad, los mandatos especiales que sean necesarios para el buen funcionamiento del FIDEICOMISO, sin perjuicio de que los gastos derivados del ejercicio de dichos mandatos, corran por cuenta del FIDEICOMISO y de no haber disponibilidad dentro del fideicomiso, el FIDEICOMITENTE deberá trasladar fondos al Fideicomiso; VII) Recibir finiquito a la terminación del fideicomiso; VIII) A otorgar bajo su estricta responsabilidad los mandatos especiales y judiciales, con representación, en relación con el Fideicomiso, que sean necesarios para el buen funcionamiento y ejecución del mismo, sin perjuicio que los gastos derivados del ejercicio de dichos mandatos corran a cuenta del patrimonio del fideicomiso; IX) A nombrar libremente al Notario a cargo del procedimiento de subasta pública. X) Cualquier otro que provenga de su calidad de FIDUCIARIO de conformidad con lo que determine la ley. **DÉCIMA: OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE Y DEL FIDEICOMITENTE ADHERENTE.** El FIDEICOMITENTE Y FIDEICOMITENTE ADHERENTE deberá: I) Transmitir en forma irrevocable por el plazo del fideicomiso y sus prórrogas, libres de todo gravamen, anotación o limitación que pudiere afectar los fines del FIDEICOMISO y los derechos de los Fideicomisarios, el efectivo, los bienes y derechos necesarios, a fin de cumplir los fines de este contrato; II) Cancelar los gastos y honorarios que ocasione este contrato sus adhesiones, modificaciones, ampliaciones y prórrogas, así como los que se generan del acto de transmisión, devolución y registro de los bienes, además de los gastos que se causaren en la venta y administración de los bienes y derechos, si ésta se llevare a cabo, salvo cuando dichos pagos y gastos correspondieren a los adquirientes, compradores, fideicomisario en segundo y primer lugar respectivamente; III) Pagar en forma directa o reembolsar al FIDUCIARIO, los impuestos y contribuciones a que se encuentren afectos los bienes aportados al FIDEICOMISO, en caso de no haber previamente proporcionado fondos para ello; IV) Proveer a la FIDUCIARIA la cantidad de CINCO MIL QUETZALES (Q.5,000.00) para los gastos de inicio de operaciones; V) Prestar toda la colaboración que sea necesaria a la FIDUCIARIA a efecto de que este no encuentre obstáculo alguno en su gestión; VI) Dar aviso a la Fiduciaria de cualquier desmejora, depreciación, usurpación o riesgo que pueda afectar a los bienes fideicometidos por adhesión; VII) Cooperar con la Fiduciaria en la defensa del Patrimonio Fideicometido por Adhesión; VIII)

