

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



**SOFIA EUGENIA CASTELLANOS MEJÍA**

**GUATEMALA, ABRIL DE 2015**

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

**NECESIDAD DE CREAR UNA NORMATIVA QUE PROHIBA A LAS ENTIDADES  
BANCARIAS Y/O FINANCIERAS GUATEMALTECAS APORTAR A UN  
FIDEICOMISO DE GARANTÍA, LOS MISMOS BIENES QUE SIRVEN COMO  
GARANTÍA EN CRÉDITOS HIPOTECARIOS, CON EL FIN DE EVITAR LA  
CONSTITUCIÓN DE UNA DOBLE GARANTÍA**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**SOFIA EUGENIA CASTELLANOS MEJÍA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

GUATEMALA, ABRIL DE 2015

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana  
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil  
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez  
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía  
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez  
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario  
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Rodolfo Giovanni Silvestre Reyes  
Vocal: Lic. Rolando Alberto Morales García  
Secretaria: Licda. Diana Marisol Merlos

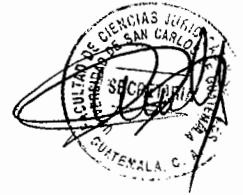
**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos  
Vocal: Licda. Adela Lorena Pineda Herrera  
Secretario: Lic. Arnoldo Torres Duarte

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



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,  
 12 de junio de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, RAFAEL MORALES SOLARES  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
SOFIA EUGENIA CASTELLANOS MEJÍA, con carné 200815656,  
 intitulado NECESIDAD DE CREAR UNA NORMATIVA QUE PROHIBA A LAS ENTIDADES BANCARIAS Y/O  
FINANCIERAS GUATEMALTECAS APORTAR A UN FIDEICOMISO DE GARANTÍA, LOS MISMOS BIENES QUE  
SIRVEN COMO GARANTÍA EN CRÉDITOS HIPOTECARIOS, CON EL FIN DE EVITAR LA CONSTITUCIÓN DE UNA  
DOBLE GARANTÍA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

**DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA**  
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 28 / 07 / 2014 . f)



Asesor(a)





International Legal Services Corporation, S.A.  
Bufete Asociado

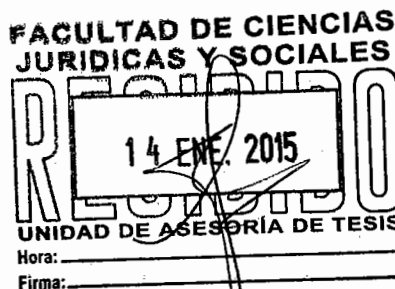
# INTERNATIONAL LEGAL SERVICES CORPORATION, S.A. BUFETE ASOCIADO

Lic. Rafael Morales Solares



Guatemala, 23 de octubre de 2014.

Doctor:  
Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.  
Universidad de San Carlos de Guatemala.  
Presente.



Respetable Doctor Mejía:

Respetuosamente me dirijo a Usted, con el objeto de manifestarle que, en cumplimiento de la resolución emitida por esa unidad de tesis de fecha doce de junio de dos mil catorce, en donde se me nombra como Asesor de tesis de la Bachiller **SOFIA EUGENIA CASTELLANOS MEJÍA**, intitulada **"NECESIDAD DE CREAR UNA NORMATIVA QUE PROHIBA A LAS ENTIDADES BANCARIAS Y/O FINANCIERAS GUATEMALTECAS APORTAR A UN FIDEICOMISO DE GARANTÍA, LOS MISMOS BIENES QUE SIRVEN COMO GARANTÍA EN CRÉDITOS HIPOTECARIOS, CON EL FIN DE EVITAR LA CONSTITUCIÓN DE UNA DOBLE GARANTÍA"**.

Para el efecto hago constar que la sustentante tomó en cuenta las sugerencias realizadas a su trabajo de investigación, así mismo, realizó las investigaciones y correcciones que en el desarrollo de la asesoría se formularon, obteniendo con ello, una investigación de suma importancia para la sociedad Guatemalteca.

El contenido científico del trabajo que se investiga es de carácter jurídico, en el cual se desarrolla lo concerniente al Derecho Mercantil, específicamente lo relativo a las normas especiales que regulan el Contrato de Fideicomiso, en donde se ha podido comprobar que existe un vacío Legal que pone en riesgo éste tipo de contratos al prestarse a que un mismo bien sirva de garantía en Créditos Hipotecarios y a la vez se utilicen como aporte en un Contrato de Fideicomiso.

El trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere una investigación de tal magnitud; en la misma, se hace un estudio minucioso del Derecho de Obligaciones, así como del Derecho Real de Garantía que Constituye la Hipoteca para llegar a profundizar sobre el Contrato Mercantil de Fideicomiso, analizando algunas generalidades de los mismos Contratos Mercantiles y las Leyes Especiales que los regulan en Guatemala para entender en su contexto el tema total de ésta investigación, profundizando el tema de los Contratos de Fideicomisos y de Créditos Bancarios, explicando cada una de sus características así como los motivos por los que se propone la modificación ya sea como una nueva Ley o Reforma a una existente para compensar el Vacío Legal que existe.





International Legal Services Corporation, S.A.  
Bufete Asociado

# INTERNATIONAL LEGAL SERVICES CORPORATION, S.A. BUFETE ASOCIADO



Colegiado 4998

*Lic. Rafael Morales Solares*

La investigación se realizó con los métodos: deductivo al tener contacto con el problema planteado, específicamente con el tema investigado; e inductivo al aplicarse durante el desarrollo de la tesis; la técnica de investigación documental está acorde al mismo, se revisó la redacción del trabajo.

La conclusión discursiva llena su cometido, por ser un aporte para el desarrollo del Derecho Mercantil, pues constituyen un hallazgo inferido del análisis de la investigación realizada, resultando congruentes con el tema abordado.

La bibliografía utilizada en la investigación fue la adecuada en cada capítulo investigado, recabando la información necesaria, siendo la misma actualizada, habiéndose consultado tanto autores nacionales como internacionales.

Por la importancia del trabajo y su contribución al Derecho Mercantil, la investigación es de suma importancia.

Así mismo, procedí a hacerle algunas modificaciones de forma y de fondo con el único objeto de mejorar el contenido de la investigación, por tal motivo considero que el trabajo correspondiente llena los requisitos que exige el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en especial del Artículo 31; estimando que el mismo puede ser aprobado, para los efectos consiguientes, emitiendo el presente **DICTAMEN FAVORABLE**.

Hago constar que la bachiller **SOFIA EUGENIA CASTELLANOS MEJÍA**, no tiene ningún parentesco dentro de los grados de ley, ni de ninguna otra clase con mi persona.

Con las muestras de mi respeto, soy de Usted su deferente servidor.

Atentamente:

**Lic. RAFAEL MORALES SOLARES**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**Colegiado No. 4998.**



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 03 de marzo de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SOFIA EUGENIA CASTELLANOS MEJÍA, titulado NECESIDAD DE CREAR UNA NORMATIVA QUE PROHIBA A LAS ENTIDADES BANCARIAS Y/O FINANCIERAS GUATEMALTECAS APORTAR A UN FIDEICOMISO DE GARANTÍA, LOS MISMOS BIENES QUE SIRVEN COMO GARANTÍA EN CRÉDITOS HIPOTECARIOS, CON EL FIN DE EVITAR LA CONSTITUCIÓN DE UNA DOBLE GARANTÍA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.



Lic. Avidán Ortiz Orellana  
**DECANO**





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme proporcionado la paciencia, sabiduría y fortaleza necesaria en todo momento, pero sobre todo, en aquellos momentos que creí no tenerlas.
- A MIS PADRES:** Roberto Castellanos y María Trinidad Mejía Medina, por darme la vida y brindarme siempre su amor y apoyo en todo momento. Los amo y gracias por creer en mí.
- A MI HIJA:** Daniela Fernanda, por todo su apoyo y su comprensión, por tener fe en mi y alentarme durante todo este tiempo, te amo con todo mi corazón.
- A:** Rodolfo Enrique Figueroa Velásquez, quien durante todo este proceso me apoyo y alentó de mil formas, gracias por formar parte de mi vida.
- A:** Mi familia y amigos, por todo el cariño y apoyo.
- A:** La Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala, casa de estudios que me abrió sus puertas y me permitió alcanzar este logro.





## PRESENTACIÓN

En el presente trabajo de tesis se realizó con base en una investigación de tipo cualitativo, ya que como bien es sabido, este tipo de estudios son del área social y jurídica; y si bien es cierto que esta está enfocada o dirigida a una rama cognoscitiva específica; la misma no pierde su carácter social, ya que se está investigando un problema que afecta, en este caso, a un grupo de personas deudoras de ciertas entidades crediticias.

En cuanto al problema investigado, se trata de profundizar en cuanto a cómo las figuras del crédito con garantía hipotecaria y el fideicomiso de garantía utilizados simultáneamente, perjudican a los deudores, por lo cual en el cuerpo del presente trabajo se abarcan entre otras, ambas figuras en forma independiente, para finalmente tratar el problema en cuestión, por lo cual la presente investigación se ubica dentro de la ciencia del derecho, en la rama del derecho mercantil.

Para el presente trabajo se tomó como referencia, a un grupo de deudores afectados con esta situación ubicados en el municipio y departamento de Guatemala, que obtuvieron financiamiento entre los años 2010 al 2013, teniendo por objeto resaltar la necesidad de regular la actividad de las entidades de crédito, en cuanto a restringir el uso simultaneo de la figura del crédito con garantía hipotecaria, y el fideicomiso de garantía, brindando de esta manera un aporte académico en cuanto a resaltar las similitudes, las ventajas y desventajas de cada una de ellas frente a la otra, y sobre todo se hace visible un problema que pasa desapercibido para muchos, al mismo tiempo que ofrece una solución al mismo.



## HIPÓTESIS

La hipótesis que se trabajó en el presente estudio de investigación fue: “La necesidad de la adquisición de una vivienda obliga a las personas a la suscripción de contratos que conlleva al otorgamiento de una doble garantía a favor de las entidades bancarias y/o financieras, colocando en una posición desfavorable a los deudores, situación que podría mejorar si se implementa una normativa que prohíba dichas actividades”, la cual se clasifica como una variable dependiente.

Para generar la hipótesis mencionada, se tomo como sujeto, a una porción del total de aquellos deudores que actualmente han constituido dobles garantías a favor de entidades de crédito, con el objeto de conseguir financiamiento para la obtención de un bien inmueble; la presente investigación, tiene por objeto resaltar la necesidad de regular la actividad de las entidades de crédito, en cuanto a restringir el uso simultaneo de la figura del crédito con garantía hipotecaria, y el fideicomiso de garantía; por ello, se utilizó una hipótesis de investigación, concretamente descriptiva de valor y del tipo, que establece relaciones de causalidad.



## COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Tomando en cuenta que la presente investigación es de tipo cualitativo, por ser un problema social el que se investiga y, que la hipótesis de investigación que se utilizó, concretamente descriptiva de valor y del tipo que establecen relaciones de causalidad; para comprobar la misma se acudió básicamente, a los métodos de la entrevista y a los cuadros comparativos, ya que por el tipo de problema que se trata, se consideró que eran los más adecuados.

Con base en lo anterior, se estableció que la hipótesis: “La necesidad de la adquisición de una vivienda obliga a las personas a la suscripción de contratos que conlleva al otorgamiento de una doble garantía a favor de las entidades bancarias y/o financieras, colocando en una posición desfavorable a los deudores, situación que podría mejorar si se implementa una normativa que prohíba dichas actividades”, no fue validada en un cien por ciento, debido al tipo de estudio cualitativo.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Derecho de obligaciones.....	1
1.1 Elementos de las obligaciones.....	2
1.2 Clasificación de las obligaciones.....	3
1.3 Diferencias entre las obligaciones de carácter civil y mercantil.....	7
1.4 Integración del Código de Comercio y Código Civil en materia de obligaciones y contratos.....	14

### CAPÍTULO II

2. La hipoteca.....	15
2.1 Definición y objeto.....	15
2.2 Características de la hipoteca.....	16
2.3 Bienes no hipotecables.....	19
2.4 Incumplimiento de la obligación.....	20
2.5 Juicio ejecutivo en la vía de apremio.....	21
2.5.1 Procedimiento.....	23

### CAPÍTULO III

3.	El fideicomiso.....	27
3.1	Antecedentes históricos.....	27
3.2	Concepto y características.....	29
3.3	Elementos.....	32
3.4	Modalidades del contrato de fideicomiso.....	36

### CAPÍTULO V

4.	Fideicomiso de garantía.....	39
4.1	Características del fideicomiso de garantía.....	40
4.2	Posición de los sujetos que intervienen en la relación jurídica fiduciaria.....	42
4.3	Ventajas de la constitución de un fideicomiso de garantía.....	43
4.4	Instrumentos utilizados para la creación del fideicomiso general de garantía.....	45
4.5	Procedimiento utilizado en caso de incumplimiento.....	46

### CAPÍTULO V

5.	Necesidad de la creación de una normativa que prohíba a las entidades bancarias y/o financieras, aportar a fideicomisos de garantía, los mismos bienes que sirven como garantía, en créditos hipotecarios, para evitar la constitución de una doble garantía.....	51
----	---	----



**Pág.**

5.1	Diferencias y similitudes de la hipoteca con el fideicomiso de garantía.....	51
5.2	Ventajas y desventajas del fideicomiso de garantía frente a la hipoteca.....	54
5.3	Cómo se crea la doble garantía por parte de las entidades bancarias y/o financieras.....	56
5.4	Creación de una normativa jurídica, como medio de defensa de los deudores y/o fideicomitentes, frente a las entidades bancarias y/o financieras del país .....	59
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>		<b>65</b>
<b>ANEXOS.....</b>		<b>67</b>
<b>ANEXO I.....</b>		<b>69</b>
<b>ANEXO II.....</b>		<b>87</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>93</b>



## INTRODUCCIÓN

El tema de la presente investigación fue seleccionado de entre otros importantes temas, debido a que en la actualidad no se cuenta con ninguna normativa que regule la utilización simultánea de las figuras del fideicomiso de garantía y los créditos con garantía hipotecaria, situación de la que deviene que los deudores constituyan a favor de las entidades bancarias y/o financieras guatemaltecas una doble garantía, al aportar el mismo bien que fue otorgado en garantía hipotecaria a un fideicomiso de garantía.

Como objetivos de la investigación, se tuvo establecer la necesidad de crear una normativa que prohíba a las entidades bancarias y/o financieras guatemaltecas, aportar a un fideicomiso de garantía, los mismos bienes que sirven como garantía en créditos hipotecarios, con el fin de evitar la constitución de una doble garantía; resaltar las similitudes que existen entre la hipoteca y el fideicomiso de garantía; identificar las desventajas que conlleva para los deudores el constituir una doble garantía a favor de entidades bancarias y/o financieras; y por último, establecer el plazo y los procedimientos para ejecutar la hipoteca y el fideicomiso de garantía, mismos que dentro del trabajo de investigación fueron alcanzados.

La presente investigación se desarrollo sobre la hipótesis de que la necesidad de la adquisición de una vivienda obliga a las personas a la suscripción de contratos que conllevan al otorgamiento de una doble garantía a favor de entidades bancarias y/o financieras colocando en una posición desfavorable a los deudores, situación que



podría mejorar si se implementa una normativa que prohíba dicha actividades, misma que no fue cien por ciento comprobada.

El trabajo de investigación ha sido dividida en cinco capítulos, distribuidos de la siguiente manera: en el capítulo uno, derecho de obligaciones; en el capítulo dos, la hipoteca; en el capítulo tres, el fideicomiso; en el capítulo cuatro, fideicomiso de garantía; y en el capítulo cinco, necesidad de la creación de una normativa que prohíba a las entidades bancarias y/o financieras aportar a fideicomisos de garantía los mismos bienes que sirvan como garantía en créditos hipotecarios, para evitar la constitución de una doble garantía; además de la conclusión discursiva y la correspondiente bibliografía.

Dentro de la presente investigación se utilizó el método comparativo, al observar las similitudes entre las figuras del fideicomiso de garantía y la hipoteca; el método deductivo, al tomar temas generales y explorando sus particularidades; así también, el método inductivo, al partir de las particularidades resultantes del método deductivo, para lograr resolver el problema planteado.

