

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a staff, surrounded by various symbols including a crown, a lion, and a building. The shield is set against a background of a landscape with a sun and a river. The entire seal is enclosed in a circular border with the Latin motto "SICUT ERAT" at the top and "SICUT ERIT" at the bottom.

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL FIDEICOMISO INSTITUIDO
POR TESTAMENTO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA
Y EN EL DERECHO COMPARADO**

VÍCTOR MANUEL ALEJANDRO CHINCHILLA SANTIAGO

GUATEMALA, MAYO 2008

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL FIDEICOMISO INSTITUIDO POR
TESTAMENTO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y EN EL
DERECHO COMPARADO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

VÍCTOR MANUEL ALEJANDRO CHINCHILLA SANTIAGO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo 2008

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Edith Marilena Pérez Ordoñez
Secretario:	Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval
Vocal:	Lic. Luis Alfredo González Ramila

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Juan Carlos López Pacheco
Secretario:	Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Vocal:	Licda. Ángela Paniagua Gómez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

DEDICATORIA

A Dios:

Por haberme dado la vida gracias te doy Padre Santísimo por tu fuerza, tu paz y regalarme tus dones para hacer de mí el hombre que soy, gracias por acompañarme y ayudarme a ser el profesional que deseo ser.

A la Virgen María:

Gracias Madre, por interceder en mi vida para que pudiera alcanzar este logro.

A mi papá, Adolfo Chinchilla (Q. E. P. D.):

Gracias mi Fito, por tus oraciones diarias, consejos y palabras de ánimo para impulsarme a estudiar y alcanzar esta meta, gracias por hacerte sentir en cada día de mi vida. TE AMO.

A mi mamá, Miriam de Chinchilla:

Gracias mamita linda, porque tu apoyo, oraciones, esfuerzo y consejos han cosechado hoy sus frutos, eres mi mejor motivación para ser quien soy, gracias por haberme dado ese ejemplo de vida, estudio y de profesionalidad. TE AMO.

A mis hermanos:

Adolfo, Carlos y Mario; gracias por acompañarme en ésta y todas las travesías de mi vida; por apoyarme siempre en todo lo que he querido realizar. Gracias Adolfo, por tu cariño y por agregar a nuestra familia a alguien tan especial como Evelyn, José y Mafer. Gracias Carlos por todos tus consejos y apoyo. Gracias Mario por todo tu apoyo, fuerza y por agregar a Evelyn a nuestra vida.

A mis abuelitos:

Josefina (Q. E. P. D.); Marco (Q. E. P. D.) y Sara de Santiago, con especial cariño y admiración.

A mis tíos y primos:

Víctor Chinchilla, Berna y May, Gladys, Ingrid y Andrés, por su inmenso cariño.

A mi novia:

Astrid Navas, por aparecer en mi vida en el momento oportuno, complementarme de la manera como lo haces, por compartir los sueños de mi vida y hacerlos nuestros; eres mi mejor tesoro. TE AMO.

A la Familia Navas Falla:

Por haberme recibido en su casa y hacerme sentir como en la mía, por su apoyo y esos momentos felices vividos.

A mi Familia:

Amparo Fuentes, Edwin y Verónica de Hernández, Omar Letty, Shuuandy y Braulio Marroquín, Nery y Margoth Bethancourt, Pedro y Patty Veliz, Luis y Letty Orive, porque su apoyo incondicional y su inmenso cariño hacia nosotros, han sido pilares en nuestra vida. Los quiero mucho.

A mis amigos de siempre:

Fernando y Anita Ampudia, Jorge Lemus, Lissett Rodríguez, Calixto Morales, Doménica Pensamiento, Carmen España, Angélica Figueroa, Sandra Córdova, Jessi Santos, por haberme apoyado siempre y en todo momento para alcanzar este sueño.

A los amigos que hice en esta casa de estudios:

Isabel Corado, Mónica Lamadrid, Arnoldo Valdez, Hiriam López, Victoria Barrios, Franklin y Lolita Arana, Nely Mayen, Mario Nájera, Fernando López, Enrique Villela, Antonio García, William Arreaga, Jenniffer Ozaeta, porque su amistad invaluable y su apoyo incondicional será siempre guardado en mi corazón, ya que sin en el mismo, no hubiese vivido estos momentos tan hermosos.

A los licenciados y amigos:

Luis Orive, Carlos Melgar, Vinicio Melgar, Jackelyn Aguirre, Jorge Arreaga, porque el poco celo profesional y educativo que guardaron para mí en su enseñanza acerca del derecho me animaron siempre a continuar esta travesía.

A mis catedráticos:

Licenciados Bonerge Mejía, Juan Francisco Flores, Guillermo Díaz, Mario Aguilar Elizardi, Landelino Franco, Vladimir Aguilar, Hugo Calderón, Edgardo Enríquez; porque sus enseñanzas fueron valuarte en el camino comenzado y que hoy llega a su fin.

A mis amigos especiales:

Licenciados Carlos y Vinicio Melgar García, porque por sus enseñanzas y consejos he aprendido a valorar lo importante de esta carrera y convertirla en mi vocación.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1.- El contrato.....	1
1.1. Evolución histórica del contrato.	1
1.2. Significado del contrato.	2
1.3. El contrato en el derecho comparado.	4
1.4. El contrato en el derecho anglosajón. El common law.....	6
1.4.1. La formación del contrato en el common law.....	8
1.4.2. La consideration o contraprestación....	9
1.4.3. Reglas de la contraprestación para su validez.....	11
1.4.4. Contenido y desarrollo genuino del contrato en el common law.....	12
1.5. El contrato en el derecho guatemalteco.....	12
1.6. Elementos del contrato.....	13
1.7. Clasificación de los contratos.	19
1.8. Diferencias entre contratos civiles y contratos mercantiles.....	24
1.9. Características del contrato mercantil.....	27

CAPÍTULO II

2.- El Contrato de fideicomiso en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado.....	29
2.1. Antecedente del contrato.	29
2.2. Concepto.	37
2.3. Clasificación jurídica del fideicomiso.	39
2.4. Sujetos del fideicomiso.	41

	Pág.
2.4.1. Fideicomitente.	41
2.4.2. Fiduciario.	42
2.4.3. Fideicomisario.	45
2.4.4. El comité técnico.	49
2.5. Objeto del fideicomiso.	51
2.6. Finalidades del fideicomiso.	53
2.7. Forma de constitución del fideicomiso.	56
2.8. Derechos y obligaciones de las partes.	57
2.9. Modalidades de Fideicomisos.	63

CAPÍTULO III

3.- Derecho de sucesión en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado.....	65
3.1. Noción del derecho sucesorio.	65
3.2. Fundamento de la sucesión.	66
3.3. Historia de la sucesión por causa de muerte.	67
3.4. Teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho de sucesión.	68
3.5. Definición del concepto de sucesión.	69
3.6. Clases de sucesión.	70
3.7. Elementos de la sucesión.	71
3.8. La capacidad en el derecho sucesorio.	73
3.8.1. Capacidad jurídica.	73
3.8.2. Capacidad para testar.	74
3.8.3. Incapacidad para heredar por testamento.....	75

CAPÍTULO IV

4.- Sucesión testamentaria en la legislación de Guatemala y en el derecho comparado.....	79
---	----

	Pág.
4.1. Antecedentes históricos del testamento.	79
4.1.1. Antecedentes época antigua.....	79
4.1.2. Antecedentes en la edad media.....	84
4.2. Definición del testamento.	85
4.3. Características esenciales de los testamentos.	87
4.4. Solemnidades notariales de los testamentos.	89
4.5. Clases de testamentos en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado.	90
4.5.1. Testamento común abierto.	91
4.5.1.1 Testamento común abierto del ciego.....	93
4.5.1.2 Testamento común abierto del sordo.....	94
4.5.2. Testamento común cerrado.....	94
4.5.3. Testamentos especiales.	96
4.5.3.1. Testamento militar.....	97
4.5.3.2. Testamento marítimo.	98
4.5.3.3. Testamento en lugar incomunicado.....	100
4.5.3.4. Testamento del preso.	100
4.5.3.5. Testamento otorgado en el extranjero.....	100
4.5.3.6. Testamento ológrafo.....	101
4.5.3.7. Testamento mancomunado.	102

CAPÍTULO V

5.- Análisis jurídico en cuanto a la creación y naturaleza del fideicomiso instituido por testamento en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado.....	105
--	-----

	Pág.
Propuesta de reforma en cuanto a una regulación expresa del fideicomiso instituido por testamento.....	107
CONCLUSIONES.	111
RECOMENDACIONES.	113
BIBLIOGRAFÍA.	115

INTRODUCCIÓN

En el mundo jurídico, se ha hecho muy común la contratación o la institución del fideicomiso, por ser un contrato versátil que garantiza un buen manejo de los bienes que se sujetan al mismo, y por consiguiente un buen y lucrativo resultado.

Por lo anterior se realizó un análisis entre el derecho anglosajón y el derecho romano francés, con la finalidad de establecer los formalismos jurídicos que presenta cada uno de los citados sistemas jurídicos para instituir el contrato de fideicomiso.

Así también, la naturaleza del estudio realizado, conlleva al análisis de la institución testamentaria, ya que el fin del presente estudio es el comparar el fideicomiso instituido por testamento, tanto en la legislación guatemalteca, como en el derecho comparado, logrando establecer que las legislaciones inspiradas en el llamado sistema anglosajón, requiere de menos formalismos jurídicos para establecer el llamado *trust*, que como su nombre lo indica, por el mismo se *confía* el patrimonio fideicometido a una persona (que puede ser natural o jurídica, dedicada o no, a las inversiones) para que maneje el fideicomiso y genere los ingresos, intereses o lucro con el cual se beneficiará en este caso a los herederos de una persona.

El presente texto se encuentra plasmado en cinco capítulos, que se refieren en su orden, el capítulo primero al origen y significado del contrato, tanto civil como mercantil y sus diferentes acepciones o significados en la legislación comparada. Se establece una amplia clasificación doctrinaria del contrato, con el fin de poder ubicar de mejor manera las características esenciales del contrato del fideicomiso.

Seguidamente, en el capítulo segundo se analiza el contrato de fideicomiso propiamente, tanto en la legislación guatemalteca como en el derecho comparado, logrando establecer los orígenes del mismo, así como los beneficios económicos que puede generar. No en todas las legislaciones se contemplan los mismos sujetos del fideicomiso, ni son los mismos requisitos para su constitución.

Así por ejemplo, el contrato de fideicomiso en las legislaciones de origen anglosajón, no exige que el fiduciario sea una institución bancaria, como lo obligan legislaciones de origen romano francés, como la argentina, la mexicana o la guatemalteca. Así también, la legislación mexicana obliga la existencia de un Comité Técnico como un órgano de supervisión, de vigilancia y director de la actividad de la fiduciaria en el desempeño del fideicomiso.

Luego, en el capítulo tercero se comienza a analizar lo relativo al derecho sucesorio, tanto en la legislación guatemalteca como en el derecho comparado; desde sus orígenes, siendo una figura más reconocida en el derecho romano. La capacidad en el derecho sucesorio que juega un papel importante para establecer realmente quién puede otorgar testamento y quién puede ser considerado como heredero, ya que no todas las personas pueden ser consideradas como herederas.

Así también, dentro de este tercer capítulo se pueden establecer diferentes puntos de vista jurídicos, ya que legislaciones como la boliviana o la argentina tienden a reducir la edad para otorgar testamento, mientras que la legislación estadounidense mantiene la mayoría de edad como punto de partida para determinar la edad para poder otorgar testamento en varios estados.

En el capítulo cuarto, se analiza cuidadosamente la figura del testamento, ya que como disposición de última voluntad, no es una

figura uniforme en el mundo jurídico. Se estudia desde sus orígenes históricos, siguiendo su evolución incluso hasta ver testamentos escritos en el denominado idioma braile, como lo establece la legislación de la República de la Argentina.

Se estudian y determinan las solemnidades que regulan las legislaciones para poder otorgar testamentos; así como que se analiza una clasificación de testamentos, que se dan en la legislación comparada.

Para finalizar, en el capítulo quinto, podemos encontrar una propuesta de reforma al Código de Comercio de Guatemala, proponiendo adicionarle el Artículo 770 bis, el cual establecería una serie de requisitos exclusivos del fideicomiso instituido por testamento, requisitos que de conformidad con el análisis comparativo efectuado, son los que han hecho de este contrato de orígenes sajones, un contrato de inversión cada vez más utilizado y que cada vez genera mayores utilidades para los beneficiarios del mismo.

Para la elaboración de la presente investigación, se utilizó el método de análisis – síntesis, con la finalidad de descomponer en partes los datos informativos recabados, a manera de poder estudiarlos por separado a cada uno de ellos y así descubrir la esencia de las instituciones tratadas en la presente investigación; se utilizaron las técnicas de investigación y las bibliográficas para poder recabar de mejor manera la investigación realizada.

CAPÍTULO I

1. El contrato

1.1. Evolución histórica del contrato

El concepto de contrato, que hoy por hoy, se nos individualiza como algo muy natural y claro; ha sido fruto de una larga evolución histórica y de discusión jurídica a lo largo de los años.

La etimología de la palabra contrato es una voz semi culta, del latín contractus, que literalmente significa "contraído", del verbo contraho, conjuntado con la voz ere, originalmente se refería a "juntar" y en la aceptación "contraer" haciendo alusión a alguna deuda, un negocio. "Lo contraído", es un negocio, o más exactamente, una obligación.

En el Derecho Romano, la formalidad o ceremonia de lo prometido en forma verbal, hacía surgir la obligación. Posteriormente, surgen las obligaciones contractuales, que implicarían el nacimiento de un vínculo jurídico, porque el acuerdo de voluntades va acompañado de la entrega de una cosa cierta; sin cuyo presupuesto, no existe la posibilidad jurídica de exigir alguna obligación. Posteriormente, con el Derecho Canónico a través de su doctrina de la fines, hace pensar que sólo el acuerdo de voluntades puro y llano, sin forma alguna, sin entrega de cosa alguna y sin sujeción a ningún tipo predeterminado, puede engendrar obligaciones; esto sin duda alguna, también influenciado por el naciendo tráfico mercantil, urgido de pocos formalismos y de la agilidad necesaria para guardar la seguridad jurídica.¹

¹Aguilar Guerra, Vladimir. *El negocio jurídico*. 2ª Edición. Pág. 28

1.2. Significado del contrato

El contrato es el negocio jurídico por excelencia.

Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos que extiende las reglas del contrato a los demás actos jurídicos, unilaterales o bilaterales.

Diferente es la formula adoptada por el Código Alemán según el maestro Borja Soriano, citado por Fortunato Garrido² que imita el Código Brasileño, ya que se destina a las reglas del acto jurídico, como categoría especial, aún cuando ello no implica, de modo alguno, que considere que el contrato tiene otra naturaleza.

En el diccionario la palabra contrato significa pacto o convenio entre partes que se obligan sobre cosa determinada. Así también, por convenio se entiende ajuste, concierto entre dos o más personas o entidades.³

En el diccionario jurídico la palabra convenio viene del vocablo convenir, del latín *convenire*, ser de un mismo parecer, ajuste o concierto de dos o más personas. Es decir, un género particular de actos jurídicos en el que el acuerdo de voluntades tiene por objeto un interés jurídico referido a la transmisión, modificación, creación o extinción de derechos y obligaciones.⁴

²Garrido Roque, Fortunato. **Contratos civiles y comerciales**. Pág. 25

³Diccionario de la Real Academia Española. Pág. 471

⁴Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 97

Así también, el mismo diccionario jurídico nos dice: por contrato según el diccionario jurídico proviene del latín contractus derivado del verbo contrahere, es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce consecuencias jurídicas.⁵

Nuestro Código Civil en el Artículo 1,517 establece que “Hay contrato cuando dos o más personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”; de esta forma, el contrato sería el acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes (sin importar el número de partes).

Sin embargo, la definición legal carece de ciertos elementos característicos del contrato; ya que el puro acuerdo de voluntades no es por sí solo generador de obligaciones; así como también debemos recordar que las bases por las cuales se reglamenta el contrato, no las establecen exclusivamente las partes, sino que la ley misma.

En este sentido, Diez-Picazo, citado por el Doctor Aguilar Guerra⁶ afirma que “contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no solo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de la persona”.

⁵Ibid.

⁶Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 30

Así entonces, el contrato lo podemos definir como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones.

1.3. El contrato en el derecho comparado

El derecho comparado, nos da muchas y muy variadas definiciones que los juristas internacionales han dado referente a lo que es el contrato; todas las que se derivan del Derecho romano-germánico, sin embargo tienen en común la existencia de las obligaciones, y la teoría que ellas implican.

No así el llamado common law, o derecho inglés; que se ocupa principalmente del contrato como tal; sin ubicar tanto la obligación por la cual surge, sino que estudia el resultado de la contratación, incluso sin importar su género o clase (contratos civiles, mercantiles o administrativos).

El código civil alemán, no define el contrato, pero su concepto puede inferirse de lo dispuesto por el párrafo 305, que establece: "Salvo disposición en contrario de la ley, se necesitará de un contrato de los interesados para establecer por acto jurídico una relación obligatoria o para variar su contenido".

El anterior concepto, pudiera decirse que supera el campo de lo patrimonial, en virtud de su amplitud y vastedad; sin embargo nos da una idea de lo que en Alemania se puede contratar; cuando establece que será necesario en relaciones obligatorias, o para variar el contenido de las mismas.

El Código Civil Francés, dispone en su Artículo 1,101: “El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a dar, hacer o a no hacer alguna cosa”.

Dicho concepto, pudiera decirse que concuerda con lo que el Artículo 1,319 del Decreto Ley 106 establece o define como obligación. O sea, que en virtud de los preceptos legales transcritos, un contrato en el Código Civil francés, genera una obligación; que es lo que también se establece en el artículo 1,517 ya analizado.