Pagar en forma directa los seguros a que se encuentren afectos los bienes y derechos objeto del fideicomiso; IX) Proporcionar a la Fiduciaria con la debida antelación, los fondos correspondientes al pago de impuestos, seguros, arbitrios y contribuciones a que se encuentren afectos los bienes y derechos objeto del Fideicomiso y sus respectivas adhesiones; X) Otorgar a favor de la FIDUCIARIA el finiquito que corresponda a la terminación del FIDEICOMISO; y XI) Las demás que provengan del presente contrato o la ley. **DÉCIMA PRIMERA: DERECHOS DE EL FIDEICOMITENTE.** Se establecen como derechos del FIDEICOMITENTE los siguientes: I) Obtener de la FIDUCIARIA, los informes rutinarios que por el presente contrato deba recibir por parte de aquella; II) Obtener la devolución de los bienes aportados al patrimonio fideicometido al finalizar el plazo del fideicomiso, previa cancelación de cualquier cantidad que por concepto de obligaciones contraídas, honorarios o gastos a su cargo, se encontraren pendientes. **DÉCIMA SEGUNDA: A) DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO EN PRIMER LUGAR.** EL FIDEICOMISARIO tendrá los siguientes derechos: I) Revisar las cuentas del Fideicomiso por sí o por medio de Contadores o Auditores debidamente facultados, pudiendo obtener de la FIDUCIARIA toda la información contable y financiera relacionada con EL FIDEICOMISO; II) Exigir a la FIDUCIARIA el cumplimiento de las obligaciones como tal; III) Obtener las informaciones y reportes que la FIDUCIARIA esté obligado a proporcionar de acuerdo a este contrato; IV) Beneficiarse de los frutos que genere este FIDEICOMISO, en los términos del presente Contrato; V) Ejercer los derechos que le son conferidos por el artículo setecientos setenta y ocho del Código de Comercio de Guatemala; VI) Que la FIDUCIARIA le traslade mensualmente el monto correspondiente de las recuperaciones de los créditos ya efectuados, en el modo, tiempo y forma pactados; por lo que recibirá los pagos a la acreeduría a su favor; VII) Requerir la venta del patrimonio fideicometido por adhesión que constituye la garantía, ante la falta de pago del deudor o fideicomisario en segundo lugar, o bien, requerir la adjudicación en pago del mismo en su caso, según el procedimiento establecido; XIII) Recibir el producto de los bienes inmuebles que sean negociados y vendidos directamente por el Fideicomitente Adherente, siempre y cuando este le entregue una solicitud por escrito y que la devolución sea aprobada expresamente por el Fideicomisario en Primer Lugar, por escrito en forma fehaciente; o bien, proceder a la venta total o parcial, directa de los bienes y derechos que conforman el patrimonio

fideicometido sin necesidad de incurrir en el procedimiento de subasta pública notarial, a favor de las personas, conforme previo acuerdo entre el Fideicomitente Adherente y el Fideicomisario en primer lugar, debiendo girar las instrucciones precisas a la Fiduciaria, y de común acuerdo establecerán los términos y condiciones de la negociación a efecto de que queden satisfechas todas las obligaciones generadas en el fideicomiso. B) **DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO EN SEGUNDO LUGAR.** EL FIDEICOMISARIO en segundo lugar tendrá los derechos siguientes: I) Que se le reciban los pagos a cuenta de la obligación crediticia en el modo, tiempo y forma pactada; II) Le sea transferida la propiedad del bien y derecho fideicometido a su favor, al estar totalmente cumplidas las obligaciones crediticias contraídas; III) Autorizar la venta del patrimonio fideicometido por adhesión, o a la adjudicación en pago del mismo en su caso, según el procedimiento establecido, a los efectos de satisfacer el cumplimiento de las obligaciones crediticias contraídas; IV) Ejercitar el derecho de que el bien y derecho sean negociados y vendidos directamente (**sustitución de deudor**), previa solicitud por escrito y aprobada expresamente por el Fideicomisario en Primer Lugar, de manera fehaciente y por escrito; o bien, solicitar se proceda a la venta total o parcial, directa de los bienes y derechos que conforman el patrimonio fideicometido sin necesidad de incurrir en el procedimiento de subasta pública notarial, conforme previo acuerdo con el Fideicomisario en primer lugar, debiendo ambos girar las instrucciones precisas a la Fiduciaria, y de común acuerdo establecerán los términos y condiciones de la negociación a efecto de que queden satisfechas todas las obligaciones generadas en el fideicomiso. **DÉCIMA TERCERA: OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO EN PRIMER LUGAR:** EL FIDEICOMISARIO de este FIDEICOMISO tendrá las obligaciones que provengan del presente contrato; del contrato de crédito garantizado y las que establezcan las leyes de la materia. **DÉCIMA CUARTA: EJERCICIO CONTABLE.** El ejercicio contable del presente fideicomiso, se ajustará a períodos anuales computados del (1) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de cada año, con excepción de la inicial que será de la presente fecha al treinta y uno (31) de diciembre de dos mil quince. **DÉCIMA QUINTA: CONSTITUCIÓN FONDO DE GARANTÍA.** Manifiestan los comparecientes, en las calidades con que actúan, que se establece un fondo de garantía para cubrir los casos excepcionales de incumplimiento de pago; el cual se conformará con el CINCO POR CIENTO (5%) sobre el monto de los