Como se anotó, los objetivos que se plantearon al inicio de la presente investigación fueron alcanzados, y aunque lamentablemente también se anotó que la hipótesis no fue comprobada en un cien por ciento, se considera que la presente brinda un aporte académico y social a todas aquellas personas, estudiantes o no, que deseen explorar sobre el tema.





## CAPÍTULO I

### 1. Derecho de obligaciones

Debemos iniciar el presente trabajo de tesis abordando lo que es el derecho de obligaciones y más concretamente, tratar el tema sobre lo que es una obligación, así como sus elementos y características, ya que es a partir de las obligaciones que se originan los contratos, y en esta oportunidad abordaremos en especial el contrato de crédito con garantía hipotecaria y el contrato de fideicomiso de garantía.

El derecho de obligaciones propiamente dicho, puede ser definido desde dos puntos de vista: el objetivo y el subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, es aquella rama del derecho, integrada por el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones emanadas de los llamados derechos de crédito; y desde el punto de vista subjetivo, es la suma de atribuciones y deberes que surgen de las relaciones jurídicas creadas con ocasión de estos derechos.

Ahora bien, en cuanto al tema de lo que es una obligación en sí, propiamente dicha, el autor Carlos Alberto Ghersila define de la siguiente manera: “Es una correspondencia legal en virtud de la cual un sujeto llamado deudor tiene el deber jurídico de realizar a favor de otro denominado acreedor una determinada prestación.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Ghersil, Carlos Alberto. **Obligaciones civiles y mercantiles**. Pág. 6.



Por su parte el licenciado Roca Menéndez define a la obligación de la siguiente manera: “es ese vínculo jurídico en el que intervienen por lo menos dos personas con el ánimo de hacer nacer, modificar o extinguir una relación jurídica que siempre será de carácter patrimonial y que en caso de no ser cumplida, el sujeto activo de dicha relación jurídica tiene a su disposición el patrimonio del sujeto pasivo para proceder a ejecutarlo por medio del órgano jurisdiccional.”<sup>2</sup>

### 1.1 Elementos de las obligaciones.

Toda obligación para poder existir necesita estar integrada por una serie de elementos los cuales necesariamente deben coexistir para que dicha obligación pueda ser llamada como tal, siendo estos:

a. **El elemento personal**, es el elemento que se encuentra formado por aquellos sujetos que intervienen en la relación jurídica, siendo estos el Sujeto Pasivo o como otros autores lo llaman, el acreedor o *reus devendi*, y el sujeto activo, o como también lo llaman algunos autores, el acreedor o *reus credendi*. Cualquiera que sea la denominación que se les de, el primero es el obligado a dar cumplimiento a la obligación y el segundo es quien tiene la legitimación para poder exigir el cumplimiento

---

<sup>2</sup> Roca Menéndez, Manuel Vicente. **Las obligaciones civiles**. Pág. 19.

de dicha obligación. En ambos casos, la calidad de uno u otro puede ser transmitida ya sea por acto entre vivos o bien mortis causa.

**b. El elemento real**, este puede ser visto de dos maneras, ya sea como un objeto o bien como una prestación. En cuanto a que es un objeto, este no necesariamente debe existir al momento que la obligación nazca a la vida, también pueden serlo aquellas cosas que en dicho momento únicamente se conozca al menos su género. Ahora bien, el elemento real visto como una prestación, es la conducta que de dar, hacer o no hacer que puede exigírsele al sujeto que interviene en la relación.

**c. El elemento formal**, que no es más que aquel vinculo de carácter coercitivo que ata o une a los sujetos que intervienen en la obligación quienes de manera voluntaria y personal adquirieron dicha obligación.

## 1.2 Clasificación de las obligaciones

En cuanto a la clasificación de las obligaciones, estas se clasifican de acuerdo a los elementos que la integran y partiendo de esta idea, a las obligaciones las clasificaremos así:



**a. Atendiendo al elemento personal.<sup>3</sup>**

**a.1** Obligaciones simples: que son aquellas que están formadas únicamente por un deudor y un acreedor, que es la obligación más común por intervenir únicamente los dos sujetos mencionados.

**a.2** Obligaciones mancomunadas: que son aquellas en las cuales cada parte de la obligación (activa o pasiva) están compuestas o integradas por más de dos personas, es decir que hay pluralidad de sujetos. Estas a su vez pueden ser: Mancomunadas Simples que son aquellas en las cuales aun habiendo varios sujetos cada deudor responde por su deuda y cada acreedor puede exigir solamente la parte que le corresponde; y las Mancomunadas Solidarias que son aquellas en las que cada deudor está obligado a pagar la totalidad si fuere requerido y cualquier acreedor puede exigir el pago total de la deuda.

**b. Atendiendo al objeto.<sup>4</sup>**

**b.1** Obligaciones específicas: en este tipo de obligación, desde el momento en que la misma es adquirida el objeto está plenamente identificado.

**b.2** Obligaciones Genéricas: estas contrario sensu a las anteriores, cuando la obligación se adquiere el objeto no es determinado específicamente.

---

<sup>3</sup> **ibid.** Pág. 43-44

<sup>4</sup> **ibid.** Pág. 45-48



**b.3** Obligaciones principales: estas existen propiamente, sin necesidad de la existencia de alguna otra.

**b.4** Obligaciones accesorias: estas contrario sensu a las anteriores si necesitan de la existencia de otra obligación para poder subsistir.

**b.5** Obligaciones conjuntas o copulativas: son las que contienen varias prestaciones de dar, hacer o no hacer, y se cumplen al realizar la totalidad de las prestaciones.

**b.6** Obligaciones alternativas: son aquellas que en la misma obligación, el sujeto pasivo se obliga a dar, hacer o no hacer varias prestaciones y cumple al realizar íntegramente con una de ellas.

**b.7** Obligaciones facultativas: en estas una persona se obliga a cumplir una sola prestación pero el contrato le faculta a cumplir con otra prestación siempre que no le sea posible cumplir con la primera.

**b.8** Obligaciones divisibles: son aquellas que por su naturaleza pueden ser cumplidas por partes.

**b.9** Obligaciones indivisibles: son aquellas que su naturaleza no permite que sean cumplidas por partes, sino que deben cumplirse en un solo acto.

**b.10** Obligaciones positivas: son aquellas consistentes en una obligación de dar o de hacer.



**b.11** Obligaciones negativas: son aquellas que consisten en no hacer algo.

**c. Atendiendo al vínculo jurídico.<sup>5</sup>**

**c.1** Obligaciones naturales: son aquellas que carecen de coercitividad, dicho de otro modo se cumplen si el sujeto así lo desea.

**c.2** Obligaciones civiles: estas al contrario de las anteriores, son coercitivas, y en caso de no cumplirse pueden ser ejecutadas por el órgano jurisdiccional.

**c.3** Obligaciones unilaterales: son aquellas en las cuales el cumplimiento recae en sola una parte de la relación.

**c.4** Obligaciones bilaterales o sinalagmáticas: en este tipo de obligaciones ambas partes tienen derechos y también se ven obligadas a cumplir con determinadas prestaciones.

**c.5** Obligaciones condicionales: en este tipo de obligación, el cumplimiento de la misma depende de que un acontecimiento futuro e incierto se lleve a cabo. Estas pueden ser condicionales suspensivas o bien, condicionales resolutorias.

---

<sup>5</sup> **Ibid.** Pág. 49-52



### **1.3 Diferencias entre las obligaciones de carácter civil y mercantil**

En cuanto a la regulación de las obligaciones de carácter mercantil, estas se encuentran en el Libro IV, Título I, Capítulo Único, a partir del Artículo 669, del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70.

Por su lado las obligaciones civiles, las regula el Código Civil, Decreto Ley 106, en la primera parte de su Libro V, a partir del Artículo 1251.

Considero importante hacer la siguiente connotación, entre las figuras de la obligación civil y la obligación mercantil, de tal manera que podemos referirnos a cada una de ella de la siguiente manera:

La obligación civil es aquel tipo de obligación en la cual las personas que le dieron vida, deben regir su conducta conforme a lo dispuesto en el Código Civil, Decreto Ley 106, y la cual da derecho, en caso de incumplimiento, a exigir el mismo por la vía judicial. Así también, será civil la obligación derivada de un contrato de los regulados en el Código antes referido, la que se deriva de una declaración unilateral de voluntad, la que surge de una gestión de negocios, etc.

Por su lado, la obligación mercantil o comercial, es la que se genera por una relación entre personas que al momento de darle vida a dicha obligación, deben regir su conducta conforme a lo dispuesto en las leyes mercantiles, o aquella conducta que intrínsecamente la considera la ley como mercantil o comercial sin importar la persona que la realiza. Este es sin duda, un criterio un tanto arbitrario, pues resulta en ocasiones difícil distinguir una obligación civil de una mercantil.

Tanto en las obligaciones civiles como las mercantiles, podemos observar que ambas están formadas por los mismos elementos estructurales, siendo estos: los sujetos (acreedor y deudor); la relación jurídica; y el objeto. Además, cabe resaltar que las obligaciones mercantiles se rigen por las mismas disposiciones que las obligaciones civiles, en consecuencia al tratar de las obligaciones mercantiles solamente se consideran aquellos aspectos que diferencian a unas de las otras, por lo cual procederemos a diferenciar las obligaciones civiles de las mercantiles de acuerdo al orden del Código de Comercio de Guatemala, de la siguiente manera:

- **De la representación:** El Código de Comercio en el Artículo 670 estipula: “Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como su representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe”.

El mismo cuerpo legal establece en su Artículo 406 lo siguiente: “Representado aparente. El que por cualquier concepto suscriba un título de crédito en nombre de otro, sin facultades legales para hacerlo, se obliga personalmente como si hubiera actuado en nombre propio.

La ratificación expresa o tácita de los actos a que se refiere el párrafo anterior, por quien puede legalmente autorizarlos, transfiere al representado aparente, desde la fecha del acto que se ratifica, las obligaciones que de él nazcan. Es tácita la ratificación que resulte de actos que necesariamente impliquen la aceptación del acto mismo o de



cualquiera de sus consecuencias. La ratificación expresa puede hacerse en el mismo título de crédito o en documento diverso.”

Esta figura jurídica surge cuando una persona se apersona como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil, entonces se infiere que al ser menos formalista la representación en lo mercantil, ésta resulta ser más eficaz y dinámica en relación a la civil.

Por su parte, en el Código Civil, Decreto Ley 106 en el Artículo 1686, en cuanto a la representación indica: “Por el mandato, una persona encomienda a otra la realización de uno o más actos o negocios. El mandato puede otorgarse con representación o sin ella. En el mandato con representación, el mandatario obra en nombre del mandante y los negocios que realice dentro de las facultades que se le hayan conferido, obligan directamente al representado. En el mandato sin representación, el mandatario obra en nombre propio, sin que los terceros tengan acción directa contra el mandante”.

Podemos inferir de lo anterior, que la representación en el ámbito civil tiene que sujetarse a ciertas formalidades, contrario sensu a lo mercantil, en donde esta es más práctica y más dinámica, de conformidad al principio de poco formalismo.

- **Libertad y forma de contratación.** En materia de comercio, los contratos no requieren de solemnidades específicas, salvo algunas excepciones que la misma ley determina, en tal sentido el Código de Comercio de Guatemala, estipula: “Artículo 671. Formalidades de los contratos. Los contratos de comercio no están sujetos, para su



validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.”. Ente los contratos mercantiles que requieren formalidades especiales se encuentran el contrato de fideicomiso, y el de sociedad mercantil y sus modificaciones, los cuales deben celebrarse en escritura pública, el contrato de “cesión de cartera”, dejo de regularse en el código de comercio y paso a la Ley de Actividad Aseguradora” bajo el nombre de “transferencia de cartera” perdiendo la calidad de contrato solemne. El Código de comercio establece que los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formalidades especiales.

Por su lado la contratación civil es mas formalista, y prueba de ello es que el Código Civil, Decreto Ley 106, regula en su Artículo 1574, refiriéndose a la forma de los contratos lo siguiente: “Toda persona puede contratar y obligarse: 1º Por escritura pública; 2º Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; 3º Por correspondencia; y 4º Verbalmente.”.

- **Solidaridad de los deudores.** Las obligaciones mercantiles por disposición legal se presumen mancomunadas solidarias, salvo pacto expreso en contrario, tal como lo regula el Código de Comercio: “Artículo 674. Solidaridad de deudores. En las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios, salvo pacto expreso en



contrario...”. Contrario es el caso de las obligaciones civiles las cuales son solidarias si hubiere convenio expreso, en este sentido el Código Civil regula: “Artículo 1353. La solidaridad no se presume; debe ser expresa por convenio de las partes o por disposición de la ley...”.

- **Del plazo.** El Artículo 675 del Código de Comercio a este respecto regula: “Son exigibles inmediatamente las obligaciones para cuyo cumplimiento no se hubiere fijado un término en el contrato, salvo que el plazo sea consecuencia de la propia naturaleza de este.” Por su parte, el Código Civil en cuanto al plazo se refiere, indica en su Artículo 1283: “Si el negocio no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fijara su duración. También fijará el juez la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor.”

De acuerdo con las ideas anteriores, se puede inferir que en las obligaciones mercantiles, si el plazo no se estipuló, la obligación es exigible de inmediato, a no ser que la naturaleza de la contra prestación no lo permita. Y, por su parte, el Código Civil regula que cuando se omite pactar el plazo o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que acudir a un juez competente para que lo determine. Si este fuera el procedimiento que se siguiera ante obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer ilusoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil.



- **De la mora.** El Código de comercio en su Artículo 677 regula que: “En las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora, sin necesidad de requerimiento, desde el día siguiente a aquel en que venzan o sean exigibles...”.

Por el contrario, la mora en el ámbito civil opera de manera distinta, en este sentido el Código civil regula en el Artículo 1428 lo siguiente: “El deudor de una obligación exigible se constituye en mora por la interpelación del acreedor.”

Como podemos observar mientras en las obligaciones mercantiles únicamente es necesario que esas venzan para caer en mora, en las civiles es necesario que el deudor sea requerido de pago por el acreedor, y en cuanto al requerimiento el Código Civil regula en su Artículo 1430: “El requerimiento para constituir en mora al deudor o al acreedor, deber ser judicial o notarial...”

- **Teoría de la imprevisión.** Esta figura también llamada teoría de la imprevisión contractual o cláusula *revus sic stantibus*, consiste en la modificación a las obligaciones que se establecieron originalmente por las partes en el contrato, al momento de su celebración, las cuales fueron establecidas tomando en cuenta las condiciones que prevalecían al momento de dicha celebración. Estas circunstancias son las que cambian o varían de manera imprevisible y sustancial para los contratantes con el transcurso del tiempo, volviéndose la obligación demasiado onerosa para una de las partes, y colocándolo en desventaja frente a las otra parte.



Esta institución tiene su fundamento en el principio de buena fe contractual, pues si dichas condiciones hubiesen existido al momento de crear la obligación, esta no hubiera nacido a la vida, o bien, la misma habría nacido pero bajo otras condiciones totalmente diferentes.

Al momento de que surja el cambio de dichas condiciones, es el Juez el encargado de decidir el asunto, con la variante de que en materia civil el convenio o contrato puede ser “revisado”, mientras que en materia mercantil se puede demandar su terminación. En este sentido el Código de Comercio establece en el Artículo 688 lo siguiente: “Terminación. Únicamente en los contratos de tracto sucesivo, y en los de ejecución diferida, puede el deudor demandar la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa, por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles...”. Por su parte, el Código Civil establece en el Artículo 1330 que: “Cuando las condiciones bajo las cuales fuere contraída la obligación cambiaren de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar y hace su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor, el convenio podrá ser revisado mediante declaración judicial”.

- **Anatosismo.** El anatosismo o capitalización de intereses, es un término utilizado normalmente en el ámbito financiero y/o bancario, y no es más que cobrar intereses sobre los intereses. La gran diferencia que hay entre esta figura en materia civil y entre la mercantil, es que en la primera está prohibida, tal como lo regula el Código Civil: “Artículo 1949. Queda prohibida la capitalización de intereses. Se exceptúa a las

instituciones bancarias que se sujetaran a lo que sobre el particular establezca la Junta Monetaria.”; por su parte el Código de Comercio de Guatemala establece: “Artículo 691. Capitalización de Intereses. En las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses, siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el periodo de que se trate.”

