

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



**LA ANALOGÍA, COMO MECANISMO LEGAL PARA RESOLVER LA FALTA DE  
CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA DEL GUARDADOR, EN LOS BIENES DEL  
AUSENTE**

**MELVIN ESTUARDO RAXCACÓ SESAM**

**GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2015**

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

**LA ANALOGÍA, COMO MECANISMO LEGAL PARA RESOLVER LA FALTA DE  
CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA DEL GUARDADOR, EN LOS BIENES DEL**

**AUSENTE**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MELVIN ESTUARDO RAXCACÓ SESAM**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, noviembre de 2015

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

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

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



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



Guatemala, 02 de junio del año 2010.

Licenciado (a)  
 MAGDALENA CRUZ GÓMEZ  
 Ciudad de Guatemala

Licenciado (a) Cruz Gómez:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a)- Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de ésta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por el (la) estudiante: MELVIN ESTUARDO RAXCACÓ SESAM, CARNÉ NO.200111561, intitulado “LA ANALOGÍA, COMO MECANISMO LEGAL PARA RESOLVER LA FALTA DE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA DEL GUARDADOR, EN LOS BIENES DEL AUSENTE” reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor (a) esta facultado (a) para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes”.

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

**LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

*Lic. Marco Tulio Castillo Lutín*  
 Abogado y Notario

c.c. Unidad de Tesis, interesado y archivo





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



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

ASUNTO: MELVIN ESTUARDO RAXCACÓ SESAM, CARNÉ NO.200111561. Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 386-09.

TEMA: "LA ANALOGÍA, COMO MECANISMO LEGAL PARA RESOLVER LA FALTA DE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA DEL GUARDADOR, EN LOS BIENES DEL AUSENTE".

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) Magdalena Cruz Gómez, Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No.8,218.

*Lic. Marco Tulio Castillo Lutín*  
 Abogado y Notario

**LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN**  
 JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



Adjunto: Nombramiento de Asesor  
 c.c. Unidad de Tesis  
 MTCL/sllh.



Licenciada  
Abogada y Notaria

MAGDALENA CRUZ GÓMEZ  
2ª Avenida. 5-35 zona 1  
Cel. 54826669



Guatemala, 16 de julio de 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**  
Su Despacho.



Doctor:

Atentamente me dirijo a usted para informarle que del nombramiento recaído en mi persona como asesor de tesis, procedí a asesorar el trabajo de tesis elaborado por el Bachiller Melvin Estuardo Raxcacó Sesam, que se intitula "**LA ANALOGÍA, COMO MECANISMO LEGAL PARA RESOLVER LA FALTA DE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA DEL GUARDADOR, EN LOS BIENES DEL AUSENTE**", y sobre el particular me permito manifestarle lo siguiente:

Del trabajo realizado por el ponente, observé que el tema fue desarrollado de manera satisfactoria y que llena los requisitos exigidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, para este tipo de investigaciones. Asimismo, estimo que el presente trabajo es de gran importancia y utilidad por los estudiosos del derecho, y muy especialmente a los que se dedican al estudio del derecho civil.

**A.** El trabajo de investigación presenta coherencia entre los elementos del método científico, en el planteamiento del problema, definición de objetivos, marco teórico, formulación de hipótesis, así como conclusiones y recomendaciones originadas del análisis de resultados obtenidos en el proceso de la investigación, y cumple con las normas establecidas en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales.

**B. Metodología y técnica de investigación utilizada**

La metodología de investigación reúne las condiciones para la consecución de objetivos y ordenamiento de las actividades para una reproducción de análisis descriptivo y explicativo para este tipo de estudio. En relación a las técnicas de investigación se identifica la utilización del análisis documental para el desarrollo de síntesis y deducciones para la posterior generación de conclusiones.

*Licenciada*  
*Abogada y Notaria*

**MAGDALENA CRUZ GÓMEZ**  
2ª Avenida. 5-35 zona 1  
Cel. 54826669



**C. Redacción**

Cumple con las normas mínimas establecidas en el normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

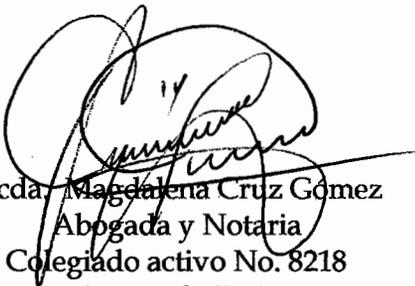
**D. Bibliografía investigativa**

La revisión y análisis documental son de fuentes bibliográficas adecuadas, diversas y actualizada para el objeto de estudio.

**E.** Luego de varias sesiones en las cuales he guiado personalmente al sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, al revisar el documento final, verifico que este satisface tanto en su forma sencilla como en su contenido

En virtud de lo anterior, me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, que el presente trabajo de investigación, llena los requisitos exigidos por la reglamentación de nuestra tricentenaria y gloriosa casa de estudios, para ser discutido en el examen público respectivo.

Atentamente:



Licda. Magdalena Cruz Gómez  
Abogada y Notaria  
Colegiado activo No. 8218  
Asesor de Tesis





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



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 12 de octubre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MELVIN ESTUARDO RAXCACÓ SESAM, titulado LA ANALOGÍA, COMO MECANISMO LEGAL PARA RESOLVER LA FALTA DE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA DEL GUARDADOR, EN LOS BIENES DEL AUSENTE. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

*[Handwritten signature]*



BAMO/srts  
*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*



Lic. Avidán Ortiz Orellana  
 DECANO





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser la fuente eterna de la vida y de la sabiduría, por permitirme culminar una más de mis metas y permitirme compartir y disfrutar de este logro con mi familia y amigos.
- A MI ESPOSA:** Licenciada Jessica Carolina Castillo Cortez, por su amor, apoyo constante para poder obtener este logro, por la paciencia y comprensión en todos esos momentos difíciles.
- A MIS HIJOS:** Dennis Alessandro Raxcaco Castillo y Adrian Estuardo, Raxcacó Castillo, por ser mi inspiración y comprensión en los momentos que no he compartido con ustedes, por tratar de cumplir mis metas.
- A MIS PADRES:** José Domingo Raxcacó González, María Josefa Sesam Perez, por ser ejemplo, apoyo constante y es para ustedes el logro obtenido.
- A MI HERMANO:** José Domingo Raxcacó Sesam, con amor especial y por la unión que siempre nos ha caracterizado.
- A MI SUEGRA** María Ester Cortez Renderos, agradecimiento y el apoyo en todos aquellos momentos difíciles y los ánimos para llegar a cumplir una meta mas.
- A MIS CUÑADOS:** William Alfredo, Licenciada Heydi Catalina, Elvia Verónica, Dani Antonio; por su comprensión, confianza y apoyo para seguir adelante.
- A MIS SOBRINOS:** Por el apoyo brindado.



**A MIS AMIGOS:**

Por su ayuda brindada para poder cumplir esta meta.

**A:**

La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme dado la oportunidad de aprender en sus aulas y permitirme llegar a una más de mis metas.



## ÍNDICE

|                   | Pág. |
|-------------------|------|
| Introducción..... | I    |

### CAPÍTULO I

|   |    |
|---|----|
| 1. La ausencia.....   | 1  |
| 1.1. Definición de ausencia.....  | 8  |
| 1.2. Definición legal de ausencia.....  | 10 |
| 1.3. Clases de ausencia.....  | 11 |
| 1.3.1. Ausencia simple.....   | 12 |
| 1.3.2. Ausencia propiamente dicha.....  | 12 |
| 1.3.3. Ausencia calificada.....   | 13 |
| 1.4. Declaratoria de ausencia.....  | 13 |
| 1.5. Objeto de la declaratoria de ausencia.....   | 15 |
| 1.5.1. Declaración de ausencia para la representación en juicio.....                          | 15 |
| 1.5.2. Declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente..... | 17 |
| 1.5.3. Administración de los bienes por parientes del ausente                                 | 18 |
| 1.5.4. Muerte presunta.....   | 19 |

### CAPÍTULO II

|  |    |
|--|----|
| 2. La representación.....  | 23 |
| 2.1. La representación legal del ausente.....                              | 31 |
| 2.2. El guardador.....   | 34 |
| 2.3. Calidad de guardador.....   | 36 |
| 2.4. Requisitos para ser guardador.....                                    | 36 |
| 2.5. Causas de remoción del guardador.....                                 | 38 |
| 2.6. Obligaciones, facultades, prohibiciones y derechos del guardador..... | 41 |



### CAPÍTULO III

|        |   |    |
|--------|---|----|
| 3.     | Las garantías.....  | 45 |
| 3.1.   | Definición de garantía.....   | 45 |
| 3.2.   | Clases de garantía.....   | 46 |
| 3.2.1. | La hipoteca.....  | 48 |
| 3.2.2. | La prenda.....  | 52 |
| 3.2.3. | La fianza.....  | 56 |
| 3.2.4. | El seguro.....  | 62 |
| 3.3.   | Bienes otorgados en garantía.....                                     | 63 |
| 3.4.   | Garantías otorgadas por los administradores de los bienes del ausente | 64 |

### CAPÍTULO IV

|        |  |    |
|--------|--|----|
| 4.     | La analogía.....   | 65 |
| 4.1.   | Definición de analogía.....                                | 65 |
| 4.2.   | Clases de analogía.....                                    | 69 |
| 4.2.1. | La analogía jurídica.....                                  | 70 |
| 4.2.1. | Analogía legal.....  | 72 |
| 4.3.   | La analogía en el sistema jurídico guatemalteco.....       | 72 |
| 4.4.   | La analogía como mecanismo para prestarse la garantía..... | 74 |
|        | CONCLUSIONES.....  | 75 |
|        | RECOMENDACIONES.....                                       | 77 |
|        | BIBLIOGRAFÍA.....  | 79 |



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación orientado al estudio del área de la administración de bienes de la persona declarada ausente, especialmente en los casos en que el administrador de dichos bienes no es un pariente del ausente y al no existir un mecanismo determinado o reglado para el otorgamiento de garantías específicas otorgadas por el guardador, provoca la idea que debe acudirse a un mecanismo análogo para esta determinación, problemática que es abordada por la necesidad que existe en determinar con claridad qué garantías debe otorgar el guardador al momento de entrar en la administración de los bienes del ausente.

De tal manera que el presente trabajo de investigación partió de la siguiente hipótesis: La falta de regulación legal en el Código Civil respecto al otorgamiento de una garantía de parte del guardador en la administración de los bienes del ausente, sitúa en riesgo los bienes que deba administrar, insuficiencia que puede solucionarse mediante la aplicación de la analogía, por el juez de conocimiento. Es por ello que se propone que la forma, mecanismo o procedimiento a seguir para solucionar el problema, sea analógicamente.

El trabajo está compuesto por cuatro capítulos, el primero refiere a la institución jurídica de la ausencia, partiendo de su definición doctrinaria y legal, clases, y su regulación legal; el segundo contempla la figura jurídica de la representación, como la recoge la doctrina y como la regula el ordenamiento jurídico guatemalteco, el tercero concretiza que clase de garantías debe otorgar el guardador y sobre que bienes podrían recaer



dichas garantías; y, el capítulo cuarto se refiere a la analogía como mecanismo para suplir la forma del otorgamiento de las garantías por parte del guardador en la administración de bienes del ausente.

En el presente trabajo de investigación se utilizaron los métodos lógico-inductivo para el razonamiento que parte de lo particular a lo general, el que permite la formación de la hipótesis, análisis de leyes y doctrinas existentes, el método científico como conjunto de procedimientos lógicos que sigue la investigación para descubrir las relaciones internas y externas de los procesos; y, la técnica documental.

Concluyendo que, no obstante existe regulación, en cuanto a qué clase de garantías debe otorgarse por parte de los administradores de los bienes del declarado ausente, cuando estos son parientes de éste, deberá regularse qué clase de garantías deberá otorgar el guardador cuando entra en la administración de los bienes de aquél, garantías que pueden recaer sobre la hipoteca, la prenda, incluso sobre la fianza y el seguro.



## CAPÍTULO I

### 1. La ausencia

En su acepción más simple, se entiende por ausencia el acto o efecto de no estar presente, la no presencia, es decir no encontrarse en el lugar en el que habitual o comúnmente se encuentra un individuo. Así lo refiere Espín Cánovas, citado por Alfonso Brañas: “Se llama ausente, en sentido vulgar, al que está fuera del lugar en que tiene su domicilio o residencia, Ausencia en este sentido equivale a no presencia. Pero, en sentido técnico, ausente es el que desapareció, ignorándose su paradero y dudándose de su existencia; la ausencia exige, pues, la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona. Este concepto de la ausencia tiene, a su vez, dos modalidades: ausencia propiamente dicha y desaparición (la doctrina alemana llama a esta última ausencia calificada, y a la primera, ausencia simple); la desaparición se caracteriza por la circunstancia del peligro que la acompañó (desaparición en guerra, naufragio, incendio, etc.), circunstancia que falta en la ausencia propiamente dicha”<sup>1</sup> y agrega que conviene observar que ese concepto no es totalmente aplicable a la legislación civil de Guatemala, en referencia al Artículo 42 del Código Civil.

De lo expuesto anteriormente, se infiere que el término ausencia, tiene una acepción técnica, que es la que realmente nos interesa. La Ausencia, aplicada esta terminología a una persona, individual no jurídica (entendida la primera como el ser humano y la segunda como la unión o reunión de personas individuales), la entenderíamos como

---

<sup>1</sup> Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Págs. 70 y 71.



ausente, y se refiere a aquella persona que no está presente en un lugar determinado, lugar en el que habitualmente se ha encontrado o debe encontrarse, con el agregado que se duda de su existencia.

El abogado Manuel Ossorio y citando a Capitant,, indica: "Condición legal de la persona cuyo paradero se ignora. ... es el estado de la persona cuya desaparición y falta de noticias, durante un tiempo más o menos largo, tornan su existencia incierta. Esa situación exige que se adopten medidas para la custodia y administración de los bienes del ausente; y que pueden ser distintas según que el mismo haya dejado, o no, apoderado."<sup>2</sup>

El Tratadista Alfonso Brañas citando a Sánchez Román refiere que la ausencia no fue regulada por los sistemas jurídicos de la antigüedad, "la falta de leyes antiguas sobre la ausencia, y el interés que este estado civil inspira a todos los códigos modernos, es un fenómeno histórico-legislativo de fácil explicación: las generaciones antiguas estaban más unidas al hogar de su patria, ya porque los medios de comunicación no eran tan expeditos y frecuentes, ya porque el espíritu de propaganda, exploración, relaciones comerciales y científicas no alcanzaron en la antigüedad un desarrollo tan completo como en la época moderna, cuyo sello distintivo pudiéramos decir que es un marcado cosmopolitismo; si bien es preciso reconocer la mayor facilidad en los tiempos actuales para adquirir noticias de los ausentes"<sup>3</sup>. En este sentido el tratadista antes mencionado, dentro del análisis del derecho antiguo, manifiesta que no se encuentra

---

<sup>2</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 72.