El Código Civil español, establece en su Artículo 1,254: “El contrato existe desde que una persona o varias personas, consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Además en el Artículo 1,091 afirma que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

El Código Civil argentino, en su Artículo 1,137 establece que “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

El Código Civil mexicano, en su Artículo 1,793 establece que: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

1.4. El contrato en el derecho anglosajón. El common law

En el Derecho Anglosajón, el contrato suele definirse como *“La promesa o el conjunto de promesas que atribuyen a una o a las dos partes el derecho a exigir algo judicialmente”*.⁷

Profundizando un poco más en el common law sobre los contratos, concierne a los elementos por virtud de los cuales las promesas serán forzadas ante las cortes.

Deben distinguirse dos tipos de contratos:

- a) El primero corresponde a una transacción primitiva y es el contrato de venta. En estas ventas elementales no hay promesas futuras que se envuelvan.
- b) El segundo se vincula con una transacción sofisticada que abarca varias conductas futuras.

Con vistas a la historia de los contratos en el common law angloamericano debemos distinguir el contrato formal del informal. El primero es un documento escrito, consagrado bajo sello; el contrato informal surge de los hechos o de una situación o expresión verbal o escrita.

Los contratos formales e informales derivan de diversas fuentes, el común, o sea, el formal surgió protegido con el writ of trespass on the case. El contrato formal es mucho más antiguo y surgió el día en que se dio significado formal a los actos solemnes, especialmente cuando estaban acompañados de una ceremonia.

⁷<http://www.apuntes.rincondelvago.com/derecho-ingles.html> (consultado el 10 junio de 2007)

La concepción del common law y la equity condujo a los juristas a ver en el contrato civil, mercantil o administrativo una unidad. No existen para ellos las distinciones que nosotros hemos hechos durante siglos. Por el contrario, la unidad resulta desde el momento en que como hemos visto surge el writ of assumpsit entendido como un medio procesal para resolver los litigios contractuales.

Una característica fundamental tanto en el Derecho Inglés como en el norteamericano es que a sus juristas no les interesan las diferencias entre las distintas clases de contratos. En todos ellos aplican, las reglas de nacimiento, causa, contenido y certeza en la voluntad del contrato sin poner atención en las reglas específicas. Es decir, han elaborado una verdadera Teoría General del Contrato fundado en el punto de vista práctico.

Existe en Inglaterra y en los Estados Unidos de América un Código Uniforme de Comercio, este código (CODE, que significa una especie de acuerdo entre especialistas) tiene reglas que han sido desde hace cientos de años, y aún cuando el acuerdo en sí es moderno, pues fue puesto a disposición de los estados a partir del año de 1,978 ha sido aceptado casi por la totalidad de las legislaturas estatales y por tal, convertido en act or statute.

Sus finalidades son tres, siendo la primera para simplificar, aclarar o modernizar el derecho relativo a los convenios mercantiles; la segunda para permitir la expansión de las prácticas comerciales, a través de un uso y costumbre y por acuerdo de las partes y la tercera para mantener uniformidad entre las diversas jurisdicciones estatales.

1.4.1. La formación del contrato en el Common Law

Para la formación del contrato el common law no se ha exigido la redacción de un documento. La antigua exigencia de pedir un sello para que no existiera duda de la obligatoriedad, en el Derecho inglés, ha sido sustituida por un simple círculo trazado enmarcando una identidad de la parte. El sello ha sido abolido y basta la suscripción de la firma frente a dos personas, esto es, a lo que se llama el deed, o acta.

El mutuo consentimiento se forma con una oferta a la que le sigue una aceptación. La oferta indica la voluntad de obligarse. La intención se desprende de las frases usadas que bien pueden ser que el ofrecimiento este sujeto al contrato o que se trate de un convenio que tiene fuerza obligatoria o de un acuerdo entre caballeros.

Es fundamental que la oferta sea aceptada pues entre tanto no se realice la aceptación, el oferente puede revocarla. Es obvio que la aceptación tiene que ser lisa y llana, pues de otra suerte implicaría una nueva oferta. Sin embargo esta regla ha sido modificada en parte por el Uniform Commercial Code de los Estados Unidos, puesto que éste admite la validez de una opción y su rompimiento injusto daría base a una reparación.

La aceptación tiene que ser sin condición ni reserva, cualquier variante implicaría una contraproposición y ésta puede considerarse que está formulada cuando el aceptante coloca la aceptación al correo sin importar el término que exija la oficina de correos o que de hecho se realice.

En el derecho del common law no se le reconoce fuerza de aplicación al principio de buena fe, como lo tiene expresado el Derecho Europeo. El common law es muy reticente para admitir un deber jurídico para vigilar

los intereses económicos del otro, sólo llamándose a la jurisdicción de la equity podría obtenerse algún resultado, pero éste no podría ser otro que el de anular el posible contrato. Si el oferente ha fijado un término, éste no puede revocarlo sin motivo y sin sanción.

En la formación del contrato, sólo podría hablarse de culpabilidad cuando se hagan afirmaciones falsas de las que pudieran resultar consecuencias dolosas a la otra parte.

En Inglaterra, a partir de 1,964, existe responsabilidad del que hace una afirmación sin que existan buenas razones. Campea en este aspecto la idea de engaño (misrepresentation o falta de representación o legitimidad).

Por supuesto que una vez formado el contrato la relación es obligatoria. Desde luego que no se permitirá ninguna modificación unilateral al contrato formado. Si el acreedor renunciara a sus derechos, en principio su renuncia no produce ningún efecto, puesto que sería gratuita, sin embargo, la equity ha considerado la validez de la renuncia, y es que en este caso la gratuidad de la misma, que implica la ausencia de una consideration, se estimaría como abusiva.

1.4.2. La consideration o contraprestación

La "consideration" es el elemento que deriva de la eficacia vinculante del contrato; es un acto o una abstención de las partes, o dicho de otro modo; la promesa de esto, es el precio por el cual se compra la promesa de la otra y la promesa hecha de esta forma por una contraprestación queda jurídicamente sancionada.

En el "common law", en este último caso, en cuanto forme parte de un negocio de cambio. El esquema de cambio, entendido en el sentido más amplio, es el esquema del contrato no formal. Lo que cuenta es la voluntad del promitente, en cuanto que promete exigiendo a su vez algo al promisorio y no la justificación extracontractual en beneficio o del sacrificio. Los esquemas contractuales reconocidos por el "common law" son pues, el esquema formal y el esquema del cambio en sentido amplio.⁸

Tanto para el derecho inglés como para el norteamericano la consideration es un elemento necesario para la formación de un contrato válido, pues aun cuando el contrato no se haya elaborado por escrito y sea simplemente oral, esta debe ser probada. Una promesa sin consideration es una donación; una vez que se ha realizado la contraprestación o consideration estamos en presencia de un contrato.⁹

La consideration es clasificada en dos grupos:

- a. Executed Consideration, que significa la obligación cumplida, como el precio o la mercancía recibidos; y
- b. Executed y Consideration, que significa el beneficio o detrimento que va cumplirse en un tiempo posterior.

⁸Gorla. **El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico.** Traducción y notas J. Ferrandis Vilella. Pág. 16.

⁹<http://www.apuntes.rincondelvago.com/derecho-ingles.html> (consultado el 10 de junio de 2007)

1.4.3. Reglas de la consideration para su validez

Las reglas de la consideration son cinco, de acuerdo con la jurisprudencia inglesa y norteamericana; a saber:¹⁰

- a. **Primero:** Debe ser real o genuina. En este caso no se toman en cuenta las obligaciones vagas o las promesas nebulosas, el realismo de la consideración debe ser efectivo.
- b. **Segundo:** No necesariamente significa adecuación, por esta razón no puede ser traducida por el término causa.
Para los juristas angloamericanos, la consideration, necesariamente tiene que ser adecuada, la regla general del common law en relación con los contratos es que las partes son libres para contratar lo que desean; un demandante no podría invocar la acción ante la Corte de common law bajo el alegato de que hizo un mal contrato. Si la contraprestación existe, ésta es válida. De tal manera que la adecuación de las contraprestaciones es irrelevante, y solamente se tomaría en consideración si se alegase fraude y en este caso se requiere probar la mala intención.
- c. **Tercero:** Debe ser legal. No puede un pacto criminal fungir como consideration.
- d. **Cuarto:** La cuarta regla exige que la consideración sea posible, pues lo absurdo o imposible no entraría en el criterio del common law.
- e. **Quinto:** la consideration no debe pertenecer al mundo de lo realizado, si se conviene un beneficio conferido en el pasado no puede servir de consideration para una promesa actual.

¹⁰Villela Rosas, Aura Valentina. **El common law**. Tesis de Grado para la Universidad Iberoamericana de México. Pág. 47.

1.4.4. Contenido y desarrollo genuino del contrato en el common law

El alcance del contrato plantea el problema relativo a la interpretación del mismo. Generalmente lo que se ventila ante tribunales no es la existencia de la convención sino su alcance. Se dice que si la cláusula que se pone en discusión es expresa el problema se limita a su interpretación.

Los sistemas ingleses y norteamericanos se acercan de este modo al sistema alemán de la voluntad declarada, toman en cuenta para conocer el alcance de una cláusula el alcance de la misma frente a un auditor que actúa razonablemente. A menudo los problemas relativos del alcance de una cláusula se ventilan no ante tribunales, sino mediante árbitros.¹¹

1.5. El contrato en el derecho guatemalteco

El Código Civil guatemalteco, Decreto Ley 106, en su Artículo 1,517 estipula que: "Hay contrato cuando dos o más personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación".

Ahora bien, cabe hacer la siguiente pregunta, ¿Qué es una obligación?; a lo cual Clemente de Diego, citado por Federico Puig Peña¹², nos indica que "es una relación jurídica constituida, en virtud de ciertos hechos entre dos o más personas".

Así, la relación jurídica que el contrato constituye, modifica o extingue, debe ser una relación jurídico-patrimonial: es decir, debe

¹¹Ibid. Pág. 51

¹²Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil**. Tomo III. Pág. 12

tener por objeto bienes o prestaciones personales susceptibles de valoración económica.¹³

Podemos deducir de este concepto legal, dos características; a saber:

- a. En el contrato siempre hay un consentimiento común de dos o más personas;
- b. El contrato tiene como consecuencia, la creación de una obligación; la cual tiene fuerza de ley entre los contratantes.

Sin duda, el Código Civil de Guatemala, pone especial énfasis en la autonomía privada contractual. Así en el contrato guatemalteco se establece, una libertad estipulatoria, el consensualismo, poco formalismo, fuerza obligatoria a manera de ley; etc.

O sea, que el contrato en Guatemala, es fuente de obligaciones o medio de alterarlas, transmitir las o acabarlas. En todo caso, la esencia del contrato es la de convertir a las partes contratantes en acreedores y/o deudores de una obligación.¹⁴

1.6. Elementos del contrato

Debemos entender por elementos del contrato, todo aquello que forma parte integrante del mismo, y en cuya ausencia no podría concebirse su existencia.

En Guatemala, los elementos esenciales del contrato, son el consentimiento y el objeto lícito; mientras que los accidentales son la condición y el término.

¹³Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 31

¹⁴**Ibid.** Pág. 34

La doctrina moderna se refiere a los elementos constitutivos o estructurales del contrato, es decir, aquellos cuya falta o infracción, afecta su existencia o validez.

Son elementos constitutivos del contrato:

a) El consentimiento: Para Ruggiero, citado por Fernando J. López de Zavala¹⁵ el consentimiento “es el acuerdo de dos declaraciones de voluntad, que partiendo de dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común, fundiéndose”.

El consentimiento, es el acuerdo de voluntades exteriormente manifestadas para la creación o transmisión de obligaciones y derechos.¹⁶

Una de las cuestiones que mayores discusiones ha generado es acerca de cuál de las dos voluntades, real o declarada, debe prevalecer. Por lo general, la voluntad interna concuerda con la exteriorizada, pero puede suceder que esto no ocurra, entonces se abre una de las mayores discusiones que el tema ha suscitado.

Para la Teoría Subjetiva, debe estarse a la voluntad real o interna, es decir, a lo auténticamente querido por el otorgante. Para la Teoría Objetiva, en cambio, lo que debe tenerse en cuenta es la voluntad declarada.

Actualmente prevalece el criterio acerca del cuál debe prevalecer la voluntad real o interna, si ella era conocida por el destinatario, pero prevalece la declarada sí:

¹⁵López de Zavala, Fernando J. **Teoría de los contratos**. Tomo IV. Pág. 45

¹⁶Lozano, Néstor De Buen. **La decadencia del contrato**. Pág. 182

- ✓ Si la discordancia es atribuible a quien, culposa o dolosamente ha emitido la declaración, por su malicia o negligencia en el comportamiento.
- ✓ O si el destinatario de la declaración ha obrado de buena fe, para que no sea menoscabadas la misma y la seguridad jurídica.

b) El objeto: Continuando con la teoría del maestro López de Zavala que indica que el objeto del contrato es la operación jurídica considerada, el contenido concreto e integral del acuerdo, variable hasta el infinito, gracias al principio consensualista.

Así, por ejemplo, el objeto de la compraventa será el intercambio de cosas por precio y el de la locación de cosas, será el intercambio del uso y goce de la cosa por el precio.

El objeto por otro lado, constituye la esencia del contrato. En todo caso, debe ser lícito y posible.

- ✓ **Objeto Lícito:**

Existen tres especies de ilicitud:

- i. El contrato ilícito por ser contrario a normas imperativas (así por ejemplo la "herencia futura", no puede ser objeto de una operación jurídica porque está prohibida por las leyes);
- ii. El contrato ilícito por ser contrario al orden público; y
- iii. El contrato ilícito por ser contrario a la moral y a las buenas costumbres (por ejemplo un contrato en el cuál el deudor se obliga a pagar en moneda extranjera, sin posibilidad de otorgar el equivalente en moneda nacional).

✓ **Objeto Posible:**

Es decir, que tanto los bienes como los hechos prometidos en la obligación generada por el contrato, deben ser determinados y posibles. Así la obligación de dar "algo" o "lo que quiera" es nula por carecer de seriedad.

No obstante ello, es admisible una cierta indeterminación, resultando suficiente para que haya contrato que el objeto de la prestación aparezca determinable. Así, si se trata de cosas, aparezca inequívoca la especie a la cuál pertenezca.

En Guatemala y de conformidad con el artículo 1,538, las cosas que aún no existen pero que pueden llegar a existir, con ciertas condiciones, pueden ser objeto de los contratos; por ejemplo, la venta de una futura cosecha de granos.

✓ **Con Contenido Patrimonial:**

En este sentido, y con el objeto de profundizar en el análisis comparativo que este trabajo investigativo persigue me refiero a lo que establece el Artículo 1,169 del Código Civil Argentino que establece que "la prestación objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de apreciación económica".

La doctrina moderna argentina coincide en establecer que el contenido de la prestación obligatoria siempre debe ser susceptible de

valoración económica, pero el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación, puede ser extra patrimonial, moral, etc.¹⁷

c) La causa: Es la razón subjetiva o el motivo imperante del contrato. Este motivo debe ser el mismo en cada contratante. Aparece en cada negocio jurídico como subjetiva, concreta y variable.

- ✓ Subjetiva: Porque se relaciona con la finalidad que lleva a las partes a contratar.
- ✓ Concreta: Porque se refiere a un negocio en particular y
- ✓ Variable: Porque el móvil o motivo que ha llevado a la contratación a las partes, es distinto en cada contrato.

El motivo determinante para contratar debe ser lícito, no debe contrariar la ley, ni afectar el orden público ni las buenas costumbres. Este requisito de licitud es esencial.

d) Capacidad para contratar: La capacidad es un elemento del contrato, en nuestro país, de conformidad con lo establecido en el Artículo 1,251 del Decreto Ley 106; siendo al mismo tiempo un presupuesto de validez del consentimiento.

La capacidad es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Hay dos tipos de capacidad: jurídica o de derecho y de obrar o de hecho. La jurídica es la aptitud para ser titular de un derecho, en tanto que la de obrar es la aptitud de las personas para actuar por sí mismas en la vida civil.

Al respecto el Artículo 1,254 del Código Civil de Guatemala, refiere que "Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de

¹⁷Tomasini de Galloni, Marcela. **La contratación civil argentina**. Tesis de Grado para la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Pág. 12

voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare específicamente incapaces”.

Así también y para comprender el contenido del artículo transcrito, el artículo 8 del citado cuerpo legal, establece que la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad; misma que en nuestro país se adquiere a los dieciocho años de edad.

Sin embargo lo anterior, el autor considera que es necesaria la transcripción del Artículo 1,160 del Código Civil de la República de Argentina; el cual establece en un orden específico quiénes no pueden contratar; entendiéndose que no pueden contratar: los incapaces por incapacidad absoluta (menores impúberes, dementes y sordomudos que no saben darse a entender por escrito); los incapaces por incapacidad relativa, en los casos que le es expresamente prohibido; los religiosos profesos y los comerciantes fallidos.¹⁸

Y aunque en la República de Argentina, no es un requisito de validez el hecho que la persona sea civilmente capaz; la legislación de ese país si enuncia y refiere la importancia de la capacidad, convirtiendo a la misma en un presupuesto; mismo que los notarios de aquél país sudamericano, deben tomar en cuenta siempre que se pretenda la celebración y autorización de cualquier negocio jurídico.

Así también y con la finalidad comparativa es criterio del autor establecer los parámetros que de acuerdo con el Código Civil Mexicano se establecen con respecto a los elementos del acto jurídico, serían esenciales (según el Artículo 1,794 el consentimiento y el objeto posible) y naturales, también se habla de elementos a las modalidades, tanto el

¹⁸Ibid. Pág. 15

término como la condición, también se puede hablar de los presupuestos de validez, a que se refieren a su funcionamiento.

Los elementos accidentales están constituidos por las modalidades que las partes libremente pueden imponer al acto, o sea el plazo o término y la condición.

