

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

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SUS ELEMENTOS

LILIAN ELIZABETH AZURDÍA PÉREZ

GUATEMALA, JULIO DE 2015

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

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SUS ELEMENTOS

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LILIAN ELIZABETH AZURDÍA PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio 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. Juan Ramón Peña Rivera
Vocal: Lic. Persival Giovanni Salazar Villaseñor
Secretario: Lic. José Luis de León Melgar

Segunda Fase:

Presidente: Lic. David Sentés Luna
Vocal: Lic. Fernando Girón Cassiano
Secretaria: Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol

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

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, siete de junio del año dos mil once.

ASUNTO: LILIAN ELIZABETH AZURDIA PÉREZ DE QUIROZ, CARNÉ NO. 9114740. Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 664-11.

TEMA: "EL CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SUS ELEMENTOS".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina de que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor (a) de tesis al (a la) Licenciado (a): Julio Enrique Rodríguez Argueta Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No. 7,562.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



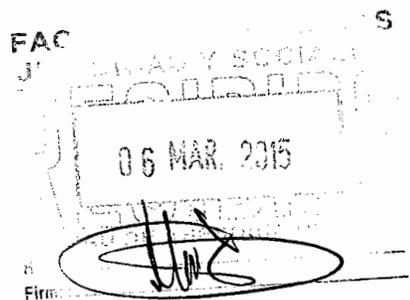
Adjunto: Nombramiento de Asesor
c.c. Unidad de Tesis
CMCM/brsp



**Licenciado
 JULIO ENRIQUE RODRÍGUEZ ARGUETA
 6ª. Avenida B 0-35 Zona 2. Residencial Los Tanques,
 Municipio de Villa Nueva, Departamento de Guatemala
 22305295**

Guatemala, 17 de febrero del año 2015

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.



Estimado Doctor Mejía Orellana:

En cumplimiento a lo dispuesto por la Unidad de Asesoría de Tesis según nombramiento emitido el siete de junio del año dos mil once, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la bachiller **LILIAN ELIZABETH AZURDÍA PÉREZ**, del tema intitulado: **"EL CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SUS ELEMENTOS"**. A mi consideración, la investigación llena los requisitos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala para los efectos correspondientes, además de ser innovador el tema.

Con relación al contenido del trabajo de tesis, me permito manifestar que se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva.

En cuanto a la metodología, el presente trabajo demuestra que utilizó los métodos analítico, inductivo, sintético, científico y deductivo, desarrollando de la mejor forma y de orden lógico los capítulos. Entre las técnicas utilizadas se encuentra la bibliográfica y la documental auxiliándose de material bibliográfico y heliográfico en cuanto a la importancia de lo que es el contrato de fideicomiso de garantía y sus elementos, de las cuales partió la investigación, las que permitieron recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.



Asimismo, el tema elegido por la bachiller **Lilian Elizabeth Azurdía Pérez**, es un tema de mucha importancia para el país, puesto que se trata del contrato de fideicomiso de garantía y sus elementos, creando para ello un aporte científico, ya que la solución del problema planteado va enfocado a utilizar más esta figura como una alternativa para garantizar obligaciones.

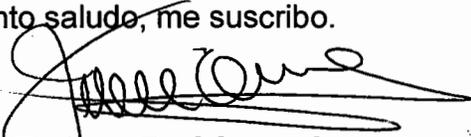
Como objetivo general del presente trabajo de tesis se pretende dar a conocer la figura del contrato de fideicomiso de garantía como una opción para garantizar deudas crediticias y como objetivos específicos manifestar la necesidad que existe de crear una ley de fideicomisos y derivado de ello, la creación de un registro de fideicomisos.

En el desarrollo del presente trabajo de tesis se demuestra que el contrato de fideicomiso de garantía puede sumarse a las otras garantías, tales como la prenda y la hipoteca para el cumplimiento de deudas crediticias y que este tipo de garantía está generando ingresos para los bancos y para las personas, ya sean jurídicas o individuales, cuyo beneficiarios son ellos mismos, manteniendo la titularidad de sus bienes y que el contrato de fideicomiso es seguro, puesto que está protegido por la ley guatemalteca.

En cuanto a las conclusiones y recomendaciones que propone la autora y la bibliografía utilizada, son congruentes con el contenido del presente trabajo de investigación ya que demuestran un amplio conocimiento de la problemática planteada y un análisis profundo del mismo, enfocadas al buen funcionamiento de la práctica administrativa dentro del marco legal.

Por lo que al haberse cumplido con las disposiciones del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, del trabajo de tesis el cual puede ser discutido en el examen general público, previo **DICTAMEN** del señor asesor, al haber cumplido con los requerimientos para esta etapa de investigación en calidad de asesor no tengo ninguna objeción para que se continúe con el trámite de conformidad con la ley.

Sin otro particular y con un atento saludo, me suscribo.


Lic. Julio Enrique Rodríguez Argueta
Asesor de Tesis
Colegiado 7562

Julio Enrique Rodríguez Argueta
Abogado y Notario

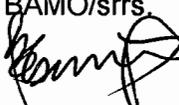


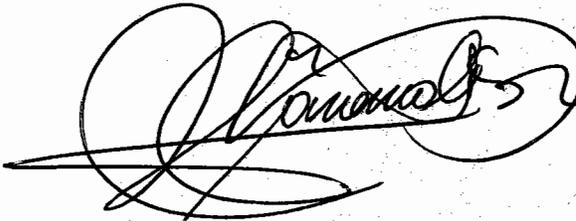
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

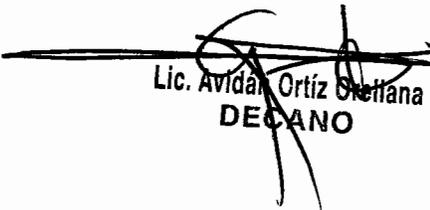


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 15 de junio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LILIAN ELIZABETH AZURDÍA PÉREZ, titulado EL CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SUS ELEMENTOS. 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 Stefana
 DECANO






DEDICATORIA

AL DIOS QUE VIVE EN MÍ:

Quien siempre está conmigo, peleó la batalla por mí, desde el inicio hasta el fin, Él incondicional, todo se lo debo a Él, porque sin Él nada soy y sin Él nada puedo.

A MIS PADRES:

Hernán y Rosa, a quienes Dios me entregó para que me guiaran en el largo camino de la vida, quienes en medio de tanta adversidad que hay en el mundo y que la vida representa, lograron formarme con valores y con amor y respeto a Dios. Que este triunfo sea de gran satisfacción para ustedes.

A MI ESPOSO:

Angel Fernando Quiroz Arriola, ser inigualable, lleno de bondad, amor y disposición, quien también ha sido fuente inagotable de apoyo.

A NUESTROS HIJOS:

Andrea María y Angel David, mis amores, esas dos bellas personas que Dios compartió conmigo, quienes son la luz de mis ojos, que esto les sirva de aliciente para seguir adelante y alcanzar todo lo que se propongan, que el caerse, solo representa tomar más fuerzas para continuar y que cada obstáculo y barrera, fue hecho para derribarse; y que además todo es posible, si insistimos, resistimos, persistimos y nunca desistimos.



- A MIS HERMANOS:** Luis Hernán, Héctor Ernesto, Flor de Guadalupe, Esvin Rodolfo, Libert Janeth y Reina Jaqueline, muchas gracias.
- A MIS SOBRINOS:** Luis Fernando, Heidi Lorena, Pamela Janeth, Jaquelin Vanesa, Juan José, Rosa María, Carlos Hernán, Marilyn Oneyda, con el fin de que se sientan motivados.
- A LA FAMILIA DE MI ESPOSO:** Muchas gracias por todo el apoyo que me brindaron.
- A MI ASESOR:** Lic. Julio Enrique Rodríguez Argueta, muchas gracias por tu tiempo y paciencia.
- A MI MADRINA Y AMIGA:** Adriana Aracely González Roldan, muchas gracias por darme la oportunidad de compartir contigo.
- A MIS AMIGOS:** Quienes complementan el núcleo de personas que hacen que mi vida sea especial.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, que me permite tener la satisfacción de egresar como profesional universitaria.
- A LOS PRESENTES:** Por invertir un poco de su tiempo y estar hoy conmigo para compartir este momento.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El contrato mercantil.....	1
1.1. Antecedentes históricos del contrato mercantil.....	1
1.2. Definición de pretor.....	3
1.3. Definición de pretor peregrino.....	4
1.4. Sistema contractual romano.....	6
1.5. Concepto de contrato.....	8
1.6. Definición de contrato.....	9
1.7. Definición de negocio jurídico.....	10
1.8. Características del contrato.....	10
1.9. Elementos del contrato.....	12
1.10. Definición de contratos mercantiles.....	17
1.11. Principios de los contratos mercantiles.....	17
1.12. Características de los contratos mercantiles.....	19
1.13. Elementos del contrato mercantil.....	21

CAPÍTULO II

2. Teoría legal del fideicomiso.....	23
2.1. Antecedentes históricos del fideicomiso.....	25



	Pág.
2.2. Definición de fideicomiso.....	35
2.3. Naturaleza jurídica del fideicomiso.....	38
2.4. Características del fideicomiso.....	47
2.5. Elementos del fideicomiso.....	49
2.6. Funciones del fideicomiso.....	67
2.7. Fines del fideicomiso y definiciones.....	69
2.8. Efectos del fideicomiso.....	71
2.9. Extinción del fideicomiso.....	78
2.10. Patrimonio fideicometido.....	80
2.11. Doctrinas del patrimonio fideicometido.....	82
2.12. El plazo del fideicomiso.....	85
2.13. Clases de fideicomiso.....	87
 CAPÍTULO III 	
3. El fideicomiso de garantía.....	89
3.1. Concepto de fideicomiso de garantía.....	90
3.2. Características de los fideicomisos en garantía.....	95
3.3. Ventajas del fideicomiso de garantía.....	97
3.4. Diferencias del fideicomiso de garantía con las garantías reales de hipoteca y prenda con registro.....	100



CAPÍTULO IV

Pág.

4. La venta en pública subasta de los bienes fideicometidos en el fideicomiso de garantía.....	103
4.1. Base legal y descripción del procedimiento para la realización de la subasta voluntaria.	106
4.2. Desarrollo de una subasta voluntaria.....	107
4.3. Las cláusulas que contiene un contrato de fideicomiso de garantía.....	109
CONCLUSIONES.....	115
RECOMENDACIONES.....	117
BIBLIOGRAFÍA.....	119



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis se desarrolló partiendo de la importancia de analizar el contrato de fideicomiso de garantía, debido a que junto a los demás contratos mercantiles que aparecen contemplados en el Decreto 2-70, Código de Comercio de Guatemala, es de suma importancia en el derecho mercantil de Guatemala. El interés se me despierta porque es una figura que se ha mantenido vigente y que cada vez se utiliza con más frecuencia, lo cual refleja que la misma ha logrado ser aceptada.

El contrato de fideicomiso de garantía es un contrato que además de haber sido aceptado con el transcurso del tiempo ha logrado mantenerse en el mismo y convertirse en una de las figuras más utilizadas por personas jurídicas y personas individuales, a quienes se les permite mantener la titularidad de sus bienes, es decir que además de cumplir con sus obligaciones crediticias no se ven afectados en su patrimonio, puesto que los mismos salen momentáneamente de la masa patrimonial porque deben ser trasladados al fideicomiso que se suscriba y por un tiempo determinado, ya que al finalizar el plazo del fideicomiso todos regresan a propiedad de su dueño.

El fideicomiso de garantía y sus elementos, tienen ventajas como lo es contar con las garantías como de la prenda y la hipoteca y considero que esto es porque en el fideicomiso de garantía para rematar el bien o bienes, según se trate, no se necesita acudir a un juzgado y someterse a un proceso largo judicial desgastante. Los objetivos de la tesis dieron a conocer que el fideicomiso de garantía es una garantía auto liquidable porque para rematar el bien o bienes, según corresponda, se puede realizar a



través de una subasta voluntaria en la vía notarial y como consecuencia de ello le resulta más económico y en cuestión de tiempo se invierte menos.

La hipótesis formulada fue comprobada y permitió dar a conocer la figura del contrato de fideicomiso de garantía, como una opción para garantizar deudas crediticias y considerar que es necesario crear una Ley de Fideicomisos a través del Congreso de la República de Guatemala, mediante el procedimiento de ley establecido para que también se considere la creación del registro de fideicomisos.

El contrato de fideicomiso de garantía puede sumarse a las otras garantías, tales como la prenda y la hipoteca para el cumplimiento de sus deudas, así como es importante que este tipo de garantía genere ingresos para los bancos y las personas, ya sean jurídicas o individuales, cuyo beneficiarios son ellos mismos, manteniendo la titularidad de sus bienes y que el contrato de fideicomiso es seguro, puesto que está protegido por la ley guatemalteca. Se utilizó la técnica de fichas bibliográficas y los métodos analítico y deductivo. El presente trabajo de tesis lo desarrollé en cuatro capítulos, cuyos temas principales son: el primer capítulo, indica el contrato mercantil; el segundo capítulo, analiza el fideicomiso; el tercer capítulo, señala el fideicomiso de garantía; y el cuarto capítulo, estudia la venta en pública subasta de los bienes fideicometidos en el fideicomiso de garantía, tratando en cada capítulo de proporcionar la información precisa y necesaria para comprender dicha figura jurídica, desde su origen hasta la actualidad y que la misma pueda colaborar en el estudio y aprendizaje de este tema, para mí tan importante y de mucha relevancia en la actualidad.



CAPÍTULO I

1. El contrato mercantil

1.1. Antecedentes históricos del contrato mercantil

Los primeros indicios del derecho mercantil se encuentran en la Edad Media y: “Como es lógico, la evolución histórica de los contratos mercantiles corre paralela al derecho mercantil. El derecho mercantil, en la forma que se conoce en la actualidad, no se conoció en Roma, donde el derecho romano se dividía en dos grandes ramas que eran el derecho público y el derecho privado. Dentro de éste, existía una institución, la del pretor, que se ocupaba de las cuestiones del tráfico comercial. El carácter autónomo e independiente del derecho mercantil aparece en la Edad Media”.¹

El hundimiento del Imperio Romano en forma alguna significó la finalización de las relaciones comerciales.

El nacimiento de los gremios y corporaciones de mercaderes, con el fin de defender sus intereses de clase, significó simultáneamente la aparición de estatutos aplicables a sus miembros, e incluso, avanzando más, se crearon tribunales especiales que solamente juzgaban a los mercaderes, pero que recogían las prácticas de comercio habituales, no únicamente las antiguas, sino las nuevas que la práctica deparaba. Hay otro factor que

¹ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Pág. 128.



contribuye al desarrollo del derecho mercantil que es el de las ordenanzas o estatutos de las ciudades, interesadas en regular el comercio marítimo principalmente, base de su riqueza. Esta iniciativa es secundada por algunas poblaciones. Las ciudades no se quedaron rezagadas y tuvieron una gran influencia en el comercio. La Corona de Aragón no podía estar ausente ante este hecho, efectuándolo principalmente a través de dos ciudades mediterráneas: Barcelona y Valencia.

"Hasta el siglo XV, la población catalana se lleva la primacía, pero a su decaimiento es sustituida por Valencia, cuyo denominado Siglo de Oro se centra precisamente en el siglo XV, siendo una verdadera eclosión en todos los órdenes: literatura, pintura, arquitectura, y, cómo es lógico, esto tuvo una gran influencia en los contratos mercantiles de la América Latina, y posteriormente en las modalidades del derecho mercantil anglosajón, sobre todo por la internacionalización del comercio".²

En los antecedentes históricos, es evidente que desde la antigüedad hasta el desarrollo de las grandes poblaciones, el derecho mercantil y el contrato mercantil evolucionaron paralelamente.

El contrato mercantil, no se definía como tal en la antigüedad; sin embargo el hecho concreto es que desde entonces se desarrollaban actividades y transacciones de tipo mercantil entre los habitantes de la época y por los mercaderes, personas dedicadas especialmente a los negocios. La historia refleja que el derecho mercantil y el contrato

² Ibid. Pág. 129.



mercantil, si existieron y que fueron a tomar fuerza conforme pasaba el tiempo y las actividades de comercio se fortalecían paso a paso hasta llegar a ser lo que hoy es, la materia mercantil. Del estudio de los antecedentes históricos del contrato mercantil, se constata que las actividades de comercio estaban a cargo de una persona, la cual ostentaba el cargo de pretor, es decir que dicha persona era la que se designaba por el gobierno para llevar dicho control.

El pretor por lo visto tenía un puesto muy importante y de suma responsabilidad frente al gobierno, porque debía rendir información de toda actividad mercantil. A continuación, definiré dicha figura legal, para que se pueda comprender mejor.

1.2. Definición de pretor

Los pretores en la antigua República de Roma: “Eran los magistrados encargados de gobernar las provincias sometidas por las legiones romanas o ejercían también la jurisdicción en Roma. Las provincias durante la República se dividieron en consulares dirigidas por un cónsul y de legiones romanas en zonas conflictivas y las gobernadas por un pretor que con escasas tropas de legionarios eran suficientes por ser lugares más pacíficos y se les denominaba propretores”.³

Pero, al final de la República a estos pretores se les denominó imperium dirigiendo a los legionarios cuando la provincia se volvía hostil a los intereses de Roma y se juntaron en

³ Gutiérrez Falla, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil**. Pág. 55.



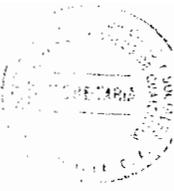
una misma persona el derecho a juzgar como de dirigir las legiones romanas y prácticamente era como un procónsul con dos propretors elegidos entre los centuriones del primer manípulo. El nombre de pretor en latín praetor derivado de pra-ire ir delante, se usaba en el lacio para designar el primero, el principal magistrado de la ciudad, parece que también fue usado antiguamente por los romanos como clasificación honorífica de los cónsules.

Es evidente, que esta figura tenía cargos de dirección y corrección en la época antigua. El sólo hecho de leer que se sometían a las regiones rebeldes, muestra la autoridad que tenían y por eso con el tiempo fue tomando más importancia hasta que llegó a ser el encargado de las actividades mercantiles, como el intercambio de productos que se generaba en aquella época, concluyó diciendo que el pretor es quien conduce la guerra y obtiene la paz.

Prosiguiendo con la investigación, en el estudio que se realizó de los antecedentes históricos del contrato mercantil se constata que en el derecho romano existieron varias clases de pretores, pero me limitaré a citar sólo la que es propicia para el desarrollo de este tema, como lo es el pretor peregrino.

1.3. Definición de pretor peregrino

En los antecedentes históricos del contrato mercantil, se definía al: "Pretor peregrino o de los extranjeros que en Roma llevaba a cabo relaciones comerciales, las cuales se extendieron a dicha ciudad y acudieron muchos extranjeros para ejercer las artes



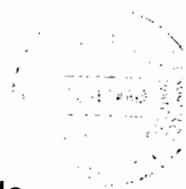
mecánicas y las profesiones mercantiles que el ciudadano desdeñaba que traían consigo objetos nuevos, necesidades antes desconocidas, nuevos contratos y nuevas disputas y litigios y este nuevo pretor se creó según las siguientes opiniones: Unos dicen que en el año 527 o 526 de la fundación de Roma, es decir en el 247 o 246 a. J. C. otros dicen en el 510 de la fundación de Roma es decir en el 244 o 243 a. J. C y ejercía jurisdicción en las relaciones de los extranjeros entre sí o con los romanos y aplicaba a los extranjeros no el derecho civil, es decir la del derecho propio exclusivo de los ciudadanos, sino el derecho de gentes aplicable a todos los hombres y sus funciones duraban un año y eran elegidos por las centurias”.⁴

Llevaba toga pretexta, tenía dos lictores y un accensus praetores provinciales o pretor provincial magistrados, que se enviaban a las provincias para gobernarlas como se ha citado anteriormente.