rubros recaudados, asimismo, para cubrir los gastos derivados de los trámites de los créditos que sean trasladados por la vía legal. **DÉCIMA SEXTA: REGLAMENTO:** Para agilizar el proceso de recuperación administrativa de la cartera de activos crediticios, se elaborará un Reglamento de Cobro, en el cual se confieran facultades suficientes a la FIDUCIARIA para la mejor conservación de los fines del FIDEICOMISO. El Reglamento será elaborado conjuntamente por EL FIDEICOMITENTE FUNDACIONAL y LA FIDUCIARIA, será aprobado por los órganos competentes de cada uno de ellos; la aprobación del FIDEICOMITENTE será puesta en conocimiento de la FIDUCIARIA. Asimismo, la reglamentación que sea necesaria para viabilizar las operaciones de cada proyecto habitacional o modalidad aprobada. **DÉCIMA SÉPTIMA: TERMINACIÓN DEL FIDEICOMISO.** Conviene a las partes que el fideicomiso podrá terminar por cualesquiera de las causas siguientes: I) Por vencimiento del plazo fijado; II) Por la realización de los fines para los cuales se constituyó EL FIDEICOMISO; III) Por convenio expreso y unánime entre el FIDEICOMITENTE y EL FIDEICOMISARIO EN PRIMER LUGAR, lo cual deberá notificarse fehacientemente al FIDUCIARIO para que proceda a la liquidación; IV) Por renuncia del FIDUCIARIO si no fuere posible sustituirlo; y VI) Por cualesquiera otras causas establecidas por la ley. **DECIMA OCTAVA: DEVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO:** Al producirse cualquiera de las causas de terminación del FIDEICOMISO, la FIDUCIARIA deberá devolver el patrimonio fideicometido de la manera siguiente: I) La devolución deberá hacerla directa y exclusivamente al FIDEICOMITENTE con quien se procederá a la liquidación de cuentas, previa cancelación de cualquier cantidad que por concepto de honorarios o gastos, a cargo del FIDEICOMISO se encuentren pendientes; II) Si el patrimonio fideicometido constituye garantía de créditos, se formalizará las modificaciones correspondientes a efecto de que el acreedor y deudor continúen las condiciones de la negociación de manera directa; III) La devolución se hará constar en escritura pública previo al otorgamiento del correspondiente finiquito a favor del Fiduciario. IV) El reglamento que se emita podrá desarrollar el contenido de esta cláusula. **DÉCIMA NOVENA: LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO.** LA FIDUCIARIA será la liquidadora del Fideicomiso en caso de que este termine por cualquiera de las causas estipuladas en este contrato, o en su defecto, por las causas establecidas en el artículo setecientos ochenta y siete