#### **1.4 Integración del Código de Comercio y Código Civil en materia de obligaciones y contratos.**

Al hablar sobre la integración de los Códigos de Comercio de Guatemala y el Código Civil, nos referimos a que en el ámbito mercantil se aplicara supletoriamente el Código Civil cuando el primero no sea suficiente, como lo establece el Código de Comercio en su Artículo uno: “Aplicabilidad. Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código y, en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicaran e interpretaran de conformidad con los principios de inspira el Derecho Mercantil.”, y lo que a decir el tratadista Villegas Lara: “... es muy importante el, no por la redacción de la ley, sino porque es necesario conocer cómo se va a actuar en materia de obligaciones y contratos, cuando el Código de comercio es insuficiente.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, tomo III.** Pág. 37



## CAPÍTULO II

### 2. La hipoteca

#### 2.1 Definición y objeto.

De acuerdo a la normativa guatemalteca, el Código Civil en su libro segundo titulado “De los bienes de la propiedad y demás derechos reales”, regula específicamente en el Artículo 822 el concepto de lo que es la hipoteca, refiriéndose a esta de la siguiente manera: “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.”, concepto que aunque bastante resumido, es concreto.

Ahora bien, la conceptualización que hace nuestro Código Civil puede ser ampliada con la definición que sobre esta institución, hace el tratadista Fernando Alessandri, refiriéndose de la siguiente manera: “La hipoteca es un derecho real que se confiere a un acreedor sobre un inmueble de cuya posesión no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y en virtud del cual, el acreedor al vencimiento de dicha obligación puede pedir que la finca gravada, en cualquier mano



que se encuentre, se venda en pública subasta y se le pague con preferencia a todo otro acreedor.”<sup>7</sup>

En acuerdo con lo anterior, podemos decir que la hipoteca es un gravamen que se constituye en garantía del cumplimiento de una obligación sobre un bien inmueble, el cual pertenece al deudor, o bien a una tercera persona siempre que dicho inmueble pueda hipotecarse, ya que como veremos más adelante, hay ciertos bienes sobre los cuales no se puede constituir hipoteca por virtud de la ley. La hipoteca debe hacerse constar, de acuerdo al Artículo 1125, numeral segundo y al Artículo 1576 del Código Civil en escritura pública, la cual se debe inscribir en el Registro General de la Propiedad. Cabe además mencionar que en esta institución nunca hay saldo insoluto, es decir que el deudor no quedara obligado personalmente, sino únicamente por los bienes afectos a esta garantía.

## **2.2 Características de la hipoteca.**

De acuerdo con su naturaleza y función las características de la hipoteca son las siguientes:

---

<sup>7</sup>Alessandri, Fernando. **La hipoteca**. Pág. 256



a. **Es un derecho real que grava un bien inmueble.** Esto de acuerdo a lo que regula expresamente el Artículo 822 del Código Civil: “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble...”, lo que nos remite al Artículo 445 del mismo cuerpo legal para corroborar lo que un bien inmueble es concretamente, y el cual no da a entender que la hipoteca recae son bienes que por su propia naturaleza se encuentran adheridos al suelo de manera permanente. La única excepción a lo anterior sería el caso de los buques, regulado en una ley especial.

b. **Es un derecho accesorio o de caución.** Esta característica se debe a que la hipoteca no subsiste por sí sola, sino que nace y se extingue con la obligación principal, que normalmente es un mutuo.

c. **Es indivisible.** La indivisibilidad de la hipoteca está establecida expresamente en el Código Civil: “Artículo 825. La hipoteca es indivisible y como tal, subsiste integra sobre la totalidad de la finca hipotecada aunque se reduzca la obligación.” La indivisibilidad de la hipoteca podríamos considerarla como un medio de coacción o motivador, en cuanto a que el deudor cumpla con la obligación en su totalidad, ya que el que haya cumplido parcialmente con la obligación no le permite liberar al bien inmueble del gravamen que soporta. Esta indivisibilidad no debe confundirse con la figura de la divisibilidad cuando son varias fincas las que soportan un gravamen por una misma obligación, en cuyo caso si es posible liberar alguna de las fincas dependiendo del valor o la proporción de la obligación que cubra cada una de ellas, y en te caso corresponde al deudor elegir que finca desea que quede libre del gravamen



impuesto, esto de conformidad con nuestra normativa jurídica regulada en el Código Civil, Artículos 827 y 828.

**d. No hay desposesión del bien.** Si bien es cierto que en este tipo de garantía el bien no sale de las manos o del dominio del deudor, es decir, que puede seguir aprovechándose del bien dado en garantía, su derecho de propiedad si se ve limitado en cuanto a la obligación que debe cumplir.

**e. Extensión de la garantía a obligaciones accesorias.** Es decir, que la hipoteca va a garantizar tanto la obligación principal, como el monto de intereses y demás gastos accesorios que pudieran surgir.

**f. Inclusión de mejoras posteriores.** Así como la hipoteca garantiza obligaciones accesorias, también en ella se incluye cualquier mejora que se le realizara al bien inmueble.

**g. Especialidad.** Esta en cuanto a que al momento de constituirse la hipoteca, de debe especificar que bien es el que garantiza la obligación, así como también se debe especificar el monto de la obligación.

**h. Afecta solo bienes sobre los que se impone.** Esta característica nos remite al Artículo 823, referente a la institución del saldo insoluto en virtud del cual se establece



que la hipoteca afecta únicamente el bien o bienes sobre los que se impone, sin que el deudor quede obligado de manera personal.

i. **Derecho de promover la venta judicial.** Al momento de constituirse la hipoteca, el acreedor tiene el derecho de promover la venta judicial del bien dado en garantía cuando la obligación sea exigible y la misma no se cumpla, esto de conformidad con lo regulado por el Código Civil en el Artículo 824.

j. **Formalismo.** Esta característica se refiere a la formalización en sí del contrato mismo de constitución de la hipoteca, en el cual debe de constar de manera expresa tanto la constitución, como la aceptación de la misma, tal como lo regula el Artículo 841 del Código Civil.

### 2.3 Bienes no hipotecables.

De acuerdo a la legislación guatemalteca, hay ciertos bienes que sobre los cuales no se puede constituir una hipoteca, a este respecto el Código Civil regula:

- El inmueble que se encuentre destinado a patrimonio familiar; y
- Los bienes adquiridos por herencia, legado o donación cuando el causante haya puesto dicha condición, la cual no podrá exceder del término de cinco años.



De acuerdo al Artículo antes indicado son dos supuestos en los cuales no se puede constituir la hipoteca, pero hay un tercer supuesto que no se encuentra regulado en dicha normativa:

- Bienes que se encuentren inmovilizados de acuerdo al Decreto 62-97, Ley de Inmovilización Voluntaria de Bienes Registrados.

#### **2.4 Incumplimiento de la obligación.**

Como ya se menciona anteriormente, la hipoteca garantiza el cumplimiento de una obligación. Ahora bien, ¿Cómo se cumple con la obligación? Pues normalmente se cumple pagando, ya sea un pago puro o estricto en el sentido de la palabra, o bien, puede realizarse el pago por consignación, o pago por cesión de bienes.

Pero ¿qué pasa cuando llegado el tiempo de cumplir con la obligación esta no se cumple? Pues en este supuesto, estaríamos frente a un incumplimiento de la obligación, y correspondería al acreedor poder exigir el cumplimiento de la misma y tiene el derecho de promover la venta judicial del bien que le ha sido dado en garantía, todo esto mediante el procedimiento del Juicio Ejecutivo en la Vía de Apremio.

## 2.5 Juicio ejecutivo en la vía de apremio.

La vía de apremio, es el proceso para llevar a cabo la ejecución procesal o ejecución forzada, ya que constituye una serie de procedimientos que desarrollan la etapa final del proceso<sup>8</sup>, es decir la etapa ejecutiva, en la cual la obligación se encuentra plenamente determinada y en la cual su plazo se encuentra vencido, lo que la convierte en exigible, y debe constar o estar aparejada en un título de los regulados en Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Se puede mencionar que el juicio ejecutivo en la vía de apremio, “es aquel por el cual el actor asistiéndose de un derecho hace efectivo éste por medio de un mandamiento de juez competente, compeliendo al demandado para que cumpla con la obligación pactada.”<sup>9</sup>

Las características básicas del juicio ejecutivo en la vía de apremio son las siguientes:

- Que haya obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible.
- Que se pida en virtud de los títulos enumerados en el Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil.

---

<sup>8</sup>Gordillo, Mario, **Derecho procesal civil guatemalteco**, pág. 68.

<sup>9</sup>López M., Mario R., **La práctica procesal civil en el juicio ejecutivo en la vía de apremio**. Pág. 3



En este tipo de proceso se tiene la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible, es líquida porque el deudor está obligado a pagar la cantidad que se ha comprometido, y es exigible porque el plazo de pago ha vencido y el deudor no ha cumplido con su obligación de pago.

En cuanto a los títulos en los cuales se puede fundar la ejecución, la doctrina indica que la actividad ejecutiva se funda en la existencia de un título ejecutivo, sistemáticamente incorporado a un documento. El título es el documento que en definitiva justifica el despacho de la ejecución y su contenido,<sup>10</sup> y de acuerdo al Código Procesal Civil y Mercantil, los títulos a utilizar son:

- Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada;
- Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación;
- Créditos Hipotecarios;
- Bonos o cédulas hipotecarias y sus cupones;
- Créditos prendarios
- Transacción celebrada en escritura pública;
- Convenio celebrado en juicio.

---

<sup>10</sup> Chacón Corado, Mauro. **El juicio ejecutivo cambiario**. Pág. 129



### 2.5.1 Procedimiento.

#### a. Demanda.

La demanda a plantear en este tipo de procesos es igual a cualquier otra demanda planteada en cualquier proceso, pero debe acompañarse a la misma el título ejecutivo en el cual se funda la pretensión.

#### b. Mandamiento de ejecución y embargo.

El Licenciado Orellana lo define de la siguiente manera: “Orden judicial que dispone que se haga efectivo un embargo, sea preventivo o ejecutivo, ordenando el requerimiento del ejecutado y el embargo de bienes, no será necesario el requerimiento ni el embargo si la obligación estuviere garantizada con prenda o hipoteca.”<sup>11</sup>

Lo anterior está regulado en el Artículo 297, del Código Procesal Civil y Mercantil que establece: “Promovida la vía de apremio, el juez calificará el título en que se funde, y si lo considerase suficiente, despachará mandamiento de ejecución, ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes, en su caso.”

En nuestro caso, que es de obligaciones garantizadas con hipoteca, no es necesario el requerimiento de pago y tampoco el embargo, puesto que el embargo tiene como objetivo responder o garantizar eventualmente el cumplimiento de la obligación, y

---

<sup>11</sup>Orellana Donis, Eddy Giovanni, **Derecho procesal civil II**, tercera edición, pág. 177

nuestro caso, esa obligación ya se encuentra garantizada desde el momento de su constitución, y en consecuencia en este tipo de procesos, recibida la demanda, el juez procede a calificar el título, el cual si a criterio del Juez es suficiente, ordenara la notificación al demandado y señalará día y hora para la audiencia de remate.

**c. Actitudes del demandado.**

A partir de que le es notificada la ejecución al demandado este puede tomar varias actitudes: Primero, podría interponer las excepciones que tuviera, siempre que estas destruyan la eficacia del título dentro del plazo de tres días; podría también, tomar la actitud de realizar el pago de lo reclamado más un diez por ciento de las costas procesales; o bien, tomar una actitud pasiva y no accionar de ninguna manera.

**d. Tasación y remate.**

Según Osorio, tasación es el avalúo o justiprecio de los bienes; y remate por su parte, es la venta de los bienes en subasta.<sup>12</sup>

Cuando la tasación se lleva a cabo, esta tiene por finalidad fijar la base sobre la cual saldrán a subasta pública los bienes. En los procesos en los cuales se está garantizando la obligación con hipoteca no hay tasación.

---

<sup>12</sup> Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, sociales y políticas.** Pág. 736





Una vez fijada la base del remate, se ordena la venta de los bienes, la cual se debe anunciar por tres veces (por lo menos), en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación, así como también, se anunciara la venta por edictos fijados en los estrados del tribunal.

El día de la audiencia de remate, el pregonero del tribunal anuncia el remate, y el juez lo da por cerrado una vez no hay más posturas, levantando un acta en la que comparecen, además del juez, el secretario, rematario, interesados y sus abogados.

Tienen preferencia de tanteo, en forma excluyente, los copropietarios, acreedores hipotecarios, según sus grados y el ejecutante.

Si el día del remate no hubieren personas interesadas en el bien o los bienes a rematar, el ejecutante puede pedir que se le adjudiquen los bienes en pago por la base fijada para el remate.

Posteriormente se llega a la fase de liquidación, que constituye la valoración que el juez hace a fin de determinar el monto de la deuda, más sus intereses y las costas derivadas del juicio causadas al ejecutante, así como los gastos de administración e intervención.

**e. Escrituración y entrega de bienes.**

Esta es la etapa final del proceso ejecutivo en la vía de apremio, luego de realizado el remate y la liquidación, el juez señala al ejecutado el término de tres días para que



otorgue la escritura traslativa de dominio, si éste incumpliera, el juez, en rebeldía del obligado la otorga de oficio, nombrando para el efecto al Notario que el interesado designe a su costa.

Finalmente, habiendo sido otorgada la escritura traslativa de dominio, el juez mandará dar posesión de los bienes al adjudicatario, para lo cual fija un término que no exceda de 10 días, bajo apercibimiento de ordenar el lanzamiento o el secuestro, según corresponda.



## CAPÍTULO III

### 3. El fideicomiso

Esz en palabras de Rodríguez Azuero, “el negocio jurídico por el cual se transfieren uno o varios bienes a una persona que se encarga de administrarlos o de enajenarlos y, con el producto de tal actividad, cumplir con la finalidad determinada por el constituyente en su favor o en beneficio de un tercero.”<sup>13</sup>

#### 3.1 Antecedentes históricos.

La figura del fideicomiso tiene su origen en legislaciones antiguas, como el Derecho Romano y el Derecho Anglosajón, aunque a la fecha no hay un criterio unificado sobre el tema.

En cuanto al Derecho Romano, la figura del fideicomiso tiene sus orígenes en las instituciones del *fideicommissum* y el *pactum fiduciae*.

El *fideicommissum* “era un pacto por el cual el testador transmitía sus bienes a un heredero que a su vez adquiriría la obligación de transmitirlos a un tercero”.<sup>14</sup> El origen latín de la palabra deviene de los vocablos *fides*, que significa fe, y *commissus*, que significa comisión, por lo que se dice que era una institución que se basaba en un acto de confianza existente entre las partes. Es importante resaltar que es esta institución

<sup>13</sup> Rodríguez Azuero, Sergio. **Contratos bancarios, su significación en América Latina**. Pág. 617

<sup>14</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Op. cit.** Pág. 127.



no existía ningún elemento legal que obligara al encargado a cumplir la voluntad del testador, lo que se traducían en abusos por parte del administrador, e incluso en apropiación indebida de los bienes.

La falta de certeza jurídica dio paso a la incorporación de controles legales, entre ellos surgió la figura del Pretor que era el encargado de velar por el cumplimiento efectivo del *fideicommissum*.

Por su parte el *pactum fiduciae* al igual que la figura anterior, tenía como base la confianza, pero con la diferencia que dicho acto era realizado entre vivos, y de allí surge la variante de la *fiducia cumersditore* y la *fiducia cum amico*, siendo la primera, el pacto por el cual se transmitía un bien para garantizar una obligación, y el segundo, se trasladaba el dominio de un bien con el fin de que fuera devuelto oportunamente.

En lo que al derecho anglosajón se refiere, existía la figura del *trust*, que consistía “en los llamados compromisos de conciencia que adquiría una persona al recibir los bienes que le eran entregados por otra, los cuales podrían ser en favor del propietario inicial o de un tercero designado por él,”<sup>15</sup> y a decir del jurista Villegas Lara, citando al jurista Rodolfo Batiza, en cuanto al *trust*: “La idea del *trust* es esencialmente simple y conforme a ella una persona posee en calidad de dueño y administra bienes determinados para el beneficio económico de otra”<sup>16</sup>. Además el *trust* es considerado como el antecedente más directo del fideicomiso que se practica en Latinoamérica, incluyendo el de Guatemala.

---

<sup>15</sup>Porras Zamora, Jorge. **El fideicomiso en Costa Rica, nociones y productos básicos**. Pág. 35

<sup>16</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Op. cit.** Pág. 128



Constitucionalmente el fideicomiso en Guatemala surgió con la Constitución de 1945, y ordinariamente se legislo en el actual Código Civil, Decreto Ley 106, pero al ser emitido el Código de Comercio de Guatemala, este fue trasladado al nuevo cuerpo legal, pasado del terreno civil al mercantil.