Las provincias fueron primeramente administradas por magistrados que los comicios de Roma que nombraban para aquél empleo y se llamaron pretores y se les agregó el calificativo de provinciales, para distinguirlos de los urbanos y peregrinos que existían en Roma.

El cargo era anual y en los casos urgentes hubo uno solo en Roma y aumentando el número de provincias su administración fue confiada a los cónsules y a los pretores que dejaban su cargo; cuando sus funciones expiraban en Roma iban a continuarlas en un gobierno de provincias con el título de procónsules o propretores.

⁴ Ibid. Pág. 67.



En resumen el pretor peregrino, era el encargado de negociar con los ciudadanos de Roma, como con los extranjeros. Era el encargado de regular las negociaciones comerciales. Se desempeñaba como un ente centralizador de las negociaciones mercantiles y como consecuencia de ello, tenía el control de todos los intercambios, siendo así más fácil para los gobernantes tener una proyección de cuantas negociaciones se llevaban a cabo y centralizar de ese modo, el fondo económico que les significaba dicha actividad.

En conclusión, el pretor era el magistrado de confianza del gobierno romano, encargado de recaudar el dinero de la distintas actividades de comercio de esa época, realizadas con ciudadanos y no ciudadanos, cuyo objetivo principal era obtener dinero del producto de la venta, con lo cual abre paso a unos de los fines del derecho mercantil, que en la actualidad se conoce como lucro.

Prosiguiendo con el desarrollo del tema de este trabajo, daré a conocer lo que antiguamente se le denominó contrato y entonces es necesario saber cómo evolucionó dicha figura en la antigüedad. A continuación, hablaré en forma breve y razonada de lo que fue el sistema contractual romano.

1.4. Sistema contractual romano

Dentro del sistema contractual romano: "Se utilizaron los conceptos de convención, pacto y convenio con un significado diferente. A diferencia de lo que ocurre hoy en día, porque en la actualidad los mismos se utilizan como sinónimos.



- a) Contrato: (en Roma denominado como contractus), acuerdo de voluntades reconocido por el derecho civil como fuente de obligaciones y previsto de una acción.
- b) Convenio: (en Roma denominado como conventio), acuerdo de voluntades que encerraba todo contrato.
- c) Pacto: (en Roma denominado como pactus), acuerdo de voluntades que no creaba acción pero que podía ser protegido. Además, los pactos también eran cláusulas que se añadían a los contratos de buena fe y que podían ser tenidos en cuenta por el juez, en cualquier situación”.⁵

De los conceptos anteriormente enumerados, se puede concluir que en el sistema contractual romano, tanto el convenio como el pacto carecían de fundamento legal, es decir que no estaban contemplados dentro del ordenamiento legal de la época y que también sujetaban las partes a su contenido. El contrato por el contrario, si se encontraba dentro del ordenamiento legal de Roma, ya que como quedó indicado, el mismo se tenía como fuente de obligaciones y como consecuencia de ello los otorgantes podían ejercitar las acciones legales pertinentes con base en él.

Actualmente, en el derecho civil de Guatemala, existen contratos que se encuentran contemplados dentro del ordenamiento legal de la República de Guatemala y es por lo

⁵ Benito, Lorenzo. **Derecho mercantil**. Pág. 66.



mismo que existen los mecanismos legales para proceder en caso de incumplimiento de las obligaciones a las que los otorgantes hayan quedado sujetos.

1.5. Concepto de contrato

Contrato es: "El eje de derecho de obligaciones, en tanto constituye, con mucho, la fuente más frecuente del nacimiento de las mismas. El contrato es un acuerdo de voluntades dirigido a crear una obligación; el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio".⁶

El derecho civil se aplica supletoriamente en materia mercantil, debido a que éste último no tiene una clasificación de las obligaciones.

El Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 669, regula que las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios filosóficos de la verdad sabida y buena fe guardada.

Asimismo, el Artículo 671 del mismo cuerpo legal establece que los contratos de comercio, no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales y cualesquiera que sean la forma e idioma en que se celebren, las partes quedan obligadas, de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos

⁶ Boneo Villegas, Eduardo. **Contratos mercantiles modernos**. Pág. 72.



celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.

Se exceptúan de ésta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.

1.6. Definición de contrato

"Contrato es la figura que define el acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos. Es un pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, cuyo cumplimiento pueden ser compelido. Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos".⁷

En adición a lo anteriormente indicado, el Artículo 1517 del Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106, establece que: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación."

Por otro lado, el Artículo 1518 del mismo cuerpo legal, establece que los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

⁷ **Ibid.** Pág. 91.



Compréndase entonces, que los otorgantes al suscribirlo quedarán sujetos a los derechos y obligaciones del negocio jurídico que el mismo contiene.

1.7. Definición de negocio jurídico

“El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes”.⁸

La definición anterior satisface las exigencias de la lógica jurídica, por cuanto se limita a enunciar los dos elementos de cuya integración resulta la noción de negocio jurídico, y que son: “a) la manifestación de voluntad, que puede ser de una o más personas; y b) el objetivo específico a que dicha voluntad se endereza, cual es la producción de efectos jurídicos”.⁹

1.8. Características del contrato

Todos los contratos tienen sus propias características; sin embargo en forma general abordaré algunas que se encuentran en la mayoría de los mismos:

⁸ Amadeo Armas, José Luis. **Los contratos mercantiles**. Pág. 80.

⁹ *Ibid.* Pág. 88.



- a) **Unilaterales:** cuando los derechos son sólo para una parte y las obligaciones para la otra.
- b) **Bilaterales:** cuando existen obligaciones y derechos recíprocos.
- c) **Gratuitos:** cuando los provechos son sólo para una parte y los gravámenes para la otra.
- d) **Onerosos:** cuando existen provechos y gravámenes recíprocos.
- e) **Conmutativos:** cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas y determinadas desde un principio.
- f) **Aleatorios:** cuando las prestaciones no son ciertas ni determinadas, sino que dependen de un acontecimiento incierto.
- g) **Principales:** cuando no depende de la existencia de otro para existir.
- h) **Accesorios y/o complementarios:** cuando dependen de otro contrato para existir.
- i) **Instantáneos:** aquéllos que producen sus efectos en un solo acto.
- j) **De tracto sucesivo:** los que producen sus efectos a través de determinado tiempo.



- k) **Consensuales:** los que se perfeccionan con el simple consentimiento, sin necesidad de entregar la cosa.

- l) **Reales:** aquéllos en los que es necesaria la entrega de la cosa y/o bien para su perfeccionamiento.

- m) **Formales:** cuando la ley exige que los mismos llenen ciertos requisitos específicos, según el contrato que se otorgue.

- n) **Nominados:** los que están regulados por el Código Civil de Guatemala y reciben un nombre específico.

- o) **Innominados:** los que no están expresamente regulados por la ley, pero que seguirán las reglas del contrato al que más se asemejen.

Las características citadas son las que están incluidas en la mayoría de los contratos. Existe auxilio del derecho civil, ya que en materia mercantil, no se tienen definidas específicamente las mismas y porque el Código de Comercio de Guatemala, en su Artículo 694 así lo preceptúa.

1.9. Elementos del contrato

Los contratos en su mayoría están integrados por ciertos elementos, los cuales variarán dependiendo del contrato que se celebre.



Los elementos generales del contrato son:

- a) **Consentimiento:** hay consentimiento cuando hay común sentir entre los contratantes sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, esto es, cuando hay voluntad común. El consentimiento presupone, primero, que cada contratante ha formado internamente su voluntad; y segundo, que cada contratante ha emitido su voluntad respectiva. Si falla uno u otro presupuesto, el consentimiento resultaría viciado. Según el vicio afecte a la formación o a la emisión de las voluntades, se dice que el vicio en cuestión es o de la voluntad o de la declaración de la voluntad, respectivamente.

- b) **Capacidad:** la capacidad para contratar es la aptitud legal para contratar. No pueden contratar sólo aquellos a quienes la ley se los prohíbe expresamente.

- c) **Objeto:** el objeto de todo contrato, es lo mismo que el objeto de toda obligación en general, ha de ser posible, lícito y determinado. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras. Pueden ser igualmente objeto de contrato, todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

- d) **Causa:** la causa es el hecho que explica y justifica la creación de una obligación por las partes. La causa es tema muy polémico. Se discute, si la causa es elemento de toda obligación en general, o es únicamente elemento de la obligación contractual; si es objetiva, es decir, si se identifica con la finalidad



económica-jurídica perseguida en general por la obligación que se trate o, por el contrario, con los móviles o motivos que en concreto determinan a las partes a obligarse.

El Código Civil de Guatemala Decreto Ley 106, en su Artículo 1251, establece: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declare su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”.

De tal forma, que si en el contrato es necesario que exista el convenio de crear, modificar o extinguir una obligación, también es necesario que el negocio jurídico que encierra ese contrato, debe estar suscrito por personas aptas para obligarse y que el consentimiento no esté viciado para que no haga nulo el contrato.

En los contratos civiles, sobresalen el elemento formal, rama que se auxilia del derecho notarial, especialmente en los que se encuentra regulado en el Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala Código de Notariado de Guatemala, específicamente se deben cumplir los requisitos establecidos en los artículos 29, 30 y 31 del Código de Notariado de Guatemala.

Los artículos citados, literalmente dicen: “Artículo 29. Los instrumentos públicos contendrán: 1. El número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento. 2. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes. 3. La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de



sus derechos civiles. 4. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente. 5. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato. 6. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él, un testigo. 7. La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato. 8. La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato. 9. La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o preceda de diligencias judiciales o administrativas. 10. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación. 11. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos; y 12. Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras "Ante mí". Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante pondrá antes de firmar, la expresión: "Por mí y ante mí".



El Artículo 30 del citado cuerpo legal indica: "En todo acto o contrato el otorgante que se obligue hará constar, de manera expresa, si sobre los bienes que motivan el acto o contrato, existen o no gravámenes o limitaciones, cuando éstos puedan afectar los derechos del otro otorgante; y el notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieren".

También el Artículo 31 señala: "Son formalidades esenciales de los instrumentos públicos: 1. El lugar y fecha del otorgamiento. 2. El nombre y apellido o apellidos de los otorgantes. 3. Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro. 4. La intervención de intérprete, cuando el otorgante ignore el español. 5. La relación del acto o contrato con sus modalidades; y 6. Las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso."

Es importante que se cumpla con todos los requisitos formales y esenciales enumerados en los contratos, debido a que según el Código de Notariado de Guatemala, en el Artículo 32, se establece: "La omisión de las formalidades esenciales en los instrumentos públicos, da acción a la parte interesada para demandar su nulidad, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento."

Es decir, que se podría demandar la nulidad del contrato y como consecuencia de ello la nulidad del negocio jurídico, cuyos conceptos ya describí anteriormente.



1.10. Definición de contratos mercantiles

Contrato mercantil es: “El instrumento contractual, por el que las partes actuando en su propio interés, fijan el punto de encuentro de intereses, opuestos o concurrentes y representan el medio más adecuado para obtener el ideal de la colaboración voluntaria y que el contrato, así, es un vehículo relevante que expresa el dinamismo de la vida colectiva, que se desarrolla, precisamente, a través de acuerdos entre sujetos”.¹⁰

De conformidad con la sistemática del derecho privado guatemalteco actual, los contratos mercantiles son: “Suponen necesariamente la condición de empresario mercantil o comerciante en una o ambas partes, que se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, salvo cuando la ley establece otra forma. Se obligan desde su perfeccionamiento, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado”.¹¹

1.11. Principios de los contratos mercantiles

El Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala establece que las obligaciones y contratos mercantiles se interpretaran y ejecutarán de conformidad los principios filosóficos de verdad sabida y buena fe guardada; a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.

¹⁰ Cervantes Ahumada, Raúl. **Contratos mercantiles**. Pág. 77.

¹¹ **Ibid.** Pág. 90.



- a) La verdad sabida: el principio de verdad sabida se refiere a que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, supone conducirse como cabe esperar de cuantos con pensamientos honrado intervienen en el tráfico contractual.
- b) Buena fe guardada: deben conservarse y protegerse las rectas honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.

El hecho de que se imponga la obligación de obrar recta y honorablemente implica una apertura del derecho a la vida social.

Cuando se habla de buena fe, de verdad sabida, se refiere a conceptos, y a criterios valorativos que no están forjados por el derecho, sino que el derecho los asume y recibe de la conciencia social, para lo que está llamado a valer. A través de esta apertura, pueden el tráfico mercantil y la jurisprudencia ir introduciendo constantes reajustes al derecho.

En conclusión, estos principios pueden interpretarse como: "El conocimiento que se tiene de los hechos, tanto de sus causas como sus consecuencias sin la posibilidad de alegar ignorancia posteriormente, excepto por razón de engaño; y que en el hecho, prevaleció una disposición de hacer las cosas correctamente desde el principio, sin que existiera nada oculto o malicioso".¹²

¹² Broseta. **Ob.Cit.** Pág. 100.



1.12. Características de los contratos mercantiles

Así como los contratos civiles poseen sus propias características, también los contratos mercantiles tienen sus características, aunque comparten algunas con el enlace mercantil en este caso, dichas características son las siguientes:

- a) Consensuales: porque se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes.
- b) Obligacionistas: porque establecen deberes y derechos a quienes intervienen.
- c) Bilaterales o multilaterales: de acuerdo al número de intervinientes en el contrato.
- d) Solemnes: en casos especiales como en el contrato de sociedad anónima.
- e) Poco formales: porque persiguen la agilidad del tráfico de comercio.
- f) Persiguen el lucro: todos los contratos mercantiles persiguen obtener una retribución económica.
- g) Se celebran de forma escrita: excepcionalmente porque el derecho mercantil es antiformalista.
- h) Se celebran de forma verbal: en algunas ocasiones, aunque es recomendable que dejen una constancia escrita del mismo con el objeto de mantener la seguridad del tráfico mercantil.



Estas características no difieren mucho de las características de los contratos civiles, rama del derecho guatemalteco con la que el derecho mercantil está relacionado. La máxima diferencia entre ellas, son prácticamente las características formales, porque el derecho mercantil, es eminentemente informal, excepto en los casos en que la ley señala los casos especiales en los que se debe respetar cierta formalidad y en determinados contratos solemnes, como lo son el contrato de fideicomiso y el de sociedad anónima; pero también es informal porque el área mercantil, persigue la rapidez, es decir la agilidad del comercio. La característica del lucro porque en toda negociación se persigue obtener ganancia o retribución económica.

Dentro de las características del contrato mercantil y que lo diferencian del contrato civil, se tiene que es antiformalista, porque no está sujeto a cumplir las formalidades que en el derecho civil se requiere para los contratos.

Lo cual, a mi criterio y con base en la ley, lo hace más ventajoso porque al acelerar las negociaciones, evita tardanzas y retrasos innecesarios en las negociaciones y las hace más efectivas, puesto que al ser rápido las partes realizan el negocio y venta tanto de productos como de servicios, recuperando así el capital invertido y la ganancia, así como el ánimo de seguir realizando negocios en el área del comercio. Por supuesto, que también existen excepciones para otorgar ciertos contratos dentro del ámbito mercantil, como por ejemplo el contrato de sociedad y el contrato de fideicomiso que sí requieren de ciertas formalidades, tal como lo menciona el Artículo 671 en su último párrafo: "Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales".



1.13. Elementos del contrato mercantil

Los elementos del contrato mercantil, son todos aquellos que dan motivo a la realización de un contrato y que son fundamentales y que siempre deben tomarse en cuenta para la celebración un contrato mercantil, entre estos elementos se tienen:

- a) Capacidad de disponer de los objetos de comercio.
- b) Consentimiento.
- c) Objeto lícito comercial.
- d) Causa lícita.

Con respecto a la capacidad de disponer de los objetos de comercio, se refiere básicamente a que la persona que los esté comerciando, debe tener esa capacidad de poder disponer de ellos, es decir que si no es el titular de dicha mercadería y/o producto del que se trate, tenga el encargo o autorización por parte de otra persona para realizar las ventas o comercio, como sucede en el caso de los vendedores ruteros de productos de embutidos.

El consentimiento, no es nada más que la voluntad de las personas en querer contratar o vender, es decir que debe ser en forma voluntaria y sin ninguna presión. El objeto lícito comercial, es el referente a que el producto que se esté comercializando sea de



procedencia lícita. La causa lícita, básicamente se refiere en sí al motivo que induce al acto o contrato.



CAPÍTULO II

2. Teoría legal del fideicomiso

La teoría legal del fideicomiso ayudará a establecer el origen del fideicomiso. A continuación, expondré lo que relaciona a la misma con respecto al fideicomiso.

Dicha teoría, cita al respecto que el sistema jurídico tiene que aportar las mayores alternativas para facilitar el crédito y esto implica necesariamente trabajar el tema de las garantías. La primera creación en este sentido, es el concepto de patrimonio.

El patrimonio, es el conjunto de los bienes del deudor que hacen frente a todas sus obligaciones. Para que el sistema funcionara, el derecho romano estableció como característica su unidad. No puede haber una persona con dos patrimonios, como correlato, no pueden existir bienes de una persona, que no integren su patrimonio. Completando la base del derecho se estableció la perfección del dominio. Esto es, que si un bien existe en el patrimonio de una persona, cuenta con la total e incondicionada disponibilidad de su propiedad.

Desde esta perspectiva es imposible concebir que alguien sea titular de algo para disponer de eso de determinada manera, o por un tiempo, o hasta que suceda un cierto evento. La historia del derecho continental, se desarrolló para establecer las excepciones en relación a la manera de aislar bienes de la función de prenda común y cómo limitar el dominio para obtener mayor provecho de las cosas.



Las sociedades, son una creación jurídica para hacer posible el patrimonio separado y en algunos derechos comparados existe la posibilidad también de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada. Numerosas figuras a lo largo de los siglos concurren a superar las limitaciones de los principios básicos. La creación de garantías reales, para ciertos créditos que permitieran contar con una garantía especial, no ajena al resto del patrimonio pero estableciendo un orden en el pago, que en los hechos funciona como un privilegio.

Son otros ejemplos el régimen del bien de familia y, fuera de la normativa, muchos contratos entre partes, forzando el ordenamiento legal, acudiendo a simulaciones, desde Roma hasta el día de hoy. Como consecuencia no deseada, la seguridad de las transacciones termina reposando en ordenamientos diferentes al legal, para poder superar la rigidez del mismo. Durante muchos años, estos recursos bastaron para el crecimiento financiero de la comunidad. El desarrollo actual del sistema, al que no son ajenas la globalidad y las mayores exigencias financieras del proceso económico, exige la evolución de viejos conceptos.

No obstante, el sistema de los negocios fiduciarios es tan rico que supera abundantemente esta función. En consecuencia, la regulación del contrato de fideicomiso, viene a facilitar el negocio, apuntando a facilitar el flujo económico de recursos. La transferencia del dominio fiduciario será oponible a terceros tras el cumplimiento de la formalidad de celebración del contrato y, en el caso de tratarse de bienes registrables, tras el asiento de la nueva propiedad. Está claro que su tratamiento debe ser neutro, es una adquisición de propiedad en confianza.



Con lo que expresa la teoría legal de fideicomiso, se comprende que el fideicomiso, a lo largo del tiempo ha estado basado en un elemento sumamente importante, como lo es la confianza y que a lo largo de los años, también se convirtió como una opción para darle cumplimiento a ciertas deudas.