<sup>3</sup> Brañas. **Op. Cit.** Pág. 72.



regulada de forma sistematizada la institución jurídica de la ausencia y en otros únicamente existen resabios de la misma: "En el derecho romano la ausencia no fue sistematizada "La característica del derecho romano, en orden a los efectos de la ausencia, estriba en que no presumía muerta una persona mientras no se probase, y, por tanto, no se abría sucesión, ni tampoco ninguna a su favor, entregándose los bienes a los herederos sin perjuicio de los derechos de aquel.

En el derecho germánico, por el contrario, presumía la muerte después del transcurso de un lapso relativamente breve. Parece ser, según afirma un tratadista, que en este Derecho no se establecía cautela de bienes, sino que éstos se entregaban en plena potestad a los parientes más cercanos, constituyendo esta entrega una posesión especialísima que luego se consolidaba con el transcurso del tiempo.

Varias circunstancias, como las Cruzadas, las constantes guerras, etc. contribuyeron, durante la Edad Media, a que se dieran constantemente los supuestos de la ausencia y no encontrándose una doctrina sistematizada en el Derecho Romano, se idearon algunas soluciones, como la formulada por los Estatutarios de la presunción de muerte transcurridos cien años.

En el siglo XVI los jurisconsultos italianos hicieron ya una construcción sistemática de la ausencia, que es la que principalmente ha inspirado las legislaciones modernas. En el Derecho Español antiguo, las Partidas disponían que se nombrara curador al que se creía que estaba muerto cuando iba a ser demandado. No obstante, como lo expresó con acierto Sánchez Román, que actualmente es fácil tener o recibir noticias de una



persona ausente, la regulación jurídica de la ausencia ha sido objeto de especial interés en las legislaciones modernas y contemporáneas, porque precisamente las grandes facilidades de transporte a cualquier parte de la tierra son propicias a la vez para facilitar la ausencia de las personas, de quienes no es remoto dejar de recibirse noticias, tipificándose la ausencia propiamente dicha. Pero ha sido la ausencia calificada (presunción de muerte por una catástrofe), la que ha despertado con mayor intensidad la preocupación del legislador a efecto de resolver los casos que puedan presentarse, sobre todo con ocasión de las últimas guerras, en que de últimas guerras, en que de numerosas personas no se tiene la seguridad sobre si han sobrevivido o no a las acciones bélicas.”<sup>4</sup>

De lo expuesto por el Doctor Alfonso Brañas, se puede colegir que dentro de las legislaciones antiguas se marca una decisiva evolución de la institución de la Ausencia, de tal manera que de no estar sistematizada sino únicamente esbozada, surgen una serie de normas que permiten robustecer la institución objeto de estudio en beneficio de la persona que por variadas circunstancias ha desaparecido del lugar en donde tiene su domicilio. Por otra parte el estudio de esta institución jurídica se encuentra regulada en dos sistemas legislativos, de los que se desprende, lo que hoy en día las legislaciones modernas han regulado en torno a la ausencia, aunque con algunas modalidades en relación a ciertos requisitos, esencialmente por lo específico de cada caso. Por ejemplo, el tiempo transcurrido para declarar la ausencia calificada o el tiempo para declarar la ausencia propiamente dicha.

---

<sup>4</sup> Ibid. Págs. 72 y 73.



El sistema francés, conocido como sistema latino, surgió con el Código Civil francés, (1804). Espín Brañas y Puig Peña, citados por Alfonso Brañas señalan en uno y otro sistema sus principales características: "El sistema del Código francés se basa en la distinción de tres períodos (presunción de ausencia, posesión provisional y posesión definitiva), con plazos muy largos; el primero se limita a tomar medidas de protección de los intereses del ausente; en el segundo se organiza la protección de su patrimonio de modo estable, concediéndose la posesión provisional, y en el tercero se abre la sucesión del ausente. Este sistema resulta complicado, con plazos excesivamente largos para los medios de comunicación actuales, no llega nunca a la declaración de muerte presunta del ausente, ni conoce la distinción entre ausentes y desaparecidos en una circunstancia de riesgo para las personas.

El sistema alemán o germánico es el contenido en el Código Civil alemán, promulgado en 1900, así como el Código de Suiza, con modificaciones, distingue la simple ausencia material (falta de presencia) de la desaparición. En la ausencia material posibilita medidas provisionales mediante el nombramiento de una especie de curador de los bienes.

En cuanto a la desaparición o propiamente ausencia, distingue la simple desaparición y la desaparición con peligro grave para la vida (ausencia calificada). En la simple desaparición el término es de diez años para la declaración de muerte presunta, la cual no puede hacerse hasta que termine el año en que el desaparecido habría cumplido treinta y un años de edad, plazo que se reduce a cinco cuando se trata de ancianos mayores de setenta años, con menos posibilidades de sobrevivir.



En los casos de ausencia calificada (guerra, siniestros) reduce los plazos a tres años y a uno en caso de naufragio”.<sup>5</sup>

En las legislaciones modernas se encuentra la tendencia del sistema alemán o sistema germánico, con algunas modalidades y adecuaciones cada legislación local, regulando la presunción de muerte, como resultado de una catástrofe, calamidad o siniestro y otro de incidente, situaciones en las que se duda de la existencia de la persona que no aparece, en los cuales se reduce el plazo para la declaratoria de muerte presunta.

En la legislación guatemalteca, se encuentra por primera vez regulada la figura jurídica de la ausencia en el Código Civil de 1877 con influencia del sistema francés o sistema latino, considerando ausente a la persona de la cual se ignora su paradero o que se encontrara fuera de la república; en este caso, al no haber dejado apoderado, ni tener parientes cercanos se le nombraría defensor para responder o hacer valer sus derechos en juicio.

La posesión provisional de los bienes de ausente o la posesión definitiva incluso, eran revocables si se tenía noticias que el ausente vivía. La posesión provisional de los bienes del ausente se otorgaba pasados cinco años de no tener noticias del ausente a sus herederos legales o testamentarios en su caso. Al comprobarse la muerte o transcurrido el tiempo para que cumpliera setenta años, sus herederos podrían pedir la posesión definitiva de los bienes del ausente, encuadrándose en ese momento la muerte presunta.

---

<sup>5</sup> **Ibid.** Pág. 73.



El Código Civil de 1933 reguló el concepto de ausente muy similar al que en la actualidad se encuentra regulado en el Código Civil vigente: Ausencia y Muerte Presunta. Ausente, es la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella, y también la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora. Además se regulaba en aquel que al declarado ausente se le nombraba defensor judicial, sin obviar las fases relacionadas con la protección de los bienes del ausente, guardaduría o cargo del guardador de los bienes (rigiéndose las funciones de este por los concernientes a las de la tutela), la posesión provisional de los bienes y la posesión definitiva. La primera se daba al no tener noticias del ausente en tres años y la segunda o definitiva al transcurrir siete años de haberse decretado la posesión provisional o diez años desde el momento en que se tuvo la última noticia del ausente y la declaratoria de la muerte presunta, la cual también contempló las circunstancias de las personas desaparecidas por causa de guerra, naufragio, accidente de aviación, explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro.

El Código Civil vigente regula esta institución jurídica partiendo de su definición, el objeto de la declaratoria de ausencia, la declaración de la ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente, la administración de los bienes por los parientes del ausente y la muerte presunta. Además tiene un agrado respecto de matrimonio del cónyuge del declarado ausente. (Artículos 42 al 77).

De lo expuesto se puede entender las diversas etapas por las que ha debido pasar la institución de la ausencia, tanto en la antigüedad en donde no existían normas



específicas como en el desarrollo de las diferentes legislaciones incluida la legislación guatemalteca.

### 1.1. Definición de ausencia

Etimológicamente la palabra ausencia proviene del latín “absentía” la que a su vez deriva de “absens” que puede traducirse como “que esta fuera del lugar”. “Ausencia es la acción o efecto de ausentarse o de estar ausente”.<sup>6</sup> “El verbo ausentar, por su parte, refiere a hacer que alguien se aleje de un lugar, o hacer desaparecer algo o separarse de un sitio”.

De las muchas definiciones que se han dado en relación a este concepto, tenemos la dada por el jurista Guillermo Cabanellas: “La ausencia es la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero, sin constar además, si vive o ha muerto, y sin haber dejado apoderado”<sup>7</sup>. También el jurista Cabanellas refiere que el ausente, asumida esta terminología al individuo, “... es quien no se encuentra en el lugar de referencia. Quien no está presente donde debe; como el alumno que falta a clase; el soldado que no se presenta a una lista o revista; el trabajador que no concurre al lugar de su tarea y en día y horario de labor. Quine goza de licencia o permiso. El rebelde en materia de procedimiento. En cuanto a las prescripciones, el que no reside en el lugar de los bienes, con amplitud comarcal o nacional, según las leyes.

<sup>6</sup> García - Pelayo y Gross, Ramón. **Diccionario básico de la lengua española**. Pág. 50.

<sup>7</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Vol. I. Pág. 414.

El encuadrado en la ausencia como ignorancia de paradero y abandono de los suyos y de sus cosas en presunción jurídica”.<sup>8</sup>

“La ausencia es el hecho de que una persona haya desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de él, de manera que no se sepa si continúa viviendo. El estado de “incertidumbre” es lo que caracteriza a la ausencia desde el punto de vista jurídico. Se debe distinguir entre las nociones de ausencia, no presencia y desaparición. Los no presentes son aquellos que no se encuentran en su domicilio, aunque sobre cuya existencia no se tiene duda alguna. El desaparecido es aquel a quien se ha dejado de ver a partir de un accidente o catástrofe y existen serios indicios de que en ellos haya encontrado la muerte, de modo que su defunción es probable.

Diverso es el caso de la ausencia porque la incertidumbre sobre la vida o la muerte se debe a la falta prolongada de noticias, que no nos permite saber, ni siquiera presumir, si una persona ha fallecido.”<sup>9</sup>

En la doctrina civil también Castán Tobeñas, citado por el jurista guatemalteco Mario Aguirre Godoy refiere: “Ausencia, en sentido usual, significa la falta de presencia. Es ausente el que no está en el lugar donde tiene su domicilio o donde su presencia es necesaria. Pero hay dos clases de ausencia: la del que se halla fuera de su domicilio, sabiéndose con certeza su existencia (Planiol la denomina no presencia), y la del que se halla fuera de su domicilio, desconociéndose su paradero y su existencia (ausencia

---

<sup>8</sup> Cabanellas. *Op. Cit.* Vol I, Pág. 414.

<sup>9</sup> [es.wikipedia.org/wiki/Ausencia](https://es.wikipedia.org/wiki/Ausencia). (8 de abril de 2015).



propiamente dicha. Agrega Castán Tobeñas: Esta última tiene, a su vez, dos modalidades (en correspondencia con la distinción entre ausentes y desaparecidos) a las que la doctrina alemana (Enneccerus) llama ausencia en sentido general y ausencia calificada. La primera es la que se da cuando la desaparición del ausente tuvo lugar en circunstancias normales y ajenas a toda idea de peligro. La segunda, cuando la desaparición ha ocurrido en circunstancias extraordinarias (desaparición en la guerra, en el mar o en otro peligro). Castan Tobeñas nos aclara que para la generalidad de las legislaciones, entre ellas la española, solo la ausencia en ignorado paradero produce efectos jurídicos, y sólo ella da lugar a un estado civil especial.”<sup>10</sup>

## **1.2. Definición legal de ausencia**

El Código Civil guatemalteco regula el concepto de ausencia refiriéndose tanto a la ausencia propiamente dicha, es decir, la no presencia de la persona, sin requerir necesariamente la falta de noticias de su paradero y que tenga o haya tenido su domicilio en la república. En este sentido, este concepto no refiere a la duda de la existencia de la persona y tiene importancia para la declaración de ausencia para la representación en juicio; y que no se requiere necesariamente ignorar su paradero, pudiendo darse esta circunstancia.

Artículo 42. Es ausente la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella, se considera también ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.

---

<sup>10</sup> Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 74.



Esta segunda parte del artículo citado es lo que en doctrina se conoce como definición legal de ausencia; y la ausencia calificada en los casos en que por guerra, naufragio, explosión, una persona desaparezca en circunstancias que hacen presumir que ha muerto, aunque no con certeza.

Artículo 64. "Podrá asimismo declararse la muerte presunta:

- a) De la persona que desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones, cuando haya transcurrido un año de terminada la guerra sin que se tenga noticias de ella;
- b) De la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque náufrago, o al verificarse un accidente de aviación, cuando haya transcurrido un año desde su desaparición; y
- c) De la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro."

### **1.3. Clases de ausencia**

Como ya se dijo con anterioridad en este trabajo de investigación, la ausencia como figura e institución jurídica, es susceptible de mostrar ciertas diferencias que derivan en clases:



### **1.3.1. Ausencia simple**

De conformidad al Código Civil guatemalteco, que regula esta clase de ausencia en la primera parte del Artículo 42 ya citado, la ausencia simple es la no presencia, situación en que se encuentra aquella persona que no se encuentra en el lugar o sitio en el que habitual o regularmente se encuentra o debe encontrarse.

### **1.3.2. Ausencia propiamente dicha**

Esta clase de ausencia se encuentra regulada en el Artículo 42 del Código Civil; e igualmente regulada en el Artículo 63 el cual establece que "Transcurridos cinco años desde que se tuvo la última noticia del ausente, podrá declararse la muerte presunta de éste y, en tal caso, podrán sus herederos testamentarios o legales pedir la posesión de la herencia".

Encuadra en esta clase de ausencia puesto que no existe ninguna circunstancia especial en cuanto a considerar que la muerte a ocurrido como en la ausencia calificada, puesto que en esta es el transcurso del tiempo más o menos largo que se necesita haber transcurrido para declararla, contrario a la ausencia calificada, que como ya se dijo ocurre en el caso de incendio, naufragio, etcétera.

De lo que se determina que la ausencia propiamente dicha es la situación jurídica en que se encuentra una persona que ha desaparecido del lugar en el que regularmente permanece o de su domicilio y que su paradero se ignora.



### **1.3.3. Ausencia calificada**

El jurista Alfonso Brañas "... Por último, y si bien no comprendida dentro del precepto que de la ausencia se da en el Artículo 42 del Código Civil, este reconoce la ausencia calificada en los casos en que por guerra, naufragio, explosión, etcétera, una persona desaparezca en circunstancias tales que hacen presumir fundadamente su muerte, aunque no con certeza, según lo dispuesto en el artículo 64."<sup>11</sup> .Por lo que la ausencia calificada es la situación legal en que se encuentra una persona y que por circunstancias especiales y determinadas hace presumir que el individuo ha muerto;

### **1.4. Declaratoria de ausencia**

El tratadista Guillermo Cabanellas en relación a esta declaración manifiesta que la declaración de ausencia es "La manifestación formulada por juez competente por la cual, previo juicio civil, establece, ante la carencia de noticias de una persona, lo que corresponda para velar por sus intereses y por los de los suyos. ... El efecto principal de la declaración judicial consiste en la constitución de una especie de tutela, de carácter patrimonial (ya que a los hijos del desaparecido se le nombra tutor especial), con fines de administrar los bienes que el ausente haya dejado en el lugar donde falta."<sup>12</sup> De igual manera Manuel Ossorio refiere sobre la declaración de ausencia lo siguiente: "Transcurrido cierto plazo sin conocer el paradero de una persona y sin tener noticias de ella, el Ministerio Público, o cualquier persona que tuviere interés legítimo

---

<sup>11</sup> Brañas. *Op. Cit.* Pág. 76.