### **3.2 Concepto y características.**

El Artículo 766 del Código de Comercio de Guatemala, regula en referencia a esta figura: “El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.”, pero propiamente la legislación guatemalteca no cuenta con una definición como tal.

Doctrinariamente, existen varias definiciones, entre ellas la del jurista Villegas Lara, quien al respecto dice: “podemos decir que fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.<sup>17</sup>

Dicho de otra manera, el fideicomiso es un acto jurídico mediante el cual una persona física o jurídica llamada fideicomitente, transfiere bienes o derechos en propiedad a un patrimonio autónomo que es administrado por un fiduciario, quien debe cumplir con

---

<sup>17</sup> **Ibid.** Pág. 129



ellos una finalidad determinada en un contrato de fideicomiso, en beneficio de la persona designada como beneficiario, que puede ser el mismo fideicomitente o un tercero a quien este designe.

En cuanto a sus características, además de las de todo contrato de acuerdo a la clasificación civil, tiene sus propias características, siendo toda ellas las siguientes:

- a. Principal: porque su existencia no se encuentra subordinado a ningún otro contrato.
- b. Oneroso: que deviene de su misma naturaleza mercantil, ya que el fiduciario tiene derecho a percibir honorarios a cambio de sus servicios.
- c. De tracto sucesivo: porque la ejecución del contrato se prolonga en el tiempo.
- d. Puede presentarse unilateral o bilateralmente: es unilateral, cuando se constituye mediante un testamento, y bilateral, cuando se constituye como un contrato.
- e. Solemne: ya que necesariamente debe constar en escritura pública como requisito de validez, con la excepción del fideicomiso de inversión bursátil regulado en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, el cual puede constar en documento privado, a discreción de las partes.

**f.** Fin lícito: es decir que las actividades que se realizaran dentro del contexto del contrato deben regularse dentro de un marco legal, y comprender bienes que sean de lícito comercio.

**g.** Patrimonio autónomo: es una característica sobresaliente de dicha figura, ya que al constituir el fideicomiso, el patrimonio aportado es independiente y distinto del patrimonio del fiduciario, y de otros recursos fideicometidos que pudiera tener bajo su administración, no pudiéndose confundir contable ni jurídicamente unos con otros.

**h.** Inembargabilidad: esta característica, es consecuencia directa de la autonomía del patrimonio, ya que por la transmisión de bienes que se hace, estos forman parte de una esfera patrimonial totalmente distinta de aquella de quien los aportó y de aquella de quien los recibe. Por lo tanto, ni los acreedores del fiduciario, ni los acreedores del fideicomitente o fideicomisario podrán perseguir los bienes que se encuentren fideicometidos, es decir que el patrimonio fideicometido se encuentra excluido de la garantía general de sus acreedores.

**i.** De libre discusión: en virtud de que ambas partes se encuentren en la posibilidad de fijar libremente las condiciones de dicho contrato.

**j.** Servicio bancario: en Guatemala, el fideicomiso está considerado dentro de las actividades bancarias.

**k.** Intuito persona: ya que se caracteriza por la existencia de una prestación futura basada en la confianza y solvencia del fiduciario, previa transmisión de bienes.

**l.** Contrato a favor de tercero: ya que los beneficios del negocio por lo general son a favor de un tercero, aunque bien podría ser a favor del propio fideicomitente.

**m.** Negocio finalista: ya que contrario a otros contratos, el fideicomiso debe establecer expresamente su finalidad o propósito.

**n.** Negocio indirecto: esto en virtud de que se recurre a una figura jurídica determinada cuyo fin, no es el negocio en sí, sino más bien, la realización de otros posteriores.

### **3.3 Elementos.**

Como cualquier otro contrato, el fideicomiso necesita de ciertos elementos para su existencia y validez, siendo estos:

**a.** Patrimonio fideicometido: este constituye el elemento real del contrato de fideicomiso, y se encuentra constituido por el conjunto de bienes y derechos que han sido aportados por el fideicomitente al fiduciario, y el cual es totalmente autónomo e



independiente al patrimonio del fiduciario y del fideicomitente. Para su efectiva afectación, este patrimonio requiere de ciertos requisitos, siendo estos:

- Debe existir en la naturaleza;
- Debe de ser determinado en el acto de su constitución, o al menos debe ser determinable en cuanto a su especie;
- Pueden ser cualquier clase de bienes, siempre que se encuentren en el comercio y sean lícitos;
- Su valor debe de ser justipreciado.

**b.** Elementos personales: normalmente está compuesto de manera tripartita por el fideicomitente, fideicomisario y fiduciario, sin embargo, esto no siempre es así, ya que en ocasiones, el fideicomitente puede desempeñar el papel de fideicomisario.

- Fideicomitente: a decir de Villegas Lara es “la persona que mediante testamento o contrato, transfiere bienes con un fin específico”.<sup>18</sup> Cabe mencionar que dicha persona puede ser física o jurídica, siempre que tenga capacidad para enajenar ya sea personalmente o mediante mandatario con facultades especiales, esto de acuerdo a lo regulado en el Artículo 767 del Código de Comercio de Guatemala. Sin embargo esto no excluye a que por los menores o incapaces comparezcan sus representantes legales con la debida autorización judicial a otorgar y suscribir el contrato de fideicomiso.

---

<sup>18</sup> **ibid.** Pág. 130

- Fiduciario: doctrinariamente, es la persona a la cual le es entregado el patrimonio fideicometido, y es la encargada de darle cumplimiento al destino que fue previsto en el instrumento constitutivo.

En Guatemala, así como en otras legislaciones, existe una restricción en cuanto a la persona que figura como fiduciario, y ésta consiste en que solamente los bancos, o instituciones de crédito debidamente autorizadas por su Junta Monetaria, para actuar como tales, pueden ser o actuar como fiduciario en un fideicomiso. Tal restricción se encuentra regulada en el Artículo 768 del Código de Comercio de Guatemala. El fiduciario por el simple hecho de su cargo, está facultado para ejercer todos los actos que sean necesarios para la consecución de los fines previstos en el contrato, y en general, está investido para ejercitar la defensa de los mismos. Sin embargo, requiere de facultades especiales que deben constar expresamente en el acto de su constitución para donar, vender o gravar los bienes fideicometidos, esto de acuerdo a lo regulado por el Artículo 775 de Código de Comercio de Guatemala. Cabe mencionar que nuestra legislación contempla la prohibición de que se si bien es permitido que el fideicomisario pueda ser el mismo fideicomitente, el fiduciario *nunca* podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso.

Por otro lado, cuando el fideicomiso se constituye mediante contrato, debe aparecer la figura del fiduciario de acuerdo a lo convenido entre las partes, pero cuando el fideicomiso se instituye mediante testamento, puede ser que se omita quien va a desempeñar la calidad de fiduciario, y en este caso, la ley establece que el juez



competente a propuesta del fideicomisario o por iniciativa judicial, hará la designación correspondiente.

- Fideicomisario: es la persona que en virtud del negocio jurídico, debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicometidos al vencimiento del término estipulado. El ordenamiento jurídico mercantil de Guatemala, establece que el fideicomisario puede ser cualquier persona que tenga capacidad de adquirir derechos. Nuevamente, al igual que con la figura del fideicomitente, cuando figuren menores o incapaces como fideicomisarios en un fideicomiso, corresponderá a sus legítimos representantes legales recibir los beneficios derivados del fideicomiso, en favor de aquellos. La regla general es que, en el acto constitutivo del fideicomiso, se designe quién será el fideicomisario. No obstante, su no designación o individualización no invalida el fideicomiso, siendo suficiente que en el contrato mismo se establezcan, cuando menos, reglas o normas que sirvan para su posterior determinación.



### 3.4 Modalidades del contrato de fideicomiso.

En la doctrina, existen varias clases de fideicomisos de acuerdo al fin que pretendan alcanzar, esto por la versatilidad que otorga esta figura, aunque la mayoría de autores, concuerda en que son tres las clases de fideicomiso, siendo estos:

a. Fideicomiso de administración: en este tipo de fideicomiso, la finalidad del mismo es custodia, administración y conservación que debe realizar el fiduciario de los bienes que forman parte del patrimonio fideicometido, o bien, destinarlos al fin que expresamente se convino en el contrato, todo lo anterior en beneficio de una persona (fideicomisario) que podría o no, ser el mismo fideicomitente. Lo que normalmente se pretende con este tipo de fideicomisos es: "que el fideicomitente o titular de los bienes, los traspase al fiduciario para que éste ejerza la administración de los mismos, lo que lo convierte en responsable de tales bienes; actividad que estaría dada en función de su profesionalismo y con la certeza que sobre ellos se procedería de la forma más expedita y transparente, desentendiéndose el fideicomitente por completo de dicha actividad, salvo las reservas del caso. El fiduciario por lo tanto, adquiere frente al fideicomitente una postura de administrador, y cuando la finalidad lo requiere de asesor también, quedando obligado a rendir periódicamente o cuando sea requerido, informes sobre su actuar."<sup>19</sup> En este tipo de fideicomiso son tantas las funciones que puede realizar el fiduciario y entre ellas tenemos por ejemplo: cobrar rentas, pagar impuestos,

---

<sup>19</sup>Domínguez Martínez, Jorge. **El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico**. Pág. 58.



tomar medidas de conservación de los bienes, otorgar contratos de arrendamientos, entre otras, pero todo lo anterior, como ya se apunto, en beneficio del fideicomisario.

**b.** Fideicomiso de inversión: Conceptualmente, puede decirse que el fideicomiso de inversión es: “aquel en el que una persona (fideicomitente) destina cierta cantidad en efectivo o en títulos de crédito, a la constitución de un fideicomiso; y la fiduciaria se compromete, durante el plazo del contrato, a invertirlos en el mercado de valores o en mesas de dinero de otras bancas, con objeto de obtener con ellos un máximo rendimiento. Al término o periódicamente dentro de él, el fiduciario entrega parcialidades o la totalidad tanto de capital como de los rendimientos, al fideicomisario.”<sup>20</sup>

En esta variante del contrato de fideicomiso, se tiene la finalidad de la intervención profesional del fiduciario en la colocación de recursos, otorgando una mayor rentabilidad de los beneficios obtenidos. La normativa jurídica mercantil guatemalteca regula en su Artículo 784, que salvo autorización dada por el fideicomitente, el fiduciario únicamente podrá hacer inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez, emitidos o garantizados por el Estado, las entidades públicas, las instituciones financieras, los bancos que operen en el país y las empresas privadas cuyas emisiones hayan sido calificadas por la Comisión de Valores como de primer orden; lo anterior se complementa con estipulado por la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, que establece en su Artículo 76 que: “Los bancos y las sociedades financieras privadas podrán convenir con los agentes la delegación de su función como fiduciarios. El

---

<sup>20</sup>Dávalos Mejía, Carlos. **Derecho bancario y contratos de crédito**. pág. 875.



fiduciario delegado podrá realizar todas las actividades propias de un fiduciario y será junto con la entidad delegante, solidariamente responsable de su actuación. Tanto los bancos y las sociedades financieras privadas, como los fiduciarios delegados, podrán fungir como funcionarios 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 a 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.”

**c.** Fideicomiso de garantía: la finalidad principal de este tipo de fideicomiso, es la de constituir un medio para garantizar obligaciones, ya sea que dichas obligaciones sean respaldadas con los mismos bienes aportados al fideicomiso, o bien, con los frutos de estos, sujetándose las partes en caso de incumplimiento, a un proceso previamente establecido y aceptado en el contrato, que exime la intervención de órganos jurisdiccionales, y que en nuestro caso, es el de la subasta notarial. Este tipo de fideicomiso generalmente sustituye los mutuos con garantía real.

Lo relativo a esta figura, se encuentra regulado en el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 791, y cabe resaltar, que esta clase de fideicomisos es la que en los últimos años ha tenido un significativo crecimiento y aplicación, por lo que su regulación y desarrollo requiere un apartado especial, que será desarrollado más adelante.



## CAPÍTULO IV

### 4. Fideicomiso de garantía

Como ya se conceptualizo previamente, el fideicomiso de garantía es una variante o clase de fideicomiso, mediante el cual el fideicomitente transmite ciertos bienes al fiduciario, con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación, ya sea que esta haya sido adquirida directamente por el propio fideicomitente o bien por una tercera persona.

Para Gilbarg “puede conceptualizarse como el negocio por medio del cual se transfiere la propiedad imperfecta de un bien con el encargo de que, en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del mismo y entregue el producto obtenido de la siguiente forma: a) hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido; cancelando así total o parcialmente la deuda impaga; b) si existiere un sobrante, se entrega al deudor”<sup>21</sup>

Otra manera de conceptualizarlo, sería diciendo, que es aquel fideicomiso mediante el cual se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que en el supuesto de que la obligación llegare a ser incumplida por parte del fideicomitente, el fiduciario proceda a

---

<sup>21</sup>Gilbarg, Ariel Alejandro. **El fideicomiso de garantía como alternativa al concurso preventivo**. Pág. 29

la venta del bien, entregando el producto de dicha venta hasta el monto de la obligación al acreedor a cuyo favor se ha constituido.

De las definiciones que anteceden, se puede inferir, que en el funcionamiento de este tipo de negocio jurídico hay una transmisión de dominio fiduciario que se encuentra basada en la confianza, y el doble papel que juega el fideicomiso de garantía en cuanto a su finalidad, primero, delimitando los límites de la capacidad de derecho con que cuenta el fiduciario para administrar el patrimonio fideicometido; y por otro lado, se vincula con la condición de la falta de cumplimiento de la obligación, a cuyo cumplimiento está sujeta la duración del fideicomiso.

Este tipo de fideicomiso, básicamente viene a sustituir créditos que se encuentran garantizados con hipoteca, con la diferencia de que en caso se llegare a incumplir con la obligación, el proceso de obtención de pago puede ser largo y agotador, mientras que en el caso del fideicomiso, es un proceso revestido de celeridad y sencillez, sin dejar de lado su legalidad, lo cual podremos observar más adelante.

#### **4.1 Características del fideicomiso de garantía.**

Al igual que todo contrato, el fideicomiso de garantía presenta sus propias características, siendo estas las siguientes:



- a. Es mutable: esto en virtud de que su objeto, puede ser determinado al momento de constituirlo, o bien, puede ser únicamente determinable.
  
- b. Es sustituible y ampliable: ya que los bienes que figuran como patrimonio fideicometido, pueden ser posteriormente a su constitución, sustituidos por otros bienes, o bien, pueden incorporarse nuevos bienes a dicho patrimonio.
  
- c. Es resoluble: ya que cuando se extingue la obligación que el fideicomiso tiene como fin garantizar, como consecuencia, éste también se extingue.
  
- d. Es cautelar: por el carácter de la garantía que reviste la propiedad fiduciaria en relación a la obligación principal. Siempre que el deudor cumpla la obligación garantizada; a falta de cumplimiento, los bienes, entonces, responden por el pago de la deuda y el fiduciario es el realizador de la garantía.
  
- e. Es autónomo: en relación al patrimonio fideicometido, ya que este como se menciona en capítulos anteriores es independiente y distinto del patrimonio propio que pudiera tener tanto el fideicomitente como el fiduciario, y en tal virtud, el mismo se encuentra libre de cualquier acreedor particular de ambos, y solo responde ante los acreedores del propio fideicomiso

## 4.2 Posición de los sujetos que intervienen en la relación jurídica fiduciaria.

De acuerdo a Boretto, en cuanto al rol que puede desempeñar cada uno de los sujetos intervinientes en la relación jurídica originada con motivo del fideicomiso de garantía, encontramos varias posiciones contractuales:<sup>22</sup>

a. El fideicomitente del fideicomiso de garantía: Es quien transmite en garantía la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra persona llamado fiduciario. Puede ostentar la calidad de deudor de la obligación garantizada, o bien, ser un tercero con respecto a ella, garantizando el fideicomitente en tal situación, una deuda ajena.

b. El Fiduciario del fideicomiso de garantía: Es quien adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes determinados transferidos en garantía, obligándose a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato de fideicomiso, y con facultades o no, de aplicar las utilidades generadas por los bienes fideicometidos al pago de la deuda garantizada. Las funciones del fiduciario en garantía, pueden dividirse entre las que denominamos:

---

<sup>22</sup>Boretto, Mauricio. **Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario.** Pág. 36.