Basado en la confianza, porque sin ella, no puede optarse a este tipo de contrato, la persona a la que se le encarga la administración del o el bien o bienes, además de ser una persona de confianza, debe reunir también las características de honorable y recta, en toda la extensión de la palabra.

Todo ello, con el fin de que al momento de que se le traslade el bien o los bienes, su objetivo únicamente sea velar por los intereses tanto del que se los transfiere como los del que saldrá beneficiado en dicho contrato.

2.1. Antecedentes históricos del fideicomiso

En el derecho romano y en el derecho anglosajón, existen antecedentes históricos acerca de las instituciones en que estuvo regulado el fideicomiso. Procederé, a abordar cada uno para tener una mejor visualización.

- a) Derecho Romano: el fideicomiso se encuentra contemplado en la fiducia (confianza) o pactum fiduciae (pacto de confianza) y el fideicommissium (transferir a título particular) o fideicomiso testamentario. Instituciones que



nacieron como negocios de confianza, ya que se basaban en la confianza que los participantes depositaban entre sí.

En la fiducia (confianza) o *pactum fiduciae* (pacto de confianza), se utilizaban las formas tradicionales de transmitir la propiedad en Roma, que eran la *mancipatio* (donación) y la *in iure cessio* (cesión operada en el juicio o proceso). Por lo que por la fiducia se conocía la *mancipatio* (forma solemne de transmitir la propiedad), realizada por el *tradens* (quien transmite), al *accipiens* (quien recibe), acompañaba de un *pactum fiduciae* (pacto de confianza), por medio del cual el *tradens* (quien transmite), se obligaba frente al *accipiens* (quien recibe), a transmitirle el bien, una vez se hubieran cumplido determinadas condiciones, el bien debía ser devuelto al *tradens* (quien transmite), o transmitido a una tercera persona.

La fiducia (buena fe), tuvo dos formas principales que fueron la *fiducia cum creditore* (confianza con el acreedor), y la *fiducia cum amico* (confianza con un amigo).

- 1) La *fiducia cum creditore* (confianza con el acreedor), es el antecedente más cercano de lo que hoy se conoce como fideicomiso de garantía, con grandes variantes. Este tipo de fiducia, tuvo gran importancia porque su finalidad era garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones. Mediante el uso de esta figura el deudor transmitía al acreedor, por medio de cualquiera de las formas de transmisión de la propiedad utilizadas en el derecho romano, la



propiedad de uno o más bienes, para que una vez cumplida la obligación, el acreedor retransmitiera el bien o los bienes al deudor en virtud del pactum fiduciae (pacto de confianza) realizado. En caso el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor podría en virtud del pactum fiduciae (pacto de confianza), retener el bien para sí o venderlo y así cobrar su acreeduría. Si el deudor incumplía con el pago de su obligación, el acreedor se convertía en propietario del bien dado en garantía con todos los derechos inherentes a su condición de tal. Esta traía como consecuencia que la propiedad se consolidara en el acreedor fiduciario si no pagaba el interesado la deuda fiduciariamente garantizada, aún cuando su valor excediera el importe de la obligación principal. Además, el acreedor no quedaba obligado a devolver la diferencia al deudor, si ésta se llegaba a dar después de cubrir la deuda.

Debido a que el deudor se encontraba en una situación muy desventajosa con respecto al acreedor, esta figura jurídica con el tiempo dio paso a otras formas de garantía que en la actualidad gozan de mayor aceptación, como son las garantías prendarias e hipotecarias y los contratos de fideicomisos de garantía.

- 2) La fiducia cum amico (confianza con el amigo): era una especie de lo que hoy se conoce como el contrato de comodato. Por medio de éste, la persona que recibía el bien transmitido, tenía el derecho de utilizarlo sin cargo alguno en su propio provecho, una vez realizado el fin, quien había recibido el bien lo retransmitía al propietario o a aquella persona que se le indicara en virtud del pactum fiduciae (pacto de confianza).



Los fideicomisos testamentarios o fideicommissum, fueron figuras creadas con la finalidad de que el testador pudiera disponer de sus bienes como él quisiera, ya que existía una normativa que impedía heredar a ciertas personas, porque se les consideraba incapaces, según la legislación romana. Cuando el testador quería heredar a alguna persona incapaz, éste tenía que recurrir a un heredero legítimo, para que ejecutara sus disposiciones de última voluntad.

Tanto en la figura de la fiducia (confianza) y del fideicomiso testamentario o fideicommissum se presentaban muchas irregularidades, ya que en algunos casos se abusaba del encargo de confianza. Fue por esto que se creó la figura del pretor fideicomisario, el cual estaba encargado del cumplimiento adecuado de los negocios que se realizaban con base en la buena fe.

- b) Derecho anglosajón: en Inglaterra, se produjo a partir de la conquista un proceso de unificación de leyes locales conocido como el common law, (que en español significa derecho común) sin embargo, ante la presencia de grandes injusticias, se dejaron de aplicar en un momento para emplear otras normas, las cuales estaban fundadas en la equidad, conocidas como equity law (que en español significa ley de equidad).

Estas dos jurisdicciones, continuaron paralelamente vigentes, hasta que en 1873 se fusionaron. El antecedente de la figura de confianza es la figura del use, la cual se utilizó a partir del siglo XIII. Se entiende por use la transmisión hecha a un tercero con obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario.



Por medio de esta figura, la persona propietaria de un bien (llamado settlor) lo transmitía a otra persona (llamada feoffe to use), para que ésta lo explotara y obtuviera beneficios para un tercero (llamado cestui que use). El feoffe to use (a quien se le transmitía el bien), recibía la propiedad del bien, pero con la limitación de utilizarla solamente para realizar el encargo solicitado. Esta figura, era utilizada como un mecanismo para evadir las prohibiciones que existían en esa época, para traspasar bienes a congregaciones religiosas y para evitar las confiscaciones. En esta época, los uses no gozaron de protección legal.

A principios del siglo XV, los uses dejaron de ser un compromiso de conciencia para convertirse en derecho indiscutible, recibiendo la protección de la cancillería como el derecho de equidad transmisible por cesión o causa de muerte. Por lo tanto, aun cuando los tribunales del common law (ley común), no reconocían derecho alguno al cestui que use (beneficiario), el canciller basado en los principios de la equity (equidad), protegió su posición en forma eficaz. Al igual que en el derecho romano se dieron muchos abusos a este encargo de confianza, por lo que en 1535 se promulgó una ley llamada "Statute of Uses" (estatuto de usos), la cual regulaba todo lo referente a esta figura, esta regulación surgió para proteger los derechos lesionados del cestui que use (beneficiario), por los abusos realizados por el feoffe to use (a quien se le transmitía en bien), dándose así el nacimiento de la figura del trust (confianza).

La figura en mención explica y manifiesta dentro de una estructura no existente los sistemas latinos. En dicha estructura, coexisten dos propietarios en relación



con un mismo bien, los cuales son uno el legal y otro el beneficiario. La doctrina es unánime al sostener que la peculiar naturaleza jurídica del trust (confianza), es resultado de la circunstancia histórica de que en Inglaterra en el siglo XV y durante cuatro siglos siguientes, los tribunales de derecho estricto (common law), y los de equidad (equity), existieron como entidades separadas e independientes, lo que determinó diferencias de procedimiento: la sentencia recaída en un juicio de derecho estricto crea y declara derechos en el actor; la equidad, en cambio, impone deberes en el demandado. Los tribunales de equidad no se limitaron a la imposición de deberes u obligaciones personales, sino que elaboraron una forma doble del derecho de propiedad en que de una parte, está el trustee, a quien corresponde el título legal; de la otra el beneficiario, quien tiene la propiedad de equidad, esta situación ha constituido el escollo más serio en la adopción del trust (confianza) por los países romanistas.

"El Restatement of the law of trust define al trust (que en español es la actualización de la Ley de la Confianza para definir el fideicomiso), como una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que posee (trustee), está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor). En el derecho anglosajón establece el jurista francés lepaulle que trust se define como una forma peculiar de propiedad, en la que el trustee es el propietario de acuerdo con el common law, y el beneficiario es el titular del equitable title, no importando la tesis que se acoja, lo más importante es hacer notar como en los distintos sistemas la



inexistencia de figuras contractuales que se ajusten a una determinada necesidad o el deseo de buscar soluciones a algunas restricciones existentes en un momento dado, conducen a la estructuración de relaciones fiduciarias en las cuales no únicamente la confianza tiene un papel muy importante, sino que en ellas se confieren facultades jurídicas superiores a aquellas que se requerirían para alcanzar la finalidad económica buscada por las partes”.¹³

Con el estudio de los antecedentes históricos del fideicomiso en el derecho romano y en el derecho anglosajón, se determina entonces que, en la antigüedad además de la confianza como elemento principal, llevaba aparejada la rectitud de la persona a la que se le transmitían los bienes y se le concedían los derechos para administrarlos o trasladarlos a favor de aquella persona a la cual el propietario no podía transmitírsela por cuestiones legales de su época y/o porque así era la costumbre. Cabe hacer notar, que desde ya existía el abuso de la confianza, razón por la cual hubo necesidad de buscar la forma de ir mas adelante para fijarle tanto los derechos como las obligaciones a la persona a quien se le transmitían los bienes, para que esta actuará siempre en beneficio de quien correspondía y no en beneficio propio.

El fideicomiso era entonces, una solución a la problemática legal de esa época, y por dichas razones cobró gran auge, perfeccionándose con el paso del tiempo, hasta llegar a las modalidades como hoy se conoce y prueba de ello es que

¹³ **Ibid.** Pág. 110.



actualmente existen varias clases de fideicomisos para cubrir las necesidades que surjan.

- c) Derecho de guatemalteco: la Constitución Política de 1945 introdujo en el sistema jurídico guatemalteco el fideicomiso, al indicar que se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco años y en todo caso deberán ser ejercidos por un banco o institución de crédito facultados para hacer negocios en la República.

El Código Civil de 1963, fue la primera ley ordinaria que reguló el fideicomiso y lo trató fundamentalmente como una forma de propiedad (Artículo 560 y siguientes, hoy derogados). Posteriormente, el Código de Comercio de Guatemala de 1970 incluye al fideicomiso dentro de los contratos mercantiles en particular (artículos 766 a 793) y deroga en esta materia al Código Civil.

Tanto el Código Civil, como el de Comercio de Guatemala mantienen básicamente los lineamientos que las constituciones habían señalado al fideicomiso, tales como el plazo máximo de veinticinco años y reservar su ejercicio con exclusividad a bancos e instituciones de crédito autorizadas para operar en el país.

El fideicomiso que acepta la legislación guatemalteca, es el trust anglosajón, pero con las bases y fisonomía propias que se le dieran al trasplantarlo a los medios jurídicos de otros países.



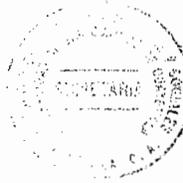
El trust es una institución original del sistema jurídico inglés, dentro del cual se la ha definido como: “Una relación en la que una persona llamada el trustee se obliga, como propietario legal, a detentar un patrimonio en beneficio de otra persona, llamada el beneficiario o cestui que trust”.¹⁴

Ahora bien, el trust al desarrollarse, tanto en los estados Unidos como en Canadá y en Hispanoamérica, se despoja de las características propias del derecho inglés. En especial, debe señalarse que fue en los Estados Unidos donde se comercializó y se profesionalizó, haciendo del “trust” una actividad casi exclusivamente bancaria.

El régimen jurídico del fideicomiso está contenido en el Código de Comercio de Guatemala (Artículos 766 a 793), el cual derogó el capítulo que a tal materia dedicaba el Código Civil.

El Código de Comercio de Guatemala, da los elementos para un concepto legal del fideicomiso, tales como que el fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados y el fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso. (Artículo 766). Además, se reserva el papel de fiduciario a los bancos e instituciones de crédito autorizadas para el efecto. (Artículo 768).

¹⁴ **Ibid.** Pág. 123.



La doctrina, ha señalado que se encuentra en el fideicomiso un aspecto real, debido a que el fideicomitente transmite la propiedad de ciertos bienes al fiduciario, y un aspecto obligacional interno que limita las facultades dominicales del fiduciario, ya que está obligado a realizar los actos exigidos por las finalidades pactadas. Es interesante señalar que el Código Civil de Guatemala, en sus disposiciones hoy derogadas, hizo énfasis en el aspecto real y el Código de Comercio de Guatemala, en su regulación vigente, en la obligacional.

En una descripción aplicable al derecho guatemalteco y teniendo en cuenta que se trata de una nueva y compleja institución, producto de una adaptación del trust anglosajón a las legislaciones latinas, se puede decir que el fideicomiso es el negocio jurídico a través del cual el fideicomitente constituye, con toda clase de bienes y derechos, un patrimonio autónomo, que destina a fines lícitos y determinados, cuya titularidad transmite a una institución fiduciaria, para que ésta realice dichos fines requeridos por el fideicomitente, o en su caso, por la autoridad judicial o la ley.

De lo anterior deduzco y según los antecedentes históricos del fideicomiso en el derecho guatemalteco; esta figura jurídica fue incorporada al área mercantil y específicamente en lo que hoy se conoce como el Decreto 2-70, Código de Comercio de Guatemala. En Guatemala, el Congreso de la República, ente encargado de crear, modificar y derogar leyes, debiera ocuparse de crear una ley específica para los fideicomisos, tal como sucede en otros países en donde cuentan con las mismas. A mi criterio, también debiera existir un registro para



fideicomisos, ya que es evidente que esta figura con el tiempo ha ido tomando más auge en el derecho privado. Con un registro, se evitaría que existieran posibles defraudaciones por parte del gobierno como entidades particulares, quienes posiblemente utilizan esta clase de contratos para ocultar negociaciones que podrían prestarse para un fraude, evitando con ello la pérdida del patrimonio de una persona y cumpliendo sus obligaciones a través de la misma.

2.2. Definición de fideicomiso

El fideicomiso, se puede definir así: "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".¹⁵

El asidero legal del fideicomiso es el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, que escasamente dedica en su capítulo V, título II, libro IV, los artículos desde el 766 al 793.

De la simple lectura de dichos artículos, se señala que ni siquiera dan una definición o concepto de lo que es el fideicomiso, es decir que, dicho capítulo trata muy escueto el tema o con un poco de deficiencia y el motivo no se sabe. Lo cierto es que este tema es

¹⁵ Albano Noruega, Oscar Alfredo. **Contrato de fideicomiso**. Pág. 23.



muy amplio y debiera tener su propia ley, en donde se contemplen varios aspectos y características específicas por la importancia que tiene hoy.

Por el contrario, en otros países el fideicomiso ha evolucionado tanto que cuenta con su cuerpo legal específico y también lo que no se haya contemplado en el cuerpo legal, lo fueron complementando en otras leyes que tengan relación con ello. A continuación, citaré derecho comparado relacionado con las distintas denominaciones que el fideicomiso tiene en otros países.

- a) “En Bolivia, el concepto de fideicomiso se encuentra en el Artículo 140 así: “Es un contrato por medio del cual una persona, llamada fideicomitente, transmite uno o más bienes a un banco, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquél o de un tercero llamado beneficiario”.

- b) En Perú, el Artículo 241 de la Ley General Sistema Financiero define al fideicomiso como: “Una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.”

- c) En Colombia, se denomina como fiducia mercantil (fideicomiso en Guatemala), se encuentra en el Artículo 1226 del Código de Comercio de Guatemala, así: “El

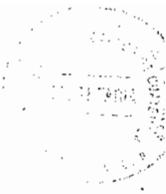


negocio jurídico en virtud del cual el fiduciante, transfiere uno o más bienes especificados al fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercer beneficiario.”

- d) En Ecuador, el Artículo 109 de la Ley número 107, del mercado de valores, lo denomina como fideicomiso mercantil (fideicomiso en Guatemala), y lo define como: “El negocio jurídico por el cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que el fiduciario de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.”

De las definiciones y conceptos anteriores realizadas, se constató que cada país tiene una particularidad para definirlo pero del contexto de las definiciones transcritas, también es evidente que muchas de ellas coinciden en que es, contrato, relación jurídica y negocio jurídico.

En Guatemala, es considerado como contrato, tomando como base para fundamentar los artículos 770 y 771 del Decreto 2-70, Código de Comercio de Guatemala, dichos



artículos establecen: “Artículo 770. Constitución. El fideicomiso puede constituirse por contrato o instituirse por testamento.”

También, la normativa anotada indica: “Artículo 771. Contrato de fideicomiso. El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de los bienes...”.

Aportando mi definición a este trabajo, podría decir que el fideicomiso es el contrato mercantil típico, por medio cual una persona transmite a otra bien o bienes, para que esta los administre en beneficio de tercero.

2.3. Naturaleza jurídica del fideicomiso

Cuando se habla de la naturaleza jurídica del fideicomiso, se habla del origen o de aquellos motivos o elementos que fueron precursores, para que se encaminara el mismo dentro del ordenamiento jurídico y encontrara un lugar en el mismo. Para ello, haré referencia a varias tesis:

Es importante determinar la naturaleza jurídica de la figura, acercándose a cada una de las distintas ponencias doctrinarias respecto al tema y así al explorarlas de acuerdo con las ciencias jurídicas, poder determinar qué es un fideicomiso, toda vez que su correcto conocimiento permite el mejor provecho del mismo. A continuación, se encontrarán una

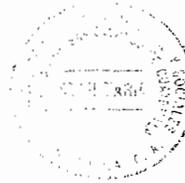


serie de tesis desarrolladas por distintos autores con respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso:

- a) Tesis del mandato irrevocable: el tratadista Carlos Dávalos Mejía, en su obra explica que esta tesis fue desarrollada y en virtud del cual se propuso que la figura debería ser considerada como una especie de mandato irrevocable, en virtud del cual se transmitían ciertos bienes a una persona llamada fiduciario, quien haría con ellos lo que ordenase otro sujeto llamado fideicomitente, siempre en beneficio de otro más denominado fideicomisario.

Esta tesis, ha sido criticada toda vez que en el contrato de mandato existe una traslación real de bienes, a quien se encomienda el encargo, aunado a que la figura del mandato por su naturaleza es eminentemente revocable.

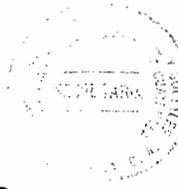
- b) Tesis del negocio jurídico: el fideicomiso puede concebirse como un todo que se encuentra compuesto de una fase constitutiva, denominada como el animus fiducia y otra ejecutiva que podría denominarse causa fiduciae; la primera, como acto jurídico unilateral; y la segunda, como contrato, esto es, el elemento psicológico. Del primero, lo es la manifestación unilateral de voluntad y el consentimiento del segundo. Lo que significa, que en un primer momento existe una declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente (animus fiducia), mediante la cual destina ciertos bienes o derechos a un fin, para que otro sujeto llamado fiduciario realice los actos a los que se hubiera obligado contractualmente (causa fiduciae).



Sin embargo, esta tesis ha sido criticada ya que no se pueden establecer dos momentos diferentes para el perfeccionamiento del fideicomiso; el primero, con la declaración unilateral de voluntad por parte del fideicomitente; y el segundo, cuando se da por parte del fiduciario la aceptación del encargo; ya que para la validez del contrato es necesario que las voluntades de las partes concuerden, sobre todo la del sujeto que acepta cumplir con el fin, para el cual haya sido afectado el patrimonio.

- c) Tesis del patrimonio de afectación: explica la naturaleza jurídica de la figura y planteó que los únicos elementos constantes y esenciales en los negocios del trust radican en la existencia de un patrimonio y una destinación, de donde puede afirmarse que es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y de orden público.