(787) del Código de Comercio de Guatemala. La liquidación la efectuará LA FIDUCIARIA, quien emitirá las directrices pertinentes para llevar a cabo la liquidación, salvo caso fortuito o de fuerza mayor, partiendo de las siguientes reglas: I) La liquidación total del FIDEICOMISO se efectuará por la FIDUCIARIA con la mayor brevedad sin exceder, en ningún caso, de un plazo de dos (2) meses contados desde la fecha en que se suceda la causa de extinción; II) La remuneración que devengará LA FIDUCIARIA por la liquidación del FIDEICOMISO será la que fije la ley para los liquidadores de sociedades. Esta remuneración no se devengará por la FIDUCIARIA si la liquidación es por el cumplimiento del fin del FIDEICOMISO; III) En todo caso, en lo que se refiere a la liquidación, LA FIDUCIARIA regirá sus actos por las disposiciones que anteceden, las reglas que disponga bajo su buen criterio, o por la ley; IV) A la terminación del presente FIDEICOMISO, después de aprobada la liquidación o rendición de cuentas presentadas por LA FIDUCIARIA; EL FIDEICOMITENTE o FIDEICOMISARIOS, en su caso, deberán otorgar Finiquito a favor del FIDUCIARIO, y entonces quedarán extinguidas todas las obligaciones asumidas por este, y derivadas del contrato. V) El Reglamento que se emita podrá desarrollar el contenido de esta cláusula. **VIGÉSIMA: CESACIÓN DE LA FIDUCIARIA:** LA FIDUCIARIA cesará en sus funciones por cualquiera de las causas siguientes: a) Renuncia de la FIDUCIARIA; b) Extinción del FIDEICOMISO; c) Remoción de la FIDUCIARIA por decisión del FIDEICOMITENTE. Se entenderá que existe “justa causa” cuando la FIDUCIARIA hubiera incurrido en incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones que ponga en riesgo la consecución de los fines del presente FIDEICOMISO. **VIGÉSIMA PRIMERA: SUSTITUCIÓN DE LA FIDUCIARIA:** En cualquiera de los casos en los que proceda sustituir a la FIDUCIARIA de conformidad con la ley o el presente contrato, el FIDEICOMITENTE designará al sustituto. LA FIDUCIARIA no podrá cesar en sus funciones hasta que sean satisfechos los requisitos siguientes: I) Que se haya elegido al Fiduciario sustituto; II) Que la FIDUCIARIA haya rendido cuentas finales y presentado el balance final de su gestión; III) Que la FIDUCIARIA sustituta haya tomado efectiva posesión del cargo y del Patrimonio Fideicometido. **VIGÉSIMA SEGUNDA: RÉGIMEN LEGAL.** Los otorgantes, en las calidades con que actúan, declaran que el presente contrato de constitución de Fideicomiso se regirán por los términos de este instrumento, el Código de Comercio de

Guatemala y las leyes de la República de Guatemala, en especial las disposiciones legales aplicables a la constitución, régimen y liquidación del Fideicomiso. **VIGÉSIMA**

**TERCERA: ACEPTACIÓN DEL CARGO Y CLÁUSULA ESPECIAL DE RENUNCIA.**

Continúa manifestando el Representante Legal del Fiduciario que conforme lo establece el Decreto número sesenta y siete guion dos mil uno (67-2001) del Congreso de la República de Guatemala –Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, su representada tiene el carácter de Persona Obligada al tenor del numeral uno del artículo dieciocho (18) del citado Decreto y por consiguiente, sujeta a las obligaciones que establece la ley, encontrándose entre ellas, la obligación de comunicar a la Intendencia de Verificación Especial, cualquier operación o transacción financiera inusual o sospechosa. Entre ellas: A) La obligación de llevar un registro especial en los formularios emitidos por la Intendencia de Verificación Especial de la Superintendencia de Bancos, para lo cual el Fideicomitente queda obligado a proporcionar la información y documentos de soporte necesarios, para llevar dicho registro de forma anual y actualizada. Y B) La obligación de comunicar a la Intendencia de Verificación Especial cualquier operación o transacción financiera inusual o sospechosa. En tal virtud, queda especialmente pactado y así lo aceptan los otorgantes, que el Fiduciario, en el evento que por cualquier causa se viere compelido a cumplir con su obligación de comunicar actividades como las indicadas, que se produjeran en la ejecución, desarrollo y cumplimiento del presente fideicomiso, se reserva desde ya, en caso que la información proporcionada diere lugar a denuncia de la INTENDENCIA DE VERIFICACION ESPECIAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS, ante la Fiscalía del Ministerio Público por un hecho punible por el referido Decreto, el derecho y facultad de prescindir unilateralmente de su calidad de Fiduciario sin responsabilidad de su parte y de consiguiente, proceder a la liquidación del Fideicomiso, condición que acepta expresamente el Fideicomitente.