- *Fideicomiso de garantía puro*, en tal supuesto, el fiduciario desempeña una función de guarda de los bienes, y, producida la mora del deudor, entonces procede a realizar el patrimonio fideicometido para cancelar el crédito impago al acreedor.
  - *Fideicomiso de garantía y pago*, aquí el fiduciario, no se limita a controlar los bienes dados en fideicomiso hasta que acaezca el incumplimiento, sino que además, con las rentas o utilidades que provienen de los bienes fideicometidos administrados, puede ir pagando la deuda garantizada.
- c. El Fideicomisario del fideicomiso de garantía: Es el destinatario final de los bienes, y puede ser un tercero, o el fiduciante.

Para el caso de que se pague por parte del deudor la deuda garantizada, el fideicomisario adquirirá del fiduciario, la propiedad plena de los bienes fideicometidos objeto de la garantía. Por el contrario, si la obligación no fue cumplida por el deudor, y por tal circunstancia ha debido procederse a la ejecución de la garantía, el fideicomisario recibiría únicamente el remanente si es el caso.

#### **4.3 Ventajas de la constitución de un fideicomiso de garantía.**

De acuerdo a lo expresado anteriormente, son dos las grandes ventajas de este tipo de negocio jurídico:



a. Autonomía del patrimonio fideicometido: la creación un patrimonio independiente logra separar el bien que dado en garantía, del resto del patrimonio del fideicomitente, y también del patrimonio del fideicomisario y fiduciario, logrando de esta manera resguardarlo de cualesquiera otros acreedores de los sujetos que intervienen en la creación del fideicomiso.

b. Una garantía auto-liquidable: Uno de los mayores beneficios que proporciona al acreedor este tipo de garantía, es la rapidez y extra judicialidad del procedimiento de ejecución, lo que redundará en el menor costo económico en que debe incurrir el acreedor para realizar la garantía y, por ende, para lograr el recupero del crédito.<sup>23</sup>

La característica de ser auto-liquidable, deviene de lo preceptuado en nuestro Código de Comercio de Guatemala, en su Artículo 791, que regula que “si se tratare de fideicomisos de garantía, en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante Notario, siendo nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta...”, pero cabe resaltar que aunque la ley preceptúa exactamente qué hacer en estos casos, no está de más hacerlo consta en el contrato.

---

<sup>23</sup> **Ibid.** Pág. 44.



#### 4.4 Instrumentos utilizados para la creación del fideicomiso general de garantía.<sup>24</sup>

- a. Escritura pública de constitución de fideicomiso general de garantía: esto no es más que el marco legal por medio del cual la institución bancaria o financiera crea el fideicomiso, en la misma se establecen las cláusulas que van a regir para la creación del fideicomiso, como las normas procedimentales, para que en caso de que una obligación no sea cumplida en la forma, modo y plazo, los bienes que se aporten al mismo, puedan, pasar a formar parte de los bienes de la entidad bancaria o financiera.
- b. Escritura pública de adhesión irrevocable al fideicomiso general de garantía, por medio de este contrato la persona en cuestión aporta el bien inmueble de su propiedad al fideicomiso general de garantía con todas sus condiciones, mediante la adhesión irrevocable, esto quiere decir que posteriormente no puede voluntariamente rescindir el mismo.
- c. Escritura pública de préstamo bancario o financiero con garantía real de bien fideicometido. Por medio de este contrato la entidad bancaria o financiera otorga el préstamo comprometiendo al deudor que en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales establecidas en el mismo, se someta al procedimiento señalado en la escritura de constitución del fideicomiso general de garantía,

---

<sup>24</sup> Nájera Villamar, Dina Natalia. **Consecuencias de aportar bienes para garantizar obligaciones crediticias a fideicomisos generales de garantía, ante instituciones bancarias o financieras.** Pág. 47-50



renunciando al fuero de su domicilio y sujetándose a los tribunales que elija la institución bancaria o financiera, pudiendo este a su elección utilizar el procedimiento que señala la ley de bancos y grupos financieros, el Código Procesal Civil y Mercantil o bien una subasta voluntaria notarial.

Como se puede establecer el deudor de una obligación crediticia, garantizada con bienes aportados por su persona a fideicomisos generales de garantía, en primer término renuncia automáticamente a un proceso civil establecido en nuestro ordenamiento procesal civil y mercantil, es decir a un juicio ejecutivo en la vía de apremio, ya que en el fideicomiso general de garantía el deudor se ajusta a las cláusulas compromisorias en donde se establece el procedimiento específico regulado en el contrato denominado fideicomiso general de garantía.

#### **4.5 Procedimiento utilizado en caso de incumplimiento.**

Como ya se menciona, en los fideicomisos de garantía se omite el trámite judicial, lo que lo convierte en un proceso revestido de celeridad y sencillez, siendo este el trámite extrajudicial de subasta voluntaria ante notario, esto de acuerdo a lo preceptuado en el Código de Comercio de Guatemala, el cual nos remite al Código Procesal Civil y Mercantil, que al respecto regula en el Artículo 449: "Subasta ante notario. Las



subastas voluntarias a que se refiere este capítulo podrán llevarse a cabo ante notario, en las condiciones que libremente fijen las partes.”

De acuerdo con lo anterior, podría decirse que pueden ser varios los tramites ya que son las partes las que fijan las condiciones, las cuales se encuentran establecidas, en la escritura de constitución del fideicomiso. A continuación se detalla lo que podría ser el proceso de subasta ante notario ante el incumplimiento de un fideicomiso de garantía.

**a.**      **Requerimiento.** El fideicomisario acreedor procede a notificar al fiduciario sobre la falta de pago de parte del fideicomitente, o bien del deudor, para que sin demora, se inicie el procedimiento de venta en pública subasta del patrimonio fideicometido.

**b.**      **Comunicación.** Posterior a que el fideicomisario acreedor haya instruido al fiduciario a dar inicio al procedimiento para la venta del patrimonio fideicometido en pública subasta notarial y dentro del plazo fijado para el efecto en la escritura constitutiva del fideicomiso, este deberá poner en conocimiento del fideicomitente y/o de la parte deudora por escrito. En caso de que el fideicomitente considere que no existe el incumplimiento aducido por el acreedor, deberá acreditarlo, y comprobarlo en forma fehaciente y documental al fiduciario.

**c.**      **Edicto.** El fiduciario pondrá en conocimiento del publico la fecha, hora, lugar y base de la subasta, con anticipación a su celebración y publicará el edicto las veces



que el fiduciario considere necesarias. Los edictos deberán contener los requisitos previstos para los edictos de remate judicial, consignados en el Artículo 314 del Código Procesal Civil y Mercantil, en lo que fueren aplicables, y las demás estipulaciones que el Fiduciario estime convenientes.

d. Rescate. En cualquier etapa del proceso, hasta antes de otorgarse la escritura traslativa de dominio el fideicomitente puede recuperar el patrimonio fideicometido, pagando el total de la suma adeudada, más los intereses y gastos en que haya incurrido el acreedor, así como la totalidad de los gastos y los honorarios del fideicomiso y los gastos incurridos por la subasta pública notarial realizada.

e. Subasta pública notarial. El día y hora señalados para la subasta pública notarial, el Notario designado para tal efecto dará lectura al, o los edictos publicados, según corresponda, y anunciará las ofertas o posturas que se vayan recibiendo. El fiduciario, en presencia del Notario designado, deberá fincar la venta en el mejor oferente. En caso no hubiesen oferentes, o no se pudiere realizar la pública subasta, el fiduciario deberá convocar nuevamente a la pública subasta notarial y venta del patrimonio fideicometido, cuya base disminuirá en el porcentaje que estime conveniente el fiduciario, salvo que el fideicomisario acreedor solicite al fiduciario, que le sea adjudicado el patrimonio fideicometido dentro de la subasta notarial.





**f.** Pago. Al postor favorecido en la pública subasta notarial, se le otorgará un plazo para pagar la totalidad del precio de lo ofrecido, abonándose al valor total, lo depositado para ejercer su derecho de postor en la pública subasta notarial.

**g.** Escritura traslativa de dominio. Una vez se haya pagado totalmente el valor del patrimonio fideicometido, el fiduciario deberá otorgar la escritura traslativa de dominio libre de gravámenes, anotaciones y limitaciones sobre el patrimonio fideicometido, a quien o quienes corresponda.





## CAPÍTULO V

5. **Necesidad de la creación de una normativa que prohíba a entidades bancarias y/o financieras, aportar a fideicomisos de garantía, los mismos bienes que sirven como garantía, en créditos hipotecarios, para evitar la constitución de una doble garantía.**

En el presente capítulo se aborda en esencia, el por qué se hace necesaria la creación de la normativa que se propone en la presente tesis, iniciando por señalar sus diferencias y similitudes, ventajas y desventajas, así como también, la forma en que se crea la doble garantía.

### 5.1 **Diferencias y similitudes de la hipoteca con el fideicomiso de garantía.**

Básicamente, las diferencias entre la institución de la hipoteca y el fideicomiso de garantía, son de forma, como por ejemplo de lo anterior, podemos tomar como referencia su regulación legal; la hipoteca se encuentra contemplada en el Decreto Ley 106, Código Civil, abarcando los Artículos comprendidos del 822 al 859; por su parte el fideicomiso, se encuentra regulado en el Código de Comercio de Guatemala, abarcando los Artículos 766 al 793, pero en cuanto al fideicomiso de garantía se refiere, este únicamente se encuentra legislado en un Artículo del Código de Comercio

de Guatemala, específicamente en su Artículo 791, lo cual resulta escaso, considerando la amplitud y alcance de esta figura.

La hipoteca por su parte, y copiando textualmente lo que al respecto regula el Código Civil “es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación”. En cuanto a lo a un bien inmueble se refiere, el Código Civil específica, qué son los bienes inmuebles en su Artículo 445, pero como comúnmente se apunta, son aquellos que no pueden trasladarse de un lugar a otro sin detrimento de su propia naturaleza, ya que se encuentran de manera fija y permanente adheridos al suelo o bien, se encuentran incorporadas a la construcción fija en el suelo. Por su parte, el fideicomiso de garantía, no limita las posibilidades en cuanto a lo que puede llegar a convertirse en parte del patrimonio fideicometido, y más bien, deja abierta la posibilidad de manera amplia, al únicamente hacer mención de “los bienes fideicometidos”, pudiéndose garantizar obligaciones con bienes tanto inmuebles como muebles, pudiendo llegar el fideicomiso de garantía a sustituir no solo a la hipoteca, sino también a la prenda.

Otra diferencia entre ambas instituciones, es la referente al plazo, que aunque no hay mucho que abordar sobre este aspecto, diremos que la hipoteca no tiene ninguna restricción, mientras que el fideicomiso por mandato legal no puede exceder de 25 años, salvo excepciones que la misma ley regula.

En cuanto a sus similitudes, el mismo Código de Comercio de Guatemala regula en el Artículo 791: “...Las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilarán a

los créditos con garantía real...”, pero lo anterior se queda corto, por lo cual no resulta suficiente ampararnos en lo citado anteriormente.

Podemos apuntar, que pese a que son varias las diferencias entre las instituciones antes mencionadas, también existen similitudes entre ambas, y una de ellas, quizá la más representativa, es que no se puede negar que su esencia, su fin, su razón de ser, es la misma, y por ello puede decirse que la mayor similitud que tienen las figuras de los créditos garantizados con hipoteca y aquellos garantizados con un fideicomiso de garantía; no es otra que la de brindar un respaldo o garantía para el acreedor, otorgándole de alguna manera, la seguridad de que la obligación será efectivamente satisfecha, y es precisamente esa obligación, o crédito que se pretende satisfacer, el presupuesto necesario que condiciona la existencia de ambas figuras anteriormente mencionadas.

Aparte del fin que cada una persigue, cabe mencionar que en ambas instituciones el deudor o fideicomitente permanece en posesión del bien dado en garantía, destinando únicamente los frutos al cumplimiento de la obligación.



## **5.2 Ventajas y desventajas del fideicomiso de garantía frente a la hipoteca.**

Hay que recordar, que el fideicomiso de garantía es “aquel negocio jurídico por el cual se transfieren al fiduciario determinados bienes para asegurar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de determinadas obligaciones a cargo del fideicomitente, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará, una vez realizados los bienes el valor de la obligación o el saldo impago de ella, de acuerdo con lo establecido en el contrato.”<sup>25</sup>

Esta figura presenta sin lugar a dudas, ventajas con respecto a otras formas tradicionales de garantía; como lo es la hipoteca, y esto es debido a su gran versatilidad y aplicabilidad, entre ellas tenemos las siguientes:

- a.** En cuanto al fideicomitente, amplía la posibilidad de obtener un crédito, pues al ofrecer una mejor garantía, los interesados aumentan.
  
- b.** Se crea un patrimonio autónomo, el cual no está afecto al cumplimiento de otras obligaciones fuera de las del fideicomiso, es decir, que como ya se apuntó anteriormente, este patrimonio es distinto del de cualquiera de las personas que intervienen en el fideicomiso (fiduciario, fideicomitente y beneficiario), lo cual lo

---

<sup>25</sup><http://m.abc.com.py/edicion-impresa/economia/el-fideicomiso-de-garantia-y-la-hipoteca-957613.html>. 5 de Agosto de 2014.



convierte en *inembargable* “lo que lo excluye de cualquier proceso de insolvencia en el que queden involucradas las partes.”<sup>26</sup>

c. El bien o bienes salen del dominio del deudor/fideicomitente y pasan al del fiduciario, lo que incrementa la seguridad del acreedor en cuanto al cumplimiento de la obligación y convierte la tramitación en simple y económica.

d. Contrario a la hipoteca, la garantía o patrimonio fideicometido no lo tiene que constituir necesariamente un bien inmueble, pudiendo aportarse tanto bienes muebles como inmuebles.

e. Se omite el procedimiento judicial, ya que el fideicomiso de garantía, es una operación auto-liquidable, esto porque el fiduciario no tiene necesidad de ejecutar los bienes como ocurre con la hipoteca, sino que simplemente de realizarlos mediante el procedimiento establecido en el contrato, y que de acuerdo con el Código de Comercio de Guatemala, será mediante una subasta ante Notario, por lo que no se requiere la subasta judicial, y como consecuencia, los trámites son más breves y económicos.

Como se puede observar, el fideicomiso de garantía ofrece varias ventajas, para todas las partes que tienen participación en él, pero también hay que hacer mención de la gran desventaja que tiene esta figura, y esta es que al momento de que el deudor y/o fideicomitente incumpla con la obligación adquirida, y la garantía sea ejecutada por

---

<sup>26</sup> *Ibid.*



parte del fiduciario, ninguna de las partes contratantes puede invocar prueba en contrario, o interponer defensa alguna que resuelva cualquier reclamo, pues no habrá un juez para dirimirlos.<sup>27</sup> Normalmente es el fideicomitente a quien en este tipo de procesos se le limitan sus derechos y garantías constitucionales básicas, un ejemplo de esto, es la limitación a los derechos de defensa y debido proceso, que son los más notorios, ya que al momento de que el acreedor de aviso al fiduciario del incumplimiento del deudor, este iniciará el proceso de subasta correspondiente, el cual prácticamente deja indefenso al deudor y/o fideicomitente.

### **5.3 Cómo se crea la doble garantía por parte de entidades bancarias y/o financieras.**

Luego de analizar las diferencias y similitudes, y las ventajas y desventajas de cada una de las figuras anteriormente relacionadas, y aunque el proceso en cada institución en caso de incumplimiento sea diferente, no podemos negar que su causa final u objeto es el mismo: brindarle de alguna manera seguridad o una garantía al acreedor de que la obligación le será efectivamente cumplida, y a pesar de respetar su finalidad y estar de acuerdo en que el acreedor necesita que le sea otorgada una garantía, si resulta leonino, de alguna manera, utilizar ambas figuras de manera simultánea.

---

<sup>27</sup>Nájera Villamar. **Op. Cit.** Pág. 66



Ahora bien, ¿cómo es que se crea la “Doble Garantía”, al utilizar la figura del fideicomiso?. Pues bien, las entidades bancarias y/o financieras del país actualmente otorgan financiamientos con garantía hipotecaria, a las personas consideradas por ellos como sujetos elegibles para otorgarles un crédito, condicionándolos a que para que dicho crédito sea otorgado, además de constituir una hipoteca sobre el bien inmueble de su propiedad o en su mayoría, sobre el bien inmueble que están por adquirir, deben aportar el mismo, a un fideicomiso de garantía.