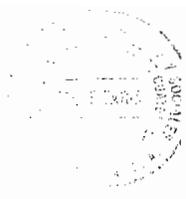
A pesar de que esta tesis genera un aporte importante para la doctrina, ya que como su nombre lo indica, los bienes afectados por el fideicomitente y trasladados al fiduciario constituyen un patrimonio separado y por lo tanto excluido de cualquier deterioro económico que pueda sufrir cualquiera de las partes, es decir, un patrimonio autónomo cuya afectación persigue únicamente la realización del fin instituido por el fideicomitente; ha sido criticada ya que propone desvincular el patrimonio del cualquier sujeto. Para probar la afirmación anterior, se tuvo como base ejemplos de diferentes modalidades del trust anglosajón, para



los cuales en algunos casos no es necesaria la designación o participación de las partes que intervienen, sin embargo, como se expuso para la realización efectiva del contrato siempre es necesario el elemento personal.

- d) Tesis del negocio fiduciario: el fideicomiso es un negocio fiduciario primero porque ha sido acogido expresamente y segundo, porque a través de él se atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro, y a nombre propio. A pesar de ser un negocio en esencia traslativo, tiene correlativamente la obligación, para el fiduciario de resumir la amplitud de sus derechos únicamente a los necesarios para cumplir, con el fin señalado por el fideicomitente, para lo cual dispone de una mayor o menor potestad de abuso sobre los bienes afectados. Se trata de una traslación especial sujeta a los fines, para los cuales se instituyó el fideicomiso. La legislación guatemalteca, en el Artículo 766 del Código de Comercio de Guatemala especifica que los bienes se reciben en efecto con la obligación de realizar con ellos únicamente los actos exigidos para el cumplimiento de los fines.

- e) Tesis de la declaración unilateral de la voluntad: el fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad, en virtud de que existe la posibilidad de que se pueda constituir por testamento o por acto inter vivos y afirma que solo es indispensable la participación de una voluntad en su perfección. Con la simple declaración de voluntad del fideicomitente de afectar un conjunto de bienes para el beneficio de un tercero es suficiente para la validez del mismo, sin embargo, es importante considerar que en el caso del fideicomisario testamentario, si al



momento de la muerte del instituyente no existe fiduciario que acoja el encargo, éste no podrá perfeccionarse quedando todo en una simple intención; por lo que no es posible acoger esta postura, tomando en cuenta que la legislación guatemalteca la desarrolla en específico como un contrato.

- f) Tesis del contrato fiduciario: la naturaleza contractual del fideicomiso, incluso su categoría específica en el género de contrato bilateral, sinalagmático y perfecto se confirma por la existencia de la condición resolutoria tácita, según la cual el pacto promisorio se entiende implícito en las obligaciones recíprocas.

Repasar un poco sobre la teoría general del contrato, ayudará a comprender mejor esta tesis siendo el contrato: “El acuerdo de voluntades anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”.¹⁶

También, se puede definir como: “Negocio jurídico bilateral productor de obligaciones o más sencillamente como un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos”.¹⁷

Existe diversidad de criterios con respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso. La tesis del mandato irrevocable, se descarta toda vez que el contrato de mandato, es revocable, extremo que se puede comprobar con los

¹⁶ **Ibid.** Pág. 150.

¹⁷ Cervantes. **Ob.Cit.** Pág. 69.



Artículos 1699, 1717 numeral 3º, 1718, 1719 1720 último párrafo y 1721 del Decreto 106 Código Civil.

La tesis del negocio jurídico también es descartada, toda vez que para otorgar un contrato de fideicomiso se debe hacer en un solo momento y esta teoría indica que se tendría que hacer en dos momentos, debido a que el ordenamiento legal no lo permite. Por su parte, la tesis del patrimonio de afectación engloba que al separarse el bien destinado al fideicomiso genera un patrimonio aparte, no siendo necesario el elemento personal. Al trasladarse el bien o bienes, se convierte en un patrimonio autónomo y el mismo no puede ser embargado por los acreedores de conformidad con el Artículo 782 del Código de Comercio de Guatemala, si los hubiera, pero también ha sido descartada porque es necesario que exista el elemento personal para administrar el patrimonio separado, ya que por sí solono se puede hacer.

La tesis del negocio fiduciario, no es del todo aplicable, porque ésta cree que al trasladarse el bien o bienes, el fiduciario tendrá libertad para hacer lo que quiera y en beneficio propio, lo cual no es cierto, porque si bien los bienes se trasladan, el fiduciario tiene derechos y obligaciones que debe cumplir, los cuales se enumeran en los Artículos 783 y 785 del Código de Comercio de Guatemala, sin dejar de mencionar que en el contrato que se otorgue, también podrán establecerse otras obligaciones. La tesis de la declaración unilateral de voluntad, se resume en que su autor dice, que basta la aceptación de una parte para constituirse, tal como sucede con el testamento. El ordenamiento legal de



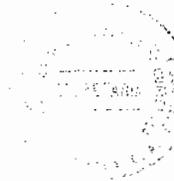
Guatemala no se encuentra de acuerdo con esta teoría, porque tanto el fideicomiso como el testamento son dos figuras que se otorgan mediante contrato, a la luz de los Artículos 770 y 771 del Código de Comercio de Guatemala, y para el caso del testamento los artículos 955 del Código Civil de Guatemala y los artículos 31, 42 y 44 del Código de Notariado de Guatemala.

La tesis del contrato fiduciario es, a mi criterio, la que más se acerca a la legislación guatemalteca, en virtud de que ya quedó descrito en la misma, que para que exista contrato es necesario e indispensable el acuerdo de voluntades con el fin de crear, modificar o extinguir una obligación, pero porsupuesto que no engloba todas las características necesarias para encajarlo solo en esta.

- g) Exposición de otros tres puntos de vista con respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, es necesario tener un triple punto de vista: el que se refiere a su configuración como negocio jurídico, el que lo analiza como modalidad del derecho de propiedad y el que atiende a su calificación como actividad bancaria.

- 1) Como negocio jurídico: es indudable que el fideicomiso es un negocio fiduciario, ya que se está en presencia del traspaso efectivo de un derecho de una persona a otra, estando de acuerdo en que el traspaso debe servir para fines determinados.



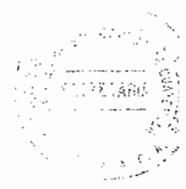
- 2) Desde el punto de vista del derecho de propiedad: el fideicomiso significa la creación de un régimen nuevo al afectar ciertos bienes y derechos a fines determinados y trasladarlos con ese objeto al fiduciario, se constituye un patrimonio autónomo.

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

El fiduciario es titular jurídico del patrimonio fideicometido; titulares económicos son el fideicomitente y el fideicomisario, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.

- 3) Como actividad bancaria: el fideicomiso no puede considerarse sino como operación neutra o, mejor aún, servicio bancario. La ley impone, según se señaló, que únicamente puedan ser fiduciarios los bancos establecidos en el país y las instituciones de crédito autorizadas para el efecto (Artículo 768 del Comercio de Guatemala).

Ahora bien, es obvio que actuar como fiduciario no es en manera alguna intermediación lucrativa del crédito, sino que es una actividad realizada en conexión con esa actividad principal y por la cual tiene también un resultado de lucro, ya que por realizarla percibe honorarios. Artículo 793 Código de Comercio de Guatemala). Es precisamente, su naturaleza de servicio bancario y de



instituciones de crédito, lo que da carácter mercantil al fideicomiso, ya que es un negocio que requiere de la existencia de una empresa para poder ser realizado.

Existe el negocio jurídico al estar de acuerdo y consiente en el traslado de bienes, pero con las limitaciones y obligaciones que el fiduciario debe cumplir, ya que debe regirse estrictamente a lo convenido en el contrato y de conformidad con lo exponen los artículos 783 y 785 del Código de Comercio de Guatemala. Ahora bien, con la modalidad del derecho de propiedad, también el derecho guatemalteco coincide, porque el Artículo 782 del Código de Comercio de Guatemala, establece: “Que los derechos que el fiduciario pueda tener en un fideicomiso no son embargables”, lo cual lleva a determinar que si existe la separación de los bienes y que los que se hayan dispuestos para el desarrollo de cierto fideicomiso no podrán ser embargados y de esa forma queda resguardado el derecho de propiedad, con las posibilidades de no solo cumplir con la obligación que se tenga, sino que también la posibilidad de que si hubiera necesidad de subastar el bien, este podría obtener una mejor paga por el mismo y con ello saldría más beneficiado.

Al hablar de la actividad bancaria el Decreto Ley número 208 de Guatemala, en su Artículo 5, literal e), establece: “Las sociedades financieras podrán realizar las siguientes operaciones que promuevan el desarrollo y la diversificación de la producción nacional: (...) e) Actuar como fiduciario”.

Ello, sería el fundamento legal y la razón del porque las sociedades financieras son las entidades que actúan como fiduciarios en los fideicomisos; demás está decir que dicha

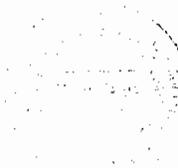


función como actividad de tipo mercantil, tiene como objetivo no solo la administración y darle cumplimiento al fideicomiso, sino que también la prestación del servicio, es justo que también para ellos les represente ingreso económico, en virtud de que invierten en el elemento personal y administrativo en la administración del fideicomiso.

2.4. Características del fideicomiso

Las características del fideicomiso pueden ser:

- a) Es un negocio jurídico nominado: el Código de Comercio de Guatemala, lo designa con el término fideicomiso, palabra que deriva del latín fideicommissum, compuesta de fide fe, y commissum, confiado, comisión, encargo o sea encomendado al a lealtad o confianza de alguien.
- b) Es un negocio típico: ya que el derecho se encuentra predispuesto para él a un esquema particular, constituido para el caso por los artículos 766 y 793 del Código de Comercio de Guatemala.
- c) Es un negocio unilateral: si es testamentario; y bilateral, si es contractual (artículos 770 y 771 del Código de Comercio de Guatemala).
- d) Es un negocio formal: desde luego que la ley exige, para el fideicomiso testamentario las formalidades de los testamentos y para el contractual las de la escritura pública (artículos 770 y 771 del Código de Comercio de Guatemala).

- 
- e) Es un negocio de ejecución continuada: ya que sus efectos no se agotan en un solo momento, sino que establece un vínculo continuo en virtud del cual el fiduciario debe realizar los actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso (artículos 766, 783 y 785 del Código de Comercio de Guatemala).

 - f) Es un negocio oneroso: ya que el fiduciario, se obliga a realizar los actos necesarios para cumplir los fines del fideicomiso, a cambio de una remuneración por sus servicios (artículos 783 inciso 4º. y 793 del Código de Comercio de Guatemala).

 - g) Es un negocio patrimonial: puesto que tiene por fin constituir un patrimonio afectado a fines determinados, el cual se rige por una disciplina jurídica específica (artículos 766 y 777 Código de Comercio de Guatemala).

 - h) Es un negocio traslativo: junto a la relación real de transmisión de bienes y derechos al fiduciario, existe un vínculo obligatorio (Artículo 766 Código de Comercio de Guatemala). Debe aclararse, que al transmitirse al fiduciario ciertos bienes y derechos, no se transmite el derecho de propiedad, lo que sucede es que se constituye un patrimonio autónomo, separado, que no pasa a agregarse al patrimonio del fiduciario, sino que este último es investido de determinadas facultades con respecto al patrimonio fideicometido (artículos 766, 775, 776, 777, 783 y 784 Comercio de Comercio de Guatemala). Por el hecho de no ingresar al patrimonio fideicometido en el patrimonio del fiduciario, no se trata de negocio de atribución patrimonial.

- i) Es un negocio mercantil: que está reservado como actividad a los bancos e instituciones de crédito autorizadas, es decir, a determinadas empresas, (artículos 1º. y 2º. inciso 3º. 4º. Inciso 2º. y 768 Código de Código de Guatemala). Como actividad bancaria se incluye dentro de las operaciones neutras y más bien dentro de los servicios bancarios.

Al hablar de las características del fideicomiso, se interpretan como las características del contrato de fideicomiso; es decir que las mismas sirven para diferenciar un contrato de fideicomiso de un contrato en el área civil, aunque ambos contratos comparten algunas y determinadas características. Mi apreciación es que, la sola falta de alguna de la ya enumerada motivaría a creer que no se está hablando del contrato de fideicomiso, el cual por excelencia es un contrato, típico porque está nominado en el Código de Comercio de Guatemala, formal porque es necesario satisfacer los requisitos formales y esenciales que la ley señala que debe contener y por ende debe constar en escritura pública, que engloba el negocio jurídico deseado por los contratantes, quienes se basan en la fe, buscando como objetivo principal, el cumplimiento de una obligación y resguardando de esa manera ciertos bienes de su patrimonio que pasarán a formar el patrimonio fideicometido, que no será susceptible de embargo por parte de los acreedores.

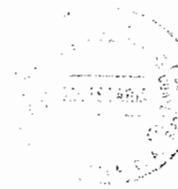
2.5. Elementos del fideicomiso

Los elementos son todos aquellos sujetos y requisitos que intervienen en la celebración del contrato, sean estos personales, reales o formales y cualesquiera otros que sean



necesarios para perfeccionar el mismo, para dentro de ellos puedo mencionar los siguientes:

- a) Elementos personales.
- b) Elementos formales.
- c) Elementos reales.
- d) Elementos personales: “Los elementos personales están constituidos por las personas que intervienen en la creación, constitución y funcionamiento de la institución del fideicomiso; siendo en este caso según la doctrina tres los sujetos:
 - 1) Fideicomitente: aunque en el Código de Comercio de Guatemala, no existe una definición concreta de fideicomiso, ya que este únicamente se refiere a que el fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes; se debe entender que es toda aquella persona individual o jurídica propietaria de uno o más bienes, que los afecta y registra para constituir un fideicomiso; y que para poder establecer dicho acto o contrato las personas deberán tener libre disposición de esos bienes; es decir, que no podrán estar sujetos a limitación alguna y que de lo contrario puede ocasionar nulidad de la institución del fideicomiso instituido; sin embargo, también la doctrina señala que podrán actuar como fideicomitente las autoridades judiciales, y así lo señala la normativa guatemalteca en su segundo párrafo del Artículo 771 del Código de Comercio de



Guatemala, que regula que los jueces de primera instancia del ramo civil, a solicitud de parte y con opinión favorable Procuraduría General de la Nación, podrán constituir fideicomiso en los casos en que la ley puedan designar personas que se encarguen de la administración de bienes, el fiduciario nombrado judicialmente solo será administrador de los bienes.

Otra de las formas de ser fideicomitente, según lo preceptúa el Artículo 944 del Código Civil y el 770 del Código de Comercio de Guatemala, es consignar dicha institución por medio de testamento.

En el párrafo tercero del Artículo 767 del Código de Comercio de Guatemala, establece también que por los menores, incapaces y ausentes, pueden constituir fideicomisos sus representantes legales con autorización judicial; así amplía que esta institución podrá constituirse por mandato, o sea apoderado con facultad especial.

1.1. Derechos y obligaciones del fideicomitente:

Dentro del marco jurídico de la legislación guatemalteca, se describen los siguientes derechos y obligaciones del fideicomitente. Entre los derechos del fideicomitente están:

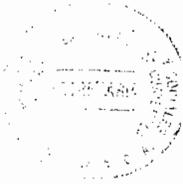
- a) La designación del fiduciario: este nombramiento debe hacerse al momento de constituir fideicomiso, con la potestad de nombrar más de un fiduciario, si es su deseo.



- b) Cuando el fideicomitente, se hubiere reservado la potestad de remover al fiduciario: a este únicamente se justificará la remoción de su cargo cuando enajene o grave bienes en abuso de las facultades que le otorgue el contrato o el acto constitutivo; y para cuyo caso deberá hacerse a través de la vía judicial.
- c) La declaración unilateral de voluntad del fideicomitente: de someter alguno de sus bienes a la institución del fideicomiso, en la que deberá quedar asentada la aceptación del cargo del fiduciario
- d) Necesidad de afectar un patrimonio: que sale de la esfera de su fiscalización para pasar a constituir un patrimonio autónomo, del cual es propietario el fiduciario con las restricciones propias del fideicomiso.
- e) En casos especiales: el fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario.

1.2. Obligaciones del fideicomitente:

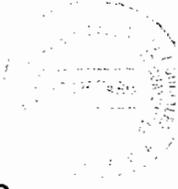
- a) El fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes y para evitar que exista vicio en el acto de emitir su consentimiento.
- b) No puede exigir la nulidad o rescisión del instrumento, si no por las causas que le permita la ley.



- c) Le es prohibido constituir fideicomiso en forma secreta.
- d) No puede autorizar fideicomisos por un plazo mayor, salvo los casos en que la ley le permite, es decir cuando el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable, o que esta sea una institución social.
- e) Revisar las cuentas del fideicomiso.
- f) Por mandato legal, recuperar los bienes fideicometidos, es decir, el derecho que le asiste para poder pedir la extinción del fideicomiso (Artículo 787 del Código de Comercio de Guatemala); y en caso de fallecimiento del fideicomitente, este derecho le corresponde a sus herederos legales.

En ese sentido, se puede entender la norma; que todo fideicomitente puede rescindir el fideicomiso, una vez se compruebe lo establecido en el Artículo 767 del segundo párrafo del Código de Comercio de Guatemala. Que, aun cuando se haya constituido, si existiere vicio legal, puede rescindirse, pues se refiere: “El que no puede heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario”.

- g) Dentro de las obligaciones se describen las siguientes, como principal el pago que debe efectuar el fideicomitente al fiduciario de los honorarios que le corresponden en la ejecución de la administración y representación del fideicomiso.

- 
- h) La disposición que debe hacer de los bienes y derechos en favor del fiduciario que instituye en patrimonio fideicometido, a fin de permitir el libre goce de los derechos instituidos en el fideicomiso para la parte fideicomisaria.
- i) La disposición que debe hacer de los bienes y derechos en favor del fiduciario que instituye en patrimonio fideicometido, a fin de permitir el libre goce de los derechos instituidos en el fideicomiso para la parte fideicomisaria.
2. El fiduciario: el Artículo 768, del Código de Comercio de Guatemala preceptúa que únicamente podrán ser fiduciarios, los bancos establecidos en el país. Asimismo las instituciones de crédito también podrán actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas para ello por la Junta Monetaria.

En ese mismo contexto se puede analizar el contenido del Artículo 774 del Código de Comercio de Guatemala, que indica que existe además la facultad, según la legislación para designar más de un fiduciario, ya que por mandato legal puede constituirse en dicho cargo a uno o varios fiduciarios; por lo que en caso de designarse más de uno, estos podrán actuar conjunta o sucesivamente, de acuerdo con las disposiciones del documentos constitutivo.

En el derecho guatemalteco, solamente las personas jurídicas pueden representar el cargo de fiduciarias; y no las individuales pues las consideraciones que se recogen según la doctrina, debido a la naturaleza que representa el patrimonio fideicometido, requiere de la supervisión y representación de



instituciones formales como los son los bancos y las entidades de crédito; porque de lo contrario en manos particulares sería un riesgo la custodia y representación de los bienes para el fideicomisario.

Por circunstancias que se han revelado y descrito anteriormente en el desarrollo del presente tema; fue la doctrina la única en aplicar el criterio que para el cargo de fiduciario, deben de delegarse en instituciones responsables capaces, en el sentido que en caso de abuso de las facultades en el ejercicio de su cargo (como fiduciario), pueda exigirse que responda por los daños y perjuicios derivados de su mala administración en su ejecución.

En esa forma, se puede decir que el fiduciario, es la persona jurídica encargada por el fideicomitente, de dar cumplimiento a las cláusulas del contrato en que se creó el fideicomiso, siendo además el fiduciario la persona que tiene la titularidad de los bienes fideicometidos, la representación legal del mismo y la administración de los bienes afectados.