1.7. Clasificación de los contratos ¹⁹

El Código Civil, hace una clasificación técnica jurídica de los contratos, pero pese a que con ello pretendía ser didáctico, ha recibido gran cantidad de críticas de aquellos que consideran que las clasificaciones son impropias de un Código que debe limitarse a lo preceptivo.

No obstante ello, hay quienes manifiestan que es conveniente la existencia de un ordenamiento en una materia tan vasta. Así, la existencia de una reglamentación legal para un tipo predeterminado de contrato, da a la clasificación un gran interés práctico. Esta clasificación es la siguiente:

A. Contratos unilaterales y bilaterales:

- ✓ **Unilaterales:** Son aquellos, que en el momento de su celebración, hacen nacer obligaciones para una sola de las partes.
- ✓ **Bilaterales:** Son aquellos que al perfeccionarse, generan obligaciones para todas las partes que intervienen.

¹⁹Muñoz, Nery Roberto. *La forma notarial en el negocio jurídico*. 3ª Edición. Pág. 6

B. Contratos onerosos y gratuitos:

- ✓ **Onerosos:** Son aquellos en que la prestación dada por una de las partes, tiene su origen o razón de ser en la contraprestación dada por la otra.
- ✓ **Conmutativos:** Son aquellos que surgen cuando las prestaciones que se deben a las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.
- ✓ **Aleatorios:** Son aquellos que se dan cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice.
- ✓ **Gratuitos:** Son aquellos que tienen por objeto una liberalidad o beneficio pues se da algo sin recibir nada a cambio, sin contrapartida.

C. Consensuales y reales:

- ✓ **Consensuales:** Los contratos son consensuales cuando quedan perfeccionados desde que las partes hubiese, recíprocamente, manifestado su consentimiento.
- ✓ **Reales:** Los contratos son reales cuando su formación requiere de la entrega de la cosa como elemento esencial o estructural.

D. Principales y accesorios:

- ✓ **Principales:** Son los que no dependen jurídicamente de otro contrato para subsistir, o sea, que subsisten por sí solos.

- ✓ **Accesorios:** Son los que jurídicamente, dependen de otro contrato, se caracterizan por seguir la suerte del contrato principal.

E. Condicionales y absolutos:

- ✓ **Condicionales:** Se dan cuando la realización o existencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes.
- ✓ **Absolutos:** Son aquellos cuya realización es independiente de toda condición.

La doctrina moderna, ha ampliado la clasificación anterior; de la siguiente manera:²⁰

F. Típicos y atípicos:

- ✓ **Típicos:** Son aquellos que tienen una consagración expresa en los Códigos o leyes que los tipifican y disciplinan.
- ✓ **Atípicos:** Son aquellos que no encuentran su sede dentro de la ley civil, que carecen de una disciplina especial. La variedad de tales contratos es infinita.

G. Formales y no formales:

- ✓ **Formales para su validez:** Son aquellos en que la forma es constitutiva y sustancial.
- ✓ **Formales constitutivos:** Se subdividen en **solemnes absolutos** que son aquellos que si no respetan la forma establecida, son nulos y sólo engendran obligaciones naturales y los **solemnes relativos**, en los que la inejecución de la forma frustra el

²⁰Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 94

nacimiento del acto querido por insuficiencia, pero que en cambio la habilita para la conversión del negocio.

H. De disposición y de administración:

- ✓ **De disposición:** Un contrato es de disposición cuando tiene por efecto la supresión, disminución, o compromiso de los elementos que integran el patrimonio de quien dispone.
- ✓ **De administración:** Un contrato es de administración cuando tiene por efecto, generar beneficios que normalmente, pueden obtenerse de ellos.

I. Constitutivos y declarativos:

- ✓ **Constitutivos:** Son aquellos que crean una nueva situación jurídica. La mayoría de los contratos presentan esta cualidad.
- ✓ **Declarativos:** Son los que se caracterizan por presuponer la preexistencia de una situación o relación jurídica que reconocen, identifican, tipifican para lo cuál disciplinan sus efectos con retroacción o hacia el futuro.

J. Directos e indirectos:

- ✓ **Directos:** Son aquellos en los que el resultado se alcanza en forma inmediata.
- ✓ **Indirectos:** Son aquellos en los que para obtener el resultado, no se aprovecha un esquema contractual, sino que se adopta otro, distinto al contrato por el cuál se hubiera podido obtener directamente el resultado.

K. De ejecución instantánea y de tracto sucesivo:

- ✓ **De ejecución instantánea:** Comportan, como su nombre lo indica, aquellos de una sola vez y en un solo acto extinguen el negocio.
- ✓ **De tracto sucesivo:** Son aquellos cuyos efectos se prolongan en el tiempo.

L. Contratos por negociación y por adhesión:

- ✓ **Contrato por negociación:** Son aquellos en que las partes debaten o discuten, o por lo menos, se encuentran en la posición de debatir o discutir, el contenido del que el futuro el contrato ha de ser dotado.
- ✓ **Contrato por adhesión:** Son aquellos contratos en que existe una previa pre redacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos y a la otra sólo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo.

M. Contratos entre vivos y de última voluntad:²¹

- ✓ **Contrato entre vivos:** Son aquellos que surten sus efectos sin necesidad de que el o los otorgantes del contrato fallezcan; no esta condicionada la muerte de los otorgantes, para su eficacia.
- ✓ **Contrato de última voluntad:** Son aquellos cuya eficacia está subordinada a la muerte de uno o de todos los otorgantes.

²¹Ibid. Pág. 98

N. Contratos intuito personae y contrato impersonal:

- ✓ **Contrato intuito personae:** Es aquel que se realiza en función de las cualidades personales de uno o ambos contratantes. Normalmente, la muerte de uno de los contratantes, da por terminada la relación contractual.
- ✓ **Contrato impersonal:** Es el que se realiza sin elevar a primer lugar las cualidades personales, lo que implica que la muerte de uno de los contratantes, no extingue el contrato.

1.8. Diferencias entre los contratos mercantiles y los contratos civiles ²²

Mientras que en el Derecho Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones; en el derecho mercantil el contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones *de naturaleza mercantil*, en la actividad de producción y distribución o circulación de bienes y en donde las partes están realizando un acto de comercio.

El objeto de los contratos civiles, es el intercambio de bienes y servicios; mientras que los contratos de naturaleza mercantil, tienen como finalidad la especulación.

El plazo para el cumplimiento del contrato civil según el Artículo 1,279, del Decreto Ley 106, solamente fija el día o fecha de la ejecución o extinción del acto o negocio jurídico; mientras que el artículo 675 del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, establece que

²²Mantilla Molina, Roberto. **Derecho mercantil**. 2ª Edición. Pág. 100

las obligaciones mercantiles, son exigibles inmediatamente, cuando no se fija un término en el contrato.

Lo anterior contrasta, con la legislación comparada, específicamente, con el Derecho Civil y Mercantil Mexicano; ya que se establece en el Artículo 2,080 del Código Civil Federal Mexicano, que el término para el cumplimiento contractual es de treinta días; mientras que en el artículo 83 del Código de Comercio Mexicano, se regula, que si no se establece plazo para el cumplimiento de la obligación contractual, este plazo será de diez días.

Para determinar cuándo un contrato es civil o mercantil seguimos los siguientes criterios:

- ✓ La primera opinión señala que la nota característica de los contratos mercantiles es el fin de lucro o de provecho sin ninguna otra consideración.
- ✓ Otro criterio derivado de la materia que regula o debe reglamentar el Derecho Mercantil y que puede servir de base para determinar la mercantilizad de un contrato, es que los actos sean realizados por empresas o comerciantes.
- ✓ Una posición que se abre paso en la doctrina es la tesis que considera que los contratos mercantiles son aquellos que surgen de las relaciones o que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la actividad empresarial.

Algunos actos son considerados siempre mercantiles, como las operaciones de crédito, el contrato de seguro o la constitución de una sociedad mercantil; otros actos, por su naturaleza tendrán siempre el carácter de civiles como el testamento, el matrimonio o actos del derecho familiar. Sin embargo, hay contratos que tienen dificultades

para encuadrarse como propios de una u otra disciplina, por ejemplo, el arrendamiento de inmuebles, o la compraventa.

Establecido por nuestro Derecho Guatemalteco, así como también por el derecho comprado (como el derecho mexicano citado), el sistema de dualidad de Códigos (Civil y Mercantil) y declarando el Código de Comercio en su primer Artículo, que sus disposiciones “son aplicables a los negocios jurídicos mercantiles”, se impone la necesidad de deslindar ante toda la esfera de aplicación de ambos ordenamientos legales, definiendo y puntualizando con la mayor precisión posible la naturaleza específica de los actos de comercio y determinando las diferencias que los separen de los puramente civiles.

Fácilmente se percibe que un error en esta materia, dada la diversidad posible a veces, que existe entre ambas legislaciones, producirá en muchos casos, consecuencias trascendentales.

Cualquiera diría, pues, que nuestro legislador se ha preocupado por darnos un criterio seguro, una norma precisa y clara, mediante la cual podamos conocer la esencia y naturaleza del acto de comercio, precisar sus rasgos distintivos y característicos y abarcar en una noción sintética y común todos los que existen y aún todos los que puedan existir. Si bien podemos afirmar que el derecho mercantil, frente al civil es un derecho especial, por que el conjunto de las relaciones privadas regulan particularmente aquellas que constituyen la materia mercantil.²³

²³Pérez, Julian Rodrigo. **Contratos mercantiles en la legislación mexicana**. Tesis de Grado. Universidad Autónoma de México. Pág. 25.

Por tanto, el contenido de nuestro derecho mercantil está constituido por el conjunto de normas reguladoras de los actos de comercio y de los comerciantes y de su actividad profesional.

Cabe transcribir lo que el Artículo 5 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio de Guatemala, establece: "Cuando en un negocio jurídico regido por este Código intervengan comerciantes y no comerciantes, se aplicarán las disposiciones del mismo".

Así también el Artículo 1,050 Código de Comercio Mexicano establece que: "Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, es que tenga la naturaleza comercial y para el otro tenga la naturaleza civil, la controversia que del mismo se derive, se regirá conforme a las leyes comerciales".

El autor recoge de esta manera, una similitud latente entre ambos Códigos de Comercio, individualizando así el Negocio Jurídico Mixto.

1.9. Características del contrato mercantil

- ✓ Es un medio (instrumento jurídico) de la circulación mercantil;
- ✓ Es regulado por el Código de Comercio y supletoriamente, por el Código Civil;
- ✓ Tiene libertad de forma aunque el Estado obliga a realizar numerosas operaciones con arreglo a formas rígidamente preestablecidas;
- ✓ Su intención es la de proteger el interés del público en general;
- ✓ Reducción del principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación;

- ✓ Los contratos mercantiles se suponen elaborados en igualdad de condiciones por las partes contratantes. Sin embargo, en la realidad, existen compañías privilegiadas que "imponen" su ley a los clientes. Es el caso de contratos bancarios, seguros, transportes, suministros de gas, agua, electricidad, etc.; estos son los denominados contratos-tipo en los que raramente se realizan modificaciones por exigencias de particulares.

CAPÍTULO II

2. El contrato de fideicomiso en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado

2.1. Antecedentes del contrato

En su origen fue utilizada esta estructura jurídica con el objeto de soslayar trabas legales que impedían darle a determinados bienes cierto destino.

La base sobre la que se fundamentó desde el origen fue la confianza que el transmitente de un bien depositaba en el adquirente. La transferencia se realizaba en propiedad teniendo el adquirente las facultades derivadas de su condición de dueño de la cosa, de acuerdo con las instrucciones del transmitente. Frente al amplio poder jurídico que el transmitente daba al adquirente, éste se comprometía a usar ese poder en lo preciso dentro de los límites impuestos por el fin restringido acordado, al cual se apuntaba, respetando la voluntad de aquél.

Así, dentro del mundo de los contratos mercantiles, la legislación guatemalteca, así como todas las demás las legislaciones latinoamericanas, en ocasiones ha adoptado figuras jurídicas extranjeras que se han podido adaptar perfectamente a las necesidades tanto de seguridad jurídica como de flexibilidad en el ámbito de acción que las relaciones comerciales pedían.

Muchos de estos contratos fueron concebidos para dar seguridad a los contratantes; otros, nacieron de relaciones contractuales basadas en la confianza mutua que cada una de las partes tenía hacia con la otra; pero lo que ambas formas de contratos buscaban, era responder en la mayoría de estos casos, a la búsqueda incesante de los hombres y las

empresas en la optimización de los beneficios que importa la circulación de los bienes de capital, admitiéndose que en todo caso se procura adecuar las operaciones económicas a las conocidas estructuras jurídicas.

Con el correr del tiempo y en atención a los abusos en que incurría el adquirente al no respetar los encargos fiduciarios, se fue limitando su potestad sobre los bienes transmitidos, manteniendo su condición de titular jurídico pero con poderes recortados por la normativa jurídica y por la intervención de la justicia, que priorizaron la voluntad del constituyente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad que aquél ostentaba.²⁴

El fideicomiso es una figura compleja que combina un negocio real de transmisión de una cosa o bien, con un negocio obligacional cuyo fundamento es la atenuación de los efectos de aquella transmisión. Cada uno de estos diferentes negocios produce sus propios efectos. Nos hallamos pues, frente a un negocio complejo que resulta de la unión de otros dos negocios distintos que se vinculan entre sí antagónicamente, por un lado un contrato real (transmisión de la propiedad o del crédito de modo fiduciario) y por el otro un contrato obligatorio negativo o *pactum fiduciae* (obligación del fiduciario de hacer sólo un uso limitado del bien adquirido, para restituirlo luego al transmitente o a un tercero por aquél indicado).

Se advierte, al cabo de la evolución de esta figura, la manera en que se va perfilando una condición que le es característica y que consiste en reconocer en ella la coexistencia de dos caras perfectamente identificables: la primera, relacionada con las formas jurídicas que la

²⁴Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. 5ª Edición. Pág. 321

visten y la segunda, con la realidad económica que la motiva. Nótese, además, que la apariencia externa de esta figura revela la adquisición de un derecho de propiedad fiduciaria sobre un bien por parte del fiduciario, mientras que, en su lado interno, existe una relación obligacional entre el fiduciante y el fiduciario en virtud de la cual este último ve limitada las facultades emergentes de tal derecho, por causa del pacto de fiducia que ha celebrado en forma simultánea.

En esta figura compleja no existe correlación o concordancia entre el fin perseguido por las partes al celebrar el contrato y el medio jurídico empleado. Esto nos introduce en el campo de los denominados “negocios indirectos”, es decir, aquellos que, para obtener un determinado efecto jurídico, emplean una vía transversal u oblicua. Son, pues, aquellos negocios en los cuales las partes se valen de figuras típicas del derecho pero las utilizan para alcanzar un fin distinto al que previó el legislador al diseñar el tipo.²⁵

La doctrina se encuentra dividida en punto a considerar al fideicomiso como negocio indirecto. Dejando de lado el análisis doctrinario a que da lugar esta interesante controversia, es importante destacar que, sin perjuicio de alguna semejanza con los negocios simulados, sus diferencias son notorias. En primer lugar, mientras en el negocio fiduciario no es de su esencia que el fuero interno subyacente sea secreto, aunque esto es lo que normalmente ocurre, en el negocio simulado, en cambio, su cara interna nunca se exhibe porque es de su esencia que algo oculto debe tener.²⁶

Siendo el fideicomiso un contrato normalmente regulado y, por ello, tipificado en el derecho sustantivo, otorga a las partes contratantes la

²⁵Mosset Iturraspe. **Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios**. Tomo II. Pág.122

²⁶*Ibid.* Pág. 123

garantía de su leal ejecución a través de normas concretas positivas que prevén los efectos jurídicos para las partes, quedando amparado, inclusive, por el principio de la autonomía privada emergente del artículo 1,517 del Decreto Ley 106, limitada sólo por los principios generales en cuanto a que los fines del negocio no sean contrarios a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.

La constatación de la legitimidad de las formas empleadas para alcanzar los fines previstos, en especial frente al empleo de figuras jurídicas complejas como el fideicomiso, tiene relevancia, obviamente, en relación con las partes y ante terceros, por las implicancias que de ello puede derivarse en caso de calificarse al vínculo aparente como un negocio en fraude de la ley, es decir, tendiente a lograr, mediante la combinación de diferentes figuras, un resultado prohibido por aquella. Cabe aquí distinguir, para que no haya lugar a dudas, el fideicomiso, por un lado, de los negocios fraudulentos, por el otro, a pesar de que en ambos supuestos exista un punto de coincidencia, es decir, que mediante un procedimiento indirecto se procura conseguir fines que no pueden alcanzarse por la vía directa. En el fideicomiso hay un fin lícito que consiste en obtener un resultado permitido, amparado por una regulación positiva que regula los efectos entre las partes y ante terceros. En el negocio fraudulento, en cambio, se está frente a un fin ilícito de resultado prohibido.²⁷

En el fideicomiso no se da la circunstancia de que las partes le confieran a las formas jurídicas una apariencia diferente al fin que se proponen alcanzar. En todo caso, del mismo modo que frente a cualquier otra figura jurídica, el análisis ponderado del caso concreto permitirá averiguar la verdadera intención que se tuvo al celebrarlo, con

²⁷Ibid. Pág. 126

el objeto de establecer si se ha pretendido obtener resultados prohibidos que derivasen en la anulación del contrato por objeto ilícito.

En tanto las partes del fideicomiso respeten los elementos claves de la figura como tal y como ésta ha sido regulada por el derecho sustantivo y le den al negocio la configuración jurídica prevista por el legislador al calificarlo atendiendo a su especial naturaleza, sin introducirle contradicciones extrañas a las permitidas por la propia configuración legal, no existe el empleo de un "medio jurídico excesivo" que vaya más allá de los fines perseguidos, ya que las partes quieren el medio típico (fideicomiso) con todas las consecuencias derivadas de su naturaleza. Estamos, pues, frente a un negocio típico que de ningún modo presupone un abuso de las formas empleadas, ni su asimilación al negocio simulado.