<sup>12</sup> Cabanellas. *Op. Cit.* Vol II, Pág. 492.



respecto a los bienes del ausente, podrá pedir al juez que declare su ausencia y nombre un curador, de los bienes. Si la declaración de ausencia se hace con presunción de fallecimiento, sirve además, para abrir la sucesión y para determinar el estado civil del cónyuge del ausente.”<sup>13</sup>

De tal manera que de lo expuesto por los tratadistas antes mencionados, se puede manifestar que la declaratoria de ausencia es la resolución emanada por juez competente por medio de la cual, con base en las circunstancias que se presenten en juicio, y ante la falta de noticias del presunto ausente, manifiesta todo lo concerniente al cuidado de sus bienes y su futura posesión, tanto de sus interés, como los de los suyos e incluso de terceros. A este respecto, el Código Civil regula que la herencia corresponderá a los que resulten herederos del ausente en la fecha señalada como día de la muerte presunta. Artículo 66.

De igual manera el Artículo 67 establece que en cualquier tiempo en que se estableciere la fecha exacta del fallecimiento del ausente, en esa fecha se considerará abierta la sucesión para el efecto de declarar quienes son los herederos.

Y en relación al matrimonio del cónyuge supérstite, el Artículo 77 determina que si el cónyuge de la persona declarada muerta contrae nuevo matrimonio, éste será válido aunque el ausente viva, a no ser que los cónyuges o uno de ellos conociera la circunstancia de estar vivo el ausente. En este caso, la acción de nulidad corresponde al ausente o al cónyuge que haya ignorado, al casarse, que aquel vivía. Esta acción prescribe a los seis meses contados, para el ausente, desde la fecha en que tuvo

---

<sup>13</sup> Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 198.



conocimiento del nuevo matrimonio; y para el cónyuge, desde que supo la supervivencia del ausente. Es de hacer notar que tanto la sucesión intestada o testamentaria, según sea el caso de haber otorgado o no testamento el ausente, así como el matrimonio del cónyuge sobreviviente surtirán efectos a partir de la fecha señalada como día de la muerte presunta.

## **1.5. Objeto de la declaratoria de ausencia**

### **1.5.1. Declaración de ausencia para la representación en juicio**

El Doctor Alfonso Brañas refiere que “El principio general es que toda persona ejercite sus derechos y cumpla las obligaciones que ha contraído, por si. En caso contrario, puede hacerlo por medio de mandatario legalmente constituido y con todas las facultades necesarias. Ahora bien, si no ocurre ni lo uno ni lo otro, y se ausente de la república, los derechos y las obligaciones de esa persona no pueden quedar en situación de incertidumbre respecto a su ejercicio y cumplimiento; de ahí que la ley prevea la facultad que cualquier persona interesada tiene para que aquella sea declarada ausente a efecto de que continúe más o menos normalmente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de la persona ausente.”<sup>14</sup>

Es decir que la declaratoria de ausencia, tiene como finalidad suplir la falta de no presencia de la persona que debe cumplir con sus obligaciones o ejercitar sus derechos y que obviamente por el mismo hecho de no estar presente, tendría que hacerlo por medio de quien lo represente, habiendo constituido mandatario para este efecto.

---

<sup>14</sup> Brañas. *Op. Cit.* Pág. 76.



Al ocurrir uno u otro de los supuestos del párrafo anterior el objeto de la declaratoria de ausencia será únicamente para nombrársele defensor judicial, ya sea, según el caso, para responder a una demanda o ejercitar algún derecho. Así lo regula el Artículo 43 del Código Civil “Toda persona que tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la República y se ausente de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales paa responder de las obligaciones del mandante; y si no lo hiciere, se le declarará ausente a petición de parte”; y, el Artículo 44 del Código Civil establece que “La declaratoria anterior tendrá como único objeto, nombrar defensor judicial al ausente, para los casos en que deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio”.

En este sentido, dentro de la sustanciación del proceso que lleva a la declaratoria de la ausencia, encontramos que debe establecerse el motivo o causa para lo cual se busca tal declaración y detallarlo en la publicación que de él se hará. En la tramitación de este proceso ante notario, regula el Artículo nueve del Decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria que “El notario, es la primera resolución que dicte, dispondrá la publicación de la solicitud en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación por tres veces durante un mes, debiendo contener los edictos la relación del asunto para el que ha sido pedida la declaración de ausencia, la citación de presunto ausente, la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, la fecha y firma del notario”.

De la misma manera también se hará en la tramitación judicial del proceso, así lo establece el artículo 412 del Código Procesal Civil y Mercantil “El juez nombrará un



defensor judicial, que exclusivamente tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente; y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario, que puede ser el mismo defensor.

En la misma resolución se ordenará la publicación de la solicitud en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación, por tres veces durante un mes, debiendo contener los edictos la relación del asunto para el que ha sido pedida la declaración de ausencia, la citación al presunto ausente, la convocatoria a los que se consideren con derecho a representarlo, la fecha y la firma del secretario del Tribunal en donde se actúe.”

Es importante acotar, que además de lo antes expuesto, tenemos el caso que aparte de la declaración de ausencia para la representación en juicio, puede darse la declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente y la declaratoria de muerte presunta.

#### **1.5.2. Declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente**

Dentro de la tramitación y sustanciación del proceso de declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente, podemos distinguir la denuncia de la ausencia, la cual puede hacerse por cualquier persona capaz o a través de la Procuraduría General de la Nación, debiéndose al momento de pedir la declaratoria de ausencia, el nombramiento de guardador de sus bienes, en el entendido que la persona ausente tenga bienes que deben ser administrados.



El primer párrafo del Artículo 47 del Código Civil establece que “Cuando el ausente tenga bienes que deban ser administrados, cualquier persona capaz o el Ministerio Público puede denunciar la ausencia y solicitar el nombramiento de guardador de sus bienes.” Este artículo refiere que también el Ministerio Público puede hacer la denuncia; sin embargo, al tenor de lo regulado en el Artículo 1º. del Decreto número 25-97 del Congreso de la República, entendemos que se refiere a la Procuraduría General de la Nación, “Salvo en materia penal, procesal penal, penitenciaria y en lo que corresponde a la Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad y en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione Ministerio Publico, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación.”

En el caso de nombramiento de defensor específico para la representación judicial, el Código Civil lo regula en el segundo párrafo del Artículo 47 “El Juez nombrará un defensor específico en estas diligencias, que exclusivamente tendrá a su cargo la representación judicial del presunto ausente y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes, nombrando un depositario, que puede ser el mismo defensor.” Este cargo puede preferentemente recaer en aquel apoderado sin facultades suficientes que hubiere dejado el presunto ausente.

### **1.5.3. Administración de los bienes por parientes del ausente**

El tratadista Alfonso Brañas refiere que tal administración puede ser ejercitada por más de una persona, lo que conlleva a un ejercicio pluripersonal del cargo “ Si bien dicho



artículo 55 dispone que la administración podrá ser solicitada y ejercida por las personas indicadas (lo cual supone una administración pluripersonal) los artículos 58, 60 y 61 se refieren a un solo administrador (lo cual supone una administración unipersonal); no obstante, el artículo 59 insiste en la administración por los parientes. Dada la naturaleza de las funciones inherentes a ese cargo, resulta más práctico que la administración de los bienes del ausente sea conferida a una sola persona, es decir, al cónyuge o a uno de los hijos o a uno de los parientes consanguíneos llamados por la ley a heredar al ausente.

En el supuesto de que éste no tenga cónyuge, hijos o parientes consanguíneos en el orden de sucesión, el guardador seguirá ejerciendo la administración de los bienes hasta que se declare la muerte presunta del ausente y se resuelva lo relativo a la posesión de la herencia.”<sup>15</sup>

La administración de los bienes del declarado ausente, puede ser solicitada por el cónyuge e hijos y a falta de estos por los parientes consanguíneos en el orden que se determina para la sucesión intestada, de conformidad a lo dispuesto el Artículo 55 del Código Civil

#### **1.5.4. Muerte presunta**

La muerte, entendida como la cesación de la vida, produce efectos legales, tanto personalísimos como de índole patrimonial, así se expresa Guillermo Cabanellas “Los

---

<sup>15</sup> **Ibid.** Pág. 78.



efectos de la muerte en el Derecho Civil son numerosísimos, como a continuación se expondrá; pero se agrupan en dos principios generales: las relaciones y derechos personalísimos se extinguen de modo absoluto con la muerte del titular; las relaciones patrimoniales, sean derechos reales u obligaciones de igual índole, se transmiten a los herederos que acepten, que pueden limitarse al beneficio de inventario.” Jurista quien también proporciona una definición de muerte presunta “La que se supone por las circunstancias de la desaparición o por prolongarse ésta largos años.” <sup>16</sup>

De igual manera el Abogado Manuel Ossorio establece que la muerte presunta es “La supuesta, aun no encontrando el cadáver. La que se declara tras prolongada ausencia y sin noticias de la persona de que se trate. Sus efectos principales son la apertura de su sucesión y, en ciertos casos y legislaciones, las posibles nuevas nupcias del cónyuge presente.” <sup>17</sup> . La muerte presunta es, pues, la declaratoria hecha por juez competente, quien al haberse decretado la administración por los parientes del ausente o desde que se tuvo la última noticia de este y que hayan transcurrido cinco años desde uno de esos casos se manifestará sobre la muerte del ausente. Es decir, que esta se produce por el paso del tiempo, como requisito indispensable para que se produzca.

Tal como lo establece el Artículo 63 del Código Civil el cual regula que “Transcurridos cinco años desde que se decretó la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente, podrá declararse la muerte presunta de éste y, en tal caso, podrán sus herederos testamentarios o legales, pedir la posesión de la herencia.

---

<sup>16</sup> Cabanellas. *Op. Cit.* Vol IV, Págs. 474 y 476.

<sup>17</sup> Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 474.



También podrá hacerse esta declaración cuando por circunstancias especiales **se** presume la muerte de una persona, casos en los cuales el plazo se reduce; el Artículo 64 lo regula así: “Podrá asimismo declararse la muerte presunta:

a) De la persona que desapareciere durante una guerra en que haya tomado parte o se hubiere encontrado en la zona de operaciones, cuando haya transcurrido un año de terminada la guerra sin que se tenga noticias de ella;

b) De la persona que se hubiere encontrado a bordo de un buque náufrago, o al verificarse un accidente de aviación, cuando haya transcurrido un año desde su desaparición; y

c) De la persona cuyo cadáver no haya sido encontrado y hubiere desaparecido por causa de explosión, incendio, terremoto, derrumbe, inundación u otro siniestro.





## CAPÍTULO II

### 2. La representación

La representación, se entiende como la sustitución de una persona por otra, actuando ésta en nombre de aquella, para hacer cumplir todas o algunas de sus obligaciones o ejercitar todos o algunos sus derechos, ya sea por imposibilidad material para actuar de manera personal o porque no quiere hacerlo.

La representación, puede ser de una persona individual a otra, o de persona jurídica, o persona colectiva las que actúan por medio de personas individuales.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, citado por Nery Roberto Muñoz define a la representación “como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar, decidir en nombre o por cuenta de otra. Y agrega: La representación voluntaria, se realiza dentro del ámbito de la libertad y autonomía de la voluntad. Por medio de ella una persona faculta a otra para actuar y decidir en su nombre o por su cuenta.”<sup>18</sup>

El tratadista Guillermo Cabanellas refiere que “En Derecho Civil, la representación se concreta a actuar en nombre y por cuenta de otro, ya sea expresión voluntaria o legal. Trasparentando esa transmigración jurídica, con elegancia y hasta lirismo, el clasicismo latino expresaba: *absentis alicujus praesens imago* (La representación es la presente imagen de una persona ausente). Ofrece en esta rama jurídica la representación tres

---

<sup>18</sup> Muñoz, Nery Roberto. **La forma notarial en el negocio jurídico**. Pág. 69.



aspectos fundamentales: 1º. En la capacidad general de las personas, para suplir sus limitaciones, como se proponen la patria potestad y la tutela. 2º. En orden a la posibilidad de delegar espontáneamente las facultades propias; como en el poder y mandato. 3º. Cual institución en lo sucesorio, como derecho de representación que corresponde a ciertos herederos forzosos.”<sup>19</sup>

En la antigüedad algunas culturas no conciben que los actos llevados a cabo por una persona puedan ser responsabilidad de otra. Roma sigue una evolución hasta llegar a la elaboración de la “teoría de la representación”, la que ha sido legada en la forma como se le conoce actualmente.

Al inicio de esta figura jurídica, se recurrió a un doble acto, para suplir la necesidad de la representación, el primero servía para poner los derechos en cabeza de la persona que obraba en el interés de otra, y el segundo para trasladarlos del primer adquirente al verdadero interesado, procedimiento desventajoso, porque al exigirse dos operaciones sucesivas, que podían estar separadas por largo tiempo, como necesariamente ocurría si se trataba de menores de edad a la espera de que estos llegasen a la mayoría de edad, sometía a los intervinientes al peligro de que sobreviniese la insolvencia de uno, con el perjuicio consiguiente para el otro.

Los romanos advirtieron lo imperfecto que era este procedimiento, deficiencias que eliminaron paulatinamente. Así desde la realización del primer acto; el pretor acordó al verdadero interesado acciones útiles fundadas en la equidad y no en la realización del

---

<sup>19</sup> Cabanellas. **Op. Cit.** Vol V, Pág. 701.



acto cumplido, al que era en realidad extraño. Pero si este recurso cubría al verdadero interesado, no protegía a los terceros que quedaban a merced de las acciones antiguas nacidas del acto y de las útiles provenientes de la equidad; y tampoco protegía al gestor, quien debía responder ante los otros contratantes ajenos al mandato. El nuevo paso consistió en la concesión de excepciones, que en el procedimiento judicial romano consistían en defensas que paralizaban las acciones emergentes del acto celebrado. El último progreso se operó cuando se suprimieron las acciones antiguas, ya de hecho paralizadas por el juego de las excepciones, dejándose solo subsistentes las acciones útiles. En esta forma el efecto del acto cumplido por una persona por cuenta de otro, por así decir, por encima de la cabeza del intermediario, para realizarse exclusivamente en la persona del verdadero interesado.