**VIGÉSIMA CUARTA: DE LA PROTOCOLIZACIÓN:** Las partes, en las calidades con que actúan, convienen en que por el presente acto se procede a protocolizar la Certificación contable extendida por ....., Perito Contador de la entidad ....., registrada en la Superintendencia de Administración Tributaria con el número de identificación tributaria .. con fecha ..., la que describe el detalle de ....., el cual consta de diez páginas correspondiente a los valores .... por .... y en su conjunto suman un total que asciende

a la cantidad de .... la cual queda contenida entre las hojas de papel sellado especial para protocolo del registro notarial a mi cargo número de orden del .... al ..... y de registro del .... al .... y pasa a ocupar el folio número ..... **VIGÉSIMA QUINTA: RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:** Las partes contratantes convienen que todos los conflictos que surjan del presente contrato, tanto durante su vigencia, como a la terminación del mismo, por cualquier causa, con excepción del incumplimiento de las obligaciones relacionadas en este instrumento público, deberán ser resueltos por medio del proceso de conciliación, transcurridos treinta días sin llegar a un acuerdo, la controversia será resuelta en **JUICIO ORAL**, el cual las partes aceptan desde ya en forma irrevocable. El Fideicomitente Fundador Estado de Guatemala, por medio de su representante, se encuentra debidamente facultado en el Acuerdo Gubernativo de creación de este Fideicomiso para someter la resolución de las controversias que se deriven de la interpretación, ejecución y cumplimiento de este contrato, bajo el procedimiento del juicio oral. EL FIDEICOMITENTE y los que en el futuro se adhieran al presente FIDEICOMISO se someterán a dicho procedimiento aún bajo las modificaciones que pudiesen suceder en el futuro. **VIGÉSIMA SEXTA: DOMICILIO ESPECIAL.** Las partes, en las calidades con que actúan, señalan como domicilio especial para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos que del presente contrato se deriven la entidad Inversiones y Servicios Comerciales, Sociedad Anónima, en su calidad de FIDEICOMITENTE y FIDEICOMISARIO, según corresponda en: (dirección) Municipio de Guatemala, Departamento de Guatemala; LA FIDUCIARIA en: (dirección), Municipio de Guatemala, Departamento de Guatemala. Se establece expresamente, que el FIDEICOMITENTE y FIDEICOMISARIO, según corresponda, se encuentra obligado a notificar tanto a la FIDUCIARIA, en caso de cambio de domicilio. Dicho aviso deberá hacerse por escrito y deberá constar sello y firma de recepción. **VIGÉSIMA SEPTIMA: MODIFICACIÓN DEL CONTRATO:** Los otorgantes, en la calidad con que actúan respectivamente, quedan facultados para otorgar las escrituras de aclaración, ampliación y modificación que fueren necesarias siempre y cuando dichas escrituras no afecten los fines para los cuales se constituye el presente FIDEICOMISO. **VIGÉSIMA OCTAVA: ACEPTACIÓN DE LA FIDUCIARIA.** El Licenciado (**nombre**) en la calidad con que actúa y en representación de la entidad Fiduciaria, BANCO (DENOMINACIÓN), declara que acepta el

FIDEICOMISO constituido y la transmisión de los bienes que para los fines del mismo se hace, patrimonio que declara haber recibido en este acto a su entera satisfacción.

**VIGÉSIMA NOVENA: ACEPTACIÓN DEL CONTRATO.** En los términos y condiciones de este instrumento público, los comparecientes, en las calidades con que actúan, aceptan y ratifican, manifestando su plena conformidad con el mismo. Yo el Notario, **DOY FE:** A) De todo lo expuesto; B) De haber tenido a la vista los documentos descritos en el curso del presente instrumento público y la resolución de Junta Directiva del Banco (Denominación Banco Fiduciario) número (número) inserta en el punto cuarto del Acta número (número) de la sesión celebrada el (día) de (mes) de (año). Leí lo escrito a los otorgantes, quienes enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, lo aceptan, ratifican y firman con el Infrascrito Notario.