La mayoría de estas personas, no reparan en considerar o estudiar lo que realmente significa, o implica acceder a lo que dichas entidades requieren, puede que esto se deba por la urgencia, o la necesidad de adquirir una propiedad, o bien, por la falta de conocimiento sobre el tema, pero lo cierto es que, acceder a los requerimientos de las referidas entidades, pone en una situación de desventaja aun mayor a la ya existente, entre el deudor y/o fideicomitente, y las entidades bancarias y/o financieras, esto porque de por sí, ellas ya cuentan con una protección legislativa preferente, y el realizar la aportación antes mencionada, solo incrementa dicha desventaja.

Ahora, ¿por qué es que se dice que hay una desventaja mayor? Bueno, esto porque como se menciono en el subtítulo anterior, si bien es cierto que el realizar la aportación requerida convierte al deudor en un sujeto elegible para otorgarle un financiamiento, lo coloca al mismo tiempo en una posición de indefensión al momento de que por una u otra razón llegara a incumplir con la obligación. Con esto, no es que se diga que el fideicomiso no es una figura “buena” o “idónea” para este tipo de financiamiento, sino todo lo contrario. El fideicomiso es considerado una figura totalmente adecuada, por



varias razones anteriormente apuntadas, lo que no es “correcto” es utilizar ambas figuras de manera simultánea, por el simple hecho de que el acreedor ya tiene garantizada la obligación desde el momento de constituir una hipoteca sobre el bien inmueble, por lo que resulta absurdo, o está de más, constituir un fideicomiso de garantía cuando ambos persiguen exactamente el mismo fin: garantizar el cumplimiento de la obligación.

Al momento de constituir una hipoteca, y aportar el mismo bien, a un fideicomiso de garantía con el objeto de garantizar la misma obligación, el deudor y/o fideicomitente se obliga a pagar los gastos y honorarios que se generan inicialmente cuando se constituyen ambos contratos, lo que genera una duplicidad de honorarios notariales y registrales; por otro lado, durante el tiempo que el financiamiento se mantenga vigente, se obligan a pagar los intereses que se generan normalmente por el crédito otorgado, así como también, debe pagar al fiduciario, los honorarios que legalmente le corresponden por la administración de dicho fideicomiso, los cuales el fiduciario de acuerdo a lo que establece el Código de Comercio de Guatemala “tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de honorarios, créditos y de los gastos del mismo fideicomiso, que tuvieren que hacerse efectivos con los bienes fideicometidos”, lo que dicho de otra forma, incrementaría el total de lo adeudado, ya que cuando el acreedor notifique al fiduciario del incumplimiento de la obligación no solo se sumara el capital adeudado, intereses, mora y cualesquiera otras gastos administrativos, sino que habría que sumarle los honorarios y gastos en que hubiera incurrido el fiduciario en ocasión del fideicomiso, lo que implica que la deuda se haga aun más onerosa para el deudor.



Normalmente, al momento del eventual incumplimiento del deudor y/o fideicomitente, la entidad acreedora no ejecuta la hipoteca por la vía de apremio, puesto que este proceso resulta largo y oneroso, sino que optan por utilizar el procedimiento de la subasta ante Notario, por lo rápido y económico que resulta el proceso, con lo cual, a simple vista pareciera que el contrato de crédito con garantía hipotecaria estaría de más, si a la larga no es utilizado más que para incrementar los gastos al deudor y/o fideicomitente, pero lo que realmente pretende la entidad acreedora, es de algún modo asegurar de una mejor manera la obligación, ya que en caso de que no puedan realizar la venta del bien en la subasta por cualquier motivo, todavía podrán valerse de la garantía hipotecaria que también tienen constituida a su favor.

Por lo anteriormente expuesto, es considerado un abuso por parte de las entidades bancarias, el realizar este tipo de contratos, y como se repite, no es que en sí el fideicomiso sea una mala opción para los deudores, sino que lo incorrecto y leonino, es utilizar esta figura juntamente con la hipoteca, como respaldo de la misma garantía.

#### **5.4 Creación de una normativa jurídica, como medio defensa de los deudores y/o fideicomitentes, frente a las entidades bancarias y/o financieras del país.**

El presente subtítulo, está encaminado en sí a establecer el por qué es necesaria la creación de un marco jurídico en el cual se desarrolle la figura el fideicomiso de



garantía y los créditos con garantía hipotecaria, ambos enmarcados en el ámbito de las relaciones bancarias con los particulares, normando los procesos y mecanismos de defensa, que en ambos casos regirán exclusivamente en relaciones bancarias, y específicamente, se prohíba o por lo menos, límite la utilización de ambas figuras de manera simultánea, esto con el objeto de proteger de alguna manera los derechos de los deudores y/o fideicomitentes en este tipo de negocios.

Ya en los subtítulos anteriores, se hizo referencia a la posición preferente que tienen las entidades bancarias que legalmente operan en el país, pero esta protección también abarca a todas aquellas entidades análogas, como es el caso de las entidades financieras, que actúan como fiduciarios de un fideicomiso, y es que esta protección se debe al dinero que manejan, y es que una buena parte pertenece al grupo de cuentahabientes de cada institución, por lo que se les concede una protección diferente y preferencial. Un ejemplo de ello es la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Es razonable, por la razón anteriormente expuesta, la protección preferente que poseen estas sociedades anónimas especiales, pero ello no debe traducirse en abuso por parte de las referidas entidades, y es por eso que sería conveniente legislar sobre este tipo de actividades, para evitar que los sujetos de crédito se encuentren en una situación que afecte su economía, y lo cual se traduzca en un incremento en la posibilidad de incumplimiento por parte del deudor, ya que al convertir en demasiado onerosa la obligación, y tomando en cuenta la situación económica vigente en Guatemala, esto solo viene a incrementar la posibilidad de que el deudor y/o fideicomitente le resulte trabajoso cumplir la obligación, lo haga incurrir en atrasos, que



se traduce en mora e intereses, y que a la larga termine en un incumplimiento total de la obligación, lo cual no resulta un buen negocio para las entidades bancarias, que si bien es cierto, en la mayoría de los casos les es adjudicado en pago el inmueble dado en garantía por el fiduciario, tampoco les conviene del todo, ya que su giro normal no es el negocio inmobiliario, y es sabido que cuentan con un plazo de dos años, otorgado por la Superintendencia de Bancos para sacar de sus activos dichos bienes, el que no siempre resulta suficiente, y además el mantenimiento de los mismos mientras cumplen con la venta, también les ocasiona gastos.

La normativa que se propone sea creada, no persigue el fin de menoscabar los derechos de las entidades acreedoras, ni mucho menos impedir que las mismas utilicen la figura del fideicomiso de garantía para garantizar las obligaciones de los deudores, sino mas bien, se propone que esté orientada a la utilización de una u otra figura, ya que como se apunto anteriormente, lo leonino deviene de la utilización simultanea de ambas.

La normativa debe incluir un apartado en el cual se desarrolle la figura del fideicomiso de garantía, con su respectivo proceso de subasta ante Notario. Como es sabido, el Notario no puede resolver excepciones o medios legales de defensa por carecer de competencia para ello, previo a la subasta podría efectuarse un proceso en la vía incidental ante un juez competente de acuerdo a la cuantía, en el que únicamente se limite a calificar los medios de defensa y si los considerare faltos de veracidad, procederá a decretar inmediatamente la realización de los bienes ante un Notario,



otorgándole de esta forma medios de defensa al deudor y/o fideicomitente, sin caer en un proceso judicial largo, tedioso y oneroso.

En cuanto a la utilización de ambas figuras, se debería regular una prohibición expresa ya que esto violenta los derechos de los deudores, y como ya quedo explicado anteriormente solo incrementa los gastos para él y convierte en leonina la negociación, es correcto que el Estado pretenda tutelar los derechos de los cuentahabientes a través de herramientas legislativas como la Ley de Bancos y Grupos Financieros, pero ello no debe violentar los derechos de otras personas, que acuden en busca de financiamientos para la adquisición de una vivienda.

Ahora bien, si el Organismo Legislativo considerare que de algún modo el regular la prohibición expresa anteriormente señalada no sería viable, podrían cuando menos establecer, que los honorarios del fiduciario fueran por cuenta del acreedor para no incrementar los gastos del deudor y que en caso de incumpliendo, ambas partes deberán llegar a un consenso de cual debería de ser la vía por la cual se deba requerir el cumplimiento de la obligación, mediante un acuerdo en el cual ninguna de las partes se vean afectadas.

En consecuencia, con la creación de una normativa que prohíba garantizar doblemente una misma obligación, se estaría protegiendo el ámbito económico y el derecho de defensa de los deudores, ya que actualmente ambos se ven violentados, y así permitir de alguna manera, volver económica la negociación entre el acreedor y el deudor y/o fideicomitente, para así lograr disminuir la tasa de incumplimiento por parte de los deudores y/o fideicomitentes, obteniendo de esta manera, que ambas partes se vean



beneficiadas: por una parte, una de ellas con la obtención de un financiamiento para la obtención de un bien inmueble, y por otra lado, la otra parte, tendría más certeza de que la obligación le será efectivamente cumplida.







## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Las semejanzas entre los contratos desarrollados dentro de la presente investigación, así como la falta de información en general, que poseen las personas acerca de los mismos, incrementa el número de personas que se adhieren a fideicomisos de garantía, mientras que simultáneamente, constituyen una hipoteca a favor de entidades bancarias, para garantizar la misma obligación; lo que provoca, que se encuentren en una situación que requiere de manera pronta, un control por parte de aquellas autoridades que el Estado determine como competentes, para que sea frenada la marcada desventaja que actualmente existe entre las personas que se adhieren a dichos contratos, y las personas jurídicas que otorgan el financiamiento.

Lo anterior, apelando al fin supremo constitucional consagrado en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, y en el Artículo uno del mismo cuerpo legal, siendo este, el bien común.





## ANEXOS





## ANEXO I

A modo de referencia de los contratos que actualmente se realizan por parte de las entidades bancarias y/o financieras con los particulares, se transcribe a continuación una minuta de la forma en la que se elaboran estos contratos.

NUMERO \_\_\_\_\_ (\_\_\_). En la Ciudad de Guatemala, el día \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_.- ANTE MI: \_\_\_\_\_, Notaria, comparecen: Por una parte **A)** El Ingeniero \_\_\_\_\_, quien manifiesta ser de cuarenta años de edad, casado, guatemalteco, Ingeniero, de este domicilio, quien no obstante ser persona de mi conocimiento se identifica con el Documento Personal de Identificación (DPI) código único de identificación \_\_\_\_\_, extendido por el Registro Nacional de las Personas, de la República de Guatemala, Centroamérica, quien comparece en su calidad de GERENTE Y REPRESENTANTE LEGAL de la entidad **BANCO CORPORATIVO, SOCIEDAD ANÓNIMA**, calidad que acredita con el acta notarial que contiene su nombramiento autorizado en esta ciudad con fecha veintinueve de septiembre del año dos mil ocho, por el Notario Jorge Mario Cárcamo, el cual se encuentra inscrito en el Registro Mercantil General de la República, bajo el número doscientos treinta y tres mil ochocientos treinta y dos (233832), folio: ciento sesenta (160), del libro setenta y seis (76) de Auxiliares de Comercio, y en el curso de este instrumento podrá denominarse simple e indistintamente como **"BANCO"**, **"LA PARTE ACREEDORA"** O **"FIDEICOMISARIO ACREEDOR"** según corresponda; **B)** Por otra parte el señor \_\_\_\_\_, quien manifiesta ser de sesenta y dos



años de edad, casado, guatemalteco, Psicólogo, de este domicilio, quien por no ser persona de mi conocimiento se identifica con el Documento Personal de Identificación (DPI) código único de identificación \_\_\_\_\_, extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, Centroamérica; quien comparece en nombre propio, y en el curso de este instrumento se llamará simple e indistintamente **"LA PARTE DEUDORA", "EL PROPIETARIO" o "FIDEICOMITENTE ADHERENTE"**, según sea el caso; y **C)** Por otra parte la Licenciada \_\_\_\_\_, quien manifiesta ser de cincuenta y siete años, casada, guatemalteca, Administradora de Empresas, de este domicilio, quien no obstante ser persona de mi conocimiento se identifica con el Documento Personal de Identificación (DPI) código único de identificación \_\_\_\_\_, extendido por el Registro Nacional de las Personas, de la República de Guatemala, Centroamérica, y que comparece en su calidad de Mandataria Especial con Representación de la entidad **FINANCIERA CORPORATIVA, SOCIEDAD ANÓNIMA**, lo cual acredita con el primer testimonio de la escritura pública número seiscientos treinta y dos (632), autorizada en esta ciudad, el veintinueve de septiembre de dos mil once, por el Notario Luis Pedro Álvarez Lozano, el cual se encuentra registrado en el Registro Electrónico de Poderes, del Archivo General de Protocolos, del Organismo Judicial, en la inscripción número uno, del poder doscientos veintinueve mil trece guión E (229013-E); y en el Registro Mercantil General de la República, por plazo indefinido, al número seiscientos cuarenta y siete mil sesenta y nueve (647069), folio ciento sesenta y tres (163) del Libro sesenta y tres (63) de Mandatos. Manifiesta la Licenciada \_\_\_\_\_, que se encuentra debidamente facultado para el otorgamiento de la presente escritura. Financiera



Corporativa, Sociedad Anónima actúa en su calidad de Fiduciario del Fideicomiso de Administración y Garantía \_\_\_\_\_, el que podrá ser abreviado simplemente como FIDEICOMISO \_\_\_\_\_ tal y como consta en la escritura pública número \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_) autorizada en esta ciudad por el notario \_\_\_\_\_ con fecha \_\_\_\_\_.

**(En adelante simplemente "El Fiduciario" o FICSA).** Como Notaria, doy fe: Detener a la vista los documentos identificados; que las representaciones que se ejercitan y acreditan son suficientemente amplias conforme a la Ley y a mi Juicio para este acto; que los comparecientes me aseguran ser de los datos de identificación personal consignados; encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles; y que por este acto celebran **CONTRATO DE CRÉDITO BANCARIO GARANTIZADO CON HIPOTECA CEDULARÍA Y ADHESIÓN AL FIDEICOMISO**, contenido en las siguientes cláusulas.