La representación es un acto en el cual una persona actúa en los negocios o asuntos de otra. En este sentido, la representación es un hecho que penetra en el mecanismo del negocio y lo influencia. Declarar en nombre ajeno quiere decir llevar a conocimiento de los terceros que el que negocia (el representante) no es aquel que con el negocio adquiere los derechos o contrae las obligaciones que pueden seguirse del negocio; es parte en el negocio pero no en la relación. Parte en la relación será el representado. El representante concluye el negocio, pero permanece ajeno a la relación.

La relación existente por medio de la representación puede provenir de la voluntad de la persona (el mandante) al momento de otorgar un poder o un mandato; por disposición de la ley, como el caso de los menores; y podemos agregar también que se da cuando intervienen la ley y el interesado; y además en el caso cuando se da por disposición del



juéz. Al primer caso se le llama voluntaria; en el segundo legal; en el tercero algunos le llaman representación necesaria; y en el cuarto de representación judicial. Hay, además, un caso de representación espontáneamente asumida por el representante, la representación surgida de la gestión de negocio.

En el caso de la representación voluntaria se puede referir a la actuación jurídica de una persona por declaración de voluntad de otra. Guillermo Cabanellas citando a Planiol y Traviesas manifiesta que: “ ... define la representación en general pero en palabras que cuadran por excelencia a la voluntaria sin más que agregarle la espontaneidad en el ofrecimiento y e la aceptación, como intervención de una persona que obra en nombre de otra sin que le afecten los resultados jurídicos del acto realizado ... Traviesas la describe por la dinámica y la trascendencia de la representación, en virtud de la cual una persona substituye a otra, de modo que los derechos y obligaciones que resultan del negocio celebrado en nombre de la última se adquieren por ella y jamás por quien la substituye.” Y agrega además una clasificación: “se diferencia la representación directa e indirecta. En el primer supuesto, el representante obra de modo inmediato y exclusivo en nombre de otro, éste adquiere derechos o contrae obligaciones lo mismo estando presente y actuando por sí; mientras en la indirecta el representante obra en nombre personal, y luego cede o trasmite las cosas o relaciones jurídicas al representado, mediante un acto Jurídico nuevo.”<sup>20</sup>

La representación, puede ser general o especial, y/o con representación o sin representación, según sea que al representante se le encomiende que trate de todos

---

<sup>20</sup> **Ibid.** Vol V, Pág. 704.

los negocios, en general, del representado, o solamente algunos específicamente indicados; individual o colectivo; y a la vez ya sea que actúe en nombre del mandante y lo actuado obligue de manera directa a este; y sin representación cuando el representante obra en nombre propio, y los terceros no tienen acción directa contra su representado.

Así regula la ley guatemalteca la representación en cuanto a su conceptualización y clasificación: los Artículos 1686 y 1690 del Código Civil: “Por el mandato, una persona encomienda a otra la realización de uno o más actos o negocios. El mandato puede otorgarse con representación o sin ella. En el mandato con representación, el mandatario obra en nombre del mandante y los negocios que realice dentro de las facultades que se le hayan conferido, obligan directamente al representado. En el mandato sin representación, el mandatario obra en nombre propio, sin que los terceros tengan acción directa contra el mandante.” “El mandato es general o especial. El general comprende todos los negocios del poderdante y el especial se contrae a uno o más asuntos determinados”

Es decir, que la relación jurídica surgida entre el representado (mandante) y quien lo representa (mandatario), nace a través de un contrato, el que la doctrina a clasificado dentro de los contrato de gestión, contrato que podemos definirlo como “Contrato en cuya virtud una persona en retribución o sin ella se obliga a llevar a cabo por cuenta o encargo de otra persona la gestión de uno o varios negocios de las mismas.” Dentro de las características de este contrato podemos encontrar que es un contrato consensual, gratuito (siempre que se haga contar) u oneroso, preparatorio, formal; y dentro de sus



elementos personales tenemos: Al mandante, quien es el que da o quien encarga la ejecución de actos jurídicos; al mandatario, quien es el que recibe y ejecuta, obligándose a realizar los actos jurídicos por cuenta de aquel. El elemento real se circunscribe solo en cuestiones reales o de patrimonio, no se puede otorgar para asuntos personales. Esta clase de contrata también tiene obligaciones para uno y otro, tales como por parte del mandatario: cumplir con exactitud, eficiencia y fidelidad, tiene que sujetarse a las instrucciones que recibe del mandato, obligado a dar cuenta de su administración, desempeñar el mandato personalmente, responder de los daños y perjuicios; y por parte de mandante: cumplir con las obligaciones contraídas en el contrato, anticiparle al mandatario los fondos respectivos, pago de honorarios del mandato (en caso sea oneroso).

La representación legal en su caso, es la que aparece regulada o establecida en la ley, la cual es creada a través de un proceso legislativo, el cual obedece a un sistema legal; regulación que viene a suplir aquellos casos en los que existen o pueden existir ciertas limitaciones a la declaración de voluntad, ya sea por incapacidad, por ausencia, o algunos otros casos como los declarados en estado de interdicción, la que se da dentro del proceso sucesorio, etcétera. Sobre esta representación Guillermo Cabanellas y Manuel Ossorio coinciden al manifestar lo siguiente: "La que el Derecho positivo establece con carácter imperativo y complementario de la capacidad de determinadas personas, sin posibilidades físicas o mentales plenas, o por causas especiales, como las de las mujeres casadas donde por excepción ya se mantienen limitaciones."<sup>21</sup>

Manifestación sobre la que Ossorio hace una pequeña diferenciación en cuanto al

---

<sup>21</sup> **Ibid.** Vol V, Pág. 703.



ejemplo que se cita “ ... casadas en ordenamientos cada vez más raros” y agrega: “Los casos más frecuentes son: 1º. El de los menores no emancipados, ya estén sometidos a la patria potestad o a la tutela; 2º. La de los incapaces o incapacitados, sujetos a tutela o curatela; 3º. Las casadas, donde no gozan de plena capacidad jurídica por el matrimonio; 4º. Los ausentes; 5º. Los concebidos, en lo que les puede ser favorable, para es supuesto de nacer con vida; 6º. Las personas abstractas en general; 7º. Ciertos patrimonios, como la herencia yacente y la masa de la quiebra.”<sup>22</sup>

La representación legal tenderá entonces como presupuesto la incapacidad legal de obrar por parte del representado: los menores de edad, los declarados en estado de interdicción; la representación necesaria es la representación procesal (cuando la ley lo exige).

La representación judicial es la que deviene de una declaración judicial, emanada como consecuencia de solicitud previa por parte de persona interesada; dicho de otra manera, según lo manifestado por Ossorio: “La que un juez o tribunal concreta en quien debe asumir temporalmente la de una persona o bienes. Son frecuentes en quiebras o concursos, en abintestatos o testamentarias”<sup>23</sup> Cabanellas al tratar esta clase de representación refiere y agrega un elemento: “La de una persona o bienes cuando la declaración del nombramiento de su representante procede de un juez o tribunal. En abintestatos y testamentarias, en quiebras y concursos de acreedores, en relación con ciertos bienes litigiosos se producen casos habituales de ejercer la representación del

---

<sup>22</sup> Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 665.

<sup>23</sup> **Ibid.** Pág. 665.



patrimonio o de las cosas la persona investida de tal cualidad por designación judicial

En sentido menos propio, representación judicial es también al representación procesal <sup>24</sup>.

Concluimos entonces que la representación judicial proviene de una providencia de un juez competente, a causa de un estado de imposibilidad material o calificada, como en el caso de la ausencia (curador, defensor de ausentes).

La representación directa o propia, solamente se tiene cuando, en el caso de participación en un negocio con la voluntad propia y contribuyendo a formarlo, alguien (representante) utiliza en nombre de otro (representado); manifiesta a los terceros una declaración en nombre del representado.

Con el resultado que los efectos jurídicos y económicos, activos y pasivos del negocio se producen, directa y retroactivamente, en el círculo jurídico del representado; puesto que él es el destinatario de los efectos, está vinculado por la actividad del representante.

La representación es pues, el poder de participar por parte de una persona en un negocio en nombre de otra, o del representante en nombre del representado y con efectos jurídicos únicamente para éste último, en relación a acto jurídico en momento de la representación; de manera que el representante, a su vez, no tiene de manera directa ningún efecto jurídico de la propia relación; esa participación es indiferente por

---

<sup>24</sup> Cabanellas. **Op. Cit.** Vol V, Pág. 702.



el círculo jurídico de él, porque realiza la declaración en nombre del representado, la función del representante queda agotada y el es equiparado, a partir de ese momento, al tercero.

En este sentido la contemplatio domini será un requisito imprescindible, necesario, para que exista la representación. Se llama de esta forma a la exigencia de que el representante haga del conocimiento de los terceros con quienes entable la relación jurídica, que el negocio lo realiza en nombre de otra persona; en otros palabras, que su declaración de voluntad tiende a satisfacer un interés ajeno, no propio.

Este conocimiento debe ser simultáneo o anterior al momento de celebrar el negocio en el que actúa como representante. Si fuere posterior, carecería de eficacia, pues el acto quedó perfeccionado entre el tercero contratante y el representante, pero no como negocio representativo sino como realizado por éste último en nombre propio.

## **2.1. La representación legal del ausente**

Atendiendo a lo considerado en los párrafos anteriores, tenemos pues, que la representación legal del ausente, es la llamada representación judicial, pues es la que se da en virtud de la declaración de juez competente, como ya se dijo, en el caso que una persona que deba responder a una demanda o hacer valer algún derecho, y no se encuentre en el lugar donde habitualmente debe encontrarse y no hubiere dejado apoderado, y en otras circunstancias que se ignore su paradero, y en peor de los casos se presume que ha dejado de existir, por concurrencia de alguna circunstancia especial



que haga dudar que vive, como un naufragio, terremoto, guerra, naufragio o alguna otra calamidad que presuma su desaparición.

Esta declaración se da como resultado de un proceso, ya sea promovido por la vía judicial o notarial, proceso que al ser notarial terminará necesariamente en la vía judicial, ya sea por haberse manifestado oposición dentro del proceso o si el mismo notario lo considere necesario en virtud de alguna medida de precaución urgente, y para la declaración de ausencia especialmente, de acuerdo con lo regulado en el Artículo 10 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria “Remisión al tribunal competente. Pasado el término de las publicaciones o manifestada oposición por algún interesado, el notario remitirá lo actuado al tribunal competente para los efectos del nombramiento del defensor judicial y continuación de la tramitación, de acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil. En igual forma procederá el notario, si considerare necesaria la intervención judicial para que se tome alguna medida precautoria urgente. El notario bajo su más estricta responsabilidad, puede levantar inventario de los bienes del ausente y el juez competente resolverá lo relativo al depósito de los mismos.”

En caso de existir oposición dentro de este proceso, según sea el caso, esta se tramitará, si es por motivo de oposición en cuanto a la declaratoria de representar al ausente, por la vía de los incidentes, de conformidad en los artículos 135, 136, 137, 138, 139 y 140 de la Ley del Organismo Judicial; y, si la oposición manifestada fuera por la propia declaración de ausencia, esta oposición se tramitará en la vía sumaria, regulado en el propio Código Procesal Civil y Mercantil. Esto de acuerdo con lo



establecido en el Artículo 413 del Código Procesal Civil y Mercantil: “Si varias personas se disputaren el derecho de representar al ausente, la cuestión se resolverá en forma de incidente; y, al declararse la ausencia, el juez nombrará a la persona que tenga mejor derecho, de acuerdo con lo que dispone el Código Civil. Si hubiere oposición a la declaración de ausencia, el asunto será declarado contencioso y se substanciará en la vía sumaria.

Por su parte el Código Civil regula que el representante legal del declarado ausente será preferentemente aquella persona que el ausente haya dejado aunque carezca de facultades suficientes para la defensa en juicio, en todo caso, si no existiere apoderado, será el propuesto por parte del interesado en la declaratoria de ausencia. Artículo 45 del Código Civil: “Si el ausente hubiere dejado apoderado sin facultades suficientes para la defensa en juicio, el cargo de defensor judicial recaerá de preferencia en éste. A falta de apoderado, el juez nombrará a una persona de notoria honradez, arraigo y competencia.”

Este cargo de representante legal, es decir, defensor judicial, terminará, según sea el caso, cuando termine el juicio para el que se le haya nombrado, cuando en el caso de existir bienes del ausente se nombre un guardador de dichos bienes, en este caso, el mismo defensor judicial podrá ser nombrado depositario, quien tendrá a su cargo la administración de los bienes hasta que se nombre un guardador específico, o desde que se presentare el declarado ausente ya sea personalmente o por medio de apoderado. Esto al tenor de lo regulado en el Artículo 46 del Código Procesal Civil y Mercantil: “Termina el cargo de defensor Judicial del ausente:



- a) Desde que termine el litigio en que se le nombró;
- b) Desde que se provea de guardador de bienes al ausente; y
- c) Desde que el ausente se apersona por sí o por medio de apoderado con facultades suficientes.

También es representante legal del ausente, en el caso de existir bienes que necesitan administrarse, el llamado guardador, quien asumirá dicha representación cuando dentro del proceso cese en su cargo el defensor específico nombrado para las diligencias de administración de bienes, además de depositario provisional; y, será también representante, al tenor del artículo 59 del Código Civil, los parientes que tuvieren la administración de los bienes del ausente, que supone una representación múltiple: “Los parientes que tuvieren la administración, sumirán la representación legal del ausente y harán suyos los frutos naturales y civiles de los bienes.”

## **2.2. El guardador**

El guardador, por antonomasia curador o tutor, que son tecnicismos poco usados o en algunas legislaciones hasta han desaparecido, es la persona encargada de la administración de los bienes del declarado ausente, quien a su vez se convierte también en representante legal de este.

El Abogado Manuel Ossorio hace referencia a esta figura jurídica al decir que: “En algunas legislaciones se llama así al elegido o nombrado para cuidar de la persona y administrar los bienes de quien no puede hacerlo por sí mismo, sea por razón de edad



o por otra incapacidad. En otras legislaciones, como la argentina, esa función protectora está dividida en dos: la tutela, para los menores no sometidos a la patria potestad, y la curatela para los mayores de edad incapacitados para administrar sus bienes. Con respecto a éstos, la misión del curador no es sólo administrativa de los bienes, sino asimismo guardadora de la persona; ya que por lo general son aplicables a la curatela las normas establecidas para la tutela. En consecuencia, la curatela puede ser: testamentaria, conferida por los padres, en testamento o en escritura pública; legítima, la que, a falta de la anterior, corresponde a los parientes del incapaz por el orden que la ley determina; y dativa, la que dispone el juez cuando faltan las dos anteriores.”<sup>25</sup>

Guillermo Cabanellas refiere a este respecto como “Curador de bienes. La persona designada judicialmente para hacerse cargo de bienes hasta tanto éstos sean entregados a quien pertenezcan. Los curadores de los bienes están sujetos a todas las trabas de los tutores y curadores, y sólo podrán ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas.