El regular por el legislador que solo las instituciones de crédito y los bancos ejerzan el cargo de fiduciarios, fue un error; pues esta facultad también debió extenderse su ejercicio para persona físicas; y no únicamente para personas jurídicas, pues de este modo la ley únicamente limita la función de la institución del fideicomiso con privilegios especiales para las instituciones de crédito y banca; ignorando que son las persona físicas las que lógicamente dominan el mundo. Esta ligera aplicación empeñada con tal juicio es una mal copia hecha

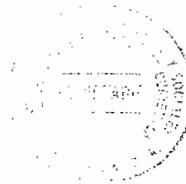


de la doctrina e incorporada al derecho mercantil guatemalteco; siendo preciso que en futuras oportunidades se hagan modificaciones posteriores, a fin de tomar en cuenta para el cargo de fiduciarios a profesionales universitarios, como abogados, administradores o economistas, etc., pues hay que reconocer que el fideicomiso, no es una institución sin vida, sino por el contrario dinámica e innovadora para agregar en el cargo a fiduciarios de otra forma de personas, en las aplicaciones de las nuevas actividades del comercio que ya lo exigen.

2.1. Derechos del fiduciario

Dentro de la legislación guatemalteca, en el Artículo 783, del Código de Comercio de Guatemala, se regulan los siguientes derechos, que corresponden con exclusividad a la facultad del fiduciario, los que se clasifican de la siguiente manera:

- a) Ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que establece la ley o que contenga el documento constitutivo.
- b) Ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido.



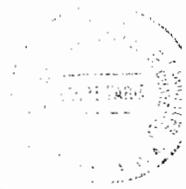
- c) **Otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso.**
- d) **Percibir la respectiva remuneración por sus servicios.**
- e) **Los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso.**

El Artículo 784 del Código de Comercio de Guatemala, se refiere que en el caso de inversiones. Salvo autorización expresa en contrario, dada por el fideicomitente en el documento constitutivo, 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 operan en el país y las empresas privadas cuyas emisiones califique como de primer orden la comisión de valores.

2.2. Obligaciones del fiduciario

En lo que se refiere a las obligaciones que tiene el fiduciario, se consideran las siguientes según lo regulado en el Artículo 785, del Código de Comercio de Guatemala.

- a) **Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con sus fines.**
- b) **Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciar por causas graves, que deberán ser calificadas por un juez de primera instancia del ramo civil.**



- c) Tomar posesión de los bienes fideicometidos en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad.
- d) Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones y rendir cuentas e informe a quien corresponda por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fiduciario se lo requieran.
- e) Las demás inherentes a la naturaleza de su encargo para el cumplimiento de los fines fideicomiso.
- f) Por otra parte el Artículo 786, del Código de Comercio de Guatemala, establece las siguientes obligaciones especiales; que pueden dar como resultado la remoción del fiduciario, en la dirección y ejecución del fideicomiso, se rescinda dicho contrato:
 - 1. Si no cumple con las instituciones contenidas en el documento constitutivo del fideicomiso.
 - 2. Si no se desempeña su cargo con la diligencia debida.
 - 3. Si se tienen intereses antagónicos con los del fideicomisario.

Dentro de las prohibiciones que marca la doctrina guatemalteca, se encuentra la referida en el segundo párrafo del Artículo 769, del Código de Comercio de Guatemala,

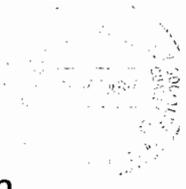


que se refiere que el fiduciario, nunca podrá ser fideicomisario de un mismo fideicomiso; o sea cuando desempeñe ese cargo en dicho contrato mercantil.

3. El fideicomisario: el fideicomisario, es esencialmente la persona llamada a recibir los beneficios del fideicomiso. El Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 769, expresa que: “Podrá ser fideicomisario cualquier persona que en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior.”

Sin embargo el Artículo 779, del mismo texto legal, indica que en caso de que el fideicomisario no esté determinado, corresponderá al Ministerio Público los derechos que dicha institución deriven.

También establece que no podrán ser fideicomisarios, según el párrafo segundo del Artículo 767, del Código de Comercio de Guatemala aquellas personas que no puedan heredar por incapacidad o indignidad de los derechos que le correspondan de un fideicomiso testamentario; o sea que serían aquellas personas que son incapaces para suceder como herederos o legatarios, por causa de indignidad, según lo regulado en el Artículo 924 del Código Civil Decreto Ley número 106, por lo que se debe remitir a dicho cuerpo legal. Sin embargo el Artículo 925, de la misma ley, consigna que las incapacidades enumeradas en el Artículo anterior no se aplican cuando el causante así



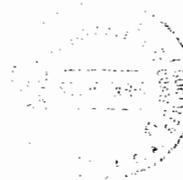
lo dispone en disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las hayan producido.

Otra de las formas que la ley mercantil reconoce de la constitución de fideicomisarios es cuando se permite la sustitución de una persona por otra, pero para cuya validez las personas deben de estar, vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente (Artículo 789, segundo párrafo, del Código de Comercio de Guatemala).

En ese sentido, la legislación guatemalteca establece entonces que puede ser fideicomisario, toda persona individual o jurídica, o también concebida a la muerte del fideicomitente, a quien se describe según el instrumento del fideicomiso, recibe el beneficio o adquiere los derechos en propiedad por el plazo determinado y para el fin que se ha instituido; agregando que para percibir las prebendas de dicho instrumento del fideicomiso, recibe el beneficio o adquiere los derechos en propiedad por el plazo determinado y para el fin que se ha instituido, agregando que para percibir las prebendas de dicho instrumento contractual, el fideicomisario debe tener capacidad para adquirir.

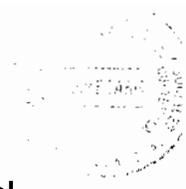
3.1. Derechos y obligaciones del fideicomisario

Los derechos del fideicomisario no son derechos reales sobre la cosa fideicometida, sino que: “Son derechos personales contra el fiduciario para exigir el cumplimiento del fideicomiso, o contra los terceros detentadores de los bienes fideicometidos, para hacerlos volver a poder del fiduciario”.



Por lo que al analizar el Artículo 778, del Código de Comercio de Guatemala se puede concluir que efectivamente se dan ambas consideraciones, pues el fideicomisario tiene los derechos siguientes:

- a) Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo.
- b) Exigirle al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso.
- c) Pedir la remoción al fiduciario por las causas señaladas, sino se cumple esencialmente con las instrucciones contenidas en el documento constitutivo del fideicomiso, o que no se desempeñe con la diligencia debida.
- d) Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que rijan el fideicomiso y exigir judicialmente que se restituyan al fiduciario los bienes que, como consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio fideicometido.
- e) Revisar en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoría.
- f) Elementos formales: dentro de los elementos formales, según la doctrina corresponde a las formas legales de conformidad a la ley, una persona tiene la facultad para instituir el contrato de fideicomiso; o sea que la forma constituye la



generalidad, la que no debe ser confundida con el instrumento jurídico que es el fideicomiso, que constituye en esencia la especie.

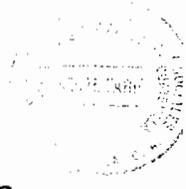
Al hablar de la generalidad, se describe entonces que constituye las distintas formas legales que en la legislación existen para instituir un fideicomiso, siendo para la legislación guatemalteca las siguientes formas:

- 1) **Por testamento:** esta constitución de fideicomiso por testamento, se dice que es un acto de última voluntad de una persona, pues sus efectos surten después de muerto el fideicomitente, este tipo de acto se encuentra regulado en el Artículo 770 del Código de Comercio de Guatemala.

Al establecer la ley que se puede instituir en testamento, este puede ser abierto o cerrado (abierto, constituye fraccionarse en escritura pública y cerrado, en acta notarial).

Para este tipo de acto, el testador actúa directamente en la institución del fideicomiso; sin embargo no será hasta su muerte que surta los efectos, que es cuando se fraccionará el acta de inventario y entre administrarlo el fiduciario; y quede ya instituido efectivamente el fideicomiso.

- 2) **Contrato:** este es un acto entre vivos, en el que el fideicomitente actúa también directamente instituyendo el fideicomiso, o sea que entrega al fiduciario los bienes para que este surta inmediatamente sus efectos; con la única excepción

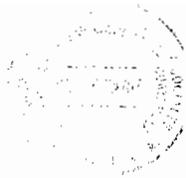


que este acto debe constituirse en escritura pública, de lo contrario sería un instrumento inválido según lo regula el Artículo 771 del Código de Comercio de Guatemala.

- 3) **Mandato:** este tipo de acto no parece regulado en el Código de Comercio de Guatemala, sin embargo es aceptable cuando se delega dicha facultad en un mandatario el cual debe contener un poder general con cláusulas especiales para instituir el fideicomiso; pues es una forma legal establecida en el ordenamiento guatemalteco, según lo regulan los artículos 1686 al 1727, del Código Civil Decreto Ley número 106.

En este acto el mandato, delega una persona denominada mandatario un poder general con cláusula especial, o sea que el fideicomitente (y quien es a la vez el mandatario), actúa por representación que delega al mandante para que constituya el instrumento contractual y este surta los efectos directamente con su representado. La diferencia de este procedimiento consiste en que se dan previamente dos procedimientos, primero la constitución del acto del mandato, y segundo la constitución del instrumento de fideicomiso.

- 1) **Judicialmente:** según la norma del Artículo 771, del mismo texto legal antes referido, en su segundo párrafo, establece que los jueces de primera instancia del ramo civil, a solicitud de parte y con opinión favorable del Ministerio Público, podrán constituir fideicomisos en los casos en que por ley pueden designarse



personas que se encarguen de la administración de bienes. El fiduciario nombrado judicialmente solo será administrador de los bienes.

Se dice entonces, que esta facultad es amplia ya que mediante sentencia favorable el Estado como institución pública puede instituir fideicomisos en casos muy especiales, que indudablemente debe de suscribirse la escritura pública de la resolución judicial, para que surta los efectos judiciales deseados.

Esa particularidad de fideicomiso judicial; es la única que prescribe que dicho encargo como fiduciario puede delegarse a una persona que tenga facultades especiales para la administración de los bienes, la cual únicamente como fiduciario nombrado judicialmente, únicamente será administrador de los bienes; quien en determinadas circunstancias la responsabilidad de la representación no genera honorarios para el fiduciario.

- g) Elementos reales: los elementos reales son todos aquellos bienes y derechos de los que dispone el fideicomitente, se afecten a fines y establecidos jurídicamente en la institución del fideicomiso; en la que se transmita la titularidad y disposición al fiduciario, para que éste disponga de la mejor forma y pueda cumplir ejerciendo las acciones y derechos que le designa el acto y la ley, para contraer las obligaciones que en la representación de ese patrimonio se deriven.

De esa forma puede decirse, que son elementos reales, todos aquellos bienes, valores y derechos que se atribuyen al fideicomitente y que éste ceda en favor del fiduciario;



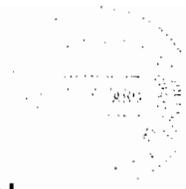
quienes además de disponer la libre transacción del acto que celebran deben tener capacidad legal en la voluntad que declaran, para el cumplimiento del fin que han suscrito entre sí.

El fideicomiso, puede estar formado por todos los bienes, valores y derechos que tienen existencia en las relaciones comerciales de los hombres y para tal efecto se describe más adelante la forma de bienes que acepta la legislación guatemalteca:

- 1) Inmuebles: el Código Civil Decreto Ley número 106 en el Artículo 442, regula que son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación; y se clasifican en inmuebles y muebles y para el Artículo 443 (cosas apropiables), serán apropiables todas las cosas que no estén excluidas del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley; asimismo el Artículo 444 regula las cosas fuera del comercio.

Están fuera del comercio por naturaleza, las que no pueden ser poseídas exclusivamente por ninguna persona y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular, y el Artículo 445, del referido cuerpo legal, determina cuales son bienes inmuebles y que pueden ser objeto de fideicomiso.

- 2) Muebles: los artículos 451, 452, 453 y 455 del referido Código Civil, determinan las cosas o bienes que se consideran muebles, y que por lo mismo pueden ser objeto de fideicomiso.



Los elementos reales, son todos aquellos bienes que servirán para destinarlos al fin del fideicomiso, es decir que son todos aquellos bienes que pasan a formar parte del patrimonio fideicometido, los cuales como se indicó, pueden ser muebles e inmuebles, son bienes que existen previamente.

h) Elementos auxiliares.

1) El comité técnico: doctrinariamente se habla de la existencia de un comité técnico en un contrato de fideicomiso, razón por la cual en el Código de Comercio de Guatemala, nada se regula con respecto a este tema.

Desarrollaré, en forma breve este elemento por no ser el objetivo en este trabajo de tesis; sin embargo es interesante mencionarlo. “El fideicomitente en el acto constitutivo, en ejercicio de su libertad de acción y resguardo de sus intereses, decide conformar un comité técnico con personas que poseen conocimientos especiales y les confiere facultades específicas. Los integrantes del comité técnico, se obligan frente al fideicomitente y fiduciario a brindarles asesoría, emitiendo dictámenes o resoluciones que afectan la actividad del fiduciario, en cumplimiento del fideicomiso”.¹⁸

Con la definición de los elementos personales, reales, formales y auxiliares, queda definida la función que cada elemento tiene dentro de un contrato de un contrato de fideicomiso, sin los cuales no estaría completa la estructura del mismo.

¹⁸ Vásquez Martínez, Edmundo. **Derecho mercantil**. Pág. 55.



En el contrato de fideicomiso, también se establecen los derechos y obligaciones de cada uno, lo cual da mayor seguridad a dicho contrato porque el hecho de establecer las obligaciones es también con el fin de establecer hasta donde puede actuar cada uno, entiéndase que de una u otra forma también quedan establecidas las limitaciones de los mismos.

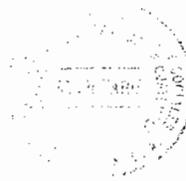
Con lo anteriormente expuesto, se concluye diciendo que cada uno además de derechos tiene obligaciones y por ende queda condicionado a actuar dentro de dichas estipulaciones; ya que de extralimitarse o excederse en sus facultades, no cabe duda de que podrá ser removido.

La remoción aplicaría prácticamente para el fiduciario, que es el encargado de administrarlo y darle cumplimiento de conformidad con la ley y el contrato. Todos los elementos entre sí, deben respetar la función de cada uno, para no obstruir el desarrollo de los demás y con ello se dará estricto cumplimiento al contrato.

2.6. Funciones del fideicomiso

“El fideicomiso funciona y sirve de marco y sustento jurídico para la asignación de beneficios económicos derivados de la propiedad de ciertos bienes, conforme a la voluntad de su dueño y con efectos hacia el futuro. Es un modo de disposición de la propiedad que sujeta los bienes a un destino determinado, en interés de personas distintas de aquella que recibe la propiedad”.¹⁹

¹⁹ **Ibid.** Pág. 160.



Su interés práctico, deriva precisamente de tres atributos: los bienes en cuestión son enajenados por su dueño, quien los transfiere a título fiduciario.

No es lo mismo, que la transmisión de la propiedad a título oneroso o gratuito, pero se trata de un acto de disposición del titular. La transferencia a título fiduciario, rodea a los bienes de inmunidad respecto de los acreedores de quien los recibe, así como de los acreedores del dueño original y de los destinatarios finales de los bienes.

Los bienes quedan amparados por un régimen de administración conforme a su naturaleza y al destino previsto.

El fideicomiso sirve para instrumentar donaciones en vida del instituyente y también para establecer disposiciones de última voluntad o a instituciones de beneficencia y entidades de bien público que aprovechan el beneficio para su objeto específico.

"El fideicomiso sirve para articular las relaciones de índole comercial que deseen crear entre sí, el dueño original de los bienes y sus contrapartes en un negocio, el fideicomiso se cobija con igual facilidad tanto operaciones individuales promovidas por empresas, como grandes fondos de inversión con multitud de participantes. El contrato de fideicomiso, puede ser esquematizado como un triángulo equilátero donde la base es la relación entre el dueño de los bienes (fiduciante) y las personas a las cuales ha elegido como destinatarias de los mismos (beneficiarios)".²⁰

²⁰ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 44.

Es decir que las funciones del fideicomiso son: proteger, conservar y mantener alejada cierta parte del patrimonio del deudor de sus acreedores, en virtud de que esos bienes no podrán ser embargados por aquellos y además dichos bienes servirán para el fin del fideicomiso que con ocasión de darle cumplimiento a su obligación, el deudor transfiere a un fideicomiso.

La opción de acudir al fideicomiso, además de mantener latente la posibilidad de conservar sus bienes, también es, tener la seguridad de poder satisfacer la deuda; porque los bienes fideicometidos cumplirán estrictamente la función que se les haya asignado al otorgar el contrato de fideicomiso, porsupuesto que la lógica hace pensar además de creer que, antes de acudir al fideicomiso, los otorgantes tuvieron que hacer un estudio previo y con ello estar seguros que el fideicomiso surtirían los efectos necesarios, de lo contrario, considero no se otorgaría el referido contrato.

2.7. Fines del fideicomiso y definiciones

El fin de un contrato de fideicomiso, puede ser distinto, siempre y cuando se encuentre enmarcado dentro del contexto legal y que el mismo pueda ser ejecutado, el cual siempre va a depender de la voluntad del fideicomitente, es decir de lo que el necesite satisfacer, y encuentre que el fideicomiso puede ser su alternativa.

El fin del fideicomiso es una manifestación del motivo psicológico que determina siempre al fideicomitente para su creación, es lo que en la teoría del contrato, del acto jurídico y del negocio fiduciario, en general, cae en la categoría de los negocios de

confianza y son negocios que se atienden y concluyen en interés ajeno, ya que una de las partes recibe los bienes para tenerlos y cuidarlos en beneficio y favor de otra o del propio fideicomitente.

El fin debe ser considerado como el objetivo que los sujetos pretenden alcanzar con una manifestación de voluntad al crear el fideicomiso. Razón por la cual, los fines del fideicomiso, en resumen son:

- a) Lícito: que no es contrario a la ley ni a las buenas costumbres.
- b) Posible: que no exista impedimento de ninguna clase.
- c) Determinado: porque se debe especificar sobre qué bien o bienes se desea constituir, es decir que los bienes deben ser plenamente identificados.

Al manifestar que uno de los fines del contrato de fideicomiso debe ser lícito, significa que debe ser permitido por la ley, con respecto a las buenas costumbres también se refiere a que en ocasiones lo que para mí no es contrario a las buenas costumbres para otros sí lo es, de tal manera que se debe respetar el criterio que la mayoría de personas de la sociedad tiene y no querer hacer mi propia voluntad, solo porque yo así lo pienso y considero.

Ahora bien, con respecto a lo posible quiere decir que no exista ninguna posibilidad de que alguna persona se oponga a la realización del mismo, es decir que no exista

impedimento legal, determinando porque el bien o bienes deben contener características que los distinguen de otros, por ejemplo si fuera sobre bienes inmuebles, estos deben contar con su número de registro, folio y libro ante el Registro de la Propiedad, a eso es lo que se le denomina plenamente identificables. A contrario, si yo poseo un bien inmueble, no podría disponer de él para ser sujeto de fideicomiso porque carece de inscripción registrable, es decir que no está plenamente identificado.

2.8. Efectos del fideicomiso

El fideicomiso produce efectos contra terceros y entre sus elementos personales, a continuación detallaré algunos de los efectos que se producen frente a terceros y contra los elementos personales.