**PRIMERA: DEL CRÉDITO.** I- **DEL FINANCIAMIENTO.** Banco Corporativo, Sociedad Anónima, de conformidad con resolución que al final de este instrumento se identifica, ha autorizado otorgar un financiamiento al señor \_\_\_\_\_, hasta por la suma de \_\_\_\_\_ **QUETZALES (Q. \_\_\_\_\_)** cuyo destino será:

\_\_\_\_\_, el cual será garantizado con cédula hipotecaria en los términos y bajo las condiciones que se establecen en el presente instrumento y se registrá por dichos términos y condiciones y disposiciones contenidas en el capítulo Segundo (II), Título Quinto (V), Libro Segundo (II) del Código Civil (Decreto Ley 106) y demás leyes que regulan la materia. II- **DE LAS CONDICIONES DEL FINANCIAMIENTO:** El financiamiento se otorga por un plazo de \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_) **meses** contados a partir



del desembolso. La parte deudora se compromete a efectuar o dar el primer pago o amortización el día \_\_\_\_\_ (\_\_\_) del mes calendario siguiente al que se efectuó el desembolso del crédito si es día hábil bancario o el inmediato anterior, si fuere inhábil y así sucesivamente los meses subsiguientes para el resto de los pagos, es decir, el mismo día hábil bancario aceptado por la parte deudora. La parte deudora se compromete a que en caso prefiera hacer los pagos en fechas distintas, solicitará al Banco el cambio de fecha de pago y el día que hará los mismos para el resto de los pagos, hasta el vencimiento del plazo, notificando el Banco la aceptación o no del mismo. El departamento de Cobros de Banco a través del Subgerente o Jefe de dicho departamento, o bien el departamento de Colocaciones a través del subgerente del mismo o Contador Registrado, hará constar por escrito en papel membretado del Banco la fecha en que se realizó el respectivo desembolso del crédito para computar el inicio del plazo del presente contrato. **III-DEL INTERÉS:** Sobre los saldos deudores de capital, la parte deudora reconoce y pagará intereses a una tasa del **siete punto setenta y cinco por ciento (7.75%)** anual, misma que cuando el acreedor sea una institución bancaria y de conformidad con lo autorizado por la Ley de Bancos y grupos financieros, será variable conforme lo que El Banco Acreedor establezca de tiempo en tiempo. De tales variaciones estará constantemente enterada la institución que en este acto se designa como agente financiero, por lo que la parte deudora queda obligada expresamente a acudir a dicha institución durante los últimos cinco días de cada mes calendario para informarse sobre la tasa de interés vigente, aceptando la parte deudora que su falta de concurrencia a tal institución no excusará el pago de intereses toda vez que ello querrá decir que la información ya obra en su poder. **II- La Parte Deudora**





reconoce y pagará una comisión del **cero por ciento (0%)** anual sobre los saldos de capital al inicio de cada año contractual por la administración del crédito por parte del agente financiero. **III-** Asimismo La Parte Deudora pagará: **a)** La prima de la fianza que la entidad -----, Sociedad Anónima emita para garantizar la cédula hipotecaria cuyo valor inicial es del **cero punto veinticinco por ciento (0.25%)** anual sobre los saldos de capital al inicio de cada año contractual; **IV-** La Parte Deudora se obliga a pagar el crédito mediante amortizaciones mensuales y sucesivas compuestas de un abono a capital, los intereses, la comisión de administración y la prima de fianza, que se mezclarán para formar una cuota nivelada que originalmente, aplicando el **ocho punto cero cero (8.00%)** por ciento anual de intereses, será de \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ (Q. \_\_\_\_\_) y que variará dependiendo de la variación de intereses en el caso previsto en el numero I anterior así como la variación de la prima de fianza sin necesidad de previo cobro o requerimiento. La fórmula de composición de cada cuota es del conocimiento y la acepta expresamente la parte deudora. Así mismo “La Parte Deudora” se compromete, que adicionalmente a la cuota compuesta antes mencionada y salvo pacto en contrario por escrito se comprometer asimismo a pagar en forma mensual una doceava (1/12) parte de la respectiva prima anual de seguro del inmueble y seguro de vida cuando hubiere sido pactado, y el respectivo pago anual del impuesto único sobre inmuebles (IUSI), para lo cual autoriza al Agente Financiero a pagarlo directamente donde corresponda y a cargarlo a su crédito comprometiéndose a estar informada la “Parte Deudora” mensualmente en las oficinas de Banco sobre la cantidad pagada. La falta de pago de una sola de las cuotas dará derecho al acreedor para dar por vencido el plazo del crédito y proceder al cobro judicial por la vía de apremio, a la



vez el acreedor podrá dar por vencido el plazo del crédito: a) por el incumplimiento de la parte Deudora a cualesquiera de las obligaciones que contrae y de las establecidas por la Ley de Bancos y Grupos financieros en caso el acreedor sea una institución bancaria, y demás Leyes que rigen la materia que se estiman aquí incorporadas; b) Por ejecución iniciada contra la Parte Deudora y/o propietario del inmueble y derechos hipotecados o si éstos fueren enajenados, gravados, desmembrados, anotados de demanda o embargo o dados en uso, usufructo o arrendamiento. La Parte Deudora rendirá al acreedor cuando éste se lo pida, informe detallado del estado de los bienes gravados y comunicará de inmediato cualquier alteración que sufran con respecto a su conservación, seguros y demás circunstancias que puedan afectar los derechos del acreedor. El acreedor podrá cuantas veces lo estime conveniente, revisar en horas hábiles los bienes gravados por medio de sus inspectores y a costa de la Parte Deudora. Adicional a la cuota nivelada antes indicada la parte deudora reconoce y pagará al agente financiero, además de lo indicado en los incisos anteriores, lo siguiente: **a)** La prima del seguro que cubre el inmueble aquí hipotecado; **b)** La prima de un seguro de vida de la parte deudora del cual sea beneficiario el acreedor, cuando así sea acordado entre las partes; y **c)** los impuestos sobre dicho inmueble y sus derechos. La parte deudora deberá acudir a las oficinas del agente financiero a efecto de enterarse de los montos a que ascienden estos pagos que hará el agente financiero por cuenta de la parte deudora, los cuales desde ya acepta y se compromete a pagar, el valor total anual dividido en pagos mensuales, junto con la cuota nivelada que comprenden el interés, comisión por administración y prima de fianza. **SEGUNDA: I- DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA:** Para garantizar el pago de una parte del crédito



anteriormente constituido o sea el pago de un capital de \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ **QUETZALES (Q. \_\_\_\_\_)** de sus intereses, comisiones de agente financiero, Primas de fianza, de seguro, y demás cargos y gastos que realice el agente financiero por cuenta de la parte deudora, el señor \_\_\_\_\_, **constituye PRIMERA HIPOTECA** sobre la finca y derechos de su única y legítima propiedad, que a continuación se indica: **a)** \_\_\_\_\_; inscrita en el Registro General de la Propiedad bajo el número \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_), **folio** \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_), **del libro** \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_) de \_\_\_\_\_. Cuyas medidas, área, linderos y colindancias constan en su respectiva inscripción de dominio vigente, **b) Una** \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_) **parte** de derechos de copropiedad sobre la finca inscrita en el Registro General de la Propiedad al número \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_), **folio** \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_), **del libro** \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_) de \_\_\_\_\_. El Propietario, declara bajo juramento de ley que presta en este momento ante la Infrascrita Notaria y advertido de las penas en caso faltare a la verdad, ser único y legítimo propietario del inmueble y derechos antes identificados, lo cual acredita con el primer testimonio de la escritura de compraventa número \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_) autorizada en esta ciudad el \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_ por el Notario \_\_\_\_\_, documento que la Infrascrita Notaria tiene a la vista en este momento, agrega que el inmueble y derechos se encuentran libres de todo gravamen, anotaciones o cualesquiera limitación que afecte el libre dominio de dichos inmuebles; agrega que no existe reclamación judicial o administrativa en su contra, ni en contra del inmueble y que todos los impuestos de Ley se encuentran pagados a la fecha y que si existiere algún saldo se compromete a pagarlo al primer requerimiento y



que como es de ley se obliga al saneamiento del mismo que como es de ley se sujeta al saneamiento de los mismos, y agrega La Parte Deudora y/o El Propietario que queda obligada a cuanto sigue: Mantener constantemente asegurados los inmuebles y derechos gravados por un monto no menor al del saldo que en cualquier momento mantenga el crédito, cuya prima será pagada conjuntamente con capital, intereses y otros cargos como se indica en la cláusula anterior y asimismo a mantener cubiertos en tiempo los impuestos, tasas y contribuciones de los inmuebles cuyo monto también se incluye en la cuota mensual. La parte deudora y/o El Propietario acepta que el inmueble hipotecado lo utilizará exclusivamente para vivienda de su núcleo familiar y le estará prohibido darlos en uso, usufructo o arrendamiento, gravarlos nuevamente e introducir a los mismos modificaciones que pongan en peligro su estructura. El incumplimiento de las obligaciones o violación de las prohibiciones anteriores dará derecho para dar por vencido el crédito y cobrar ejecutivamente. **II- DE LA EMISIÓN CEDULARÍA:** La Parte Deudora declara que es su voluntad que se constituya Cédula Hipotecaria para lo cual encarga al Agente Financiero que más adelante se indica, que emita una **CEDULA HIPOTECARIA ÚNICA AL PORTADOR, SERIE ÚNICA, NÚMERO UNO** (en lo que sigue "la cédula"), la cual, en virtud de lo anterior, corresponda al Banco ser el legítimo **TENEDOR** de la misma, por lo que a su vez debe quedar en su poder como acreedor hipotecario de dicha cédula, la cual tiene las siguientes características faciales: **a)** Resumen de las características que según el presente instrumento tiene el crédito representado y su garantía y que son: Monto, plazo, intereses, forma de pago, identificación de los inmuebles gravados, la circunstancia de ser afianzada. **b)** Lugar y fecha de emisión y de vencimiento; **c)**



Comisión del Agente Financiero por ser el designado como una institución bancaria; **d)** Indicación de que la cédula se emite al portador; y **e)** Las demás que determine el agente financiero. **III-** Por este acto la parte deudora designa como agente financiero para administrar el crédito aquí constituido haciendo el servicio de la deuda, al BANCO CORPORATIVO, SOCIEDAD ANÓNIMA, facultándolo y apoderándolo para lo siguiente: **I-** Encargarse de los trámites necesarios para la inscripción del presente contrato en el Registro de la Propiedad; **II-** Contratar con alguna afianzadora la emisión de una fianza que garantice el pago de la cédula y hacer los pagos correspondientes cuando así se lo solicite el tenedor de la cédula; **III-** Firmar y emitir la cédula hipotecaria representativa del crédito; **IV-** Recibir los pagos que la parte deudora efectúe a cuenta del crédito y distribuirlos a quien corresponda (acreedor, pago de su comisión, pago de fianza y seguro, y pago de impuestos); **V-** Cualquier otra atribución o facultad que involuntariamente se hubiere omitido y efectivamente necesitare el agente financiero para cumplir su encargo desde ya manifiesta la parte deudora que lo faculta expresamente pues es su expreso deseo, que el agente financiero no encuentre dificultad u obstáculo alguno en el ejercicio del encargo conferido, y que por lo tanto cualquier otra facultad que necesitare, en forma expresa se las confiere plenamente y sin limitación alguna y desde este momento, tiene por bueno y por bien hecho, todo cuanto hiciere el agente financiero en el ejercicio legítimo de este encargo. **TERCERA: FACULTAD ESPECIAL AL AGENTE FINANCIERO.** El Banco Corporativo, Sociedad Anónima, podrá adquirir esta cédula hipotecaria, en cuyo caso actuará con todos los derechos que le corresponden al tenedor de la misma. “La Parte Deudora” autorizan expresamente al agente financiero para el caso que no



pague los abonos a capital, o los intereses, las cuotas por administración, las cuotas por prima de fianza en caso se haya contratado, cuotas de prima de seguro de riesgos, vida o cualesquiera otros gastos debidamente autorizados, en los días establecidos para el efecto, el Banco Corporativo, Sociedad Anónima pueda tomar las cantidades necesarias para cubrir dichos pagos de las disponibilidades de cualquier cuenta que a favor de "La Parte Deudora" exista en el Banco Corporativo, Sociedad Anónima, sin responsabilidad para el mismo. **CUARTA: PACTOS GENERALES.** I-La Parte Deudora deberá efectuar todos los pagos a que se obliga en este acto sin necesidad de cobro ni requerimiento alguno en cualesquiera de las oficinas del agente financiero, especialmente en la oficina ubicada en la OCTAVA AVENIDA CINCO GUIÓN ONCE DE LA ZONA NUEVE (8ª. AV. 5-11, ZONA 9) de esta Ciudad, lugar conocido por "La Parte Deudora". II- Cualquier depositario o interventor que el Agente Financiero designe, no estará obligado a prestar garantía alguna ni el Agente Financiero se responsabiliza por su actuación. III- El departamento de Cobros a través del Subgerente o Jefe de dicho departamento, o bien el departamento de Colocaciones a través del subgerente del mismo o Contador Registrado, hará constar por escrito en papel membretado del Agente Financiero la fecha que se realizó el respectivo desembolso del crédito para computar el inicio del plazo del presente contrato. IV-La Parte Deudora acepta desde ahora como buenas y exactas las cuentas que el Agente Financiero forme acerca de este negocio y como líquido y ejecutivo el saldo que le exija el agente financiero o el tenedor de la cédula en su caso. V- En caso el tenedor de la cédula sea una institución bancaria, dicha institución podrá ejercitar sus acciones por el procedimiento que establece la Ley de Bancos y Grupos Financieros o el Código



Procesal Civil y Mercantil a su elección pudiendo en cualquiera de los supuestos invocar la aplicación de la otra Ley. **VI-** El crédito representado por la cédula hipotecaria podrá ser cedido, enajenado o gravado, sin aviso previo ni posterior notificación a La Parte Deudora, quien se obliga a satisfacer todos los gastos que origine este negocio incluso los de su cobro judicial y extrajudicial. **VII-** La Parte Deudora renuncia al fuero de su respectivo domicilio, se sujeta a los Tribunales de la ciudad de Guatemala y señala la siguiente dirección: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ o bien el inmueble dado en garantía, como lugares para recibir notificaciones, obligándose a comunicar de inmediato al acreedor y al agente financiero cualquier cambio de la misma, cuya prueba corre a su cargo, aceptando para el caso de no dar aviso como válidas cualesquiera notificaciones que se le haga en la dirección aquí señalada. **VIII-** "EL AGENTE FINANCIERO" no asume obligación alguna por cuenta de "LA PARTE DEUDORA", por concepto de la amortización de la cédula hipotecaria o del pago de intereses ni demás cargos a que se refiere esta Escritura, sin que previamente "LA PARTE DEUDORA" haya efectuado los pagos correspondientes. **IX-** La Parte Deudora exonera al Agente Financiero, al tenedor de la cédula hipotecaria o a cualquier depositario o interventor que se nombre, de la obligación de prestar fianzas o garantías. **QUINTA.** El Banco Corporativo, Sociedad Anónima acepta el encargo de agente financiero del crédito aquí otorgado en las condiciones contenidas en el presente instrumento, devengando por ello la comisión indicada en el numeral "II" de la cláusula PRIMERA de este contrato sobre el saldo que al principio de cada año contractual presente el capital del crédito representado por la cédula hipotecaria que aquí se constituye. **SEXTA:**



**PETICIONES AL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD.** Las partes ruegan al Registrador de la Propiedad que, además de operar el contrato aquí contenido **HAGA CONSTAR QUE LA HIPOTECA CEDULARÍA OCUPA EL PRIMER LUGAR** y que de conformidad con el artículo veintinueve del Decreto mil cuatrocientos cuarenta y ocho (1448) del Congreso de la República, como limitación a dichas propiedades, que no puede venderse ni gravarse sin el consentimiento expreso del Agente Financiero. **SÉPTIMA: DE LA ADHESIÓN AL FIDEICOMISO.** **A)**

**ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO:** Por escritura pública número \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_), autorizada en esta ciudad, el \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_ por el Notario \_\_\_\_\_ (En adelante "Contrato de Fideicomiso"), se constituyó el fideicomiso que se denominó **"FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN Y GARANTÍA \_\_\_\_\_"**, o simplemente: **"FIDEICOMISO \_\_\_\_\_"**, (el cual podrá denominársele simplemente el FIDEICOMISO en el transcurso del presente instrumento). Dentro de los fines principales del fideicomiso está la atención de las obligaciones financieras de personas que se adhieran al fideicomiso transmitiendo el dominio fiduciario del o los inmuebles de su legítima propiedad que adquirieron con parte de crédito que BANCO CORPORATIVO, SOCIEDAD ANÓNIMA le otorgó para tal fin, afectado a los fines del fideicomiso. **B). DE LA ADHESIÓN AL FIDEICOMISO.** El