A los curadores de bienes corresponde el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes, podrán hacerlos vales contra los respectivos curadores. La curaduría de bienes se acaba por la extinción de estos o por haberse entregado los mismos a quienes pertenezcan.”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Ossorio. **Op. Cit.** Págs. 189 y 190.

<sup>26</sup> Cabanellas. **Op. Cit.** Vol II, Pág. 450.



Al producirse la declaración de ausencia, esta acarrea el nombramiento definitivo de la persona encargada de la administración de los bienes del ausente, la ley civil nombra a este con el nombre de guardador, en quien además recaerá la representación, cesando en este cargo el defensor específico y el depositario provisional; representante en quien recaen las obligaciones, facultades y prohibiciones de los tutores.

### **2.3. Calidad de guardador**

El guardador es la persona nombrada por juez competente para la guarda y custodia de los bienes de la persona declarada ausente, quien una vez discernido el cargo, se convierte en representante legal de este, teniendo además de sus atribuciones determinadas en la ley, las facultades aplicables para el tutor o protutor, teniendo derecho a retribución por la gestión cuando no fuere removido por culpa suya.

### **2.4. Requisitos para ser guardador**

La legislación guatemalteca no establece con precisión los requisitos que debe poseer la persona quien actuará como guardador de los bienes del declarado ausente; lo que si hace para el caso del defensor judicial, en el caso que el ausente no haya dejado apoderado con facultades suficientes para la defensa en juicio, esto según lo regulado en el Artículo 45 del Código Civil ya citado. En tal sentido, tenemos entonces que dentro de los requisitos requeridos para quien deba ostentar el cargo de guardador, y primeramente, de conformidad con la legislación civil guatemalteca, deberá ser una persona en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles, es decir, mayor de edad;



Artículo 8 del Código Civil: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.”

Además, el guardador deberá ser una persona de notoria honradez, término que en su acepción común nos refiere como “cualidad de honrado; manera de obrar con rectitud e integridad”<sup>27</sup> y al recalcar de “notoria” honradez debemos entender que se refiere a que en la multitud de sus actos haya manifestado una actitud que haga no dudar de su integridad.

También tenemos que dentro de los requisitos para optar al cargo de guardador, deberá ser una persona de arraigo, es decir, según el lenguaje jurídico, encontrarse establecido en un lugar, y adquirir bienes para su subsistencia, o con el deseo de permanecer en dicho lugar; en otro sentido podría referirse afianzar suficientemente su responsabilidad dentro de la gestión como guardador, en el entendido que el origen de este término se refiere a garantizar con bienes raíces; sin embargo, no creemos que se refiera a este aspecto, puesto que para ello, existe la obligación de otorgar garantías y no arraigarse en el sentido del aseguramiento de las resultas de un juicio, puesto que hasta aquí no se ha entablado juicio en su contra y puede ser que nunca se dé, a menos de encontrarse deficiencias en su administración y no haber rendido cuentas. Y por último, competencia, sobre este requisito se presume que sea una persona que tenga la suficiente capacidad para el ejercicio del cargo, en el entendido que dicho cargo

---

<sup>27</sup> García - Pelayo y Gross. *Op. Cit.* Pág. 289.



requiere diligencia, entendimiento para la eficaz administración de los bienes, llevando a cabo incluso acciones judiciales en atención a los bienes que administra, facultades que se verán más adelante.

## **2.5. Causas de remoción del guardador**

El cargo de guardador terminará si fuera el caso cuando apareciera el ausente, al extinguirse los bienes administrador o dejan de pertenecer al presunto ausente, obviamente al fallecer el guardador, al renunciar y admitirse la renuncia y por remoción, en tal caso se procederá el nombramiento de un nuevo guardador. Así lo regulan los Artículos 49, 50 y 53 del Código Civil “La ausencia debe ser declarada judicialmente. Concluido el procedimiento respectivo y hecho el nombramiento definitivo de guardador, la persona designada entre las que menciona el artículo que precede, recibirá los bienes, llenando previamente los requisitos legales y asumirá la representación del ausente, cesando en sus cargos el defensor específico y el depositario provisional”. “El representante del ausente es administrador de los bienes de éste y tiene las mismas obligaciones, facultades y prohibiciones de los tutores, en lo que fueren aplicables”.

“Termina el cargo de guardador:

- 1º. Cuando se apersona el ausente por sí o por medio de apoderado;
- 2º. Cuando se extinguen los bienes o dejan de pertenecer al ausente;
- 3º. Cuando fallezca el guardador, se le admita la renuncia o se le remueva del cargo, según las reglas establecidas para el tutor en lo que fueren aplicables, en cuyos casos el juez procederá de oficio a nombrar nuevo guardador; y
- 4º. Cuando se da la administración a las personas que indica el artículo 55”.



La remoción del guardador, cuyas causas no aparecen reguladas específicamente en el Código Civil, puede ser solicitada por los parientes del ausente y por la Procuraduría General de la Nación, causas que pueden ser por culpa o no del guardador. Así lo manifiesta el profesor Alfonso Brañas “Puede distinguirse, entonces, la remoción sin mediar culpa del guardador y la remoción por culpa de éste, quedando, a falta de preceptos expresos sobre el particular, al buen criterio del juez resolver lo conveniente en cada caso, según las circunstancias y los elementos de juicio que tenga a su disposición.”<sup>28</sup>

Sin embargo, al no estar reguladas claramente las causas de remoción del guardador y referirnos la misma ley a que el guardador tiene las mismas obligaciones, facultades y prohibiciones de los tutores, regulado esto en el Artículo 50 ya referido, podríamos entender o deducir que las mismas causas de remoción para los tutores y protutores aplicarían a aquel, según sea el caso, causas reguladas en el Artículo 316 del Código Civil “Serán también removidos de la tutela y protutela:

- 1°. Los que demuestren negligencia, ineptitud o infidelidad en el desempeño del cargo;
- 2°. Los que incitaren al pupilo a la corrupción o al delito;
- 3°. Los que emplearen maltrato con el menor;
- 4°. Los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el Inventario, omitiendo bienes o créditos activos o pasivos; y
- 5°. Los que se ausenten por más de seis meses, del lugar en que desempeñen la tutela y protutela.

---

<sup>28</sup> Brañas. *Op. Cit.* Pág. 78.



Causas estas, que al aplicarse al guardador creemos que serán las determinadas en los numerales 1°. 4°. y 5°, por no ser aplicables las causales determinadas en los numerales 2°. y 3°.

Esta remoción, acarrea sus consecuencias, si fuere sin culpa, tendrá derecho a una retribución anual fijada por el juez competente, establecida para la tutela, retribución que no será menor del cinco ni mayor del quince por ciento anual de rentas y productos líquidos de los bienes. Si la remoción fuere por culpa del guardador no tendrá derecho a ninguna clase de retribución. Así lo regula el Artículo 52 del Código Civil “Cuando el guardador sea removido por su culpa no tendrá derecho a retribución alguna”.

Además debemos agregar que al tenor de lo regulado en el Artículo 315 del Código Civil, también serán causas de remoción del cargo de guardador por sobrevenirle algunas de las reguladas en el artículo 314 del mismo cuerpo legal: “No puede ser autor ni protutor:

- 1°. El menor de edad y el incapacitado;
- 2°. El que hubiere sido penado por robo, hurto, estafa, falsedad, faltas y delitos contra la honestidad, u otros delitos del orden común que merezcan pena mayor de dos años;
- 3°. El que hubiere sido removido de otra tutela, o no hubiere rendido cuentas de su administración, o si habiéndolas rendido, no estuviesen aprobadas;
- 4°. El ebrio consuetudinario, el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta;
- 5°. El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su rehabilitación;



- 6°. El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuges, con el menor o incapacitado;
- 7°. El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos;
- 8°. El acreedor o deudor del menor por cantidad apreciable en relación con los bienes del menor, a juicio del juez, a menos que con conocimiento de causa, haya sido nombrado por testamento;
- 9°. El que no tenga domicilio en la república; y
10. El ciego y el que padezca enfermedad grave, Incurable o contagiosa.

El artículo 315 del Código Civil regula que “Los tutores o protutores a quienes sobrevenga alguna de las incapacidades que se mencionan en el artículo anterior, serán separados de su cargo por declaración judicial, previa denuncia y comprobación del hecho por el Ministerio Público o algún pariente del pupilo.

## **2.6. Obligaciones, facultades, prohibiciones y derechos del guardador**

Dentro de las obligaciones que tiene el guardador de los bienes del ausente se puede mencionar, de conformidad con lo regulado en el Artículo 50 del Código Civil en cual nos remite a las obligaciones de los tutores, que en cuanto a los derechos y obligaciones que se imponen al guardador de los bienes del ausente, estas y aquellas se rigen por las leyes del lugar en que se discierna el cargo, Artículo 311 tercer párrafo del Código Civil “La tutela en cuanto a los derechos y obligaciones que impone, se rige por las leyes del lugar en que fue discernido el cargo.” También existe la obligación de



defender los derechos del ausente en juicio y fuera de él para un eficaz desempeño del cargo. De la misma manera será la rendición de cuentas anualmente y al final del ejercicio del cargo, según las obligaciones impuestas al tutor, y lo regulado en los Artículos 343 y 345 del Código Civil. “El tutor deberá rendir cuentas anualmente y al concluirse la tutela o cesar en su cargo.” “La rendición final de cuentas se hará por el tutor o sus herederos, al ex pupilo o a quien lo represente, dentro de sesenta días contados desde que terminó el ejercicio de la tutela.” La exigencia en la entrega de bienes si hubiere cambio de guardador, siendo responsable de los daños y perjuicios que por no exigir la entrega de bienes, se siguieren al pupilo o la entrega el final del ejercicio del cargo. Artículo 349 “El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar al que fue su pupilo, todos los bienes y documentos que le pertenezcan. Esta obligación no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas.” Además llevar contabilidad de las operaciones de toda su administración, Artículo 342 “El tutor está obligado a llevar una contabilidad, comprobada y exacta de todas las operaciones de su administración, en libros autorizados, aun cuando el testador le hubiere relevado de rendir cuentas. Al final de su cargo, presentará una memoria que resuma los actos llevados a cabo.” Someter a aprobación el presupuesto de su administración; Artículo 328 “El tutor, dentro del primer mes de ejercer su cargo, someterá a la aprobación del juez, el presupuesto de gastos de administración para el año. Para los gastos extraordinarios que pasen de quinientos quetzales, necesita el tutor autorización judicial.

Sobre las facultades del guardador podemos decir que según lo regulado en el Artículo 415 del Código Procesal Civil y Mercantil el guardador “Por ministerio de la Ley, el



guardador queda investido de todas las facultades generales y especiales que se requieren para la defensa en juicio; pero para transigir, someter asuntos al proceso arbitral y repudiar herencias o donaciones y legados, necesita de autorización judicial. Estas mismas facultades tendrá el defensor judicial, nombrado para representar al presunto ausente durante las diligencias a que se refiere esta sección.

El juez discernirá el cargo al guardador y extenderá la credencial que acredite la representación; y previo inventario, avalúo de los bienes y otorgamiento de la garantía de la manera establecida en el Código Civil, se le hará entrega de los mismos. Discernido el cargo, o formalizada la entrega de bienes, si los hubiere, el guardador asumirá la representación del ausente, cesando desde ese momento en sus cargos el defensor judicial y el depositario, si no hubiere recaído en alguno de ellos el nombramiento de guardador.” Además, de las reguladas en el Artículo 332 del Código Civil, para el caso de los tutores, las que podrían aplicarse al guardador. Y la regulada en el Artículo 335 de esta misma ley “El tutor no puede sin autorización judicial, liquidar la empresa que forme parte del patrimonio del menor o variar el comercio o industria a que éste o sus causantes hubieren estado dedicados.

Al igual que las obligaciones y facultades también existen prohibiciones, reguladas en el Artículo 336. Quedan prohibidos al tutor los actos siguientes:

- 1º. Contratar por sí o por interpósita persona, con el menor o incapacitado, o aceptar contra él créditos, derechos o acciones, a no ser que resulten de subrogación legal;
- 2º. Disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado;



- 3°. Aceptar donaciones del expupilo, sin estar aprobadas y canceladas las cuentas de su administración salvo cuando el tutor fuere ascendiente, cónyuge o hermano del donante;
- 4°. Hacer remisión voluntaria de derechos del menor o incapacitado; y
- 5°. Aceptar la institución de beneficiario en seguros a su favor, provenientes de su pupilo.

Y según el Artículo 337. Tampoco podrán contratar acerca de bienes del menor o incapacitado, por si o por interpósita persona, los parientes del tutor, salvo que éstos sean coherederos o copartícipes del pupilo.

Y de la misma manera, el guardador tiene derecho a la retribución anual de su ejercicio de conformidad con lo regulado el Artículo 51 y 340 del Código Civil "Retribución de la tutela. La tutela y protutela dan derecho a una retribución que se pagará anualmente y que no bajará del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo. Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento, o cuando sin mediar negligencia del tutor, no hubiere rentas o productos líquidos, la fijará el juez, teniendo en cuenta la importancia del caudal del pupilo y el trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela.

La retribución se distribuirá entre el tutor y el protutor, correspondiendo al primero el setenta y cinco por ciento y al segundo el veinticinco por ciento restante." Y si la remoción fue por culpa del guardador no tendrá derecho a retribución alguna.



## CAPÍTULO III

### 3. Las garantías

La figura jurídica de garantía nace en la antigüedad ante la desconfianza en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por una persona a favor de otra u otras, incluso una tercera persona puede servir de garantía personal, es de entender que nos referimos a que esta persona respondería ante el eventual incumplimiento con su bienes.

Esta al ser primariamente o primeramente de palabra estriba simplemente en una promesa, que, al darse la causal o situación de falta de cumplimiento, se hace poco funcional o hasta imposible su satisfacción.

En caso contrario, al ser por escrito obliga a su cumplimiento, de conformidad con los principios generales del derecho de obligaciones regulados en cada legislación según sea el caso donde se concrete dicha situación.

#### 3.1. Definición de garantía

De acuerdo con lo manifestado por Guillermo Cabanellas, garantía es "Afianzamiento, fianza. Prenda. Caución. Obligación del garante. Cosa dada para seguridad de algo o de alguien. Protección frente a un peligro o contra un riesgo. Confianza que inspira la intervención de una persona o que la misma figure en un gobierno, junta gestora y otro



puesto donde la capacidad, la honradez sean más importantes aún que en la generalidad de los casos, por los intereses en juego.”<sup>29</sup>

La garantía será entonces aquella acción que permita el cumplimiento de una obligación, cuando se ha producido el hecho que modifica las condiciones en que se produjo la obligación principal y su cumplimiento se torna imposible; o será también la cosa o bienes, otorgados para la satisfacción del acreedor o garantizado.

Es decir, que garantía es la seguridad que se otorga para el cumplimiento de una obligación, ya sea por medio de una tercera persona (como el caso de la garantía personal, en el caso de la fianza) o ya sea mediante una cosa o bien determinado (garantía real, como el caso de la hipoteca y la prenda), que puede ser sobre un bien mueble o sobre un bien inmueble. Entonces garantías reales son aquellas con las cuales se asegura el cumplimiento de la obligación principal con uno o varios bienes, que pueden ser del deudor o de un tercero.