- a) Efectos contra terceros: los bienes fideicometidos no pasan a acrecentar el patrimonio del fiduciario, sino que forman un patrimonio autónomo, respecto del cual sólo pueden ejercitarse los derechos y acciones que se refieran a los fines del fideicomiso y los que se haya reservado el fideicomitente. De ahí, que sus acreedores no puedan perseguir tales bienes. Respecto de los acreedores del fideicomisario. Los derechos que el fideicomisario pueda tener en el fideicomiso no son embargables, pero sí lo son los frutos que perciba el mismo (Artículo 782 del Código de Comercio de Guatemala). También, permite la ley que se anoten los bienes fideicometidos con el objeto de gozar de preferencia sobre los derechos de aquellos a quienes deben ser entregados a la extinción del fideicomiso (Artículos citados y 788). Si se trata de bienes no registrables, debe



comunicarse la preferencia al fiduciario y éste debe extender constancia de enterado para tenerlo presente en el momento de la liquidación (Artículo 782 último párrafo del Código de Comercio de Guatemala).

Ahora bien, el fideicomiso surte efectos con relación a terceros (Artículo 776 Código de Comercio de Guatemala) desde:

- 1) La presentación del documento constitutivo al Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles o derechos reales inscribibles.
- 2) El perfeccionamiento de la traslación de acuerdo con el documento constitutivo de la obligación o la ley, si se trata de créditos u obligaciones no endosables.
- 3) La fecha del endoso o registro, en su caso, si se trata de títulos a la orden o nominativos, o de bienes muebles sujetos a registro o inscripción.
- 4) La fecha del documento constitutivo del fideicomiso, si se trata de bienes muebles no sujetos a registro.
- 5) La tradición manual si se trata de títulos al portador, y,
- 6) La fecha de publicación de un edicto en el Diario Oficial, notificando el fideicomiso a los interesados, si se trata de empresas industriales, comerciales o agrícolas.



Los efectos que se dan contra terceros, básicamente se refieren al patrimonio, el patrimonio al cual se le denomina patrimonio autónomo porque sale de la titularidad del propietario (fideicomitente) y pasa al dominio del fideicomiso, de tal forma que de esa forma queda protegido y resguardado de toda acción legal, ajena al fideicomiso al cual está sometido, es decir que ni los acreedores pueden embargarlo tal y como lo señala la ley, para que aquellos pueda ejercitar algún derecho, deberán esperar a que el fideicomiso termine; no obstante si pueden ejercitar derechos sobre los frutos que se darán pero hasta el final del fideicomiso.

Los acreedores que deseen embargar dichos frutos, deberán ir haciendo la fila respectiva (esperar el turno que les corresponda).

Si se trata de documentos inscribibles, los efectos surtirán desde que se presente el título respectivo ante el Registro de la Propiedad para que quede inscrito, si fuere bien o bienes inmuebles, o si se tratare de bienes muebles dando el aviso respectivo.

El Artículo 776 del Código de Comercio de Guatemala, en el inciso e) del Artículo 776, se refiere a títulos al portador, es de hacer mencionar que con las reformas que se introdujeron con la Ley de Extinción de Dominio, ya no se pueden emitir títulos al portador, sino que únicamente nominativos. Cuando se trate de fideicomisos en donde se involucren empresas industriales, comerciales o

agrícolas se deberá publicar en el Diario de Centroamérica, para que todo el interesado se oponga o haga valer los derechos que crea que le corresponden.

- b) Efectos en relación al fideicomitente: como los bienes fideicometidos se separan del patrimonio fideicometido para formar el patrimonio autónomo del fideicomiso. Lo único que el fideicomitente tendrá en su patrimonio, en relación con dichos inmuebles, serán los derechos que expresamente se haya reservado, y el derecho a la reversión al extinguirse el fideicomiso.

Entre los derechos que puede reservarse el fideicomitente destaca el de revocar el fideicomiso (Artículo 787 inciso 5º. Código de Comercio de Guatemala).

Un derecho inderogable que le confiere la ley al fideicomitente es el de requerir del fiduciario rendición de cuentas e informes y de recibirlos por lo menos una vez al año, sin necesidad de requerirlo (Artículo 785 inciso 5º. Código de Comercio de Guatemala).

En suma, el fideicomiso se rige por la voluntad del fideicomitente, manifestada en la fijación de sus fines y en la regulación jurídica, que haya de regirlo.

El fideicomitente tiene derechos reservados, porque cuando procede a otorgar el contrato de fideicomiso, debe manifestar la reserva a los derechos que la ley le confiere; porque de esa manera le será más fácil exigirlos, incluso se puede revocar el fideicomiso, si a juicio del fideicomitente o fideicomisario de



conformidad con la rendición de cuentas e informes que el fiduciario presente, informe que deberá ser rendido como mínimo una vez al año no es satisfactorio y con el cual se evidencia que el fiduciario no está desarrollando bien su función. Es decir, que a través de los informes se reflejará si está desarrollo bien, mal o de forma incompleta la administración.

- c) Efectos en relación al fiduciario: el banco o institución de crédito, que actúen como fiduciarios tienen en general las obligaciones y derechos que devienen del acto constitutivo del fideicomiso, de los fines del mismo y de la limitación genérica de realizar sólo los actos exigidos, para cumplir dichos fines. Sin embargo, la ley establece, con carácter de inderogables, un conjunto de derechos y obligaciones.

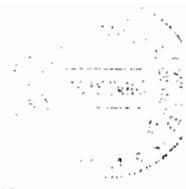
- a) Derechos (Artículo 783 Código de Comercio de Guatemala), consistentes en ejercitar las facultades y hacer las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones de la ley y del documento constitutivo; accionar en defensa del patrimonio fideicometido; otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso; percibir remuneración por sus servicios y cobrarla preferentemente de los ingresos del fideicomiso; y los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fideicomiso.

Por lo que hace a inversiones en títulos de crédito y en especial en bonos, el fiduciario únicamente puede hacerlo si son 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 califique como de primer orden la Comisión de Valores (Artículo 784 Código de Comercio de Guatemala).

- b) Obligaciones (Artículo 785 Código de Comercio de Guatemala): ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines; desempeñar el cargo con la diligencia debida y renunciarlo únicamente por causas graves, calificadas por un juez de primera instancia; tomar posesión de los bienes fideicometidos conforme al documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad; llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones; rendir cuentas e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requieran; y las demás inherentes a la naturaleza de su encargo, inclusive declarar su calidad en todos los actos del fideicomiso (Artículo 78 Código de Comercio de Guatemala). El fiduciario debe ejercer su cargo dentro de las limitaciones del contrato o del acto constitutivo; si en abuso de sus facultades enajena o grava los bienes fideicometidos, responde por los daños y perjuicios de la negociación, puede ser removido y se sujeta a las demás sanciones, si es que están establecidas (Artículo 780 Código de Comercio de Guatemala). Tanto el fideicomitente como el fiduciario están legitimados para exigir las responsabilidades enumeradas.

El fiduciario como el fideicomitente y el fideicomisario poseen derechos y obligaciones dentro del contrato de fideicomiso. El fiduciario, queda autorizado



para que utilice los fondos del fideicomiso para actividades que estén relacionadas tanto con el objeto como con el fin del fideicomiso, siempre y cuando se hagan para mejorar el cumplimiento del fideicomiso y que no se le consideren gastos innecesarios y que en lugar de ayudar perjudiquen al deudor. Cuando la ley establece que puede otorgar mandatos, estos deberán ser hacia personas de reconocida honorabilidad, porque quien ejerza un mandato para cumplir con cierta actividad de un fideicomiso, deberá ser enteramente confiable y ajustada a derecho en su actuar, pues el encargo que se le dará deberá versar siempre en beneficio de fideicomiso. Plasmado en la ley está, que puede cobrar sus honorarios del propio fideicomiso, pues este deberá generar su propio capital para explotarlo y cumplir con sus obligaciones. Además, de derechos también tiene obligaciones y una de ellas es el de que, si a su criterio el fideicomiso no se está ejecutando a cabalidad, este puede renunciarlo, por supuesto que debe mediar un juez de primera instancia para que este avalé la renuncia. También, podrá otorgar mandatos, los cuales servirán para continuar con el desarrollo del fideicomiso, si fuere necesario y por supuesto como anteriormente indiqué está obligado a rendir su informe o redición de cuentas anual, el cual servirá como soporte a las funciones que ejecute.

- c) Efectos en relación al fideicomisario: el fideicomisario llamado esencialmente a recibir los beneficios del fideicomiso, carece de obligaciones, salvo que le fueren impuestas en el acto constitutivo. En cambio, es de naturaleza misma de su posición el que tengan los derechos que se le asignen al constituirse el fideicomiso y los que le otorgue la ley. Se tiene que exigir al fiduciario el



cumplimiento del fideicomiso; pedir su remoción por las causales de ley; impugnar los actos de mala fe del fiduciario o que infrinjan el régimen jurídico del fideicomiso; exigir judicialmente la restitución al fiduciario de los bienes que como consecuencia de tales actos hayan salido del patrimonio fideicometido; revisar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso; y mandar a practicar auditoría.

Es importante señalar que los derechos del fideicomisario no son derechos reales sobre la cosa fideicometida, sino que: “Son derechos personales contra el fiduciario para exigir el cumplimiento del fideicomiso, o contra los terceros detentadores de los bienes fideicometidos”.²¹

El fideicomisario carece de obligaciones, según la doctrina, pero es posible que se le impongan en el contrato de fideicomiso; sin embargo, a mi criterio los derechos también pueden ser obligaciones porque es su deber exigir que se le otorgue cumplimiento al fideicomiso y solicitar la remoción del fiduciario si éste no estuviera cumpliendo con sus obligaciones.

2.9. Extinción del fideicomiso

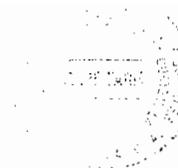
El Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 787, establece cuales son las formas de dar por terminado un fideicomiso.

²¹ Zuleta Torres, José Bernardo. **El contrato de fideicomiso**. Pág. 89.

El fideicomiso termina por realizarse su fin o hacerse imposible por cumplimiento de la condición resolutoria, si es que se dio este caso por convenio expreso entre fideicomitente y el fideicomisario por revocación del fideicomitente, si se reservó este derecho en el acto constitutivo por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo por el transcurso del plazo y por sentencia judicial (Artículo 787 Código de Comercio de Guatemala). Al extinguirse el fideicomiso se produce como efecto la obligación del fiduciario de entregar los bienes que tenga en su poder a quien corresponda según el documento constitutivo o sentencia judicial; si se diere el caso, y en su defecto al fideicomitente o sus herederos; si se hizo imposible la realización de los fines del fideicomiso; si habiendo condición resolutoria ésta se cumplió, si hubo convenio expreso con el fideicomisario, si se revocó válidamente el fideicomiso y si al darse uno de los casos de falta de fiduciario no haya sido posible sustituirlo (Artículo 788 Código de Comercio de Guatemala); y si se entregan al fideicomiso si se realizó el fin del fideicomiso o si transcurrió el plazo del mismo.

Lo que merece especial mención en la extinción del fideicomiso, es que, una vez extinguido el fideicomiso, los bienes que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos al fideicomitente o a sus herederos, según se haya convenido, es decir que el patrimonio autónomo desaparece, y la titularidad de los bienes regresan al fideicomitente, perdiendo esa manera toda protección que le otorgaba el patrimonio fideicometido.

El Código de Comercio de Guatemala establece que para que esa devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, será



necesaria la presentación del documento constitutivo al Registro de la Propiedad, si se tratare de inmuebles, derechos reales y demás bienes sujetos a inscripción, es decir que esa declaración se inscriba en el registro correspondiente si fuere el caso.

2.10. Patrimonio fideicometido

Se ha venido indicando que el fideicomitente al afectar ciertos bienes y derechos a fines determinados y trasladados con ese objeto al fiduciario, constituye un patrimonio autónomo. Interesa ahora, examinar la noción de este último en relación con el patrimonio en general, para fijar con precisión el concepto de patrimonio fideicometido.

El patrimonio se ha definido como: "Aquella situación unitaria en que se encuentran un conjunto de relaciones jurídicas de carácter económico al asignarles el derecho una determinada titularidad, que constituye por una parte un ámbito de poder sobre esas relaciones y por otra un ámbito de responsabilidad de la misma. El patrimonio puede ser autónomo, si al separarse un determinado núcleo de bienes de otro patrimonio, se constituye una nueva situación unitaria, con finalidades propias y sobre la cual inciden derechos y obligaciones propios".²²

En el fideicomiso el fideicomitente lo que hace es precisamente separar ciertos bienes y derechos de su patrimonio, integrándolos en una situación unitaria a la que atribuye fines determinados, y sobre la cual inciden derechos y obligaciones propios.

²² **Ibid.** Pág. 99.

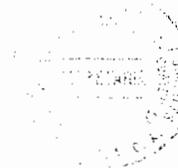


Ahora bien, para que ese patrimonio autónomo pueda cumplir los fines que el fideicomitente le ha fijado, éste le transmite al fiduciario su titularidad, esto es, la cualidad jurídica que le confiere la posibilidad de ejercitar el poder y la responsabilidad que el mismo implica y que delimitan los fines del fideicomiso. La titularidad del fiduciario no implica propiedad.

El patrimonio fideicometido puede estar formado por bienes y derechos (Artículo 766 Código de Comercio de Guatemala) e incluso derechos sobre bienes.

Como masa de responsabilidad la ley protege al patrimonio fideicometido disponiendo la inembargabilidad de los derechos que el fideicomisario pueda tener en el fideicomiso y estableciendo que solamente responde, por las obligaciones que se refieran al fin del fideicomiso, de los derechos que se haya reservado el fideicomitente y de los que para él se deriven de fideicomiso; de los derechos adquiridos legalmente por terceros, ya sean fiscales, laborales y otros; y de los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso (Artículo 777 Código de Comercio de Guatemala). De todos los bienes que se trasladen o se separen del núcleo patrimonial de una persona, para pasar a formar un patrimonio fideicometido, el propietario pierde la titularidad sobre ellos, puesto que pasan a formar el denominado patrimonio autónomo, lo que provoca que sobre el o los mismos no puedan ejercitarse acciones legales, especialmente embargos.

Los acreedores podrán tratar de realizar embargos pero hasta que el plazo del fideicomiso termine o el mismo sea extinto, como pasan a formar patrimonio



fideicometido, ni siquiera el titular puede disponer libremente de ellos, porque deberá solicitar la autorización al fiduciario para disponer, lo cual le será autorizado si el motivo forma parte del fin del fideicomiso.

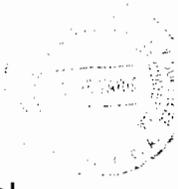
Concluyo indicando que dichos bienes solo podrán ser utilizados única y exclusivamente para el fin que fue dispuesto mediante el otorgamiento del contrato de fideicomiso.

2.11. Doctrinas del patrimonio fideicometido

Existen algunas doctrinas con respecto patrimonio fideicometido, a las cuales también les denominan como doctrinas del patrimonio especial (patrimonio fideicometido) y que explican la diferencia entre patrimonio general y el patrimonio fideicometido, entre ellas relaciono las siguientes:

- a) “Doctrina clásica: la doctrina clásica considera al patrimonio como una universalidad de derecho, concebido como un atributo de la personalidad. De tal consideración, se entiende como lógica consecuencia que toda persona tiene necesariamente un patrimonio, y que absolutamente ningún individuo puede tener más que un patrimonio único e indivisible.

- b) Doctrina alemana: la doctrina alemana disiente con la doctrina clásica, por entender que, si bien reconoce la existencia de un solo patrimonio general, admite asimismo la coexistencia de varios patrimonios separados. En tal sentido,



al explicar el concepto de patrimonio fideicometido, surge que la unidad del patrimonio, se pierde cuando un conjunto de derechos, cuyos elementos posiblemente son mutables, se rigen por normas legisladas especialmente para determinados casos.

Existiendo así en el ámbito del patrimonio una esfera jurídica más restringida, delimitada por criterios determinados y que puede tener desarrollo económico propio de la misma manera que el denominado “patrimonio especial” o patrimonio fideicometido. Por lo que, siguiendo la lógica del autor alemán, la situación particular del “patrimonio especial” o patrimonio fideicometido, fluye de los fines que la determinan.

Hay numerosos casos en que la misma persona posee numerosos patrimonios independientes entre sí. Los más importantes son los siguientes:

- 1) Cuando se acepta una herencia con beneficio de inventario, el heredero es titular, a la vez, de su propio patrimonio, y del que heredó del ausente.
- 2) El heredero del ausente con presunción de fallecimiento, es titular paralelamente del patrimonio propio y del que heredó del ausente, que se mantienen ambos sin confundirse.
- 3) El deudor desapoderado de sus bienes por el concurso o la quiebra es titular de los bienes cuyo manejo conserva y de los que pasan a la masa.

- 
- 4) Los bienes propios y los gananciales de los cónyuges constituyen masas patrimoniales separadas.
 - 5) Si el hijo adoptado simplemente ha dejado bienes al fallecer, debe distinguirse, a los efectos de su sucesión, entre los que haya recibido de su familia adoptiva y el resto de su patrimonio.
 - 6) Cuando se forma un fondo de comercio, hay separación con el resto del patrimonio del dueño.

La constitución de patrimonios separados del principal, deben surgir siempre de la ley, pues la sola voluntad de las partes es impotente para hacerlo si aquella no lo autoriza. Los patrimonios especiales son conjuntos de bienes afectados a un fin determinado y sometidos a un régimen legal especial.

Tanto, el patrimonio general como los patrimonios especiales provienen de la ley, que trata unitariamente a un conjunto de bienes individuales. Por ello, entiende el jurista que uno y otro patrimonio son universalidades de derecho.

El patrimonio especial o patrimonio fideicometido, por el cual es dable constituir un fideicomiso, se sobre entiende de la referida denominación que dice.

El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicometidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso.

Las teorías riñen entre sí, enfoque con mayor claridad, la separación del patrimonio general y el patrimonio fideicometido, también denominado patrimonio especial, la cual asegura que si puede existir dicho patrimonio de manera independiente del resto del patrimonio.

Ello, ejemplifica una serie de patrimonios a los cuales también se pueden denominar como patrimonios especiales o en este caso patrimonio separados de la masa general, entre ellos menciona las herencias que se adquiere, lo que se hereda por supuesta muerte presunta, los bienes a la muerte de un familiar, los bienes que no se incluyen en el patrimonio conyugal, según el régimen económico del matrimonio no entran al mismo. Los gananciales que se heredan a la muerte del cónyuge. etc.

Es decir, que en conclusión no solo aquellos bienes que se destinan al fin de un fideicomiso de garantía se convierten en patrimonio separado del patrimonio general, si no los demás que se mencionan o como en el caso de aquellas personas que aportan sus bienes a sociedades, esos bienes pasan a tener un nuevo propietario o titular.

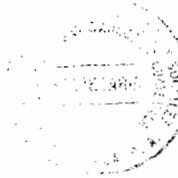
2.12. El plazo del fideicomiso

De conformidad con el Artículo 787 numeral 7º del Código de Comercio de Guatemala, el plazo máximo del fideicomiso es de 25 años, a menos de que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social y según el Artículo 790 del Código de Comercio de Guatemala, los fideicomisos constituidos por un plazo mayor a veinticinco años serán válidos, pero su plazo se entenderá reducido al máximo legal.

Asimismo, cuando se designe fideicomisario a una entidad estatal, o una institución de asistencia social, cultural, científica o artística con fines no lucrativos o a un incapaz o enfermo incurable, el plazo del fideicomiso podrá ser indefinido.