El fideicomiso es un contrato que puede emplearse para la realización de fines ilimitados, en tanto y en cuanto sean lícitos.

De un origen restringido al ámbito familiar pasó a insertarse activamente en el ámbito de los negocios por su adaptabilidad a las cambiantes condiciones económicas y a la fértil imaginación de los que se dedican a la ingeniería de nuevos productos.

Las posibles aplicaciones del fideicomiso, especialmente para los bancos y demás entidades financieras, son innumerables, dada su naturaleza, con una proyección excepcional que les abre perspectivas insospechadas, pudiendo preverse, sin pecar en optimismos excesivos, que en pocos años más la incidencia del fideicomiso en los resultados financieros de aquéllas llegará a un nivel de real importancia, como ha

ocurrido en otros países de América (México, Argentina, Colombia, Venezuela, Costa Rica, Panamá, entre varios más).²⁸

Para llegar a esa conclusión debe considerarse que el Fideicomiso no tiene transcendencia autónoma como tal. Es un verdadero instrumento que sirve para la realización de otros negocios que le son "subyacentes" y que pueden ser de la más variada naturaleza dentro del campo de lo lícito. De ahí su versatilidad y flexibilidad y la enorme gama de su utilización tanto en el sector empresario cuanto en el de la vida individual y familiar de las personas. En menor medida ello ocurre, también, con otras instituciones del derecho positivo. Citemos como ejemplo el contrato de cesión de créditos (o derechos); no basta para su validez y eficacia la sola cesión, sino que debe determinarse su causa jurídica. Así, no puede decirse "cedo tal crédito o derecho" sino que hay que precisar su causa, y de tal modo: si hay precio o dación en pago, se tratará de una cesión-venta; si no hay contraprestación, de una cesión-donación, y si existe trueque con otro derecho o crédito que se recibe del cesionario, habrá cesión-permuta.

Pero el Fideicomiso asume una posible operatividad mucho más extensa ya que el negocio subyacente tiene variedad prácticamente innumerable dentro del ámbito de lo lícito. Por ello, el ingenio de un autor extranjero ha podido decir con elocuencia que la elasticidad del instituto es tal que su proyección efectiva será tan extensa como lo quieran la imaginación y la iniciativa de los empresarios y abogados competentes.²⁹

De esta forma, el contrato de fideicomiso, además de ser la contribución más característica y valiosa proporcionada por el derecho

²⁸Rodríguez y Rodríguez Joaquín. **Derecho Mercantil**. 2ª Edición. Pág. 600

²⁹Mosset Iturraspe. **Ob. Cit.** Pág. 128

angloamericano, no solo al derecho guatemalteco, sino al derecho en general, encuentra fundamento y caracterización suficiente en el deber de lealtad, habiéndose aplicado primero a sistemas de venta a crédito como sustituto de la prenda o hipoteca, se lo adoptó después a usos, contratos o comisiones de confianza, alcanzando especial importancia en materias como la propiedad horizontal, fondos de inversión, etcétera, tal era la caracterización del fideicomiso en el derecho romano como relación de confianza en la lealtad ajena, y de allí su raíz etimológica en tanto fides es igual a fe y commissum significa comisión; en otros términos: encomendado a la fe de un sujeto.

La base sobre la que se fundamentó desde el origen fue la confianza que el transmitente de un bien depositaba en el adquirente.

La transferencia se realizaba en propiedad teniendo el adquirente las facultades derivadas de su condición de dueño de la cosa, de acuerdo con las instrucciones del transmitente. Frente al amplio poder jurídico que el transmitente daba al adquirente, éste se comprometía a usar ese poder en lo preciso dentro de los límites impuestos por el fin restringido acordado, al cual se apuntaba, respetando la voluntad de aquél.

El género "negocio fiduciario" responde a una finalidad perseguida por las partes, para la cual se utiliza un medio jurídico excesivo, puesto que produce mayores efectos de los que serían necesarios para obtener tal finalidad; es un negocio donde la confianza debe ser absoluta, ya que por sus características, puede concluir en un abuso.

El fideicomiso convencional evolucionó luego procurando otorgar una mayor protección a aquel que lo constituía, con el fin de asegurar el efectivo cumplimiento de los cargos, denominándose fideicomiso impuro

por oposición al puro que se identifica con aquella relación de confianza absoluta sin restricciones legales.³⁰

Una vez adoptada por el derecho inglés esta figura jurídica, sufre una notable transformación, ya que la doble jurisdicción de aquellos, el common law y el equity law, permiten una prolífica, por no decir discriminada utilización del fideicomiso, y en tanto estas formas jurídicas permitían resolver conforme a la equidad las cuestiones no previstas en las leyes, las controversias que surgían podían derivar en el abuso de aquel "encargo de confianza".

Es en el derecho anglosajón, sobre todo en los Estados Unidos de Norte América, donde el fideicomiso puro ha germinado como en ningún otro lugar del mundo, bajo la figura del "trust", entendido como una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee está obligada a manejarlos en beneficio de un tercero; ello en tanto ese derecho admite una doble titularidad de ciertos bienes: la propiedad legal se halla a nombre de una persona, el beneficio corresponde a otra distinta.

En nuestra legislación, a diferencia de Los Estados Unidos de Norte América, el fiduciario solo podrá ser un Banco establecido en el país, o una Institución de Crédito debidamente autorizada por la Junta Monetaria, de conformidad con el Artículo 768 del Decreto 2-70 del Congreso de la República; lo cual es muy similar a la legislación mexicana, en la cual se autoriza únicamente a las Instituciones de Crédito, que sean debidamente autorizadas por la Ley de Instituciones de Crédito a las que la misma llama Instituciones Fiduciarias.

³⁰Enciclopedia Microsoft® Encarta® 99. **Empresas de fideicomisos.** 1993-1998 Microsoft Corporation.

La doctrina suele agrupar en especies esa variedad tan generosa, con una finalidad didáctica y de sistematización de la figura legal.

De tal modo, se enumeran Fideicomisos:³¹

- ✓ De Administración;
- ✓ De Inversión;
- ✓ Mixtos (de administración e inversión);
- ✓ Inmobiliarios;
- ✓ De Garantía;
- ✓ De Seguros;
- ✓ Traslativos Específicos de Propiedad;
- ✓ De Desarrollo;
- ✓ Públicos y Privados;
- ✓ Testamentarios.

2.2. Concepto

Antes de poder entrar de lleno al estudio de este contrato mercantil, debemos saber que es.

El Decreto 2-70 del Congreso de la República, en su Artículo 766 establece que "El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso".

El Código de Comercio mexicano, en su Artículo 346, establece: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin

³¹Rodríguez Castellanos, Juan Alberto. **El contrato de fideicomiso en la legislación mexicana**. Tesis de Grado para la Universidad Autónoma de Guadalajara. Pág. 21

lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Rodríguez y Rodríguez, nos dice: "...el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido".³²

Las legislaciones latinoamericanas, no definen con exactitud que es el fideicomiso, la doctrina nos dice el fideicomiso es el modo de adquirir el dominio fiduciario de una cosa con la condición de entregarla a un tercero, luego de cumplirse la condición o el plazo resolutorio impuesto; de tal forma, el dominio fiduciario es básicamente el objeto del negocio jurídico fideicomiso y, más genéricamente, del negocio fiduciario. El dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero; este dominio fiduciario puede constituirse entre vivos o por testamento.

De lo anterior, y atendiendo a que no existe una definición en las leyes que rigen este contrato, el concepto del mismo ha sido diferente en los países que han adoptado esta figura; más aun, en los países Latinoamericanos que a pesar de tener semejantes raíces jurídicas, enfocan dicho negocio a sus propias necesidades.

De esta manera, países como México y Guatemala consagran la teoría del patrimonio de afectación; en Panamá se sostiene que el fideicomiso encuentra fundamento suficiente en la figura del mandato irrevocable, mismo que no tenemos en nuestro país; y las legislaciones de Colombia, Honduras, Costa Rica y El Salvador coinciden en sostener que se trata

³²Rodríguez y Rodríguez. **Ob. Cit.** Pág. 261

de una transmisión de derechos para el logro de una finalidad determinada.

Lo que resulta evidente en el intento de adecuar el fideicomiso a los sistemas codificados Latinoamericanos, y que se distingue del derecho angloamericano, es que en éste, no siempre el fideicomiso es un contrato, en tanto puede ser creado por una simple declaración.

2.3. Clasificación jurídica del fideicomiso

Auxiliándome de la clasificación hecha por el citado jurista mexicano Joaquín Rodríguez y Rodríguez,³³ se puede establecer a criterio del autor, que el Contrato de Fideicomiso, dentro de la teoría general de los contratos, es un contrato:

- a. Consensual, ya que produce efectos, desde que las partes (fideicomitente y fiduciario) manifiestan recíprocamente su consentimiento, resultando la entrega de los bienes en propiedad un acto de ejecución del convenio, cuya falta autoriza a reclamar la entrega y el otorgamiento de las formalidades que imponga la naturaleza de los bienes.
- b. Bilateral, pues genera obligaciones recíprocas para fideicomitente y fiduciario; el primero debe entregar la cosa y la remuneración del encargo, el segundo debe administrarla de acuerdo a las disposiciones de la convención.

Sin embargo, el citado jurista Rodríguez y Rodríguez, considera que también puede ser *unilateral* "cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto inter vivos, o en su

³³*Ibid.* Pág. 264

testamento", o bien trilateral, cuando en la celebración del contrato el beneficiario es alguien distinto de aquel que constituye el fideicomiso.³⁴

- c. Oneroso, ya que el beneficio que procura a una de las partes no le es concedido sino por una prestación que ella le ha hecho o se obliga a hacerle; así, el constituyente del fideicomiso debe al fiduciario una remuneración.
- d. Es formal, en tanto su constitución requiere la autorización de una escritura pública y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, según la naturaleza de los bienes fideicometidos; aunque en distintas legislaciones como por ejemplo en la legislación mexicana o argentina, es permitido suscribir un contrato de fideicomiso por contratos formularios.
- e. Es, por lo general, de tracto sucesivo, pues hay periodicidad en la administración y en la percepción de la remuneración, las cuales no se agotan en un solo instante.
- f. Es una operación bancaria, puesto que en las distintas legislaciones latinoamericanas, pero en especial dentro de lo que norma el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el contrato de fideicomiso está limitado ya que el fiduciario sólo puede ser un banco o una institución de crédito, expresamente autorizadas para ello por la Junta Monetaria.

³⁴Ibid. Pág. 265

2.4. Sujetos del fideicomiso

A pesar de que se ha establecido que el fideicomiso es mayormente un contrato bilateral, el mismo se puede explicar como una relación tripartita cuando el beneficiario es persona distinta del constituyente del fideicomiso; sin embargo no se altera en absoluto el carácter bilateral del mismo, puesto que el beneficiario no concurre al acto constitutivo ni se genera en el mismo, para él obligación alguna; es un tercero y el fideicomitente interviene a manera de quien contrata para otro.

Entonces, las personas que intervienen en el contrato son tres:

1. Fideicomitente;
2. Fiduciario;
3. Fideicomisario o Beneficiario

2.4.1. Fideicomitente

Este es quien establece los fines del fideicomiso, y al mismo tiempo destina para su cabal cumplimiento los bienes necesarios. En el contrato de fideicomiso tradicional, puede el fideicomitente al mismo tiempo reunir la calidad de beneficiario, sea con la reversión del dominio, con la percepción de la renta, o con ambos beneficios integrados.

Es el primero y el principal de los sujetos actuantes en el fideicomiso, a quien, según la legislación de Guatemala, los Artículos 766 y 767 del Código de Comercio; así como entre otras legislaciones, el Artículo 346 del Código de Comercio mexicano; corresponde en primer lugar destinar a un fin lícito y determinado los bienes por él fideicomitados y en segundo término, encargar la realización de ese fin a una institución

fiduciaria; con la particularidad que el artículo del Código Mexicano; es más explícito que el guatemalteco.

En el fideicomiso testamentario sin embargo, el fideicomitente no puede ser el beneficiario; por ser un instrumento que surte efecto mortis causa.

El fideicomitente debe tener capacidad legal para poder enajenar sus bienes, de conformidad con lo establecido en el Artículo 767 del Código de Comercio de Guatemala. En diversas legislaciones de América el anterior es un presupuesto legal. Sin embargo, en países como México, por ejemplo y de conformidad con el Artículo 349 del Código Federal de Comercio, también pueden ser fideicomitentes "las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda".

Ese presupuesto legal que se refiere a la capacidad de la persona del fideicomitente; señalamiento que en forma tajante hace la ley, interpretado conforme con la regulación completa de la figura en la Código de Comercio, ahorilla a aseverar que el fideicomiso es para el fideicomitente un acto de dominio y no de administración.

2.4.2. Fiduciario o institución fiduciaria

Es a quien se transmite la propiedad de dichos bienes y se encarga de dar cumplimiento al fideicomiso; encargándose de administrar el mismo.

El fiduciario no puede ser el beneficiario de la transmisión posterior del bien ni de las rentas que produzca la administración (Artículo 769 Código de Comercio de Guatemala).

El status de la institución fiduciaria en el fideicomiso, es por demás interesante, especialmente a propósito de su situación y derechos respecto de los bienes fideicomitidos. Es dable considerar que la primera presentación de la ley para este segundo sujeto del fideicomiso, es como el encomendero del fideicomitente a efecto de ejecutar los actos por los cuales se alcance el fin al que éste ha destinado los bienes fideicomitidos; pudiendo al mismo tiempo confundirse en este tema en particular, con la figura del albacea o ejecutor testamentario; para el fideicomiso testamentario únicamente.

Existe para este sujeto contractual, en una opinión legal generalizada ya sea la restricción que enuncia la ley; como otro presupuesto procesal, verbigracia en el Artículo 768 del Código de Comercio de Guatemala; el Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México; el Artículo 19 de la ley 24.441 de Argentina los cuales imponen una obligatoriedad para el fiduciario; en el sentido de que sólo pueden serlo las instituciones bancarias, de crédito, o financieras, expresamente autorizadas para ello conforme a las legislaciones propias de cada país.

Sin embargo, en la legislación mexicana, se autoriza expresamente a las Casas de Bolsa, para ser fiduciarios; de conformidad con el inciso d) del Artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores; para que las mismas y con apego a las reglas generales que el Banco de México fije al efecto, actúen "como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, sin que sea aplicable en este caso el primer párrafo del Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".³⁵

³⁵Rodríguez Castellanos. **Ob. Cit.** Pág. 45.

En la República de Argentina sin embargo; cualquier persona puede ser fiduciario; a menos que el fideicomiso sea financiero, en el cual, el fiduciario puede ser solamente una entidad financiera que se sujeta a la ley específica de entidades financieras; (Ley 21.526) o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como "fiduciario financiero"; de conformidad con el Artículo 19 de la Ley 24.441.

Sea como fuere, el éxito del fideicomiso en cuanto a su positividad y aprovechamiento instrumental, tiene como factor fundamental el que, conforme a la ley, como presupuesto general, sólo los bancos o las instituciones de crédito previamente aprobadas por la Junta Monetaria, puedan ser fiduciarias, sin perjuicio de la bondad que las excepciones mencionadas traen consigo.

El requisito impuesto ha permitido poner en juego la experiencia, eficacia y seguridad bancarias, de manera que seguramente, en todo caso, los fideicomisos constituidos han llegado a buen fin, sin darse supuestos de incumplimiento en la gestión de una fiduciaria por falta de aplicación a su actividad y menos por razones ilícitas.

Ahora bien, ciertamente el precepto citado se refiere no a que como fiduciaria sólo puede fungir un banco o una institución de crédito, sino que podrá hacerlo la institución que esté facultada para operar como fiduciaria; previa autorización de la Junta Monetaria.

Sin embargo, dentro de la Legislación Mexicana; de conformidad con lo establecido en la fracción XV del Artículo 46 y en el primer párrafo del Artículo 80, ambos de la Ley de Instituciones de Crédito, la actuación de las instituciones fiduciarias es mediante la intervención de sus funcionarios denominados delegados fiduciarios, que son a quienes

corresponde llevar a cabo los actos por los cuales la fiduciaria desempeña su gestión como tal.

Los términos del primer párrafo del Artículo 80 de la ley mexicana citada; hacen desprender que los delegados fiduciarios son funcionarios de la institución de crédito correspondiente y que por tanto, no requieren de facultad expresa y concreta alguna que deba conferírseles; es suficiente su designación para el desempeño de ese cargo; su contrato de trabajo.

Similares preceptos encontramos en los Artículos 781, 782 y 784 del Código de Comercio de Guatemala; más aún la posición legal guardada por los delegados fiduciarios les permite, en el ejercicio de su gestión, otorgar poderes, para lo cual, dado ese carácter de órganos, con la diferencia de que según la legislación mexicana, estos delegados, no requieren de facultamiento expreso alguno; mientras que en Guatemala; se establece la obligación de hacer constar en el documento de constitución (Escritura Pública de Testamento); las facultades especiales a que se refiere el Artículo 775 del Código de Comercio, para que el Fiduciario pueda actuar.

2.4.3. Fideicomisario o beneficiario

Que es quien recibe el provecho que el fideicomiso implica.

El fideicomisario es el beneficiario en el fideicomiso; su situación como tal, observada con detenimiento, propicia una serie de comentarios por demás interesantes; resulta importante señalar, que en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República, en su Artículo 769 se señala que “puede ser cualquier persona que en el

momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad para adquirir derechos...”.

Así también, el mismo cuerpo legal señala lo que se podría denominar como “la no necesidad de nombramiento específico del fideicomisario”; siempre que el fideicomitente establezca normas para su determinación posterior.

La legislación mexicana; es más específica, ya que en el Artículo 348 primer párrafo del Código de Comercio de México; se establece que “pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica”; mismo sentido que conlleva la legislación argentina, en el Artículo 12 de la Ley 24.441.