Propietario manifiesta bajo juramento de ley que presta en este momento ante la infrascrita Notaria, plenamente advertido de las penas en caso faltare a la verdad, lo siguiente: **I.** Que como quedo establecido es el único y legítimo propietario del inmueble y derechos descritos en la cláusula segunda de este instrumento. **II.** Que conocen y aceptan expresamente los términos del **CONTRATO DE FIDEICOMISO** y que por este





acto se adhieren al mismo, así como a sus modificaciones, ampliaciones, aclaraciones, presentes y futuras según sea el caso en **forma irrevocable** hasta el total cumplimiento de las obligaciones surgidas de este contrato, transmitiendo como Fideicomitente Adherente el dominio fiduciario del inmueble y derechos antes descritos, con todo cuanto de hecho y por derecho le correspondan a los mismos, incluyendo el servicio de agua del que goza reservándose para sí la posesión y uso de los mismos, justipreciando dicha transmisión, para los efectos del presente contrato, en VALOR NETO conjunto de \_\_\_\_\_ (Q. \_\_\_\_\_); a razón de \_\_\_\_\_ (Q. \_\_\_\_\_), por la finca identificada en la **literal a)** de la **cláusula segunda**, y de \_\_\_\_\_ (Q. \_\_\_\_\_) por la finca identificada en el **literal b) de la cláusula segunda**; y que, excepto por las servidumbres que gozan y soportan y lo relativo al Régimen de Copropiedad denominado Reglamento de Copropiedad y Administración del Proyecto " \_\_\_\_\_ " y de la hipoteca con que se garantiza este contrato están libre de otros gravámenes, anotaciones o limitaciones que afecten los derechos del FIDEICOMISO obligándose en todo caso al saneamiento de ley correspondiente; y **III.** Que, en consecuencia, aceptan expresamente que la presente adhesión al FIDEICOMISO no lo libera de las obligaciones provenientes del contrato de crédito; por lo que declara expresamente que es el único responsable del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones provenientes del Contrato de Crédito; y **IV.** Por último, que como quedó dicho y en virtud que se ha reservado la posesión y uso de los bienes, cuyo dominio fiduciario fue transmitido al fiduciario, declara que acepta expresa e irrevocablemente, que al momento y sin necesidad de requerimiento judicial alguno, que el Fiduciario le pida la entrega de dicha posesión



para que pueda cumplir perfectamente los fines del fideicomiso, lo hará en un plazo no mayor a quince días hábiles a partir de la efectiva comunicación o notificación que le haga el fiduciario, bajo responsabilidad de las consecuencias legales correspondientes. Por su parte, Financiera Corporativa, Sociedad Anónima, representada como quedó dicho y en su calidad de Fiduciario del FIDEICOMISO \_\_\_\_\_, declara recibir en este momento a su satisfacción el dominio fiduciario del Inmueble y derechos identificados en el literal a) y b) de la cláusula segunda de este instrumento, los cuales pasan a formar parte del Patrimonio del Fideicomiso, justipreciados por el FIDEICOMITENTE ADHERENTE en las cantidades allí indicadas, por lo que el patrimonio del fideicomiso transmitido por este acto es de \_\_\_\_\_ (Q. \_\_\_\_\_); aceptando la reserva de la posesión ya mencionada; además, declara que asumirá la defensa del dominio fiduciario del patrimonio fideicometido, para lo cual deberá recibir del FIDEICOMITENTE ADHERENTE la colaboración y soporte que le solicite. **C) ANUENCIA DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.** Banco Corporativo, Sociedad Anónima, por medio de su representante legal, manifiesta lo siguiente: **a)** Que por este acto su representada da su **ANUENCIA Y CONSENTIMIENTO COMO ACREEDOR HIPOTECARIO** para que el Propietario pueda **TRANSMITIR** al FIDUCIARIO, el dominio fiduciario del inmueble y derechos, identificados en la cláusula segunda del presente instrumento juntamente con el gravamen hipotecario que soporta el inmueble y derechos descritos, y, **b)** Que, en consecuencia, solicita al Señor Registrador General de la Propiedad se sirva inscribir el **DOMINIO FIDUCIARIO** de los bienes antes identificados, en los términos consignados en este instrumento, conservando Banco Corporativo, Sociedad Anónima, vigente sus derechos como



acreedor hipotecario de los mismos, consistente en la HIPOTECA garantizado en la cláusula segunda antes identificada en el presente instrumento en el mismo lugar que ocupa tal gravamen. **D)** La presente adhesión se encuentra sujeto al plazo y demás términos y condiciones establecidos en el "CONTRATO DE FIDEICOMISO", el cual declara en este momento los Fideicomitentes Adherentes que conocen y aceptan plenamente, así como por sus respectivas ampliaciones y/o modificaciones, presentes y futuras, si fuere el caso. **E) DE LOS IMPUESTOS.** EL FIDEICOMITENTE ADHERENTE, acepta y reconoce su obligación de pagar todos aquellos impuestos de los bienes fideicometidos, especialmente el Impuesto Único Sobre Inmuebles, o aquellos impuestos que pudieren afectarlos en el futuro. **F) DE LOS FIDEICOMISARIOS.** EL FIDEICOMITENTE ADHERENTE, desde ya designa como su fideicomisario a BANCO CORPORATIVO, SOCIEDAD ANÓNIMA, o a quien en el futuro lo sustituya como acreedor del crédito hipotecario, si este fuere el caso, hasta cubrir el monto adeudado por EL FIDEICOMITENTE ADHERENTE o LA PARTE DEUDORA según sea el caso de capital, intereses y gastos del contrato de crédito antes mencionado. Una vez cubierto el monto adeudado del contrato de crédito, serán fideicomisarios el propio EL FIDEICOMITENTE ADHERENTE, o las personas que sean designadas en forma auténtica por ésta, una vez atendido a satisfacción del acreedor las obligaciones provenientes del contrato de crédito hipotecario. Asimismo, EL FIDEICOMITENTE ADHERENTE, indica que es de su conocimiento la obligación que tiene de informar a sus fideicomisarios designados que, para poder ser revestidos de dicha calidad, deberán identificarse plenamente ante el FIDUCIARIO, a satisfacción de éste. **G) DEL PLAZO:** La presente adhesión se dará por finalizado de conformidad con



lo establecido en el contrato de constitución del FIDEICOMISO. **H) CLÁUSULA COMPROMISORIA.** Cualquier controversia que surgiere con relación a la interpretación, ejecución o cumplimiento de la adhesión al FIDEICOMISO \_\_\_\_\_, tanto durante su vigencia como a su terminación, será solucionada por el procedimiento de arbitraje, de acuerdo a lo pactado en el contrato de Fideicomiso. **I) DE LOS PACTOS ACCESORIOS.** EL FIDEICOMITENTE ADHERENTE, y el FIDUCIARIO convienen en los siguientes pactos accesorios: a) Las partes renuncian al fuero domicilio y se someten a lo pactado en la escritura principal del fideicomiso; b) EL FIDEICOMITENTE ADHERENTE, señala como domicilio especial y lugar para recibir notificaciones, citaciones o emplazamientos el domicilio especial indicado en la cláusula segunda de este instrumento legal, o bien la dirección de los inmuebles objeto del presente contrato, indistintamente c) el FIDUCIARIO señala como domicilio especial y lugar para recibir notificaciones, citaciones o emplazamientos: \_\_\_\_\_; d) Las partes se obligan a dar aviso de recepción de cualquier cambio de dirección, bajo el entendido de que si no lo hicieren se tendrán como bien hechas las notificaciones que se les hagan en las direcciones antes indicadas. **NOVENA: ACEPTACIONES.** La Parte Deudora acepta la forma y condiciones del crédito aquí constituido, y El Banco Corporativo, Sociedad Anónima, acepta el cargo de Agente Financiero. La Parte Deudora y El Banco Corporativo, Sociedad Anónima, aceptan las comisiones pactadas, gastos y demás, así como los derechos y obligaciones que les corresponden en sus respectivas calidades. La parte deudora acepta que son de su cuenta los gastos y honorarios de esta escritura pública. Yo, la Notaria, doy fe: De lo expuesto; que tuve a la vista: a) El título de



propiedad del inmueble y derechos de copropiedad dados en garantía consistente en primer testimonio de la escritura de compraventa número \_\_\_\_\_ autorizada en esta ciudad el \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_, por el Notario \_\_\_\_\_; y

b) La resolución de Gerencia de Banco Corporativo, Sociedad Anónima, número \_\_\_\_\_ de fecha \_\_\_\_\_ y que advierto a los otorgantes la obligación de presentar el testimonio de esta escritura para su inscripción en el Registro General de la Propiedad y previa lectura de todo lo escrito a los otorgantes y bien impuestos de su contenido, objeto, validez y efectos legales lo aceptan, ratifican, y firman junto con la Notaria que de todo lo anterior da fe y autoriza.





## ANEXO II

A continuación se encuentra la propuesta del anteproyecto de la Ley de Fideicomisos de Garantía Bancarios. Como se anotó anteriormente, no se pretende anular la utilización del fideicomiso de garantía en negociaciones bancarias, pues la misma se considera de gran utilidad y versatilidad, sino únicamente restringir la utilización simultánea de la hipoteca con el fideicomiso de garantía, para evitar que se constituya una doble garantía en una misma obligación y así proteger del algún modo al deudor y/o fideicomitente.

DECRETO \_\_\_\_\_ - 2014

### CONSIDERANDO

Que la utilización simultánea de la figura del fideicomiso de garantía y los créditos con garantía hipotecaria en los negocios bancarios se ha incrementado en los últimos tiempos, y que la falta de una legislación exclusiva para este tipo de negocios ha permitido que los mismos se regulen por una ley común y escasa.

### CONSIDERANDO



Que la regulación del fideicomiso de garantía en nuestra legislación es escasa, reduciéndolo a un solo artículo, lo que vuelve necesario desarrollar una normativa específica que garantice la transparencia, eficiencia, eficacia y equidad entre las partes contratantes, y que tenga por objeto evitar que se constituya una doble garantía que respalde una misma obligación, logrando de este modo proteger a los deudores, frente a las ya mejor posicionadas jurídicamente, instituciones bancarias.

POR TANTO

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA

La siguiente,

### **LEY DE FIDEICOMISOS DE GARANTÍA BANCARIOS**

**Artículo 1. Objeto de la Ley.** La presente ley tiene por objeto establecer normas que regulen la contratación de fideicomisos de garantía entre entidades bancarias y particulares, para garantizar la eficacia, eficiencia y equidad entre las partes contratantes de dichas relaciones.





**Artículo 2. Ámbito de aplicación.** Se encuentran sujetas a las disposiciones de la presente ley todas aquellas entidades bancarias que con ocasión del otorgamiento de un crédito, se valgan de un fideicomiso de garantía para garantizar el pago del mismo y utilicen los servicios de una Entidad Financiera, pertenezca esta o no al mismo grupo financiero.

**Artículo 3. Fideicomiso de Garantía Bancario.** El fideicomiso de garantía bancario, es aquel contrato por medio del cual el fideicomitente aporta a un fideicomiso de garantía ciertos bienes, sean estos muebles o inmuebles, para garantizar el cumplimiento de una obligación contraída con una entidad bancaria, quien figurara como fideicomisario en caso del eventual incumplimiento por parte del fideicomitente.

**Artículo 4. De la duplicidad de garantía.** Se prohíbe al deudor, cuente este con la anuencia o no del acreedor hipotecario, aportara un fideicomiso de garantía los mismos bienes que previamente fueron dados a una entidad bancaria como garantía de un crédito hipotecario, siempre que el objeto sea garantizar la misma obligación.

**Artículo 5. Incumplimiento de la obligación.** En el eventual caso de que el fideicomitente incumpla con la obligación contraída, de acuerdo a lo pactado en la escritura constitutiva, la entidad bancaria debe dar el correspondiente aviso al fiduciario para que este, previo a iniciar el proceso de subasta ante Notario, acuda ante un Juez



de Primera Instancia, para que sea él quien de acuerdo a las pruebas presentadas por el fideicomitente, decida si es procedente o no iniciar el proceso de pública subasta ante notario.

El juez deberá conocer en la Vía de los Incidentes, de acuerdo a lo que para el efecto establece la Ley del Organismo Judicial.

**Artículo 6. Proceso de Subasta ante Notario.** Si luego de conocer el caso en vía incidental el Juez decide que es procedente la subasta ante Notario, el fiduciario procederá a notificar al fideicomitente del proceso iniciado dentro del plazo de dos días. Para el efecto de la notificación, el fiduciario puede valerse de correo certificado, notificar a través de un Notario o por cualquier otro medio, siempre que conste que la notificación fue efectivamente entregada.

**Artículo 7.** Una vez notificado el fideicomitente, el Fiduciario pondrá en conocimiento del público la fecha, hora, lugar y base de la subasta, publicará un edicto con 10 días de anticipación a su celebración por una sola vez en el Diario Oficial y en otro de los de mayor publicación. El edicto deberá contener los requisitos previstos para los edictos de remate judicial, consignados en el Artículo 314 del Código Procesal Civil y Mercantil, en lo que fueren aplicables, y las demás estipulaciones que el Fiduciario estime convenientes.



**Artículo 8.** En cualquier etapa del proceso hasta antes de otorgarse la escritura traslativa de dominio, el Fideicomitente puede recuperar el patrimonio fideicometido, siempre que pague el total de la suma adeudada más los intereses y gastos en que haya incurrido el acreedor, así como la totalidad de los gastos y los honorarios del Fideicomiso y los gastos incurridos por la subasta pública notarial realizada.

**Artículo 9.** El día y hora señalados para la subasta pública notarial, el Notario designado para tal efecto dará lectura al edicto publicado y anunciará las ofertas o posturas que se vayan recibiendo. El Fiduciario en presencia del Notario designado deberá fincar la venta en el mejor oferente. En caso no hubiesen oferentes, o no se pudiere realizar la pública subasta, el Fiduciario deberá convocar nuevamente a la pública subasta notarial y venta del patrimonio fideicometido, cuya base disminuirá en un diez por ciento, salvo que el Fideicomisario Acreedor solicite al Fiduciario que le sea adjudicado el patrimonio fideicometido dentro de la subasta notarial.

**Artículo 10.** Al postor favorecido en la pública subasta notarial se le otorgará un plazo no mayor de ocho días para pagar la totalidad del precio de lo ofrecido, abonándose al valor total lo depositado para ejercer su derecho de postor en la pública subasta notarial.



**Artículo 11.** Una vez se haya pagado totalmente el valor del patrimonio fideicometido, el Fiduciario deberá otorgar la escritura traslativa de dominio libre de gravámenes, anotaciones y limitaciones sobre el Patrimonio Fideicometido, a quien o quienes corresponda dentro del plazo de tres días.

**Artículo 12.** En caso de que al momento de practicar la liquidación existiere algún remanente entre el valor del saldo adeudado por el fideicomitente, más los gastos ocasionados con motivo de la subasta, y el valor por el cual se finco el patrimonio fideicometido, este deberá ser entregado al fideicomitente.

**Artículo 13. Supletoriedad.** A falta de disposición aplicable en esta ley, se aplicara supletoriamente las disposiciones contenidas en el Código de Comercio de Guatemala y Código Civil.

**Artículo 14. Vigencia.** La presente ley entrará en vigencia treinta días después de su publicación en el Diario Oficial.

Pase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la Ciudad de Guatemala, el \_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del año dos mil catorce.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Fernando. **La hipoteca**. Santiago de Chile: Ed. Universo. 1991.
- APAT, Juan Manuel. **Las tesinas de Belgrano. Fideicomiso**. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Carrera de Abogacía. Universidad de Belgrano, 2002.
- BENEGAS, Fabián. <http://m.abc.com.py/edicion-impresa/economia/el-fideicomiso-de-garantia-y-la-hipoteca-957613.html>. 5 de Agosto de 2014
- BORETTO, Mauricio. **Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad Hoc. 2005.
- CHACÓN CORADO, Mauro. **El juico ejecutivo cambiario**. Guatemala: Ediciones Magna Terra. 1999.
- CHACÓN CORADO, Mauro. **Las excepciones en el proceso civil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Vile. 1990.
- CRUZ HERNÁNDEZ, Edgar Josué. **Análisis jurídico de las responsabilidades contractuales y extracontractuales del fideicomiso de administración de conformidad con la Ley de Bancos y Grupos Financieros**. Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. USAC. 2011.
- DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. **Derecho bancario y contratos de crédito**. México: Ed. Oxford University Press. 2001.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge. **El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico**. México: Ed. Porrúa. 1975.
- GILBARG, Ariel Alejandro. **El fideicomiso de garantía como alternativa al concurso preventivo**. Universidad Austral. 2012.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Obligaciones civiles y mercantiles**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea Lavallo. 1994.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco. Aspectos generales de los procesos de conocimiento**. Guatemala: Ed. Praxis. 2000.
- LÓPEZ M., Mario R. **La práctica procesal civil en el juicio ejecutivo en la vía de apremio**. Guatemala: Ed. M.R. de León. 2002.
- NÁJERA VILLAMAR, Dina Natalia. **Consecuencias de aportar bienes para garantizar obligaciones crediticias a fideicomisos generales de garantía**,



**ante instituciones bancarias o financieras.** Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. USAC. 2009.

ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Derecho procesal civil III.** Guatemala, Centro América: Ed. Orellana, Alonso & Asociados. (sf.)

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales.** Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1996.

PORRAS ZAMORA, Jorge. **El fideicomiso en Costa Rica, nociones y productos básicos.** Costa Rica: (s.e.) 1998.

ROCA MENÉNDEZ, Manuel Vicente. **Las obligaciones civiles.** Guatemala: (s.e.) 2008.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos bancarios, su significación en América Latina.** 4ª ed. Colombia: Ed. ABC Ltda., 1990.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco. T III.** Guatemala: Ed. Universitaria. 2006.

### **Legislación:**

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

**Código Civil.** Decreto Ley 106. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Decreto Ley 107. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1971.

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

**Ley de Bancos y Grupos Financieros.** Decreto 19-2002. Congreso de la República de Guatemala, 2002