El Código de Comercio de Guatemala estipula que el plazo máximo es de 25 años, del contenido de dicho precepto legal se puede deducir que no hay prohibición para que pueda otorgarse por un plazo menor. El plazo no puede dejarse de establecer en un contrato de fideicomiso, porque será el tiempo durante el cual se estarán ejecutando los fines del fideicomiso; y el tiempo durante el cual el propietario pierde la titularidad del bien, si fuere el caso. Amparados en el Artículo 1279 del Código Civil, el cual establece: "El plazo solamente fija el día o fecha de la ejecución o extinción del acto o negocio jurídico". En nuestro caso se fija la fecha para el cumplimiento del fin del fideicomiso."

Al tenor del Artículo ya citado, se constata que la excepción al plazo legal, es en el caso de que el fiduciario establecido, sea una entidad estatal, o una institución de asistencia social, cultural, científica o artística pero con fines no lucrativos, es decir que como no hay fines lucrativos, los fondos son administrados en mejor manera porque se recibe la misma cantidad. Ahora en el caso de los incapaces o enfermos incurables la necesidad es más evidente y la parte más débil que necesita más protección que otros, quizá por eso al crearse la ley se decidió hacer dicha excepción para garantizar el desarrollo de la vida de esas personas durante todo el tiempo que sea necesario. A mi criterio, en este caso debiera existir un órgano que



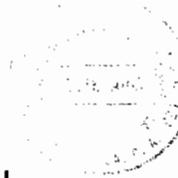
supervisara este tipo de fideicomisos porque puede ser que otros se beneficien y en mejor manera que el propio fideicomisario, perdiendo así, su fin el fideicomiso y que lo hará extinto.

2.13. Clases de fideicomiso

Las variedades de fideicomiso son ilimitadas, únicamente están condicionadas a la amplitud y flexibilidad de la ley, a la inventiva humana y a la densidad de las relaciones económicas y jurídicas de la sociedad. Explícitamente el Código de Comercio de Guatemala, se refiere a dos clases:

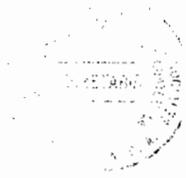
- a) Fideicomiso de garantía (Artículo 791) en el cual para asegurar el cumplimiento de una obligación entregan determinados bienes en fideicomiso a un banco, el que, como fiduciario, puede promover la venta de los bienes fideicometidos en el caso de incumplimiento del deudor. Dicha venta se hace en pública subasta ante notario y es nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta. El fiduciario en esta clase de fideicomiso debe ser distinto del acreedor. Las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilan a los créditos con garantía real.

- b) El fideicomiso para la creación de certificados fiduciarios (Artículo 609 al 614) en él, los bienes fideicometidos pueden ser muebles o inmuebles; el fiduciario es el encargado de crear los títulos y éstos circulan como valores de inversión. Otra



clase de fideicomiso son los de administración, que tienen por finalidad que el fiduciario maneje el patrimonio fideicometido en provecho del fideicomisario; los de inversión, cuya finalidad es que el fiduciario realice operaciones en las cuales puede obtener beneficios el fideicomisario; los de herencia, que tienen por objeto evitar las molestias de los juicios sucesorios, permiten que el fideicomitente al tener al mismo tiempo el carácter de fideicomisario, reciba mientras viva los productos del patrimonio fideicometido y a su muerte el fiduciario titula y entrega los bienes fideicometidos a las personas designadas en el acto constitutivo.

Únicamente trataré el contrato de fideicomiso de garantía, por ser el tema que desarrollo en este trabajo y que expondré en el siguiente capítulo. El fideicomiso de garantía es otra forma de cumplir las obligaciones. Si se tratara de deudas con entidades bancarias, el fiduciario tendría que ser diferente al acreedor, debido a que si el acreedor es el fiduciario, este tendría más interés por recuperar el dinero que se le debe, que ir en busca de los intereses del fideicomitente-deudor, es decir que no se cumpliría con el fin del fideicomiso que es ir siempre en pro de los beneficios del fideicomisario que muchas veces es el mismo que el fideicomitente.



CAPÍTULO III

3. El fideicomiso de garantía

En este capítulo, trataré el fondo de este trabajo de tesis, el fideicomiso de garantía, ahora que ya he expresado lo que es un fideicomiso será más fácil comprender el tema principal de este trabajo.

Intentare, en este capítulo, describir la estructura del contrato de fideicomiso de garantía, con el fin de resaltar las ventajas e inconvenientes, a mi criterio más ventajas que inconvenientes que la figura presenta a la luz de la ley como instrumento legal para asegurar lograr el cumplimiento de las obligaciones.

Esta figura, es una consecuencia de que el hombre ha agudizado su ingenio en búsqueda de nuevas formas jurídicas, o el perfeccionamiento, de las ya existentes, a la hora de garantizar sus créditos de una mejor manera, una manera que le asegure el recupero del capital (recuperar el capital), otorgado frente al incumplimiento del deudor.

Hasta la fecha, se han utilizado principalmente dos figuras que se podrían llamar clásicas en cuanto a garantías reales se refiere, como son la prenda y la hipoteca, no obstante se ofrecen en el ordenamiento jurídico otras pero que han resultada de escasa o nula utilización y en el ámbito de las garantías personales que se han destacado por su utilización la fianza y el aval. Al concluir la lectura de este trabajo, esta

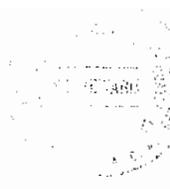


figura será una herramienta que tendrán muy presente llegado el momento de elegir un medio para garantizar sus créditos.

De tal forma, que en la actualidad el fideicomiso de garantía se ha convertido en una opción para darle cumplimiento a obligaciones crediticias y con ello es menos factible que el bien con el que se garantizó el cumplimiento de la misma se pierda; puesto que en el fideicomiso de garantía se tiene la opción que con el mismo bien se inicie otra actividad mediante un contrato de fideicomiso y con los frutos del mismo se vaya cumpliendo la obligación, teniendo la certeza que el bien aún sigue produciendo y en determinando momento regresará a la titularidad del deudor.

3.1. Concepto de fideicomiso de garantía

Antes de proceder a dar el concepto de fideicomiso, es propicio refrescar conceptos básicos como debe ser el de garantía: "El cual transluce la lucha existente entre el cumplimiento de una obligación y la frustración de la relación.

Se trata de un compromiso que asumen los particulares voluntariamente frente al riesgo que puede conllevar el incumplimiento de la obligación. La finalidad de este tipo de fideicomisos es asegurar el cumplimiento de la obligación.

La mayoría de las veces, puede conceptualizarse como aquellos por los cuales se transfiere al fiduciario 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 bien y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor a cuyo favor se ha constituido, cancelando total o parcialmente la deuda impaga. Se trata de un medio para proteger ciertos bienes y en caso de mora ejecutarlos extrajudicialmente conforme al procedimiento establecido por las partes en el acto constitutivo, en consecuencia la actividad del fiduciario estará signada por ese fin.

El Decreto 2-70, Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 791 establece: "Fideicomiso de garantía: 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. Las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilarán a los créditos con garantía real. El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor".

De conformidad con la norma transcrita, es evidente que la ley no da un concepto ni una definición de lo que es un fideicomiso de garantía, por lo que me fue necesario recurrir a la doctrina para auxiliarme, encontrando que:

"El fideicomiso de garantía se perfila, en el medio, como un excelente mecanismo para asegurar la rápida satisfacción de las obligaciones incumplidas, con obvia superioridad respecto de las llamadas garantías tradicionales (hipotecas, prenda, etc.). Como primera aproximación, se describe fideicomiso de garantía como el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria), de uno o más bienes a un fiduciario



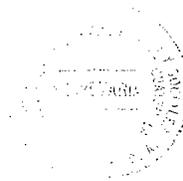
con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria”.²³

Se dice que el fideicomiso en garantía puede suplir a la hipoteca y a la prenda, preciso es citar el Artículo 822 del Decreto Ley 106 Código Civil de Guatemala, el cual refiere que la hipoteca es: “Un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación”.

Por su parte, el Artículo 823 del mismo cuerpo legal establece que: “La hipoteca afecta únicamente los bienes sobre que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente ni aun por pacto expreso”, lo que quiere decir que no hay saldo insoluto; y que dentro de los derechos del acreedor hipotecario está promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación sea exigible y no se cumpla. Además, que es nulo el pacto de adjudicación en pago que se estipule al constituirse la hipoteca.

Adicional a lo indicado en el Artículo 880 del Código Civil de Guatemala se define la prenda como: “Un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación, que no hay saldo insoluto y que la prenda afecta únicamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, sin que el deudor quede obligado personalmente, salvo pacto expreso, que los derechos que

²³ **Ibid.** Pág. 129.

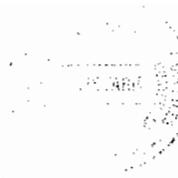


tiene el acreedor es de ser pagado con preferencia a otros acreedores del precio en que se venda la prenda. Es nulo todo pacto que autorice al acreedor para apropiarse la prenda o para disponer de ella por sí mismo en caso de falta de pago".

El Artículo 884 del mismo código, establece las formalidades para la constitución de la prenda, las cuales pueden ser en escritura pública o documento privado, haciéndose constar la especie y naturaleza de los bienes dados en prenda, su calidad, peso, medida, cuando fueren necesarios, y demás datos indispensables para su identificación; nombre del depositario y especificación de los seguros que estuvieren vigentes sobre los bienes pignorados.

La aceptación del acreedor y del depositario deberá ser expresa. Una vez se recuerda lo que es el concepto de la hipoteca y la prenda, se encuentra una gran diferencia con el fideicomiso de garantía, porque en el fideicomiso de garantía se tiene la opción de subastar el bien en forma voluntaria (subasta voluntaria); y como existe el consentimiento del fideicomitente y fideicomisario, si fuere el caso, hará que el trámite sea más rápido, menos costoso mientras que en el caso de la hipoteca y la prenda, deberá iniciarse un juicio ante el órgano jurisdiccional competente y eso hará el trámite más largo, engorroso, costoso y sobre todo desgastante para las partes involucradas.

- a) Conceptos doctrinarios: con el único fin de enriquecer más este trabajo de tesis, cito varios conceptos doctrinarios que ayudarán a comprender mejor lo que es un fideicomiso de garantía y que aportan información, y el cual ha sido definido como aquel negocio fiduciario por el cual el propietario pleno de uno o varios



bienes determinados (fiduciante), se obliga a transmitir el dominio fiduciario de los mismos a otra persona (fiduciario), para garantizar de ese modo el cumplimiento de un crédito, que puede ser propio o de un tercero.

Habrá fideicomiso en garantía cuando: “Una persona (fiduciante), transfiere a otra (fiduciario), la titularidad fiduciaria de bienes con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a su cargo o a cargo de un tercero, debiendo el titular fiduciario proceder, una vez acreditado el incumplimiento, de conformidad con lo mandado en el pacto de fiducia”.²⁴

“Es 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”.²⁵

El fideicomiso de garantía es: “El que el fiduciante transmite al fiduciario bienes individualizados en garantía de un crédito, propio o ajeno, con el encargo de que, en caso de incumplimiento del deudor, destine los frutos de los bienes o el producido de su liquidación al pago de la deuda”.²⁶

²⁴ Uría González, Rodrigo Aurelio. **Tratado de derecho mercantil**. Pág. 51.

²⁵ **Ibid.** Pág. 61.

²⁶ Mármol Marquis, Hugo. **El contrato de fideicomiso**. Pág. 90.



De los conceptos, se infiere la mecánica del funcionamiento de este negocio jurídico. Hay una transmisión de dominio fiduciario sobre la base de la confianza con la siguiente particularidad, que hace a la causa el fin del contrato, y que caracteriza a esta especie de fideicomiso. Como se puede advertir, la causa del negocio fiduciario de garantía juega un papel fundamental desde un doble punto de vista, debido a que primero delinea los límites de la capacidad de derecho con que cuenta el fiduciario para administrar los bienes fideicometidos; y, segundo, se vincula con la condición (falta de pago de la deuda garantizada), a cuyo cumplimiento está sujeta la duración del dominio fiduciario. En lo personal podría definir el contrato de fideicomiso de garantía como el negocio fiduciario, mediante el cual a través de un contrato se trasladan o destinan en dominio, ciertos bienes que servirán para darle cumplimiento a una obligación, resguardando al final del mismo la titularidad del o los bienes, que le será devuelta al deudor al momento en que el fideicomiso se extinga.

3.2. Características de los fideicomisos en garantía

- a) Es mutable: ya que su objeto puede ser determinado o determinable.
- b) Es sustituible y ampliable: en cuanto pueden incorporarse a la propiedad fiduciaria otros bienes, ya sea de los frutos de los bienes fideicometidos o el producto de los actos de disposición.
- c) Resoluble: puesto que cumplido el fin del fideicomiso se extingue la obligación garantizada y por ende se extingue el dominio o propiedad fiduciarios.

- d) 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: por cuanto al patrimonio afectación, constituido en fideicomiso, no puede ser agredido por las deudas del fideicomitente, por las personas del fiduciario, por las del beneficiario ni por las del fideicomisario. Este patrimonio, es utilizado como prenda común de los acreedores del fideicomiso. En su esquema básico el fideicomiso de garantía, es un instituto apto para el desarrollo del crédito, útil para las partes en cuanto se refiere al resguardo del derecho de terceros y beneficiosa para el funcionamiento normal de los negocios, con lo cual se podría decir que es una herramienta óptima para el desarrollo de la operatoria de cualquier ente.

En conclusión, con las características citadas puedo señalar porque el fideicomiso de garantía, puede reemplazar con ventajas a la hipoteca y a la prenda como anteriormente se indicó y para ello el fideicomitente transmite un bien en propiedad fiduciaria para garantizar el cumplimiento de una obligación a favor de un tercero, con instrucciones de que, si la deuda no es pagada, el fiduciario puede proceder a disponer de la cosa y con el producto de la venta, cumplir ante el acreedor y el remanente líquido (lo que queda después de satisfacer la deuda), lo reintegra al fideicomiso para satisfacer cualquier servicio que haya quedado pendiente, o en su caso, al fideicomitente.

3.3. Ventajas del fideicomiso de garantía

Cuando se recurre a un fideicomiso de garantía, el acreedor obtiene una posición más sólida y consigue un control mayor que el que podría obtener mediante la constitución de derechos reales de garantía como la prenda y la hipoteca.

La creación de un patrimonio separado logra aislar el bien objeto de la garantía poniéndolo fuera del alcance de los acreedores personales no solo del fiduciante, sino también del mismo fiduciario y del beneficiario. Es por eso, que dicho contrato le genera más ventajas.

- a) **Ventajas para el acreedor: las ventajas del fideicomiso de garantía superan con creces a las que se predicen de las clásicas garantías reales (hipoteca y prenda).**

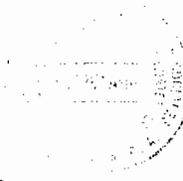
Se enuncian algunas de las principales:

- 1) **Es más económico en la faz de cumplimiento del fideicomiso.**
- 2) **Obvia el proceso judicial de ejecución y las demoras que lo caracterizan.**
- 3) **Está fuera de la órbita concursal o la quiebra del deudor garantizado, salvo fraude.**
- 4) **Es una garantía autoliquidable por excelencia.**

- 
- 5) Facilita la sindicación de acreedores respecto de los bienes fideicometidos.
 - 6) Permite la realización de la garantía a valores de mercado por medio de un procedimiento ágil y extrajudicial sin los costos, demoras y manejos especulativos que con frecuencia se producen en las subastas judiciales.
 - 7) Permite la utilización de activos considerados poco aptos para servir como garantía.
 - 8) El fideicomiso de garantía, en comparación con otras garantías, en particular las reales, como la prenda y la hipoteca, tiene una característica común debido a que el acreedor garantizado con fiducia de garantía goza de pago preferencial sobre los demás acreedores del deudor. No en virtud de un privilegio sobre la cosa, sino simplemente porque los bienes no están en el patrimonio del deudor sino en el patrimonio separado del fiduciario.
- b) Ventajas para el deudor: el fideicomiso de garantía no solo tiene ventajas para el acreedor, y obviamente para el fiduciario, sino que también las tiene para el deudor (fiduciario-fideicomitente):
- 1) Facilita la realización eficiente de los bienes en caso de tener que hacerse efectiva la garantía y no por medio de los costos, prolongados y deteriorantes procesos judiciales de ejecución. Con ello, se benefician tanto el deudor como el acreedor.



- 2) Frente a la hipoteca y a la prenda, debido a que es más económica en su constitución y modificación, y la realización es menos desgastante y más predecible.
- 3) Su empleo reduce el costo del crédito, que a la postre soporta el deudor, porque no se debe prever el anticipo de gastos de justicia, que inicialmente, casi sin excepción, los enfrenta el acreedor.
- 4) Es sustancialmente inferior el tiempo de reembolso en comparación con otras garantías que no son autoliquidables.
- 5) Es sabido que el sobrecosto por mayor riesgo o el costo de ejecución de bienes gravados, en definitiva, lo paga el deudor.
- 6) El fideicomitente cuando transmite la propiedad fiduciaria de bienes con finalidad de garantía, no disminuye necesariamente su patrimonio si, a cambio de ello, recibe alguna contraprestación (presente o futura), ya sea que él (por vía del contrato de fideicomiso) se autodesigne beneficiario o fideicomisario, o bien la contraprestación provenga de un tercero.
- 7) En cualquiera de esos casos lo que hace el fiduciante es cambiar la naturaleza de su activo, es decir que en el fideicomiso de garantía, el fiduciante, a cambio de la transmisión del bien, el fiduciario adquirirá respecto de éste (y su



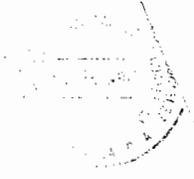
patrimonio separado) un derecho personal a la restitución si cumple como es debido con la obligación garantizada.

Con las ventajas para los otorgantes de un fideicomiso, queda todavía más claro que el contrato de fideicomiso de garantía, debiera tenerse siempre presente en caso de que el deudor se encuentre en el cumplimiento de su obligación, ya que otorgar un contrato de estos, no solo asegura que termine de cumplir con la deuda que haya adquirido, sino que también garantiza mantener la titularidad del bien o bienes objeto del mismo al finalizar o extinguirse el fideicomiso y que si al final el fideicomiso no surtiera los efectos que esperan.

Por ende, se puede proceder a vender el bien o bienes por el precio del mercado actual, pudiendo de esa manera también salir beneficiado porque no solo cumplirá con su obligación, sino que también logrará obtener una retribución económica mayor; ya que si el bien fuera rematado por la tradición como lo es en un juicio ejecutivo, podría dejar de obtener dicha retribución económica, ya que ese tipo de remates, es casi seguro que se hará por el valor de la deuda que se tenga y no por el valor del bien.

3.4. Diferencias del fideicomiso de garantía con las garantías reales de hipoteca y prenda con registro

Aunque ya se trataron las ventajas para el acreedor y para el deudor, es necesario que se establezcan las diferencias que existen entre el fideicomiso de garantía y las garantías reales como lo son la hipoteca y prenda que necesitan registro.



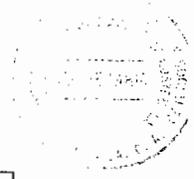
“En cualquiera de las dos garantías reales, en la hipoteca, y en la prenda con registro, es necesaria la intervención de un juez, mientras que tratándose de un fideicomiso de garantía, no. A diferencia de la hipoteca y de la prenda, tratándose del fideicomiso de garantía, el grado de autoliquidación es máximo, pues no existe conocimiento judicial previo alguno a la ejecución patrimonial, soslayándose toda intervención jurisdiccional. De tal forma, acaecido el incumplimiento del deudor, el fiduciario deberá proceder a liquidar el bien fideicometido, y una vez realizado, entregárselo a los acreedores hasta la satisfacción de sus créditos, con más sus intereses si existieran. Si hubiera remanente, se entregará al fideicomitente o fideicomisario, en su caso, o a la persona que se hubiera convenido en el fideicomiso”.²⁷

El patrimonio fideicometido en garantía podrá realizarse, frente al incumplimiento del deudor, a valores cercanos a los de mercado, beneficiando a las partes los menores costos que producirá la realización extrajudicial del bien, y la mayor celeridad con que se liquidarán los bienes.