De un simple análisis de la redacción de las leyes transcritas se desprenden, entre otras, las consideraciones siguientes:

- a. La capacidad a la que los citados cuerpos legales se refieren es la capacidad de goce, es decir, a la posibilidad del sujeto de ser titular de los beneficios jurídico-económicos generados por el fideicomiso del caso.
- b. La posibilidad de graduación de la capacidad de goce explica y justifica la mención aparentemente sobrante de que el fideicomisario puede ser una persona física o una persona jurídica, pues si bien, ciertamente, parece obvio que la situación de un sujeto a otro varía frente a la capacidad, nada impide, aún cuando fuere un tanto aberrante, que las personas jurídicas no pudieren ser fideicomisarias.

Dentro de la legislación mexicana, conforme al Artículo 358 fracción II del Código de Comercio Mexicano, están prohibidos los fideicomisos "en los cuales los beneficios se concedan a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente".

Así, se puede ser fideicomisario no sólo desde que se ha nacido, sino desde que se es concebido, pero claro está, sujeto a la condición resolutoria negativa que establece el Artículo 1 del Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106; consistente en no nacer viable; de esa manera, se adquiere el carácter de fideicomisario desde que en vida intrauterina se es designado como tal y si se nace no viable, se realiza el acontecimiento en el cual consiste la condición resolutoria indicada, por lo que quedan resueltos todos los efectos jurídicos creados por el fideicomiso del caso; por el contrario si se nace vivo y viable, la condición señalada no tiene lugar y los efectos indicados continúan intocados desde su creación por la designación de fideicomisario hecha en su oportunidad.³⁶

De conformidad con la doctrina del maestro argentino Mosset Iturraspe,³⁷ no siempre es necesaria la designación del Fideicomisario; partiendo de que la legislación de aquel país andino, establece que el fideicomisario y/o el beneficiario no son partes propiamente dentro del contrato del fideicomiso; de conformidad con lo establecido en la ley 24.441, Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción; aprobada en diciembre de 1,994; ya que lo relativo a esta figura; queda amparada en lo establecido en el Artículo 504 del Código Civil de aquel país, referente a las estipulaciones contractuales a favor de terceros.

³⁶Areyano García, Carlos. **Práctica forense mercantil**. 1ª Edición. Pág. 65.

³⁷Mosset Iturraspe. **Ob. Cit.** Pág. 151

Según el maestro mexicano Cervantes Ahumada, por ejemplo, el Artículo 347 mencionado y conforme al cual, "el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado", permite la existencia de fideicomisos sin fideicomisario.³⁸

"El fideicomisario -asevera Cervantes Ahumada- no es un elemento esencial del fideicomiso ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisario. Por ejemplo: se constituye un fideicomiso para que con los productos del patrimonio fideicomitado se levante una estatua o un prócer, se recojan los perros callejeros, se realice una investigación científica o se funde una clínica para determinada clase de enfermos. En estos casos no habrá fideicomisario como sujeto jurídico".³⁹

Si el fideicomiso implica un provecho y según el Diccionario de la Lengua Española⁴⁰, por ello debemos entender un beneficio o una utilidad particularmente el "que se proporciona a otro", de esto deriva que necesariamente el provecho debe ser de alguien; se trata de un incremento patrimonial representado por bienes y derechos de cualquier naturaleza.

En los ejemplos del profesor Cervantes Ahumada, el fideicomisario respectivo será el gobierno de la ciudad donde la estatua se levante y donde los perros se recojan. Siempre habrá uno o varios sujetos a cuya disposición estén los fondos producidos por el patrimonio fideicomitado para una investigación y por su parte, los beneficiados por un fideicomiso al efecto, serán los enfermos atendidos en la clínica fundada.

³⁸Cervantes Ahumada, Raúl. **Derecho mercantil. Primer curso.** 4ª Edición. Pág. 504

³⁹**Ibid.** Pág. 510

⁴⁰Diccionario de la Real Academia Española. Pág. 1376

En el caso debe traerse a colación el razonamiento tan válido de García Máynez⁴¹ en el sentido de que todo derecho necesariamente tiene un titular.

El razonamiento es, ciertamente, aplicable al fideicomiso; si éste implica un provecho, deberá haber quien participe de aquél; puede ser indeterminado al momento de la constitución del fideicomiso, pero bajo las circunstancias que se den al efecto, el fideicomisario pasará a ser determinado.

Así es como el contenido del Artículo 769 del Código de Comercio de Guatemala, establece en forma taxativa, es decir, el fideicomiso será válido aún cuando al constituirse no se haya identificado al fideicomisario, o que se constituya "sin señalar fideicomisario", como textualmente lo indica dicho precepto, lo cual es manifiestamente diverso a que no exista fideicomisario como Cervantes Ahumada lo pretende.

Dentro de las prohibiciones que expresamente señala la ley, para el fideicomiso testamentario, el Artículo 767 del Código de Comercio de Guatemala, también refiere que quien no pueda heredar por incapacidad o por indignidad, de conformidad con los Artículos 9 y 924 del Código Civil, Decreto Ley 106; no puede ser fideicomisario.

2.4.4. El comité técnico

A manera de referencia y siendo que el objeto del presente informe es el de analizar el derecho comparado, a criterio del autor, es necesario ver dentro del presente tema a un sujeto que dentro de la legislación

⁴¹García Maynes, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 2ª Edición. 1993. Pág. 45

mexicana, se establece como parte de este contrato, denominado por las leyes crediticias como el Comité Técnico.

Este sujeto normado por la legislación mexicana como un órgano de supervisión, de vigilancia y director de la actividad de la fiduciaria en el desempeño del fideicomiso, creado no por la Ley General de las Transacciones Comerciales (LGTC), sino por las diversas leyes bancarias, las reglamentarias del servicio público de banca y crédito y la actual Ley de Instituciones Crediticias (LIC), contemplan la posibilidad de constituir lo que la primera de dichas leyes denominó "*Comité Técnico o de Distribución de Fondos*", en tanto que los ordenamientos siguientes se han limitado a denominarle sólo "Comité Técnico".⁴²

En todo caso, las disposiciones previsoras de dichos comités han establecido que la fiduciaria quedará libre de responsabilidad cuando obre con sujeción a los dictámenes o acuerdos de aquellos.

El Licenciado Juan Alberto Rodríguez Castellanos, al respecto del órgano indicado realiza el presente análisis: "Merece la pena tener presente y dejar constancia de que si bien en los fideicomisos ordinarios la recurrencia a prever su constitución es relativa, por el contrario, en los fideicomisos públicos no sólo es constante, sino obligada, dado lo establecido por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 47, en el sentido de que los fideicomisos públicos constituidos por el gobierno federal o por las entidades paraestatales, tendrán comités técnicos..."⁴³.

⁴²Rodríguez Castellanos. **Ob. Cit.** Pág. 60.

⁴³**Ibid.** Pág. 65.

2.5. Objeto del fideicomiso

Del análisis efectuado hasta el momento del contrato de fideicomiso podemos concluir que el objeto inmediato del mismo es la entrega de la propiedad de un bien para ser administrado a título de propietario por una entidad financiera o bancaria; en tanto que el objeto mediato puede ser la aportación de toda clase de bienes o derechos.

Conforme a lo establecido en el Artículo 766 del Código de Comercio de Guatemala, el contrato de fideicomiso transmite bienes y derechos al fiduciario; con el objeto de afectarlos a fines determinados.

Ahora bien, cabe hacerse la pregunta ¿Qué fines pueden ser los que el contrato de fideicomiso, pueda alcanzar? La respuesta, deviene en el caso objeto de análisis por el presente informe, de la voluntad del causante, ya que la misma puede autorizar al fiduciario para realizar inversiones con los bienes y derechos afectos; a fin de que sus herederos puedan gozar de los frutos de la sabia administración de los mismos por parte del fiduciario.

De conformidad la legislación tanto de Guatemala, como en el derecho comparado; al ser el Fideicomiso Instituido por Testamento, un acto de última voluntad y lleno de solemne formalidad; para la existencia del mismo, se requiere capacidad legal del fideicomitente, tanto para enajenar, como para testar (Artículos 934 del Código Civil Guatemalteco; y 767 del Código de Comercio de Guatemala). Así también el Artículo 1,792 del Código de Comercio del Distrito Federal de la República Mexicana, establece que para la existencia del contrato se requiere consentimiento y objeto que pueda ser materia de él; según el Artículo 1,824 del mismo ordenamiento jurídico, son objeto del contrato la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Doctrinalmente, por su parte, se ha considerado que este objeto, concretamente la cosa, es el objeto indirecto del acto, pues el directo está representado por los efectos o consecuencias de éste.

Siempre dentro del análisis de la legislación mexicana, la Ley de Títulos, en el capítulo, relativo al fideicomiso, señala en el primer párrafo de su Artículo 355 que "pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquéllos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular".⁴⁴

Así, lo indicado por objeto en las legislaciones guatemalteca y comparada especialmente la legislación mexicana coincide con el objeto de los contratos que como regla jurídica general señala el ordenamiento civil, es decir, se trata de objeto como cosa, sea bien o derecho, sobre la que recaen los efectos del fideicomiso y en ningún caso objeto como fin u objetivo.

Ahora bien, el precepto comentado indica en su parte complementaria que dichos bienes o derechos requieren no ser estrictamente personales de su titular; esa indicación trae consigo tener en cuenta que lo fideicomitado debe ser enajenable en todo caso.

Así por ejemplo, los derechos reales de uso y de habitación, quedan excluidos de la posibilidad de ser fideicomitados por su inalienabilidad prevista en el Artículo 748 del Decreto Ley 106 de Guatemala. Sin embargo, la inalienabilidad y consecuente impedimento de aportar los mencionados derechos reales al patrimonio fideicometido; es una cualidad que establece en forma taxativa y literal el Artículo 1,051 del Código de Comercio del Distrito Federal de la República Mexicana. Igual tratamiento es aplicable a los bienes afectos al patrimonio de la familia,

⁴⁴Ibid. Pág.75.

los que conforme al Artículo 727 del mismo ordenamiento son inalienables e inembargables.⁴⁵

2.6. Finalidades del fideicomiso

Varios preceptos se refieren al fin del fideicomiso, tanto en la legislación guatemalteca, como en el derecho comparado; así por ejemplo el Artículo 766 del Código de Comercio de Guatemala, señala que el fideicomitente destina ciertos bienes y derechos afectándolos a fines determinados. Similares textos legales se encuentran por ejemplo en la legislación mexicana, en el Artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; contiene similar texto legal; con la diferencia, de que el bien debe ser lícito.

En cambio, la legislación argentina, establecen los Artículos 3 y el 4 inciso a de la Ley 24.441, Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción; lo único que establece, es que el fideicomiso constituye una transmisión de bienes que hace el fideicomitente (llamado fiduciante por la mencionada ley) al fiduciario; bienes que deben estar individualizados en el contrato (o testamento) o, de no ser ello posible, constará la descripción de sus requisitos y características.

Así también, lo adquirido por el fiduciario lo califica la citada ley argentina, como propiedad fiduciaria, quedando entendido que ella será dominio fiduciario si se trata de cosas (muebles o inmuebles), como lo llama el Artículo 2,662 del Código Civil, de Propiedad Fiduciaria, propiamente dicha, si recae sobre objetos inmateriales o incorporales

⁴⁵Ibid. Pág.78.

susceptibles de valor (créditos, derechos intelectuales, marcas de fábrica y "derechos" en general).⁴⁶

Así también, el Artículo 769 del Código de Comercio de Guatemala, establece que no es necesario constituir un fideicomiso sin la designación de fideicomisario, siempre que en el documento de constitución se establezcan las normas para su determinación posterior. Con similar texto la legislación mexicana, en el Artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que no es necesaria la designación del mismo; debiendo tener como requisito que su fin sea lícito y determinado.

En la legislación argentina el beneficiario y el fideicomisario pueden ser distintos; es facultad del Fiduciante, al momento de constituir el fideicomiso, disponer que las utilidades de los bienes a administrar por el Fiduciario se entreguen a una o más personas, que él designa como beneficiarios y, al extinguirse, los bienes transmitidos se entreguen a otra u otras personas (físicas o jurídicas) como fideicomisarios.

Además, por aplicación del Artículo 2 de la ley 24.441 Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, el fiduciante puede llegar a ser el Beneficiario y también el Fideicomisario, en cuyo caso los protagonistas del instituto se limitan a dos (las partes), o sea el Fiduciante y el Fiduciario.

En el derecho en general existe el fin, como concepto fundamental, en la dinámica de los acontecimientos jurídicos voluntarios. Como se recordará, "el negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito." (Artículo 1,251 Código Civil Guatemalteco).

⁴⁶Salazar Ardoahín, Julieta del Rosario. **El contrato de fideicomiso, en la ley 24.441**. Tesis de Grado. Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina. Pág. 12

El fin en el fideicomiso es una manifestación de lo que lo es en la teoría del contrato y del acto jurídico en general. Este puede ser considerado como los objetivos que los sujetos pretenden alcanzar con su manifestación; aquél, en cambio y dada su especialidad, bien puede ser, con esencia idéntica, la situación jurídica concluyente, terminante y última que el fideicomitente dispone para los bienes que fideicomite.⁴⁷

Ahora bien, dada la identidad substancial apuntada, los requisitos del fin en general no son sólo nominativamente los mismos que los del fin específico en el fideicomiso, sino que inclusive uno y otro significan lo mismo.

Así, que el fin en el fideicomiso deba ser lícito, es precisamente que no sea, como tampoco deberá serlo el fin en general "contrario al orden público o a leyes prohibitivas expresas", (Artículo 1,301 del Código Civil de Guatemala), esto es, que lo que el fideicomitente pretende como destino a alcanzarse por el fideicomiso no contraríe ni a unas ni a otras.

El fin en el fideicomiso debe además ser determinado, esto significa que en lo que dicho fin consista, quede bien fijado al señalársele con toda precisión en el documento de constitución del fideicomiso. No es el caso de que fuera simplemente determinable, y sólo quedaren señaladas las bases y reglas para llegar a esa determinación, como podría ser el que el fideicomitente instruyera a alguien, el fiduciario o un ajeno, con una serie de reglas para que por la aplicación de las mismas se llegare el fin a determinar.

⁴⁷Rodríguez Castellanos. **Ob. Cit.** Pág.80.

2.7. Forma de constitución del fideicomiso

El contrato puede ser constituido entre vivos o por testamento. Deberá siempre constar por escrito, ajustándose a la legislación común acerca de transmisión de derechos o de propiedad de las cosas que hayan de darse en fideicomiso.

En Guatemala, el Fideicomiso es un contrato Solemne, ya que según el Artículo 771 del Código de Comercio de Guatemala; el mismo debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo incluso constar la aceptación del fiduciario, y establecerse en el documento (escritura pública), el valor estimativo de los bienes.

Ahora bien, el Fideicomiso Testamentario, debe de instituirse en escritura pública como requisito esencial para su validez de conformidad con el Artículo 955 del Código Civil.

Dentro de la legislación mexicana, cabe señalar, que la forma escrita no es un elemento esencial, sino un requisito de prueba, y a falta de esta forma, el contrato debe ser considerado como carente de validez, mismo que podrá en todo caso ser convalidado, de conformidad con los Artículos 1,795 sección IV, 1,832 y 2,232 de Código Civil para el Distrito Federal.

Dentro de la legislación argentina, se puede establecer que el Fideicomiso puede constituirse de dos formas; como un contrato, o instituirse por testamento; mismo que de conformidad con la Ley 24.441 citada y estudiada; debe constar por escrito.

En la legislación estadounidense, el diccionario de Black's Law, define el trust: como "un derecho de propiedad inmueble o mueble transmitido por una parte en beneficio de otra". En relación con un contrato expreso o implícito, en cumplimiento de las órdenes del trust; stoppel: significa

que "una parte es prevenida con relación a sus propios actos, a resultas de una demanda o derecho de otra persona que está vinculada con dicha conducta o actuación".⁴⁸

Para la formación del contrato el common law no ha exigido un documento. El consentimiento o mutuo consentimiento se forma con una oferta a la que le sigue una aceptación. La oferta indica la voluntad de obligarse. La intención se desprende de las frases usadas que bien pueden ser que el ofrecimiento este sujeto al contrato o que se trate de un convenio que tiene fuerza obligatoria o de un acuerdo entre caballeros. Es fundamental que la oferta sea aceptada pues entre tanto no se realice la aceptación, el oferente puede revocarla. Es obvio que la aceptación tiene que ser lisa y llana, pues de otra suerte implicaría una nueva oferta. Sin embargo esta regla ha sido modificada en parte por el Uniform Commercial Code de los Estados Unidos, puesto que éste admite la validez de una opción y su rompimiento injusto daría base a una reparación.

Tanto para el Derecho inglés como para el norteamericano la consideration es un elemento necesario para la formación de un contrato válido, pues aun cuando el contrato no se haya elaborado por escrito y sea simplemente oral, la consideration, debe ser probada.⁴⁹

2.8. Derechos y obligaciones de las partes

Dentro del contrato de fideicomiso, cada una de las partes goza de derechos y tiene obligaciones propias; que a continuación se detallan:

⁴⁸Villela Rosas. **Ob. Cit.** Pág. 65

⁴⁹**Ibid.** Pág. 68

✓ **Derechos y obligaciones del fideicomitente:**

Al ser quien instituye el fideicomiso; el derecho más relevante del fideicomitente, es aquel vinculado con la finalidad del contrato, esto es, la facultad de designar uno o más fiduciarios (Artículo 774 Código de Comercio de Guatemala) y, coetáneamente, la de reservarse derechos específicos, vinculados con la posibilidad de vigilar que se cumplan las disposiciones del convenio, entre los cuales conviene destacar la facultad de revocar el fideicomiso (Artículo 787 numeral 5º, Código de Comercio de Guatemala); siempre y cuando el fideicomitente, se haya reservado ese derecho en el documento constitutivo.