### **3.2. Clases de garantías**

La clasificación de las garantías serán tantas como la misma cantidad de juristas que las traten. Algunos autores las tratan clasifican como: de naturaleza real (la prenda y la hipoteca); de naturaleza personal (la fianza); de naturaleza procesal o de penalización (La acción revocatoria o acción pauliana, anotación de demanda, cláusula de indemnización, embargo de bienes, las arras, el derecho de retención). Otras autores

---

<sup>29</sup> Cabanellas. *Op. Cit.* Vol III, Pág. 461.



las clasifican como las de carácter legal, si se haya establecida por la ley (como la evicción); la convencional, si esta nace de la declaración de voluntad de las partes. Otros las clasifican en directas o indirectas, si el garante es o no el obligado principal.

En otras modalidades por otros autores las arras; y en el derecho mercantil como los avales, sin dejar de lado el embargo preventivo, el depósito judicial y en el secuestro de bienes.

Guillermo Cabanellas en referencia al derecho internacional, manifiesta "... las garantías persiguen finalidades muy diversas, como la neutralidad de un país, de un territorio o de una zona; el equilibrio o statu quo en una región determinada; el que un vencido no se avasallado o el que un débil no sea agredido. Tal significación tuvo la garantía que Francia e Inglaterra dieron el 1939 a Polonia, frente al ya desbordado imperialismo alemán. La clave de tal garantía era el respeto de la ciudad de Danzig por lo alemanes; en caso de ocuparla, ingleses y franceses apoyarían al gobierno de Varsovia; y, efectivamente, invadidas aquella ciudad libre y la nación polaca, los Estados garantes respondieron a su compromiso, declararon la guerra a los agresores germanos y con ello se inicio la segunda guerra mundial. ..."<sup>30</sup>.

Las garantías de naturaleza real protegen el cumplimiento de la obligación a través de la entrega de un derecho real. En las garantías reales, el titular del crédito tendrá un derecho preferente sobre el bien o los bienes afectados mediante el otorgamiento de la garantía, para el cumplimiento de la obligación principal. Esta garantía real no afecta un

---

<sup>30</sup> Cabanellas. **Op. Cit.** Vol III, Pág. 461.



patrimonio en su totalidad, sino que, son bienes específicos los afectados, sobre los cuales el titular del derecho suscrito en la obligación, tiene ventajas con respecto a otros acreedores del deudor. Las garantías tienen el carácter de accesorias, su existencia depende de una obligación principal; en ese sentido seguirán la suerte de la obligación principal. En esta clase de garantía el acreedor garantizado se convierte en un acreedor preferente delante de acreedores que han sido desprovistos de tal garantía.

Esta clase de garantía se constituye mediante la hipoteca, prenda, deposito y fianza, aunque esta última, algunos autores la clasifican dentro de las garantías personales.

### **3.2.1. La hipoteca**

La hipoteca como un derecho real de garantía, sujeta a una condición resolutoria, constituida sobre bienes inmuebles del deudor, es según lo manifiesta Guillermo Cabanellas "Esta palabra, de etimología griega, significa gramaticalmente, suposición, como acción o efecto de poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla. De ahí que hipoteca venga a significar lo mismo que sostener, apoyar y asegurar una obligación. A ese significado de garantía real se refieren las consideraciones sistemáticas que se formulan luego del inmediato sentido figurado. ... Cuatro significados de definido relieve técnico posee esta árido y riguroso tecnicismo: 1º. Como derecho real accesorio que grava los bienes inmuebles, o ciertos bienes muebles (buques y aeronaves) para garantía del cumplimiento de una obligación, del pago de una deuda. 2º. Como contrato, en virtud del cual una persona, el deudor



hipotecario, grava una finca, o cierto bienes, propios o ajenos, a favor de otra, el acreedor hipotecario, para que éste, en caso de no poder o no querer aquel cumplir la obligación asegurada, una vez que sea exigible, proceda, para hacerse pago del principal y demás gastos, a la pública enajenación de la cosa que constituye la garantía. 3º. Como obligación legal, cuando la ley impone la forzosa constitución expresa o tácita, con objeto de responder de determinadas gestiones o prestaciones. 4º. Como finca, o bien mueble especial, que garantiza la obligación hipotecaria convenida entre las partes o exigida por el legislador.”<sup>31</sup>

“La hipoteca es un derecho real de garantía y de realización de valor, que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación (normalmente de pago de un crédito o préstamo) sobre un bien, (generalmente inmueble) el cual, aunque gravado, permanece en poder de su propietario, pudiendo el acreedor hipotecario, en caso de que la deuda garantizada no sea satisfecha en el plazo pactado, promover la venta forzosa del bien gravado con la hipoteca, cualquiera que sea su titular en ese momento (reipersecutoriedad) para, con su importe, hacerse pago del crédito debido, hasta donde alcance el importe obtenido con la venta forzosa promovida para la realización de los bienes hipotecados.”<sup>32</sup>

La hipoteca al tenor de lo regulado en el Artículo 822 del Código Civil es: “ ... un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.” Y cuando ocurre el incumpliendo de la obligación, da derecho al acreedor

---

<sup>31</sup> **Ibid.** Vol III, Pág. 590.

<sup>32</sup> <http://www.monografias.com/trabajos87/contratos-garantias-y-seguro>. Consultada el 04-05-2015



hipotecario requerir tal cumplimiento promoviendo la venta judicial del bien dado en garantía, Artículo 824 del Código Civil “La constitución de la hipoteca da derecho al acreedor para promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación sea exigible y no se cumpla. Es nulo el pacto de adjudicación en pago que se estipule al constituirse la hipoteca.”

La hipoteca para que pueda alcanzar eficacia jurídica deberá constar en escritura pública, e inscribirse en el Registro de la Propiedad; Artículos 1576 y 1125 numeral 2 del Código Civil “Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública. Sin embargo, los contratos serán válidos y las partes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública, si se establecieron sus requisitos esenciales por confesión judicial del obligado o por otro medio de prueba escrita.” “ ... 2°. Los títulos traslativos de dominio de los inmuebles y en los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, patrimonio familiar, hipoteca, servidumbre y cualesquiera otros derechos reales sobre inmuebles; y los contratos de promesa sobre inmuebles o derechos reales sobre los mismos; ...”

Algunas otras de las características de la hipoteca son su indivisibilidad, la que persiste sobre la totalidad del bien gravado pese a la reducción de la obligación; su extensibilidad, dado que el gravamen hipotecario se extenderá a todos aquellos derechos que se agregan al bien, como las mejoras, nuevos edificios si fueren sobre bienes inmuebles, las servidumbres que se constituyan a favor del bien afecto; que se constituirá solo sobre bienes inmuebles, y en algunos casos sobre bienes muebles que



estén sujetos a condiciones especiales, tales como estar supeditados a bienes inmuebles.

En algunas legislaciones las hipotecas tienden a clasificarse partiendo del origen de la misma, ya sea que nazca de la voluntad de las partes o por disposición legal o judicial. En la legislación guatemalteca existe la hipoteca por voluntad propia en el caso que una persona dispone gravar un bien inmueble de su propiedad para garantizar una obligación contraída por el mismo, y la determinada u ordenada por la ley, esto sin afectar o interferir en el consentimiento del otorgante, como requisito formal para su constitución.

También existe la subhipoteca, la cual se constituye sobre un crédito garantizado con hipoteca; la que se constituye sobre cuentas corrientes de crédito pero siempre supeditada a un bien inmueble y la hipoteca de cédulas.

Morell citado por Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza, expone que "la hipoteca no puede librarse de su carácter verdaderamente accesorio. Podrá ser independiente de toda obligación personal, pero nunca realmente independiente de algo que represente un crédito, un valor, una suma de dinero, un bien mueble. La llamada hipoteca independiente viene a constituir, en suma, por lo tanto, una garantía de carácter accesorio. Puede nacer antes de que exista crédito alguno, pero sólo de un modo condicional y para el caso de que el crédito llegue a existir."<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Sigüenza Sigüenza, Gustavo Adolfo. **Código Civil, anotado y concordado**. Pág. 145.



### 3.2.2. La prenda

La prenda al igual que la hipoteca, es un derecho real de garantía, con la diferencia que aquella se constituye sobre bienes muebles.

La prenda y la hipoteca, manifiesta Cabanellas “Una y otra han aparecido unidas o confundidas en diversas etapas del Derecho; e incluso en la Edad Media española las garantías reales, mobiliarias o no, aparecen unificadas con la denominación de penos o peños, desde el Fuero Juzgo y el Fuero Viejo de Castilla, al Fuero Real, Las Partidas y las Leyes del Estilo. En la actualidad, al extenderse la hipoteca a ciertos muebles (como los buques) y al existir alguna prenda como la agraria, en que el deudor no es desposeído, se está produciendo un nuevo retorno a la unidad. Sin embargo, se mantienen todavía como características preponderantes: 1ª. que la prenda se constituye en bienes muebles; y la hipoteca, en inmuebles; 2ª. que la primera transmite la posesión de la cosa al acreedor, y la segunda no; 3ª. el predominio del procedimiento judicial para efectividad de la hipoteca, mientras la prenda se enajena ante notario o escribano.” Y agrega sobre la prenda que: “contrato y derecho real por los cuales una cosa mueble se constituye en garantía de una obligación, con entrega de la posesión al acreedor y derecho de éste para enajenarla en caso de incumplimiento y hacerse pago con lo obtenido. La cosa sujeta a este contrato y derecho real.”<sup>34</sup>

Hasta el siglo I de nuestra era se reforzó la prenda al agregarle algunas cláusulas en términos en los cuales el acreedor estaba facultado para vender la cosa (pactum

<sup>34</sup> Cabanellas. *Op. Cit.* Vol V, Pág. 366.



vendendi) o hasta el de apropiarse de la cosa (lex commissoria), si no se le pagaba al vencimiento; tales cláusulas se hicieron de estilo a partir del siglo II. Más adelante, Constantino prohibió la lex commissoria para proteger a los humildes de los usureros; pero el pactum vendendi se convirtió en la esencia de la prenda; cualquier cláusula que limitara al acreedor el derecho de vender, estaba viciada de nulidad. La prenda recaía indistintamente sobre los muebles y los inmuebles. Iba acompañada con frecuencia de una cláusula (la anticresis) que le atribuía alzadamente al acreedor los ingresos de la cosa para cobrar así los intereses del préstamo. El Derecho Romano terminó por contentarse con una tradición fingida; llegando así prácticamente, a concretar las prendas sin desplazamiento, origen de las hipotecas. La definición legal de esta figura jurídica la encontramos regulada en el Artículo 880 del Código Civil "La prenda es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación."

La prenda como contrato posee las características siguientes:

- a) Es un contrato nominado, por que se encuentra reglamentado en la ley;
- b) Es un contrato bilateral, porque hay derechos y obligaciones para ambas partes;
- c) Es un contrato accesorio, ya que garantiza una obligación principal;
- d) Su objeto debe ser un bien mueble;
- e) Es un contrato conmutativo, que genera obligaciones para ambas partes;
- f) De tracto sucesivo;
- g) Otorga al acreedor derecho preferente de pago frente a otros acreedores;
- h) Puede ser otorgada por el deudor o por un tercero (en garantía de un crédito ajeno);



- i) Habitualmente el contrato obliga a la entrega del bien mueble, pero puede también acordarse una prenda sin desplazamiento para cierto tipo de bienes;
- j) El contrato de prenda debe constar en escritura pública o documento privado;
- k) Tanto la prenda como la hipoteca para su aceptación debe constar por escrito;
- l) Debe constituirse un depositario para la administración del bien pignorado, que puede ser el acreedor, un tercero o el mismo deudor, esto, con consentimiento del acreedor. (el acreedor tiene derecho de retener la prenda frente al constituyente el derecho de retener la prenda, en virtud del cual puede oponerse a cualquier pretensión dirigida a recuperarla mientras subsista la deuda).

El derecho de retener la prenda es un derecho entre las partes derivado de la celebración del contrato, así como el derecho de poseerla es el derecho que deriva para el acreedor frente a los terceros hasta la ejecución de la prenda. Sin embargo, el acreedor solo puede retener la prenda mientras no se le haya pagado totalmente la deuda garantizada, los intereses y los gastos.

La legislación guatemalteca reputa bienes inmuebles a algunos bienes muebles como el caso de los semovientes cuando estos han sido puestos al servicio de la explotación de una finca. A este respecto puede también, constituirse prenda sobre esta clase de bienes, como es el caso de la prenda agraria, ganadera e industrial, de acuerdo con lo regulado en el Artículo 904 del Código Civil: "Puede constituirse prenda con independencia de los inmuebles a que pertenezca y quedan en posesión del deudor, sobre los bienes siguientes:

- 1°. Los frutos pendientes, futuros o cosechados.



- 2°. Los productos de las plantas y las plantas que sólo pueden utilizarse mediante el corte.
- 3°. Las máquinas, aperos o instrumentos usados en la agricultura.
- 4°. Los animales y sus crías.
- 5°. Las máquinas e instrumentos usados en la industria.
- 6°. Las materias primas de toda clase y los productos en cualquier estado de las fábricas o industrias; y
- 7°. Los productos de las minas y canteras.

También puede constituirse prenda sobre vehículos y demás muebles fácilmente identificables que constituyan garantía de una operación comercial.”

Es de hacer notar también, que estos mismos bienes pueden ser pignorados aunque en bien inmueble al que pertenezcan se encuentra sujeto o gravado con hipoteca; al tenor de lo regulado en el Artículo 905 del Código Civil “Aunque la finca estuviere hipotecada, podrán pignorarse los bienes a que se refiere el artículo anterior, pero debe darse la preferencia al acreedor hipotecario, quien podrá ejercer este derecho dentro de cinco días contados desde que el deudor le haga saber en forma auténtica, las bases del contrato que proyecta celebrar. Si el acreedor hipotecario no concede el crédito, no podrá oponerse a que el deudor lo obtenga de otra persona sobre las mismas bases.”

Entre la prenda y la hipoteca existen ciertas diferencias muy marcadas:

- a) La prenda versa sobre bienes muebles y la hipoteca sobre bienes inmuebles, con las excepciones que ya se plantearon;
- b) La prenda implica el desasimiento de la cosa, mientras que la hipoteca no;



- c) Bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento;
- d) Los frutos pendientes y las cosechas esperadas;
- e) Los frutos o productos ya cosechados o separados del suelo;
- f) Los animales de cualquier especie, así como sus crías y productos derivados;
- g) Los productos forestales cortados o por cortar;
- h) Las máquinas, herramientas, aperos, útiles y demás instrumentos de las explotaciones agrícolas, pecuarias y forestales;
- i) Las máquinas y demás bienes muebles que cuenten con suficiente identificación por razón de sus propias características, tales como marca, modelo, número de fábrica u otras semejantes;
- j) Las mercaderías, productos elaborados y materias primas almacenadas;
- k) Objetos de valor artístico, científico o histórico, como cuadros, tapices, esculturas, armas, muebles, porcelanas, libros o similares.