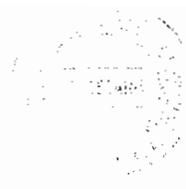
En la realización del patrimonio fiduciario, el deudor podrá exigir que la venta se concrete al mejor precio posible, a los efectos de generar mayores garantías a los acreedores, y la posibilidad de obtener un remanente en su beneficio.

Básicamente, las diferencias que existen entre diferencias del fideicomiso de garantía con las garantías reales de hipoteca y prenda con registro pueden resumirse así:

²⁷ **Ibid.** Pág. 191.



GARANTIAS REALES: HIPOTECA Y PRENDA	FIDEICOMISO DE GARANTÍA
A la hora de hacerla efectiva debe existir la intervención de un juez.	Como es autoliquidable, basta la intervención del notario.
En caso de incumplimiento se debe demandar ante un órgano jurisdiccional competente.	En caso de incumplimiento se procede a la subasta voluntaria ante un notario.
En cuanto al valor, será ejecutada por el valor de la deuda más costas procesales.	Se puede subastar por el valor actual, obteniendo así mayor retribución económica.
El tiempo invertido será más largo, engorroso y desgastante.	Se invertirá menos tiempo y el trámite será menos desgastante.



CAPÍTULO IV

4. La venta en pública subasta de los bienes fideicometidos en el fideicomiso de garantía

- a) Subasta voluntaria: su origen etimológico proviene de las palabras latinas sub y hasta, es decir, bajo la lanza, debido a que tiene sus orígenes en la práctica de vender el botín obtenido en la guerra bajo la lanza del que lo hubiera obtenido así. La subasta, pues proporciona la idea de una venta pública de bienes, con el propósito de adjudicar la cosa en el mejor postor, es decir, a quien ofrezca más dinero por adquirir el objeto a la venta.

La subasta es voluntaria cuando no existe una orden judicial para que se efectúe, con miras a pagarle a un acreedor, sino que la persona, de manera libre y autónoma, decide vender algún bien inmueble que le pertenece.

El supuesto jurídico de la subasta voluntaria consiste pues, en que el legítimo propietario de un bien decide, sin coacción ni un requerimiento de persona o autoridad alguna, realizar la venta de algo (bien o derecho) que le pertenece.

La subasta voluntaria, a su vez puede realizarse en forma judicial o notarial. Es judicial si el propietario del bien que se debe subastar opta por acudir ante juez para la realización del trámite y gestión del procedimiento.



La subasta notarial es la que realiza el propietario de un bien, que dispone libremente del mismo para venderlo, ante los oficios de un notario dentro de la vía jurisdicción voluntaria notarial.

Atendiendo a los supuestos legales contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, la subasta voluntaria puede realizarse sobre bienes muebles o inmuebles. Es factible que sobre el bien en cuestión exista algún tipo de gravamen o anotación. Con base en todos estos elementos, se puede afirmar que la subasta voluntaria constituye una alternativa para el propietario, quien tiene obligaciones que cumplir con respecto al bien o bienes que desea subastar, y opta por venderlos a través de este mecanismo cuando aún puede de manera voluntaria lograr arreglo de compraventa que le sea favorable, antes de que llegue a ser el caso de que se vea afectado por una ejecución forzosa.

En la práctica, tanto judicial como notarial, la subasta voluntaria es un procedimiento poco utilizado. Sin embargo, su poco o nulo uso no significa que sea inútil. Antes bien, se cree que se conoce poco, y constituiría una alternativa viable para los propietarios, si es que contaran con la asesoría legal y notarial adecuada, para evitar un ejecución forzosa que finalmente puede resultarles y les resulta más perjudicial.

En el derecho, en general, y en el derecho notarial en particular, el que una institución no se utilice no significa que sea inútil. Sino que, como sucede en este caso, su uso está condicionado al entorno social, cultural, comercial y económico que en determinado momento prive. Muchas veces el desconocimiento general entre la



población de la ley limita las bondades que pudieran devenir del uso de determinadas instituciones.

De cualquier forma, es necesario conocer tanto la normativa vigente como el procedimiento, con sus respectivos documentos, que utilizan en este asunto de jurisdicción voluntaria, pues constituye normativa vigente y positiva.

La subasta voluntaria es un procedimiento para la venta de bienes, mediante el cual el deudor puede satisfacer la obligación que tenga pendiente y así evitar ser demandado, porque si fuere demandado para el cumplimiento de la obligación, el deudor perdería la oportunidad de rematar el bien por el precio actual, ya que el acreedor no busca el beneficio del deudor sino que únicamente busca recuperar el saldo de la deuda. Mientras que si el bien se subasta en forma voluntaria puede optar a recibir sino el precio actual del bien, un mejor precio que por que se remate en la vía judicial.

El notario, en este caso, juega un papel importante para su cliente, porque sabiendo de esta posibilidad, debe informarla a su cliente para que quien sepa de este mecanismo alternativo previo a soportar una demanda que además le ocasionaría más gastos que los de la deuda, pues es posible que a través de un juicio ejecutivo sea condenado a pagar las costas procesales, no únicamente de la parte demandante sino que también los honorarios del abogado que lo auxilie y que tantos más rubros que se pueden agregar, puede optar por constituir un fideicomiso de garantía. Todo con el fin de cumplir su obligación y tener la certeza que obtendrá el mejor precio por la venta y de esta manera evitar enfrentarse ante un juicio que además está decir, largo y desgastante.

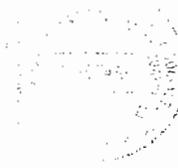


4.1. Base legal y descripción del procedimiento para la realización de la subasta voluntaria.

La regulación específica del proceso de subasta voluntaria, tanto en la vía judicial como notarial, está contenida en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, en los artículos 447, 448 y 449. El Código Procesal Civil es la ley que sirve de fundamento para dicho proceso, específicamente el Artículo 449, que establece: "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."

Sin embargo es preciso indicar que también sirven como apoyo:

- 1.- El Código Civil, Decreto Ley 106.
- 2.- Ley del Impuesto Único Sobre Inmuebles Decreto 15-98 del Congreso de la República de Guatemala.
- 3.- Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala.
- 4.- Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala.
- 5.- Ley del IVA Decreto 27-92 del Congreso de la República de Guatemala.

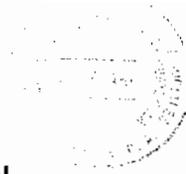


- 6.- Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos Decreto 37-92 del Congreso de la República de Guatemala.
- 7.- Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.
- 8.- Constitución Política de la República de Guatemala.

4.2. Desarrollo de una subasta voluntaria

El procedimiento para desarrollar la subasta voluntaria es:

1. Acta notarial de requerimiento: acompaña título de propiedad del inmueble; solventa de pago del último trimestre del Impuesto único sobre inmuebles. artículos 447 y 449 del Código Procesal Civil y Mercantil y 2 del Decreto 54-77.
2. Primera resolución: da trámite a las diligencia. Artículo 447 Código Procesal Civil y Mercantil y 2 del Decreto 54-77, dos timbres notariales de Q 1.00.
3. Notificación de la primera resolución: Artículo 66 y 447 Código Procesal Civil y Mercantil.
4. Acta notarial de subasta: en esta el vendedor acepta o rechaza las ofertas que le hacen los postores. Si acepta la oferta el notario lo hace constar y



específicamente las estipulaciones del contrato. Artículo 448 del Código Procesal Civil y Mercantil.

5. Escritura traslativa de dominio: (compraventa de bien inmueble). Artículo 1790 del Código Civil, Decreto Ley 106.
6. Pago de impuesto: se cubre el impuesto al valor agregado (IVA), Artículo 4, numeral 1, Ley del Impuesto al Valor Agregado Decreto 27-92 del Congreso de la República.
7. Presentación del testimonio de la escritura para su inscripción (lleva duplicado): se debe presentar para su inscripción ante el registro que corresponda.
8. Remisión del testimonio especial: el Artículo 37 y 69 de Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, estipula que se debe presentar ante el Archivo General de Protocolos, satisfaciendo el impuesto del timbre notarial que genera.
9. Avisos notariales: ante la Dirección general de bienes inmuebles y a la Municipalidad correspondiente, según el Artículo 38 de la Ley del Impuesto Único Sobre Inmuebles y Artículo 40 del Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado.

- 
10. Remisión del expediente al Director del Archivo General de Protocolos: no hay plazo para hacerlo y únicamente hay en rectificación de área de 45 días.

4.3. Las cláusulas que contiene un contrato de fideicomiso de garantía

“El aspecto que la doctrina ha recomendado como más delicado y por lo tanto, susceptible de ser regulado con gran cuidado en el fideicomiso de garantía, es el procedimiento de la venta en pública subasta ante notario de los bienes, en caso de incumplimiento del fideicomitente. No existe la solución expresa en la legislación guatemalteca por callar en este sentido, limitándose a señalar que el procedimiento debe ser una venta en pública subasta ante notario.

Es en cada contrato en particular en donde debería preverse los pasos para determinar tanto el incumplimiento como la forma de llevar a cabo la venta, siempre buscando lograr los fines para los cuales se celebró el contrato de fideicomiso. Lo que debe buscarse es que el procedimiento sea transparente, que el valor del bien se fije por una persona experta, que existan plazos claros para que el deudor que ha incumplido pueda cancelar la obligación antes de proceder a la venta. Que los bienes se ofrezcan por medio de procedimientos dotados de suficiente publicidad y que en lo posible la venta de los bienes se haga a precio de mercado, de forma que no pueda sostenerse de ninguna manera que por esta vía se causa algún perjuicio al deudor.

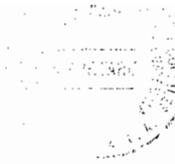
En la legislación guatemalteca por no existir ninguna normativa para el procedimiento que debe seguirse en la venta en pública subasta de los bienes dados en garantía en

un fideicomiso de garantía, son los propios contratantes quienes en uso de su autonomía de la voluntad y haciendo uso del derecho de propiedad consagrado en la Constitución Política de la República de en su Artículo 39 establece: "Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de su propiedad y estipulan las bases legales aplicables en toda la vida del contrato".

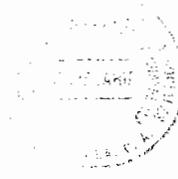
La base del fideicomiso es la claridad en sus cláusulas sobre todo en cuanto a la determinación del incumplimiento de la obligación, así como en el procedimiento de la venta. Se debe hacer de modo que no haya forma de que el fiduciario tenga que decidir el incumplimiento. En la práctica se utilizan diversos procedimientos.

Para los efectos prácticos del presente trabajo se muestra un ejemplo que contiene las cláusulas que por lo general contiene un contrato de fideicomiso de garantía, en donde se establece el procedimiento de determinación del incumplimiento de la obligación y la forma de llevar a cabo la venta:

1. La venta en pública subasta de los bienes que integran el patrimonio fideicometido, será procedente cuando ocurra el incumplimiento de las obligaciones de los fideicomitentes; garantizadas por el fideicomiso, de acuerdo a lo previsto en el contrato.
2. Se practica un avalúo por un experto designado por el fiduciario para fijar el valor que servirá de base para la venta.



3. El fiduciario designará al notario subastador y fijará libremente el lugar, fecha y hora del evento.
4. La subasta relacionada se anunciará por las veces y durante el plazo que los contratantes estimen conveniente en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación.
5. Los avisos 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 fuere aplicables, y las demás estipulaciones que el fiduciario estime conveniente.
6. El día de la subasta únicamente se admitirán postores que depositen previamente en las cajas del fiduciario el (%) de la base de la subasta, sin el requisito del depósito referido, ningún interesado podrá ser considerado como postor. Dicha base no será menor al capital adeudado por el fideicomitente.
7. La subasta se llevará acabo con la presencia obligada del representante legal fiduciario y del fideicomitente.
8. El fiduciario no aceptará ninguna gestión o acción que tienda a impedir la celebración de la subasta, salvo la del pago total.
9. El fiduciario adjudicará el bien o bienes rematados al mejor postor y de no haber postores, el beneficiario podrá solicitar se le adjudique a él.



10. Fincada la subasta sobre cualesquiera de los bienes objeto de la misma, una vez pagado el monto de la adjudicación por el interesado, el fiduciario otorgará de inmediato la escritura traslativa de dominio a favor del postor o bien la escritura de transmisión del bien al beneficiario.
11. Podrán participar como postores en la subasta los fideicomitentes para el caso de los bienes transmitidos por ellos al fideicomiso sin necesidad del depósito anteriormente consignado en el entendido de que en igualdad de condiciones, se le dará preferencias al fideicomitente que efectuó la transmisión del subastado al fideicomiso, resguardándosele en el derecho de rescatar los bienes subastados.
12. El producto de la venta que se obtenga de la subasta, servirá para hacer pago en su orden: a) el reembolso al fiduciario de los gastos y honorarios de la subasta pública; b) el pago al fiduciario de las comisiones, gastos, honorarios y demás obligaciones que se le adeuden, por su gestión como fiduciario; c) el pago del capital adeudado, intereses y gastos a beneficiario; d) en caso de haber algún remanente después de hacer los pagos descritos, se entregará, al fideicomitente o fideicomitentes que hubieren transmitido el bien o bienes al fideicomiso objeto de la subasta.
13. El o los fideicomitentes que hayan transmitido al fiduciario los bienes inmuebles, objeto de la subasta, tienen derecho a rescatarlos hasta antes del otorgamiento de la escritura traslativa de dominio por el fiduciario, pagando en su totalidad la



obligación, interés, impuestos, honorarios, gastos y demás cargas que pesen sobre la obligación de que se trata.

14. Una vez formalizada la traslación del dominio a favor del adquirente, si los fideicomitentes que causaron la subasta por el incumplimiento de su obligación ante beneficiario, tuvieren la posesión del bien o los bienes adjudicados, quedan obligados a la formal entrega de los mismos en un determinado plazo al de la formación, sin necesidad de los trámites del juicio de desahucio, transcurrido dicho término sin que se verifique la entrega o la desocupación en su caso, el juez ante quien recurra el nuevo propietario ordenará el lanzamiento, sin más trámite.

Al dejar plasmadas las cláusulas de la subasta voluntaria en el contrato de fideicomiso de garantía, lo hace una figura más recomendable, porque desde el inicio los otorgantes están sabidos de lo que puede suceder, y contraría lo que en muchas ocasiones se ha pensado, de que la subasta voluntaria viola los derechos del deudor, lo cual no comparto, porque todo otorgante de cualquier clase de contrato, se informa, además de en el otorgamiento del contrato, previo a la firma de las partes, estos proceden a darle lectura y de esa forma ratifican y firman.



CONCLUSIONES

1. Se desconoce la evolución del derecho mercantil y del contrato mercantil, así como de la diversidad de contratos mercantiles que existen, los cuales pueden ser típicos y atípicos, no permitiendo el desarrollo de la disciplina jurídica al ser la que genera un mayor número de divisas en las negociaciones por su carácter innovador y garante del cumplimiento de obligaciones.
2. La falta de conocimiento de que una de las formas de ejecución del fideicomiso de garantía a través de la subasta voluntaria, así como también en forma notarial y en forma judicial; sin embargo el objeto de creación y sometimiento a un contrato de fideicomiso de garantía no es que se llegue a ninguna clase de subasta, aunque si es posible que suceda por los inconvenientes que surjan.
3. Con la opción de la subasta voluntaria, el deudor puede evitarse problemas económicos, los cuales pueden afectarle porque la venta del bien por esta vía le genera más retribución económica que si lo hiciera por la vía judicial, o sea decir que la subasta del bien puede ser por el precio del mercado, mientras que en la ejecución judicial, el bien es rematado por el precio de la deuda.



4. No es de pleno conocimiento la ventaja de que el deudor acuda al fideicomiso de garantía para el mantenimiento de la titularidad del bien o bienes según corresponda, para que se evite su disminución debido a que sus acreedores no pueden embargarlo porque pasa a formar parte del patrimonio fideicometido que por imperativo legal no permite el embargo.

5. La ejecución del bien en subasta voluntaria no viola el principio de derecho de defensa, porque todo queda pactado en el contrato de fideicomiso y si existiere incumplimiento es sobreentendido que ya sabe que podría ocurrir la subasta, por lo que con la firma del contrato de fideicomiso de garantía, queda plenamente notificado.



RECOMENDACIONES

1. La sociedad guatemalteca tiene que encargarse de crear mecanismos para que todas las personas interesadas puedan profundizar el estudio de los fideicomisos, de tal forma que puedan conocer no solo los elementos personales, formales y reales, sino que también puedan tenerla como una opción para garantizar deudas.

2. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, utilizando el procedimiento legal, cree un registro de fideicomisos, con el fin de que en el mismo lleve un control específico de todos los fideicomisos que se otorguen en el país y con ellos resguardar la certeza y seguridad jurídica en el cumplimiento del fin de los fideicomisos.

3. En Guatemala, como ya lo es en otros países, debe existir una ley específica que norme la creación, funcionamiento, derechos, obligaciones y demás requisitos legales, bajo los cuales se rijan las personas que opten por el uso de un fideicomiso en el país, para garantizar la seguridad jurídica que tiene que existir en Guatemala.

- 
4. El contrato de fideicomiso de garantía debiera ser una alternativa para todas aquellas personas que tengan problemas económicos y que les sea imposible acudir a alguna clase de préstamo o crédito, o que en su caso les sea imposible seguir cumpliendo una obligación derivada del incumplimiento contractual existente.

 5. Las instituciones bancarias que son las encargadas por imperativo legal de administrar fideicomisos en su calidad de fiduciarios, debieran ocuparse en promover ante el órgano legal correspondiente, la creación de la ley respectiva, con el único y exclusivo fin de que se establezcan sus obligaciones y derechos y que no tengan que estar sujetos a lo estipulado en cada contrato de fideicomiso.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANO NORUEGA, Oscar Alfredo. **Contrato de fideicomiso**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2000.
- AMADEO ARMAS, José Luis. **Los contratos**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Norma Antuña, 1989.
- ARANGO ALARCÓN, José María. **Estudio comparativo de los contratos en el mundo**. México, D.F.: Ed. UTEHA, 2003.
- BENITO, Lorenzo. **Derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1984.
- BONEO VILLEGAS, Eduardo. **Contratos mercantiles**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perto, 1989.
- BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1971.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1977.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Contratos mercantiles**. México, D.F.: Ed. Herrero, S.A., 1973.
- GARRIDO Y COMAS, Jorge. **El contrato de fideicomiso**. Barcelona, España: Ed. Sipes, S.A. 1984.
- GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Nacional, S.A., 1981.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1986.

MÁRMOL MARQUIS, Hugo. **El contrato de fideicomiso**. Caracas, Venezuela: Ed. Ediciones Flor, 1984.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo Aurelio. **Tratado de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Aguirre, 1989.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil**. Guatemala: Ed. Serviprensa, 1988.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.

ZULETA TORRES, José Bernardo. **El contrato de fideicomiso**. Bogotá, Colombia: Ed. Italgaf, 1982.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

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

Código de Notariado. Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala, 1946.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Ley del Impuesto al Valor Agregado (IVA). Decreto 27-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.



Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.
Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, 1977.

Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos.
Decreto 37-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley de Sociedades Financieras Privadas. Decreto Ley 208 del Jefe de Gobierno de la
República de Guatemala, 1964.