Al ser el presente trabajo un Análisis Jurídico del Fideicomiso Testamentario; es de hacer ver que el testamento puede ser revocado; de conformidad con lo establecido en los Artículos 935 y 983 del Código Civil Guatemalteco.

Sin embargo lo anterior, dentro de legislaciones como la mexicana o la argentina; se establece como derecho del fideicomitente, en fideicomisos no testamentarios, el de exigir del fiduciario rendición de cuentas y, eventualmente, ejercer acciones de responsabilidad.

Puede, además, solicitar la revocación del fiduciario y designar uno nuevo, frente a los supuestos de mala conducta, extremo que sólo se verifica en aquellas legislaciones que admitan la constitución unilateral del fideicomiso y no donde es convencional, ya que aquella remoción importa la resolución del contrato y el fin del fideicomiso.

Es propio del contrato, exigir que el dominio de los bienes vuelva al fideicomitente o que le sean entregados al beneficiario, según los alcances y modalidades del acuerdo.

Dentro de las obligaciones del fideicomitente, se encuentra principalmente la de transmitir los bienes afectos al fiduciario; la de remunerar al fiduciario con sus honorarios (Artículo 793 del Código de Comercio de Guatemala), reembolsar los gastos efectuados por éste en ocasión del encargo y sanear la evicción.

✓ **Derechos y obligaciones del fiduciario:**

Para enunciar los derechos del fiduciario el Artículo 783 del Código de Comercio de Guatemala, establece:

1. Ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que establece la ley o que contenga el documento constitutivo.
2. Ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido.
3. Otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso.
4. Percibir remuneración por sus servicios; cobrar preferentemente su remuneración de los ingresos del fideicomiso.
5. Las demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso.

Así también, resulta oportuno apuntar que el fiduciario posee todas las facultades inherentes a la finalidad del fideicomiso, en particular las relativas al dominio y administración que tiene de los bienes, puede usar y disponer de los bienes, aunque no puede apropiarse de los frutos, pero siempre hasta lograr el fin del contrato.

De conformidad con el Artículo 785 del Código de Comercio de Guatemala, son obligaciones del fiduciario:

1. Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y sus fines.
2. Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves, que deberán ser calificadas por un Juez de Primera Instancia.
3. Tomar posesión de los bienes fideicometidos en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad.
4. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones y rendir cuentas e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requieran.
5. Las demás inherentes a la naturaleza de su cargo.

De la enumeración anterior, se desprende que son obligaciones propias administrar en la forma establecida, resultando inherente la conservación y custodia material y jurídica de los bienes, efectuar las mejoras y reparaciones necesarias, contratar seguros y pagar los tributos que los graven.

Así también, debe administrar el fideicomiso, haciendo producir frutos de acuerdo con la utilización regular de las cosas sin disponer de ellas, pero produciendo el mayor rendimiento; algunas legislaciones imponen la diversidad de inversiones para evitar los riesgos derivados de la concentración en una sola actividad económica.⁵⁰

⁵⁰Rodríguez Castellanos. **Ob. Cit.** Pág.88.

Es obligación inexcusable y típica mantener la identidad de los bienes del encargo, separados de los del fiduciario, y no pueden incluirse en su contabilidad ni considerarlos en su activo.

Debe rendir oportuna cuenta sobre las gestiones que realiza, las que comprende, distintas manifestaciones particulares, como la de avisar dentro de un corto tiempo la celebración de ciertas operaciones de inversión o el recibo de frutos derivados de éstas, pero en forma más concreta se refiere a la necesidad de presentar informaciones completas y fidedignas sobre el movimiento contable de los bienes en su poder.⁵¹

Además, debe transferir los bienes de acuerdo a lo convenido al tiempo del encargo o aun después por el fideicomitente, siendo la regla que el dominio vuelva a este último o a sus herederos, salvo que se haya previsto la entrega a un beneficiario tercero en la relación contractual.

Por último, se requiere facultad especial, de conformidad con el Artículo 775 del Código de Comercio de Guatemala, para donar, vender o gravar los bienes fideicometidos, facultad que debe constar en el documento de constitución.

✓ **Derechos y obligaciones del fideicomisario o beneficiario:**

El Artículo 778 del Código de Comercio de Guatemala, establece que el fideicomisario, tiene los siguientes derechos:

1. Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo.
2. Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso.

⁵¹Ibid. Pág.89.

3. Pedir la remoción del fiduciario por las causales señaladas en el Artículo 786 de éste Código.
4. Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituyan al fiduciario los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido.
5. Revisar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoría.

Sin embargo lo anterior, la doctrina mexicana sostiene que el fideicomisario o beneficiario es un acreedor especial del fideicomiso, pudiendo serlo por los frutos que produzcan los bienes fideicometidos o con relación a éstos una vez transcurrido el tiempo o cumplida la condición prevista para transferir la propiedad.⁵²

Ello es así en tanto no se concibe en el derecho latino, la dualidad del derecho inglés relativo a la titularidad de la propiedad y la propiedad en equidad o en beneficio; aquí, quien detenta la propiedad lo hace en plenitud y el beneficiario no tiene derecho real alguno, lo que no obsta a su derecho creditorio que lo legitima para requerir los frutos en término y la ulterior entrega de los bienes.⁵³

Para proteger ese derecho creditorio, en el derecho en especial en el derecho centro americano, se advierte la presencia de facultades excepcionales en favor del beneficiario, tales como la de exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso y el correlativo ejercicio de

⁵²Ibid. Pág.90.

⁵³Rodríguez y Rodríguez. **Ob. Cit.** Pág. 650

acciones de responsabilidad por incumplimiento, cuanto acciones conservatorias.

Le cabe, además, la facultad de impugnar los actos cumplidos por el fiduciario contrariando las instrucciones del fiduciante, acción que se identifica con la pauliana de los acreedores en general.

2.9. Modalidades del fideicomiso

Los fideicomisos han sido clasificados en algunos casos por la ley, otras por la doctrina internacional, de diversas maneras; siendo las más representativas, la siguiente clasificación:

✓ **De administración:**

Responde a la conveniencia del fideicomitente en relevarse de la administración de sus bienes, sea por razones de edad, de ocupación o simplemente de comodidad; transmitiendo los bienes para que sean administrados por el fiduciario y que el fideicomisario sea beneficiado por la administración correcta de esos bienes.

✓ **De inversión:**

Constituye una modalidad del anterior, y con él se procura obtener un rendimiento de los bienes, que se optimiza por el manejo profesional que realiza el banco.

✓ **De garantía:**

Encuentra fundamento en la conveniencia de respaldar el cumplimiento de una obligación contraída con un tercero o aun con el propio banco.

✓ **De seguro:**

En esta modalidad se designa a la entidad bancaria como beneficiaria del seguro de vida para que al fallecimiento del constituyente la suma se destine a un fin específico.

✓ **Testamentario:**

Para posibilitar que el fiduciario reciba a la muerte del fideicomitente la totalidad o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a cierta finalidad, o para beneficiar a personas determinadas.

CAPÍTULO III

3. Derecho de sucesión en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado

3.1. Noción del derecho sucesorio

Mientras vive, la persona individual es titular de derechos y de obligaciones.

Desde el derecho antiguo, se admitió que las relaciones jurídicas no personalísimas puedan transmitirse a otra u otras personas; creando así la relación entre el fallecido y su sucesor, a fin de mantener vigentes las relaciones jurídico patrimoniales del primero y poder ejercitarse, con posteridad a su muerte sus derechos, y cumplir oportunamente con sus obligaciones.

Esta sucesión jurídica *mortis causa*, da nombre esta parte del Derecho Privado, que a veces se denomina "Derecho Sucesorio", o "Derecho de Sucesión por Causa de Muerte"; prefiriéndose por otros autores la denominación de "Derecho Hereditario".⁵⁴ Todas las denominaciones mencionadas por el profesor Brañas, hacen referencia a la forma de operar la sucesión *mortis causa*.

Por lo anterior, podemos decir que dada la existencia de un derecho, es posible que el mismo se extinga o que por el contrario, si continua existiendo, cambie de titular.

En este último caso se habla en sentido lato de sucesión. Pero ésta es de dos clases, porque una sustituye a otra en un determinado derecho o relación y se tiene la llamada sucesión particular o a título particular. O bien una persona sustituye a otra en la totalidad de sus relaciones patrimoniales consideradas como una entidad compleja y se tiene la llamada sucesión universal o a título universal. Ahora, en el derecho

⁵⁴Brañas, Alfonso. *Manual de derecho civil*. 1ª Edición. Pág.355

vigente esta segunda especie de sucesión no se verifica nunca por acto entre vivos sino solamente mortis causa.

3.2. Fundamento de la sucesión

Autores como Castán, citado por Federico Puig Peña⁵⁵, señalan como el fundamento de la sucesión no puede separarse del problema de la propiedad, ya que la sucesión hereditaria, como ya se ha mencionado, no es otra cosa que el modo de continuar y perpetuar la propiedad individual más allá de los límites de la vida humana, con la consiguiente estabilidad de la familia y fijeza de la vida social.

Diversas han sido las teorías mantenidas por la doctrina para explicar el fundamento de la sucesión por causa de muerte, toda vez que, en la primera etapa histórica el objeto de la herencia es el patrimonio, el derecho sucesorio tiene un indudable fundamento familiar, tendente a evitar la disgregación de la familia.

Posteriormente y como consecuencia de una debilitación de los vínculos que adornaban la familia, los representantes del derecho natural y los jurisconsultos franceses del siglo XVIII, buscaron el fundamento de la sucesión en el derecho de propiedad y en el ius disponendi en él ínsito, considerando la sucesión testada como una derivación directa de la voluntad expresa del propietario causante y la intestada como una derivación de su voluntad presunta.⁵⁶

Actualmente, la sucesión por causa de muerte encuentra su fundamento en la necesidad de perpetuar los patrimonios más allá de los límites de la vida humana y a su vez se funda en la necesidad de dar estabilidad a la familia y de dar fijeza a la vida social.

⁵⁵Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo V" 3ª ed. Pág. 591

⁵⁶*Ibid.*

3.3. Historia de la sucesión por causa de muerte

Esta institución, tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, ya que en Roma, la familia constituía un núcleo social con una fuerte sustancia política que se concreta en la potestad del pater familias. Éste era el jefe y señor, y además, quien figuraba al frente del culto de los dioses familiares. De esta noble condición del pater, se establece que su presencia como tal, es imprescindible, por lo cual al quedar vacante la misma, por muerte del titula, se precisa que alguien lo reemplace, siendo su heredero, el sucesor de la potestad soberana sobre el grupo familiar. Con la designación del heredero en el testamento del pater familia, se evita la disgregación de la misma.

En el derecho germánico por otro lado, no existe una unidad tan fuerte de la familia, la misma es simplemente una comunidad unida por los lazos de sangre y actualizada por una actividad conjunta en el desarrollo e incrementación de los bienes. En ella, el pensamiento de la copropiedad domina todo el proceso evolutivo de la riqueza. No aparece la figura del pater como jefe absoluto y de dirección del grupo; en consecuencia, al producirse la vacante por fallecimiento, no se plantea el problema de la sucesión en la titularidad organizadora.

Como consecuencia de lo anterior, se puede establecer que en el antiguo derecho germánico, no existió nunca la figura del heredero por testamento, tal como si se puede encontrar en el derecho romano; si existió sin embargo el heredero legal, o heredero de hecho.

En conclusión, se puede establecer que el sistema romano ha dominado durante bastante tiempo en la técnica jurídica tradicional, sin embargo, el sistema germánico ha ganado gran auge, sobre todo por el simplicismo que lleva anejo, siguiéndolo las legislaciones de Suiza, Austria, Francia por mencionar algunos países.

No obstante lo anterior, se mantiene en varios países, especialmente de influencia latina como México, Argentina o España, el sistema romano

de sucesión por causa de muerte, ya que es muy ventajoso desde el punto de vista práctico.

Por lo concerniente al Derecho Civil de Guatemala, hay que mencionar que la tradición romana domina de manera intensa, ya que lo referente a la sucesión hereditaria en el Código Civil, se encuentra estructurada sobre el régimen de la continuación de la personalidad, en vez del sistema germánico de los bienes.

3.4. Teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho de sucesión

3.4.1. Teorías subjetivas:

Estas teorías explican el fenómeno hereditario ligado a la persona del causante identificando al heredero con el causante o como una continuación de la personalidad del causante, de la siguiente manera:

- a. Teoría de la Identificación de la Persona del difunto con el heredero; que considera que la personalidad del difunto se transmite al heredero formando una sola persona;
- b. Teoría de la continuación de la personalidad del difunto: ésta teoría considera que el heredero continúa la personalidad jurídica del difunto;
- c. Teoría de la Representación: de acuerdo a esta teoría el heredero actúa como representante del difunto.

3.4.2. Teorías objetivas o modernas:

Las teorías objetivas o modernas, consideran al heredero como un sucesor en los bienes del causante, entre las teorías objetivas están las siguientes:

- a. Teoría de la adquisición de una universitas juris, la cual es explicada en la doctrina diciendo: que la sucesión constituye

una universalidad, o sea un complejo unitario y orgánico de relaciones jurídicas activas y pasivas en conexión entre ellas e inseparables;

- b. Teoría de la adquisición de una totalidad o suma de los bienes: La cual se explica diciendo que heredero no es hoy, el que venga designado como tal por el testador o la ley sino, aquel al que el testador o la ley atribuyen la universalidad o una cuota de los bienes del difunto.

3.4.3. Teorías intermedias:

Las teoría intermedias, que tratan de conciliar las dos anteriores es explicada por Castán Tobeñas diciendo que la herencia se presenta como la continuación o sucesión por modo unitario, en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídico-patrimoniales activas y pasivas de un sujeto fallecido que no se extinguen por su muerte, sucesión que produce también ciertas consecuencias de carácter extra-patrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en determinados aspectos.⁵⁷

3.5. Definición del concepto de sucesión

Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra sucesión proviene del latín "successio", "successionis", que posee varios significados a saber:

- a. Conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a un heredero o legatario.
- b. Entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra.
- c. Entrar en una persona o cosa en lugar de otra o seguirse de ella.
- d. Descendencia o procedencia de un progenitor.

⁵⁷Ibid. Pág. 356

En su acepción estricta, "es el cambio de titular en el conjunto de relaciones jurídicas de una persona por fallecimiento de ésta".⁵⁸

Agreguemos que también la expresión sucesión responde a una identidad o sinonimia con el término herencia. Desde ese punto de vista, es "la transmisión de ese acervo de bienes, créditos y deudas a otra persona -heredero-, que continuará la personalidad del causante".⁵⁹

Por lo anterior, el autor considera que una definición de la sucesión, sería: "Es la sustitución o suplantación de una persona por otra en una relación jurídica".

3.6. Clases de sucesión

Partiendo de la acepción restringida, la sucesión que se opera en virtud de la sustitución del titular por otra persona, en el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales de aquél, como consecuencia de su fallecimiento, en el derecho justiniano y en razón de su alcance, se clasifican en:⁶⁰

a. Sucesión a título universal:

Comprende todo el patrimonio, considerado éste como la universalidad jurídica de los derechos reales y personales, que una persona puede tener apreciables en valor, o sea, el conjunto de bienes corporales o incorporales, activos y pasivos o una parte alícuota de este (la mitad o más de la mitad), pertenecientes a una persona determinada.

⁵⁸Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones.** Pág. 250

⁵⁹**Ibid.**

⁶⁰Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 598

b. Sucesión a título particular.

Se refiere a la adquisición por el sucesor de uno o varios bienes o derechos individualmente determinados.

La sucesión a título particular, puede ser también por acto entre vivos o mortis causa.

c. Sucesión voluntaria y legal.

La sucesión por causa de muerte, se puede clasificar también en cuanto al origen y causas determinantes de la relación jurídica sucesoria. En este sentido, o es la voluntad del hombre o es la propia ley la causa que informa el régimen de la sucesión.

Esta dualidad de fuente sucesoria, queda patente en nuestro Derecho, al decir el Artículo 917 del Código Civil que “la sucesión por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona manifestada en testamento, y a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda, intestada, comprendiendo en uno y otro caso, todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”.

3.7. Elementos de la sucesión

✓ Elementos necesarios o personales:

- a. Causante:** es la persona fallecida, sin ella no hay transmisión sucesoria. Conocido entre los romanos como defuntus, mortus. Es esta la persona que transmite los derechos sucesorios al heredero.

No tenían ejercicio del derecho de testar:

- i. Los impúberes sui iuris, porque carecen de juicio necesario.
- ii. Los locos, estos sólo pueden testar válidamente en un intervalo lúcido.
- iii. Los pródigos interdictos, porque ya no tienen el commercium.
- iv. Los sordos y los mudos, es decir, aquellos que no entiendan ni hablan de una manera absoluta, pero si su enfermedad es accidental y han hecho el testamento antes de estar atacados, éste produce todos sus efectos.

b. El Heredero: Una vez fallecido el causante, debe haber ya sea por disposición legal, o disposición testamentaria una persona que ocupe el puesto, esta persona que recibe los bienes del difunto recibe el nombre de heredero, adquiriente, sucesor, causahabiente.

Para adquirir la calidad de heredero se requiere:

- i. La muerte del causante;
- ii. La capacidad de un difunto para tener heredero;
- iii. La capacidad de suceder;
- iv. Que se diera la delación o llamamiento a la herencia;
- v. La aceptación del heredero;

✓ **Elementos reales:** son aquellos que comprenden a los herederos y legatarios.

✓ **Elementos formales:** están constituidos por:

- i. La apertura de la sucesión.
- ii. La vocación del sucesor.
- iii. Aceptación por parte de los herederos.