### **3.2.3. La fianza**

Las garantías de naturaleza personal, a diferencia de las de naturaleza real, como quedó apuntado (prenda e hipoteca), se constituye como tal, no sobre un bien mueble o inmueble, ni mucho menos sobre una persona, sino, en el compromiso dado por un tercero, incluyéndose en dicho compromiso o garantía, todo o parte de su patrimonio, constituido por los bienes que posea. En este caso podemos hablar de la fianza.

Puig Peña citado por Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza refiere que "Garantía personal... es una figura totalmente desacreditada. No produce en efecto, frente al



acreedor las seguridades que le proporcionan las garantías pignoraticias o hipotecarias, fomenta por así decirlo, en la persona del deudor (en la mayoría de los casos) una situación de apatía e inmoralidad, incitándolo a declarar su irresponsabilidad en perjuicio del fiador y constituye ciertamente a este en un peligro constante de tener que cumplir una prestación por deuda que contrajo. Desde el punto de vista social, hace de la amistad un instrumento peligroso y abusivo porque el deudor se atreve con más facilidad a exigir del amigo la garantía que el contenido económico de la obligación garantizada; contando, además, con que este encontrará mas dificultad en negarse al abonamiento personal, pues que de momento sufre su patrimonio, aunque a la larga sea, en definitiva, el que tenga que cumplir. Estas expresiones del eminente civilista español parecen dictadas para nuestro medio. En realidad la fianza constituida por una persona ante el ruego de otra que invoca la amistad para comprometerla, termina en muchísimos casos con el pago hecho por el fiador en defecto del deudor que falta al cumplimiento de sus obligaciones, y así termina la amistad”<sup>35</sup>

La fianza se establece o constituye cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoría. De donde resulta que la fianza es un contrato, pues exige un acuerdo de voluntades entre el fiador y el acreedor, cuyo crédito es garantido. La finalidad es garantizarle al acreedor su crédito.

Ya que por el contrato de fianza una parte se obliga a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de que éste no lo haga.

---

<sup>35</sup> Sigüenza Sigüenza. **Op. Cit.** Pág. 335.



El Abogado Manuel Ossorio se refiere a esta institución jurídica como: "Obligación accesoria que uno contrae para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre si el fiador verificarlo él en el caso de que no lo haga el deudor principal, el que directamente estipuló para sí.

También, la prenda que da el contratante en seguridad del buen cumplimiento de su obligación. La cosa que se sujeta a esa responsabilidad, especialmente cuando es dinero, que pasa a poder del acreedor o se deposita y consigna."<sup>36</sup>

Y, Guillermo Cabanellas le atribuye la naturaleza de garantía pecuniaria o patrimonial: "Civilistas, mercantilistas y procesalistas están conformes en caracterizar la fianza como garantía pecuniaria o patrimonial, ante el caso de incumplimiento o insolvencia de un deudor o ante la transgresión, con consecuencia penales, de una actitud de acción u omisión preestablecida. Si eso es cierto, no va a la raíz de la fianza, que se funda en dos nobles actitudes humanas: una se patentiza en la solidaridad efectiva, no entendida con el rigor jurídico, sino por cuanto represente agregarse, sin estricto deber previo, a garantizar un cumplimiento o una abstención ajena.

Pero además es evidente que el fiador, al obligar el conjunto de su patrimonio o bienes singulares, por acto voluntario, procede a una bilateralidad eventual, aunque cuente con un resarcimiento, algo problemático, por no existir seguridad de que cumpla con él, el que no cumplió con otro."<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 318.

<sup>37</sup> Cabanellas. **Op. Cit.** Vol III, Pág. 362.



La legislación guatemalteca define esta garantía según lo regulado en el Artículo 2100 de Código Civil: “Por el contrato de fianza un apersona se compromete a responder por los obligaciones de otra. El fiador puede estipular con el deudor una remuneración por el servicio que le presta.”

Esta garantía constituida a través de un contrato, tiene dentro de sus características:

- a) Debe constar por escrito para su validez; Artículo 2101 del Código Civil “La fianza de constar por escrito para su validez.”
- b) La fianza solo garantiza a lo que expresamente se comprometió el fiador; primer párrafo del Artículo 2102 del Código Civil “El fiador sólo será responsable por aquello a que expresamente se hubiere comprometido. ...”
- c) El fiador puede obligarse a menos pero no más que el deudor principal; segundo párrafo del Artículo 2102 del Código Civil “Puede obligarse, a menos pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiere obligado a más, se tendrá por reducida su obligación en cuanto al exceso.”
- d) En esta clase de garantía, el fiador puede constituir prenda o hipoteca; Artículo 2103 del Código Civil “El fiador puede limitar su responsabilidad constituyendo prenda o hipoteca. Si la fianza no fuere limitada, el fiador queda obligado no sólo por la obligación principal sino por el pago de intereses, indemnización de daños y perjuicios en caso de mora, y gastos judiciales. El fiador no responderá de otros



daños y perjuicios y gastos judiciales, sino de los que se hubieren causado después de haber sido requerido para el pago.”

- e) El fiador puede pedir que el fiado garantice las resultas de la fianza; Artículo 2105 del Código Civil “El fiador puede pedir que el fiado le garantice las resultas de la fianza: 1°. Si el deudor está para ausentarse de la república; 2°. Si el deudor, ha sufrido menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de Insolvencia; 3°. Si hubiere temor justificado de que el deudor oculte o dilapide sus bienes; 4°. Si el fiador ha sido demandado por el acreedor para el pago de la deuda; y 5°. Cuando el deudor se haya obligado a obtener el relevo de la fianza dentro de cierto plazo, y éste haya vencido.”
  
- f) En la fianza se da el derecho de repetición; Artículos 2115 y 2116 del Código Civil “Si fueren varios los fiadores, el que satisfaga la deuda tiene derecho para cobrarla de los demás cofiadores, rebajada la parte que a prorrata le corresponde.” “El fiador de una obligación que pagare la deuda de varios deudores solidarios entre sí, tiene derecho a repetir por el total contra todos o cada uno de ellos.”
  
- g) En la fianza existe el beneficio de la excusión; el beneficio de la excusión en el derecho guatemalteco se encuentra regulado en el Código Civil, según los artículos 2106 al 2108 “Artículo 2106. No puede compelerse al fiador a pagar al acreedor, sin previa excusión de los bienes del deudor.” “Artículo 2107. La excusión no tiene lugar: 1°. Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella;



2°. Cuando se ha obligado solidariamente con el deudor; y 3°. En caso de quiebra o de cesión de bienes del deudor.” “Artículo 2108. Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste lo requiera para el pago, y señalarle bienes realizables del deudor que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación.”

El beneficio de excusión es: “Derecho concedido al fiador a fin de no ser compelido a pagar al acreedor sin que previamente se haya dirigido contra los bienes del deudor principal, cuyo embargo y venta judicial debe pedir antes de dirigirse contra el que dio la caución. Llámese también beneficio de orden. No es aducible en casos de previa renuncia, de solidaridad, concurso o quiebra del deudor, de ser heredero de éste y de garantía judicial.”<sup>38</sup>

La fianza provoca una obligación subsidiaria, la que sólo puede hacerse efectiva cuando se ha tratado de manera infructuosa la excusión de los bienes del deudor principal, salvo que el fiador haya renunciado a este beneficio.

Por la fianza convencional simple el fiador goza de los beneficios de excusión, y si existiese varios fiadores, de división de la deuda entre ellos; en la fianza solidaria el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador sin necesidad de ejecutar los bienes del deudor principal y puede demandar por el total a cualquiera de los fiadores. Pero la solidaridad no quita a la fianza el carácter de obligación accesoria y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal.

---

<sup>38</sup> Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 82.



La fianza es el resultado de la libre contratación de las partes, pero a veces ella es impuesta por la ley (en algunas legislaciones) La primera se llama fianza convencional; la segunda legal o judicial y en este caso la aceptación del fiador no corresponde al acreedor sino al juez. La fianza también puede ser civil o comercial.

Como se dijo la fianza puede ser civil o comercial según sea el caso, o la ley que las regula. La fianza comercial se encuentra determinada en el Artículo 1025 del Código de Comercio de Guatemala. Esta tiene siempre carácter solidario, de tal modo que el fiador no cuenta con los beneficios de excusión y división.

Al tenor de lo regulado en el Artículo 2119 el que establece “El fiador del fiador no está obligado para con el acreedor sino en el caso de que el deudor principal y todos los fiadores de éste no hayan cumplido la obligación”, Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza refiere que: “En este caso se configura la sub-fianza, en donde, una persona colocada en plano inferior se compromete a garantizar la obligación del fiador ante el acreedor, mas no así, las obligaciones del deudor principal frente al acreedor, es pues, una fianza de segundo grado”<sup>39</sup>

#### **3.2.4. El seguro**

El contrato de seguro es el medio por el cual el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima, a resarcir de un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato. El contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley.

<sup>39</sup> Sigüenza Sigüenza. *Op. Cit.* Pág. 333.



Guillermo Cabanellas refiere que “En lo jurídico, seguro es un contrato aleatorio, por el cual una de las personas (el asegurador) se compromete a indemnizar los riesgos que otra (el asegurado) sufra, o a pagarle determinada suma a éste mismo o a un tercero (el beneficiario) en caso de ocurrir o no ocurrir el acontecimiento de que se trate, a cambio del pago de una prima en todo caso”<sup>40</sup>

En contrato de seguro de encuentra regulado en el Artículo 874 de Código de Comercio “por el contrato de seguro, el asegurador se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al realizarse la eventualidad prevista en el contrato, y el asegurado o tomador del seguro, se obliga a pagar la prima correspondiente.”

### **3.3. Bienes otorgados en garantía**

En relación a los bienes que pueden darse en garantía para el cumplimiento de las obligaciones por parte de los administradores de los bienes de los ausentes, serán, según sea el caso, partiendo de la garantía que se preste, es decir, si fuere de las garantías reales como la hipoteca, serán de los bienes inmuebles, puesto que solo sobre esta clase de bienes se puede constituir hipotecas; así quede establecido de acuerdo con el artículo 822 del Código Civil citado.

Si fuera el caso que las garantías otorgadas fueran a través de las reales llamadas prendarias, serán en todo caso sobre bienes muebles, con las modalidades que existen para unos y otros.

---

<sup>40</sup> Cabanellas. **Op. Cit.** Vol VI, Pág. 71.



Así lo manifiesta Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza cuando expresa que “La característica principal que diferencia a la hipoteca de la prenda, es que esta última grava bienes muebles, mientras que la hipoteca grava bienes inmuebles.”<sup>41</sup>

#### **3.4. Garantías otorgadas por los administradores de los bienes del ausente**

En todo caso, las garantías que deberá prestarse por parte de los administradores de bienes de ausentes, serán, de las reales y las personales en su caso, puesto que las procesales o de penalización, aunque no se constituyan previamente, siempre tendrán el acreedor o el destinatario final de los bienes, poder hacer uso de ellas en caso sea necesario y aplicable. Puesto que si hablamos de la garantía procesal de la revocatoria judicial, conocida también con el nombre de “acción pauliana” que no es otra que la facultad que otorga el ordenamiento civil al acreedor para solicitar al juez que se declare la ineficacia del acto de disposición que pone en peligro el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, sin que sea necesario que éste haya actuado fraudulentamente, y sólo hasta por el monto que garantice el cumplimiento de la obligación. De esto se desprende que lo que se busca con la acción pauliana no es en realidad la revocación del acto, sino más bien que se proclame su ineficacia.

---

<sup>41</sup> Sigüenza Sigüenza. **Op. Cit.** Pág. 157.



## CAPÍTULO IV

### 4. La analogía

Los historiadores ubican el uso de la analogía, ya en estudios de cálculo en la antigua Mesopotamia y en la cultura egipcia antigua; los griegos la entendieron como proporción, pero fue Platón quien le dio un mejor carácter en el ambiente filosófico, siendo Aristóteles quien hizo un estudio más detallado de ella al considerar la analogía del ente. Guillermo Cabanellas, acerca de la analogía dice “como procedimiento exegético, sobre todo ante lagunas legales, la analogía se muestra a través de la interpretación, y de sus especies lógica y extensiva. No obstante, entre analogía e interpretación extensiva se pretende establecer el lindero de que la primera trata de descubrir una norma nueva para un derecho ya existente; mientras la interpretación extensiva procura ensanchar el sentido de una regla jurídica ya existente, pero no aplicada en todo su alcance posible.”<sup>42</sup>

#### 4.1. Definición de analogía

La forma de razonamiento analógico es un modo de razonamiento que consiste en obtener una conclusión a partir de premisas en las que se establece una similitud o analogía entre elementos o conjuntos de elementos distintos, por lo tanto éste va de particular en particular. Analogía, significa “comparación o relación entre varias razones o conceptos; comparar o relacionar dos o más seres u objetos, a través de la razón,

---

<sup>42</sup> Cabanellas. *Op. Cit.* Vol. I, Pág. 283.



señalando características generales y particulares, generando razonamientos basados en la existencia de semejanzas entre estos, aplicando a uno de ellos una relación o una propiedad que está claramente establecida en el otro.

En el aspecto lógico, apunta a la representación que logramos formarnos de la cosa, como objeto en la conciencia; y, como representación, como objeto lógico del pensamiento, recibe de este ciertas propiedades como la abstracción, la universalidad, etc., que permite comparar un objeto con otros, en sus semejanzas y en sus diferencias.

La analogía permite una forma inductiva de argumentar que asevera que si dos o más entidades son semejantes en uno o más aspectos, entonces lo más probable es que también existan entre ellos más semejanzas. Una analogía permite la deducción de un término desconocido a partir del análisis de la relación que se establece entre dos términos conocidos.”<sup>43</sup>.

Guillermo Cabanellas define la analogía como “semejanza entre cosas o ideas distintas, cuya aplicación se admite en Derecho para regular, mediante un caso previsto en la ley, otro que, siendo semejante, se ha omitido considerar en aquella. El argumento de analogía se llama también a simili.”<sup>44</sup>. Por otra parte, el abogado Manuel Ossorio se manifiesta diciendo con respecto a la analogía, que: “A los jueces no se les permite dejar de juzgar bajo el pretexto (o la realidad) de silencio (laguna legal), oscuridad o

<sup>43</sup> [es.wikipedia.org/wiki/Analogia](https://es.wikipedia.org/wiki/Analogia). (8 de mayo de 2015).

<sup>44</sup> Cabanellas. *Op. Cit.* Vol. I, Pág. 282.



insuficiencia de la ley. Por eso, cuando tales supuestos se producen, están obligados a aplicar, en primer término, al caso concreto que les está sometido, los principios de las leyes análogas que serían de aplicación a casos similares.”<sup>45</sup>

En cuanto a la laguna de ley podemos decir que es aquel vacío que existe en un sistema jurídico determinado, ya sea por la propia falta de legislación o por ser un asunto nuevo dentro del derecho moderno.