3.8. La capacidad en el derecho sucesorio

3.8.1. Capacidad jurídica

Si se parte desde el punto de vista de que la persona, es todo sujeto de derechos y obligaciones, y de que la personalidad es la investidura jurídica necesaria para que el sujeto, entre al mundo de lo normativo, el concepto de capacidad, tiene vigencia considerándola, como la aptitud, derivada de la personalidad, que toda persona tiene para ser titular, como sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas, o bien de derechos y obligaciones, aptitud que llega a tener concreción en la dinámica del mundo jurídico, aunque la persona esté en incapacidad física de expresar su voluntad (ya que por ejemplo, un niño recién nacido, puede ser titular de una herencia); o bien, por un proceso en que la voluntad es expresada libremente.⁶¹

Cabe resaltar en este tema, a criterio del autor, que el mismo se refiere a la facultad o aptitud legal de una persona, para recibir una herencia por una parte y por otra a la facultad o aptitud legal de una persona para poder otorgar en herencia su patrimonio (universal o individualmente).

⁶¹Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 29

3.8.2. Capacidad para testar.

En el derecho romano, se designaba Testamenti factio a la capacidad del testador, sea respecto de sí mismo y en orden a otorgar testamento, sea con referencia al válido llamamiento de una persona concreta como heredero legatario o tutor.

Sólo goza de de dicha capacidad activa, quien tiene plenamente la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

En consecuencia con lo primero, el testador ha de ser libre, ciudadano romano y paterfamilias. Se hace excepción con el esclavo del Estado, que puede disponer por testamento de la mitad de su peculio, y con el filius familias, que puede hacerlo también respecto del peculium castrense y quasi castrense.

Por faltarles la necesaria capacidad de obrar, no pueden otorgar testamento en el derecho romano, el loco, salvo en los momentos de lucidez; el pródigo y, en el derecho posclásico, el apóstata, el maniqueo, el herético.

El mudo y el sordo son incapaces, al principio, de otorgar testamento; el mudo no podía pronunciar palabras y el sordo, porque no podía oírlos. Introducidas las formas escritas, el sordo y el mudo han de impetrar autorización del emperador para poder testar. En el Derecho Justiniano la capacidad de testar se limita a los sordomudos de nacimiento.

La capacidad activa para testar en el derecho romano, debe existir desde el momento de otorgar testamento hasta aquel en que acaece la muerte.

En Guatemala, el Artículo 934 del Código Civil Guatemalteco, establece que: "Toda persona *civilmente capaz* puede disponer de sus bienes por medio de testamento a favor de cualquiera que *no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar.*"

Por lo anterior y haciendo un análisis integral de lo normado por la legislación guatemalteca, se debe mencionar que únicamente son capaces para testar, o pueden otorgar testamento, las personas mayores de edad, quienes conforme a los Artículos 147 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el 8 del Código Civil, son únicamente quienes hayan cumplido dieciocho años.

Al observar legislaciones comparadas, podemos establecer que la capacidad para testar no siempre se da a los dieciocho años, ya que por ejemplo en países como la República de Bolivia, se da a partir de los dieciséis años de edad, en Estados Unidos de Norteamérica a los veintiún años de edad, aunque se ha ido unificando el criterio de que los dieciocho años de edad, es la edad suficiente para que una persona tenga discernimiento por sí mismo.

3.8.3. Incapacidad para heredar por testamento

La misma se encuentra regulada en el Artículo 924 del Código Civil de Guatemala, y es conocida como la incapacidad para ser heredero o legatario por indignidad, ya que el heredero ha incurrido en alguna de las siguientes causales:

- a. Haber sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a sus padres, hijos, cónyuge, conviviente de hecho o hermanos de la misma. Esta causa subsiste no obstante el perdón otorgado por el causante al heredero o la prescripción de la pena;
- b. El heredero mayor de edad que, siendo sabedor de la muerte violenta del causante, no la denunciare a los jueces en el término de un mes, cuando sobre ella no se hubiere procedido de oficio. Si los homicidas fueren ascendientes o descendientes, cónyuge o conviviente de hecho o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar;

- c. El que voluntariamente acusó al autor de la herencia de un delito que merezca por lo menos la pena de un año de prisión;
- d. El pariente del autor de la herencia si, habiendo estado éste demente y abandonado no cuidó de él, de recogerlo o asilarlo en establecimiento público, si hubiere podido hacerlo;
- e. El padre o la madre que haya abandonado a sus hijos menores de edad o que los haya corrompido o tratado de corromper, cualquiera que sea la edad de los hijos;
- f. El que con dolo o coacción obligare al testador a hacer testamento, a cambiarlo o a revocarlo;
- g. El que por iguales medios impidiere a otra hacer testamento o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro testamento posterior; y,
- h. El que ejerciere violencia sobre el notario o los testigos, para impedir el otorgamiento del testamento, o para conseguir que se teste a su favor o a favor de otra persona.

Dichas incapacidades a tenor de lo establecido en el Artículo 925 del citado cuerpo legal, no se aplican cuando el causante así lo dispone en testamento posterior a los hechos que las hayan producido, con excepción de la primera la cual es explícita al mencionar que se aplicará aunque hubiere perdón posterior o prescripción de la pena.

Otras incapacidades para suceder por testamento están previstas en el Artículo 926, las mismas se regularon especialmente por la influencia que estas personas pueden tener en el ánimo del testador, y son:

- a. Los ministros de los cultos, a menos que sean parientes del testador;
- b. Los médicos o cirujanos que hubieren asistido al testador en su última enfermedad, si este falleciere de ella, salvo que sean parientes del testador;

- c. El notario que autoriza el testamento y sus parientes, y los testigos instrumentales;
- d. El tutor, el protutor y los parientes de ellos si no se hubieren aprobado las cuentas de la tutela, a no ser que fueren parientes del pupilo; y
- e. Las instituciones extranjeras, cualquiera que sea su finalidad.

Así también en el Artículo 927 se indica que la indignidad del padre o de la madre o de los descendientes, no daña a sus hijos o descendientes, ora sucedan por derecho propio o por representación.

En el derecho comparado, se puede establecer que existen similares causas de indignidad, así por ejemplo, el Artículo 1,316 del Código Civil Federal Mexicano que regula similares causas, agregando únicamente la exclusión del cónyuge adúltero, delito que en Guatemala se encuentra declarado inconstitucional según expediente 936-95 del siete de marzo de mil novecientos noventa y seis de la Corte de Constitucionalidad.

Así también el derecho argentino, el boliviano, el venezolano, el español, regulan similares causas que las enumeradas en la legislación guatemalteca, notándose la gran influencia del derecho romano dentro de las legislaciones hispanoamericanas; con la única excepción del derecho cubano, legislación que regula únicamente tres causas comunes, como son, el atentar contra la vida del causante, el coaccionar al testador al momento de otorgar el testamento, o la de negar los alimentos al causante; causas que según el mismo Artículo 469 del Código Civil Cubano, cesan por el perdón del causante.⁶²

La causa que es extraña a las enumeradas en las legislaciones que como la guatemalteca se encuentran influenciadas por el Derecho Romano, es la que establece el Artículo 470 que regula que es también

⁶²http://www.gacetaoficial.cu/codigo_civil_l4_t1.htm (consultado el 8 de diciembre de 2007)

causa de indignidad el hecho de haber abandonado definitivamente el país.

Mientras que en el derecho anglosajón, al no existir notario, como representante de la fe pública del Estado, la ley otorga libertad al testador para que pueda otorgar el testamento, siempre y cuando lo haga el mismo de manera ológrafa.

CAPÍTULO IV

4. Sucesión testamentaria en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado

4.1. Antecedentes históricos del testamento

4.1.1. Antecedentes en la época antigua

La sucesión testamentaria en la doctrina romana y la confección del testamento, respondía a un hecho normal de la vida, por tanto era excepcional que no se testase. Esta forma de proceder provoca repercusión en cuanto a importancia se refiere, y se reafirma desde la Ley de las XII Tablas, pues este instrumento admite la apertura de la sucesión legítima al haberse fallecido sin testamento o cuando existiendo éste se declarase nulo, por encontrarse incurso en alguna causal de nulidad absoluta que lo haga ineficaz. Incluso en las codificaciones modernas prevalece la sucesión testamentaria sobre la sucesión ab-intestato.

Recién aparece en la Ley de las XII Tablas, y desde ese momento el derecho de testar ha sido admitido con mayores o menores limitaciones según las épocas y los países.

La muerte está concebida para dejar huella en los vivos y por lo tanto todo lo que refiere a los entierros romanos eran actos públicos, pensados y meditados previamente.

En Roma, un romano no moría sin más, eso sería demasiado simple, porque ante todo un romano era un ciudadano, formaba parte de un conjunto, de una sociedad, o de un estatus, por ello cada uno de ellos fueran esclavos o aristócratas, dejaba como legado un testamento.

Estos rollos eran entregados a las vestales, y éstas los colocaban en cuadrículas, estanterías donde eran clasificados previamente, ellas eran las encargadas de custodiarlos y entregarlos cuando eran requeridos, algunos constaban de escuetos contenidos sobre todo cuando el fallecido no tenía demasiadas posesiones, otros en cambio constituyen auténticas joyas no sólo por los comentarios personales sino por la extensión de las riquezas.⁶³

El testamento, una vez se constataba el fallecimiento, era leído en un acto público y popular, mayor cuánto aumentaba la importancia del fallecido.

Un ciudadano de bien dejaba la herencia repartida entre su familia, amigos, y una parte a sus esclavos que podían ser cantidades de dinero o bien, si había suerte, el señor liberaba al esclavo que le había servido fielmente durante años.

Así mismo, también era una costumbre romana el nombrar a una serie de personas alternativas o de reserva, que eran los encargados de recibir una parte de la herencia si alguno de los beneficiarios renunciaba a la herencia del difunto.

En el derecho romano, hubo dos clases de testamento⁶⁴:

- a. El *testamentum in comitiis calatis*: Por esta clase de testamento, el jefe de la familia declaraba ante los comicios a quien instituía como heredero, aprobando aquéllos su decisión, y por eso el testamento era prácticamente una ley. Se hacía en tiempos de paz.

⁶³Abouhamad Hobaica, Chibly. **Anotaciones y comentarios sobre derecho romano**. Tomo III. 2ª Edición. Pág. 185

⁶⁴*Ibid.* Pág. 215

- b. Testamentum in procinctu: Ésta es una forma de testar únicamente para los soldados, quienes al entrar en batalla, pueden testar sin esa formalidad, manifestando sus últimas voluntades al oído del compañero de armas más cercano". Se hacía ante el ejército y bajo las armas.

Posteriormente se añadió una tercera clase de testamento, que se hace por el cobre y la balanza. El que no había otorgado testamento, si se encontraba en peligro de muerte, mancipaba su patrimonio a un amigo, rogándole que dispusiera del mismo en consonancia con las instrucciones que le señalaba. El amigo, que recibía el patrimonio por el acto mancipatorio, convertía formalmente en dueño, aún cuando la fe depositada en él le obligaba a cumplir la voluntad del mandante. No era heredero, pero se le consideraba como tal.

El testamento oral continuó subsistiendo, conserva su utilidad cuando no cabe disponer mortis causa de otro modo. El testamento escrito ofrece la ventaja de mantener secretas las propias disposiciones, a la vez que no se corre el riesgo de que la memoria o la buena fe de los testigos puedan enflaquecer. El testamento escrito es envuelto y signado con los sellos de los cinco testigos.

Posteriormente se reformaron las leyes, para que si el testador era quien de su propio puño escribiere el testamento haciendo constar especialmente en la escritura, no se exige, ni de él, ni de otro por él, firma alguna. Deben manifestarse los nombres de los herederos, o de la letra del testador, o dándolos a conocer de viva voz a los testigos, cuando no hubiere podido hacer lo primero, pero de modo que éstos no dejen de indicar en sus firmas a las personas llamadas a heredar.

No podían ser testigos los locos, salvo en los momentos de lucidez, los mudos, los sordos, los pródigos, los impúberes, las mujeres, los esclavos y los extranjeros.

El testamento escrito es llamado por Justiniano *tripertitum*, en consideración a su triple origen: la necesidad de los testigos y su presencia en un solo acto arranca del derecho civil antiguo; las suscripciones del testador y de los testigos, de las constituciones imperiales, los sellos y el número de testigos, del pretorio.

Posteriormente, se le otorga plena validez al testamento escrito enteramente del puño de puño del testador –holografa manu-, y sin la necesidad de testigos.

En orden al testamento oral se requiere la presencia de siete testigos, reunidos juntamente y aun mismo tiempo para oír la voluntad del testador.

En la última época del derecho romano aparecen formas públicas: el testamento otorgado de palabra ante la autoridad judicial o municipal, y el testamento que se entrega al emperador o se deposita en el archivo público.

Así también en el derecho justiniano se hace mención a diversos tipos de testamentos especiales, entre otros:⁶⁵

- a. Testamento militar. El cual consiste en la facultad conferida a los soldados en campaña, a fin de que puedan testar válidamente, sin someterse al cumplimiento de los trámites referentes al testamento ordinario. Julio César concedió esa prerrogativa solamente a los militares no en forma perpetua, facilitándoles de esta manera la posibilidad de confeccionar testamento.

⁶⁵Ibid. Pág. 220

- b. Testamento del ciego y sordomudo. Si alguien adolecía de ambas enfermedades a la vez desde el tiempo de su nacimiento, no podría testar ni llevar a efecto otros cualesquiera actos jurídicos relacionados con la última voluntad; y esto se debe aplicar tanto a los varones como a las mujeres.

Pero, si dichas enfermedades no son naturales, y quien las tuviere sabía de letras, podría otorgar testamento válido, siempre que lo escribiera desde el principio hasta el fin de su puño y letra.

- c. Testamento rural. El derecho justiniano, refiriéndose al testamento que podía otorgarse en los campos en que las gentes tiene poco conocimiento de las normas que regulan su conducta, determinó que era suficiente para la validez del testamento en estos casos, que su otorgamiento se hiciese con la presencia de cinco testigos y se exigía sólo que uno de ellos supiere escribir y firmar, habida cuenta de que el testador debía manifestar su voluntad antes todos ellos, quienes antes de fallecer, como juramento, debía manifestar lo que oyeron y entendieron.
- d. Testamento en tiempo de peste. El testamento en tiempo de epidemia, y como consecuencia del estado de necesidad surgido, no exigía la presencia de los testigos en el momento de su redacción.
- e. Testamento del analfabeto. Este exigía la presencia de ocho testigos.

4.1.2. Antecedentes en la edad media

El testamento se convierte para el hombre medieval, en un auténtico pasaporte para la vida eterna, aunque es bien consciente de que ese documento tiene que ir acompañado de las buenas obras y completado por los correspondientes sufragios.

Las causas para que un hombre se decida a redactar su testamento se pueden dividir en dos planos; el natural y el sobrenatural. Es decir, la transmisión de bienes temporales, y la conciencia de la necesidad de presentarse libre de acusaciones ante el juicio divino.

Lo habitual era que se testara cuando la enfermedad causase los primeros indicios, aunque su redacción podía hacerse en cualquier momento.

Los meses de calor, correspondientes al periodo entre abril y octubre, era la época de mayor número de testamentos debido al aumento de las fiebres y las pestes. Era necesario no retrasar excesivamente el momento de la redacción del testamento porque éste tenía que redactarse en plenas condiciones psíquicas y morales.

El testamento se constituyó, desde los primeros siglos medievales, en un auténtico seguro de vida eterna para el testador, siempre y cuando fuera acompañado de las buenas obras y de un verdadero arrepentimiento, que las mismas disposiciones del documento debían acreditar.

El testamento en ésta época, era como un pacto que se establecía entre la Iglesia y el testador, la cual cubría el ámbito natural y el sobrenatural.

De hecho, en los testamentos bajo medievales se establece desde el principio una dicotomía bien característica entre las donaciones terrenas

(pago de deudas pendientes, establecimiento de donaciones a los familiares, recompensas a los amigos, retribución a los colegas profesionales) y las espirituales (limosnas de todo tipo, donaciones a las parroquias, solicitud de oraciones y, por fin, el confuso mundo del establecimiento y pago de los sufragios que el testador establece para entrar en la vida eterna con la mayor brevedad posible).

El derecho de disponer voluntariamente de los bienes para después del fallecimiento, tiene como antecedente la facultad de disponer entre vivos, y es evidentemente un atributo de la propiedad, una manera de manifestarse la libertad individual, mas exteriorizada cuando más se han exaltado los derechos individuales como en la Revolución francesa.⁶⁶

4.2. Definición del testamento

Etimológicamente se dice que la palabra viene del latín *Testatio Mentis* que quiere decir *Testimonio de la Voluntad*.⁶⁷

Cabanellas dice que testamento es la declaración de voluntad, relativa a los bienes y otras cuestiones, reconocimientos filiales, nombramientos de tutores, revelaciones o confesiones disposiciones funeraria. Acto en que tal manifestación se formula. Documento donde consta legalmente la voluntad del testador.⁶⁸

El testamento, desde el punto de vista del derecho natural, "es un acto jurídico mortis causa, unilateral y solemne, por el cual el causante

⁶⁶Castellanos Flores, Mario Estuardo. *El testamento según el Código Civil peruano*. Tesis de Grado. Pág. 5.

⁶⁷<http://es.wikipedia.org/wiki/Testamento> (consultado el 2 de diciembre de 2007)

⁶⁸Cabanellas de Torres. **Ob. Cit.** Pág. 382

dispone de sus bienes, derechos y obligaciones transferibles para después de su muerte". ⁶⁹

En cuanto a su naturaleza, el mismo es un acto jurídico sui géneris, que tiene por objeto hacer actuar la facultad natural que el hombre tiene de disponer con libertad de sus cosas y bienes patrimoniales, para cuando hubiere fallecido. En lo que respecta a su fundamento, el derecho de testar es natural pero reconocido, sancionado y amparado por los poderes públicos, ese orden dimanado de la naturaleza.