Así lo manifiesta Manuel Ossorio “No siempre la ley contiene normas que puedan ser aplicables a determinados casos o problemas de hecho; en otros términos, existen problemas que no pueden ser subsumidos en una norma legal. A esa imprevisión, o a ese silencio de las leyes, es a lo que se llama lagunas legales. Si la función específica de los jueces consiste en la aplicación de la ley a los casos concretos sometidos a su jurisdicción, se les plantearía el problema de la imposibilidad de sentenciar, por carecer de norma aplicable. Ante tan difícil situación, se ha tenido que buscar una solución que es dispar según el fuero de que se trate. Así, en materia civil -y por extensión en materia laboral o contencioso-administrativa- está prohibido a los jueces, so pena de incurrir en responsabilidad, dejara de resolver alegando el silencio o la omisión legislativa, dificultad que han de salvar mediante la aplicación analógica de otras leyes, de los principios generales del Derecho o de la simple equidad. Contrariamente, en materia penal, las lagunas legales, es decir, el silencio de la ley, no puede ser sustituido ni por aplicación analógica, ni por el recurso a los principios generales del Derecho, ni por los conceptos derivados de la equidad; porque en ese fuero se impone el principio

---

<sup>45</sup> Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 54.



fundamental de que no hay delito ni pena sin previa ley que los establezca, de donde resulta la ineludible necesidad de absolver al imputado.”<sup>46</sup>

Guillermo Cabanellas con respecto a las lagunas legales o “lagunas del derecho” refiere que es “La ausencia de normas positivas aplicables a relaciones o casos jurídicos determinados, especialmente ante un planteamiento litigioso. ... Proviene una vez de inadvertencia reguladora en los legisladores; con más frecuencia se originan por innovaciones de la vida y de la civilización, que requieren normas nuevas no dictadas aún. ... con lo jurídico tiene dimensión universal, previsor ante sus posibles imprevisiones el legislador, artículo un sistema para que puedan tener solución todos los conflictos legales; ya que impone, en cualesquiera circunstancias, un fallo positivo por parte de los tribunales. A tal finalidad sirven los preceptos que establecen las fuentes del Derecho, que se aplican supletoriamente a falta de regla jurídica expresa para un supuesto contencioso. En tales situaciones, los principios del Derecho, la interpretación extensiva y la analogía constituyen los remedios prácticos que la misma ley o la experiencia judicial ponen en juego para resolver siempre, como es deber imperioso para los juzgadores. ... en algún caso, la laguna jurídica se colma mediante una cautelosa dilación. ...”<sup>47</sup> Y en cuanto a la interpretación analógica agrega que “Es la que procede por analogía.”<sup>48</sup>

Acerca de la interpretación extensiva el mismo jurista citado refiere que “La explicación o aplicación de un texto a otros casos además a los expresamente determinados en la

<sup>46</sup> Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 415.

<sup>47</sup> Cabanellas. *Op. Cit.* Vol. IV, Pág. 85.

<sup>48</sup> *Ibid.* Vol. III, Pág. 780.



disposición interpretada. Puede hacerse por analogía, por ejemplo, si se aplica lo dispuesto en el comercio de trigo al de la cebada; y cabe proceder por similitud con el espíritu de la ley, como entender que, si en la duda ha de estarse por el deudor, debe ello extenderse al trabajador frente al patrono, por ser aquel deudor de su servicio.”<sup>49</sup>

#### **4.2. Clases de analogía**

Dentro de la terminología relacionada con la analogía, podemos mencionar la homología, la comparación, la metáfora, etcétera. Que no necesariamente pueden ser consideradas como clases de analogía, sin embargo para entenderlas las definiremos de manera somera.

Estudiosos de la lengua han pretendido encontrar similitud entre la analogía y otros términos, que sin bien es cierto, podrían aplicarse en cuestiones análogas, sin embargo, creemos que distan mucho de lo que la analogía significa como tal. Dentro de estos términos tenemos la homología que se da cuando dos cosas o casos diferentes, aún siendo estructuralmente semejantes poseen funciones diferentes. En las homologías la forma o estructura es lo que permanece semejante mientras que cambia el sentido, o sea, la relación entre los significantes. La metáfora ocurre cuando el discurso toma como objeto directamente el término de comparación, omitiendo la referencia al término comparado. La comparación, se habla de simil cuando el lenguaje expresa directamente una comparación entre dos objetos o situaciones reales. La alegoría existe cuando la comparación se prolonga a lo largo del discurso hablando del

---

<sup>49</sup> Cabanellas. **Op. Cit.** Vol. III, Pág. 782.



término comparado en vez de hablar del propio objeto de referencia real, entonces el recurso lingüístico recibe este nombre. Las fábulas son el ejemplo más propio de lo que es una alegoría.

En lo jurídico, la analogía constituye el fundamento de poder considerar casos semejantes mediante una cuidadosa comparación.

#### **4.2.1. La analogía jurídica**

Sobre la analogía jurídica nos dice Guillermo Cabanellas “La resolución de un caso o la interpretación de una norma fundándose en el espíritu de un ordenamiento positivo o en los principios generales del Derecho. La extensión de la ley a casos no previstos por ella sería de similares situaciones y ante la identidad de motivos; por la lógica de que hechos de la misma naturaleza jurídica deben tener igual regulación positiva.

Ejemplo de analogía jurídica o analogía juris (si se prefiere en latín) lo constituye la regulación del Derecho Aeronáutico, a falta de reglas especiales, por las normas del Derecho Marítimo, por basarse en el principio de que el aeroplano es una nave aérea; en ésta y en el buque existe finalidad -en lo mercantil- de transportar personas o cosas; cabe el abandono de ambos elementos de transporte a favor de los aseguradores; en los dos resulta posible la echazón; el naufragio es equiparable a la violenta caída; el aterrizaje forzoso, a la arribada de igual índole; las tempestades coartan al buque y a la aeronave; hay tripulantes en ambos medios de comunicación; las averías, colisiones, entre otros aspectos, permiten prolongar la analogía, sin negar en absoluto aquí los



títulos para la substantividad de cada Derecho, por la diversidad de elementos de distinta clase.”<sup>50</sup>

Con respecto a la analogía jurídica, Manuel Ossorio manifiesta que “La regla de la analogía jurídica juega respecto a todos los fueros y jurisdicciones judiciales, menos en materia penal; porque una norma elemental del Derecho liberal (ya que en los regímenes totalitarios sucede cosa distinta), determina que no hay delito ni pena sin previa ley que los establezca. En la ley penal no puede haber ninguna laguna, sino inexistencia del delito no previsto; y de ahí que no quepa crear delitos por analogía con otros.

El juez tendrá que sobreseer definitivamente o absolver.”<sup>51</sup>. La legislación guatemalteca recoge este principio, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de la República, Artículo 12 “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.”

Igualmente aparece regulado en el Artículo 1 y 2 del Código Procesal Penal, “No hay pena sin ley. (Nullum poena sine lege): No se impondrá pena alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad.” “No hay proceso sin ley. (Nullum proceso sine lege):

---

<sup>50</sup> Cabanellas. *Op. Cit.* Vol. I, Pág. 282.

<sup>51</sup> Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 54.



No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal.”

#### **4.2.2. Analogía legal**

A cerca de la analogía legal el jurista Guillermo Cabanellas manifiesta “Llamada también, como en las fuentes clásicas, analogía legis, cuando la similitud de la regulación entre el caso legislado y el omitido o nuevo se basa en la relación inmediata. Tal sucede al aplicarse al derecho de uso las reglas vigentes sobre el usufructo; analogía doblemente legal por cuanto los mismos códigos civiles suelen disponerlo.”<sup>52</sup>

#### **4.3. La analogía en el sistema jurídico guatemalteco**

En principio diremos que la analogía en el derecho penal es prohibida, tal extremo lo se regula en el Artículo 14 del Código Procesal Penal “Tratamiento como inocente. El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles contra el imputado son las que éste Código

---

<sup>52</sup> Cabanellas. *Op. Cit.* Vol. I, Pág. 283.



autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado.” De acuerdo con ello, dice José Alfredo Palacios Montenegro en su Tesis de Grado “... en un Estado de derecho, la teoría y la práctica jurídicas admiten generalmente que una de las consecuencias fundamentales del principio de legalidad es la prohibición de analogía. Entonces,... se hace realmente necesario determinar qué es la analogía para lograr fundamentar sólidamente las razones del porqué se afirma que ésta se diferencia de la interpretación extensiva o analógica y, por lo tanto, que ésta última sí es válida en el derecho penal guatemalteco.

La analogía es un medio a través del cual se integran normas legales para resolver un caso que no está regulado por la ley; por lo tanto, no constituye una forma de interpretación sino la creación de nuevo derecho. Ésta se diferencia de la interpretación extensiva o analógica pues cuando se utiliza este medio de interpretación de la ley penal para aplicarla a un caso concreto, éste sí está regulado por aquélla pero, para resolverlo, es necesario darle a la norma un significado más amplio del que a simple vista tiene, pues quien dictó esa disposición legal quiso decir algo más pero no lo hizo, es decir, lo hizo de forma incompleta, como por ejemplo: Omitir alguna palabra en el texto de la misma.”<sup>53</sup> En otras áreas del derecho, si podrá utilizarse la analogía como sustituto de la interpretación, esto de conformidad con lo regulado en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial “Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán

---

<sup>53</sup> Palacios Montenegro, Jorge Alfredo. **Interpretación analógica en el derecho penal guatemalteco: análisis de un caso legal.** Tesis de grado., Pág. 283.



conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma, se podrán aclarar, atendiendo al orden siguiente:

- a) A la finalidad y al espíritu de la misma;
- b) A la historia fidedigna de su Institución;
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

#### **4.4. La analogía como mecanismo para prestarse la garantía**

Como ya se dijo la analogía en el derecho penal es prohibida, en virtud del tratamiento como inocente que debe tener el imputado, en tal sentido el procesado debe ser tratado como inocente durante el proceso penal hasta la emisión de la sentencia, la que debe de estar firme, y como la analogía es un medio a través del cual se integran normas legales para resolver un caso que no está regulado por la ley; por lo tanto como ya se dijo la analogía no constituye una forma de interpretación, sino que es una forma de suplir la deficiencia de la ley, por lo que en el presente caso al no tener regulado la figura de guardador las garantías que debe de otorgar, analógicamente pueden aplicarse las garantías establecidas para las casos generales en el Código civil ,es decir la hipoteca y la prenda, en este caso debe ser el procedimiento a través de una escritura pública que debe de registrarse en los registros correspondientes.



## CONCLUSIONES

1. La representación de la persona declarada ausente recaerá sobre quien se designe por parte del juzgador, representación que en el momento de solicitarse la administración por parte de los parientes del ausente, sobre estos recaerá dicha representación y de la misma manera la administración, en cuyo caso ya existen reguladas las garantías que deberán otorgarse.
2. Del presente trabajo de investigación, se puede establecer que la figura jurídica del guardador, no tiene reguladas específicamente las garantías que deben otorgarse para asegurar los bienes de la persona declarada ausente, lo que deja en riesgo a los ausentes en la administración de sus bienes.
3. La función de las garantías consisten en que el guardador garantice efectivamente la administración de los bienes de la persona declarada ausente, y al no existir taxativamente regulación en cuanto a qué clase de garantías debe otorgarse por parte del guardador, permite que quien sea nombrado como guardador no garantice efectivamente el resultado de su gestión como administrador de los bienes del ausente.
4. La analogía en materia penal es prohibida de conformidad con la legislación penal guatemalteca; sin embargo, en materia civil es posible aplicarse por ser una forma de suplir la deficiencia de la ley, en aquellos casos en los cuales no existe regulación específica y sobre casos o situaciones análogas.





## RECOMENDACIONES

1. Al encontrarse regulada en el Código Civil la clase de garantías que deberán prestar los administradores de los bienes del ausente, cuando ésta administración recaer sobre los parientes de aquel, quién deberá regular de igual manera para el caso que dicha administración recaiga sobre el guardador.
2. De la misma manera como se encuentra regulado lo relativo a las obligaciones, facultades y prohibiciones en cuanto a que para el guardador son las mismas que las de los tutores, quién deberá regular cuales son las garantías que otorga el guardador previo a entrar a administrar los bienes de la persona declarada en ausencia, ante el juez de conocimiento.
3. Con el fin de proteger los bienes del ausente frente a terceros e incluso frente a sus propios parientes legales, mientras se declara la muerte presunta y se otorga la administración definitiva de dichos bienes, es importante que las garantías de la hipoteca o la prenda, incluso la fianza y el seguro, y que el guardador de los bienes del declarado ausente, rinda cuentas ante el juez de conocimiento y asegure una buena administración de los bienes que se le han encomendado.



4. Deberá establecerse en el Código Civil que clase de garantías otorgará el guardador, para la efectiva administración de los bienes de la persona declarada ausente. Sin embargo, al carecer de regulación en cuanto a qué clase de garantías debe otorgar el guardador, deberá acudirse a la analogía en cuanto a las clases de garantías que otorgan los parientes de la persona declarada ausente, para el caso en el cual, quien administre los bienes del ausente sea el guardador.



## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco.** , Guatemala: (s.e), (s.f).

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** 1ra. ed., Guatemala: (s.e), 1985.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 14ª. ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1979.

GARCÍA-PELAYO Y Ramón Gross. **Diccionario básico de la lengua española.** 1ª. ed, 22ª reimpresión. México: Ed. Larousse, 1984.

<http://es.wikipedia.org/wiki/Ausencia>. (consultado: 8 de marzo 2014)

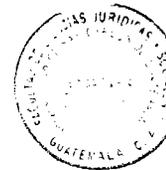
<http://es.wikipedia.org/wiki/Analogia>. (consultado: 26 de abril 2014)

<http://www.monografias.com/contratos-garantias-y-seguro>. (consultado: 28 de abril 2014)

MUÑOZ, Nery Roberto. **La forma notarial en el negocio jurídico.** Guatemala: Ed. Infoconsult Editores, 2001.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

PALACIOS MONTENEGRO, Jorge Alfredo. **Interpretación analógica en el derecho penal guatemalteco: análisis de un caso legal.** Tesis de grado. Guatemala. 2010.



**SIGÜENZA SIGÜENZA, Gustavo Adolfo. Código Civil, anotado y concordado.**  
Guatemala, 1ª. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael  
Landívar. Ed. Magna Terra Editores. 2010.

**Legislación:**

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

**Código Civil.** Decreto Ley número 106, Jefe del Gobierno de la República de  
Guatemala, 1963.

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

**Código Procesal Penal.** Decreto número 51-92, Congreso de la República de  
Guatemala, 1992.

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

**Ley del Organismo Judicial.** Decreto número 2-89, Congreso de la República de  
Guatemala, 1989.

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

**Decreto número 25-97,** Congreso de la República de Guatemala, 1997.