El testamento no es un contrato, sino que es un acto de última voluntad, que debe otorgarse obligadamente en escritura pública, como requisito esencial para su validez.

El testamento, viene a ser un acto jurídico solemne, ya que su validez está supeditada al cumplimiento de los requisitos de forma prescritos por ley. Como esta voluntad testamentaria va a ser conocida y ejecutoriada cuando el autor del mismo haya fallecido, el cumplimiento de las formas constituye el único medio para adquirir certeza de que la ha otorgado con entera libertad y que constituye la fiel expresión de su voluntad.

De conformidad con el Artículo 935 del Código Civil de Guatemala, el testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una persona dispone del todo o de parte de sus bienes para después de su muerte.

Es importante mencionar que por ser un acto personal, no se puede hacer por medio de mandatario o de gestor de negocios; y al ser de carácter revocable, puede ser cambiado por el testador cuantas veces lo considere necesario.

⁶⁹Abouhamad Hobaica. **Ob. Cit.** Pág. 195

La disposición es de todo o de una parte de los bienes en testamento, usualmente es de todo, siempre es para después de la muerte del testador, por lo que como propietario de los mismos puede disponer de los mismos sin ninguna limitación.

4.3. Características esenciales de los testamentos

Tanto para la legislación guatemalteca, como para el derecho comparado, las siguientes han sido señaladas como caracteres esenciales del testamento:

- a. Es un acto que surte efectos después de la muerte del testador;
- b. Es un acto unilateral, de conformidad con lo establecido en el Artículo 938 del Código Civil de Guatemala, es prohibido que dos o más personas otorguen testamento en un mismo acto;
- c. Es un acto personalísimo, ya que no se puede facultar a otra persona para haga testamento en su nombre;
- d. Es un acto solemne, ya que se deben observar las formalidades previstas en la ley, para poder otorgar testamento. Esta es una característica que se da en la mayoría de códigos civiles del mundo, verbigracia el Código Civil Italiano, el Código Civil Español, el Código Civil Cubano, el Código Civil Federal Mexicano, el Código Civil peruano, etcétera;
- e. Es un acto revocable, toda vez que el testador puede hacer nuevo testamento después de haber otorgado uno anterior;

- f. Es un acto dispositivo de bienes, porque está en su esencia, que por medio del testamento una persona pueda disponer de sus bienes para después de su fallecimiento.

En algunas legislaciones como la cubana, se establece en virtud de la disposición de bienes que conlleva el testamento, que es un negocio jurídico, sin embargo en la legislación guatemalteca, el testamento es considerado como un acto de última voluntad;

- g. Existe en la mayoría de legislaciones, especialmente de raíces romanas, una libertad de testar, sujeta únicamente a las formalidades exigidas por las mismas.

Sin embargo, en códigos europeos se incluye la figura que se denomina como *legítima*, la cual consiste en reconocer a los herederos legales de una persona, el derecho a una parte alícuota de la herencia. Es decir, si una persona deja sus bienes por testamento a otra u otras personas que no sean parientes de ella, los herederos legales del testador reciben siempre una parte alícuota de la herencia.

Sin embargo, esta figura no se encuentra regulada en la legislación guatemalteca, ya que el Artículo 936 de nuestro Código Civil, le reconoce al testador la más amplia libertad de testar, dejando a salvo únicamente a manera de excepción el derecho que algunas personas tienen a ser alimentadas.

4.4 Solemnidades notariales de los testamentos

El Artículo 955 del Código Civil de Guatemala, el testamento deberá otorgarse en Escritura Pública, como requisito esencial de validez; por lo cual es necesario mencionar que el Artículo 42 del Código de Notariado de Guatemala, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, establece como requisitos o solemnidades especiales para la escritura pública de testamento, las siguientes:

- a. La hora y el sitio en que se otorga el testamento;
- b. La nacionalidad del testador;
- c. La presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige esta ley;
- d. Fe de la capacidad mental del testador, a juicio del notario;
- e. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad;
- f. Que el testamento se lea clara y distintamente por el testador o por la persona que él elija; y se averigüe al fin de cada cláusula, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión fiel de su voluntad;
- g. Que si el testador no habla el idioma español, intervengan dos intérpretes elegidos por él mismo para que traduzcan sus disposiciones en el acto de expresarlas;
- h. Que el testador, los testigos, los intérpretes en su caso y el notario, firmen el testamento en el mismo acto; e
- i. Que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales.

En el derecho comparado, se pueden establecer las mismas formalidades, reguladas en los Códigos Civiles respectivos, a saber, el Artículo 696 del Código Civil Peruano, el Artículo 699 del Código Civil Español, el Artículo 1,112 del Código Civil Boliviano, el Artículo 3,710 del Código Civil Argentino, el Artículo 1,512 del Código Civil Federal mexicano mismos que establecen las solemnidades que deben observar los Notarios Públicos para poder redactar un testamento.

4.5. Clases de testamentos en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado.

La mayoría de los Códigos Civiles del mundo, verbigracia el Código Civil Italiano acogen el *principio del formalismo testamentario*, en virtud del cual la ley requiere para la validez del testamento una serie de formalidades expresamente previstas en ella.

Normalmente las formalidades buscan asegurar que la voluntad que refleja el testamento es la del fallecido, y que no se ha falsificado, dada la obvia imposibilidad del causante de testificar sobre su validez. Es muy habitual que se obligue a la existencia de testigos o la presencia de un notario.

Además, algunos ordenamientos jurídicos permiten el testamento ológrafo, en el cual es la caligrafía la que demuestra quién fue el autor del texto.

Así también, la mayoría de legislaciones han dispuesto el clasificarlos en dos ramas:

- a. El testamento común, o como le llaman en otros países, tales como Bolivia o Perú, testamento ordinario; testamento notarial como le denomina la legislación cubana; y⁷⁰
- b. Los testamentos especiales o privilegiados, como son llamados en España o Bolivia.

En la legislación guatemalteca, las formas testamentarias se encuentran reguladas dentro de los Artículos 954 al 976 inclusive, del Decreto Ley 106, Código Civil de Guatemala.

El Artículo 954 dispone que los testamentos puedan ser:

- a. Comunes, que a su vez se dividen en abierto y cerrado; y
- b. Especiales, que a su vez se dividen en cinco clases
 - b.1. Testamento militar;
 - b.2. Testamento marítimo;
 - b.3. Testamento en lugar incomunicado;
 - b.4. Testamento del preso; y
 - b.5. Testamento otorgado en el extranjero.

4.5.1. Testamento común abierto

Es el que se otorga ante notario público, de conformidad con las disposiciones de las leyes de la materia, aquel en el que el testador

⁷⁰http://www.gacetaoficial.cu/codigo_civil_l4_t2.htm (consultado el 8 de diciembre de 2007)

manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

A criterio del autor, sería la declaración unilateral de última voluntad que se otorga en presencia del Notario Público y las personas que en calidad de testigos se debe autorizar el acto, quienes quedan enterados de lo que dispuso el testador.

El testamento abierto o público es el que elabora el notario tras haber entrado en conocimiento de la voluntad del testante.⁷¹

El Código Civil de Guatemala, en su Artículo 955 establece que el testamento común abierto, deberá otorgarse en escritura pública como requisito esencial para su validez.

En el derecho comparado, el Artículo 1,511 del Código Civil Federal de México, establece que el testamento abierto es el que se otorga ante notario bajo las disposiciones de dicho código.⁷²

En el Artículo 3,654 del Código Civil Argentino, se le denomina testamento por acto público y es el que consta en escritura pública teniendo por lo tanto, las disposiciones en él inmersas fe pública, no sólo de quienes intervinieron en su redacción sino también respecto de terceros.⁷³

El Artículo 1,131 del Código Civil Boliviano establece que el testamento abierto es el que hace por escrito o de palabra ante notario y testigos o solo ante estos, el que es otorgado ante notario, requiere observar ciertas formalidades, precisa que sea otorgado ante cinco

⁷¹<http://es.wikipedia.org/wiki/Testamento> (consultado el 2 de diciembre de 2007)

⁷²<http://www.cem.itesm.mx/derecho/nlegislacion/federal/2/1529.htm> (consultado el 29 de noviembre de 2007)

⁷³Castellanos Flores. **Ob. Cit.** Pág.11.

testigos, que el testador dicte personalmente las cláusulas y las seriedades que plantea y requiere la ley.

En España, el testamento abierto es aquel en el que el testador manifiesta, en presencia del Notario autorizante o en su caso de los testigos, el contenido de su última voluntad. Esta categoría de testamento abierto se subdivide a su vez en testamento abierto ordinario (cuando se realiza ante Notario) o extraordinarios (para caso de inminente peligro de muerte, en supuestos de epidemia así como testamentos militares o de personas que vayan a bordo de buques). El ordinario se otorga ante Notario hábil, y no precisa de la concurrencia en el acto de testigos (salvo que concurren determinadas circunstancias especiales en la persona del testador, como son ser ciego, o no saber o no poder leer o firmar, etc.). Los extraordinarios exigen siempre la concurrencia de testigos y han de ser posteriormente adverbados y elevados de documento público mediante su protocolización.⁷⁴

4.5.1.1. Testamento común abierto del ciego

En Guatemala, el Artículo 957 del Código Civil, establece que el testamento de una persona ciega, es un testamento común abierto, debiendo intervenir un testigo más de que se requieren. Además deberá ser leído en alta voz, dos veces, la primera por el notario autorizante y la segunda por un testigo que elija el testador, haciendo constar especialmente esa circunstancia.

⁷⁴<http://es.wikipedia.org/wiki/Testamento> (consultado el 2 de diciembre de 2007)

4.5.1.2. Testamento común abierto del sordo

En el caso de que una persona que sea sorda, otorgue testamento común abierto, el Artículo 958, establece que como requisito esencial para la validez del mismo, sea él quien en voz alta e inteligible, lea el instrumento en presencia del notario y los testigos, lo cual se hará constar.

4.5.2. Testamento común cerrado

Es el escrito por el testador, o por otra persona en su nombre, y que, bajo cubierta sellada o cerrada, que no puede abrirse sin romperse, es autorizado en el sobre escrito por el notario y por los testigos, en la forma legal.⁷⁵

Este testamento, no ha tenido mucha aceptación en Guatemala, debido a la inseguridad que se crea por quedar el mismo en poder del propio testador o de un tercero.

Puede suceder que al fallecer el testador, el testamento no aparezca o aparezca con indicios de que la plica que lo contiene ha sido violada, caso en el cual el mismo devendría nulo.

El Artículo 960 del Código Civil de Guatemala, establece que los ciegos y aquellos que no sepan leer y escribir, no pueden hacer testamento cerrado.

El testamento cerrado es aquél cuya principal característica es que el testador, sin revelar el contenido del testamento, declara que el mismo se halla en el pliego que entrega a las personas que hayan de autorizarlo.

⁷⁵Cabanellas de Torres. **Ob. Cit.** Pág. 382

En España se requiere que cada página esté firmada por el testador y que sea colocado en sobre cerrado; así también el testador debe entregar personalmente al notario el testamento cerrado en presencia de dos testigos manifestándole que se trata de un testamento, si el testador es mudo lo escribirá en la cubierta.

El testador, el testigo y el notario, firmaran en el acta que debe extender el notario en la cubierta del testamento, el cual transcribirá en su registro firmándolo las mismas personas.

El testamento cerrado quedara en poder del notario, salvo los casos en que el testador solicite la restitución de este testamento lo que el notario le entregara ante dos testigos, extendiéndose también una acta firmada por las cuatro personas, en este caso el testamento cerrado quedara revocado, aun que el documento interno puede valer como documento ológrafo siempre que reúne los requisitos.

El notario, esta encargado de la custodia del testamento cerrado, el cual lo presentara ante el juez, cuando éste se lo ordene, después de muerto el testador, mediante una resolución con citación de los presuntos herederos o legatarios, si el juez comprueba que la cubierta esta deteriorada dispondrá que este testamento solo valga como testamento ológrafo, siempre que cumpla los requisitos que exige la ley.

Mientras que en la República de la Argentina el mismo puede ser escrito por el testador o por otra persona a su petición. El papel en que esté escrito el testamento o el sobre que lo contenga, deberá estar cerrado y sellado, aunque el testador puede solicitar que sea cerrado y sellado en su presencia, y lo exhibirá al Notario ante testigos y deberá redactarse en su cubierta un acta en la que se hace constar esa expresión. Es también llamado místico, es también secreto ya que la voluntad del testador se encierra bajo la cubierta que ha de abrirse a su

muerte. Así también se establece que el mudo y el sordo pueden otorgar testamento cerrado. El ciego, lo puede hacer siempre y cuando lea y se redacte en escritura Braille.

En el derecho mexicano, los Artículos 1,521 al 1,549 del Código Civil Federal se refieren a que el testamento público cerrado, puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común el testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento. El sordo-mudo podrá hacer testamento cerrado con tal que este todo el escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario ante cinco testigos, escriba en presencia de todos sobre la cubierta que en aquel pliego se contiene su ultima voluntad. El testador podrá conservar el testamento en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza, o depositarlo en el archivo judicial.

4.5.3. Testamentos especiales

Se desmarcan del resto de testamentos principalmente, por lo relativo a los trámites y actuaciones que conforman el acto de otorgamiento. Su especialidad se fundamenta también en el hecho de que sólo determinados sujetos (militares, tripulantes y pasajeros de barcos, ciudadanos residentes en país extranjero, etc.) y en particulares circunstancias que determina la Ley, están afectados para otorgar esta clase de testamentos; razón por la cual no están afectos a todos los formalismos que exigen las legislaciones del ramo para el otorgamiento del testamento.

Según Cabanellas,⁷⁶ también son llamados privilegiados por algunos juristas, es aquel que requiere para su otorgamiento circunstancias especiales de estado o de lugar y se clasifican tanto en la legislación guatemalteca como en el derecho comparado en:

4.5.3.1. El testamento militar

De conformidad con los Artículo 965 y 966 del Código Civil guatemalteco, este testamento debe ser testamento abierto y puede ser otorgado por los militares en campaña, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército o que sigan a éste; en tales casos el oficial bajo cuyo mando se encuentren puede autorizar el testamento en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir.

En el derecho español éste es otorgado por los miembros de las fuerzas armadas y de las fuerzas policiales, que en tiempo de guerra estén dentro o fuera del país. Así también pueden testar los prisioneros que se encuentren en poder del enemigo.

Debe constar por escrito y ser firmado por el testador por los testigos y por la persona ante la cual los otorgó (oficial, jefe del destacamento, medico que asista al testador si esta herido o enfermo), este testamento se hará llegar a la brevedad posible y por conducto regular al respectivo cuartel general.

En la República de Argentina, sólo se autoriza esa forma testamentaria en caso de guerra, de conformidad con el Artículo 3,672 del Código Civil. Como requisito del mismo se requiere que el militar integre una expedición militar, o se encuentre en una plaza sitiada, o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la República, y asimismo,

⁷⁶Ibid. Pág. 382

los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición, y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas, podrán testar ante un oficial que tenga a lo menos el grado de capitán, o ante un intendente del ejército, o ante el auditor general y dos testigos.

El testamento militar otorgado en cualquiera de las circunstancias que autorizan a testar de esta forma, caduca de pleno derecho si el testador sobrevive después de los noventa días siguientes a aquel en que hubiesen cesado, las circunstancias que establece el Código Civil de Argentina; en caso contrario, el testamento valdrá como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria.

Dentro de la legislación mexicana, el Artículo 1,579 del Código Civil Federal contempla también el testamento militar, estableciendo que si el militar o el asimilado del ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra. O sea, que a diferencia del derecho guatemalteco, el testamento militar sí puede ser testamento cerrado.

4.5.3.2. El testamento marítimo

De conformidad con los Artículos 967 al 970 del Código Civil de Guatemala, éste puede ser abierto o cerrado, y se otorga por quienes vayan a bordo durante un viaje marítimo, distinguiéndose: a) Si es buque de guerra, debe ser otorgado ante el contador o quien ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir, debiendo el comandante del buque poner su visto bueno; b) si es buque

mercante, autorizará el testamento el capitán o quien haga sus veces, con asistencia de dos testigos que sepan leer y escribir.

En el derecho español, es una forma especial de testar y viene hacer aquel testamento que es otorgado ante quien tiene el mando de un buque o ante el oficial en quien este delegue la función, y presencia en dos testigos en caso de buque de guerra al comandante y en el caso de buque mercante al capitán de la nave. Este testamento caduca a los tres meses de haberse desembarcado el testador y si el testador fallece antes de que se produzca el vencimiento de este plazo sus presuntos herederos pedirán al juez su comprobación judicial y protocolización notarial, para que produzca su efectos de ley, si el testador sobrevive el plazo mencionado el testamento marítimo pierde su valor por que se superaron las circunstancias que dieron el lugar al uso de esa forma especial de testar.

En la República de Argentina es el que se permite otorgar a bordo de un barco, sea de guerra o mercante que bajo la bandera Argentina, navegue por mar o fluvialmente, y sin que el embarcado deba pertenecer a su dotación. De conformidad con el Artículo 3,685 del Código Civil Argentino, debe otorgarse durante la navegación, ya que no se reputará hecho en el mar, si en la época que se otorgó se hallaba el buque en puerto en donde hubiese cónsul de la República. Así también requiere la presencia de tres testigos. Conforme al Artículo 3,680 del Código Civil mencionado, el testamento será custodiado entre los papeles más importantes del buque, y se hará mención de él en el diario de navegación.

El derecho mexicano regula la facultad que se tiene para testar en situación similar, en los Artículos 1,583 al 1,592 del Código Civil Federal.⁷⁷

4.5.3.3. El testamento en lugar incomunicado

En el derecho guatemalteco, se establece en el Artículo 971 del Código Civil, que se puede otorgar ante el juez local y en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir, quienes se encuentren en un lugar incomunicado por motivo de epidemia.

4.5.3.4. El testamento del preso

El Artículo 972 del Código Civil de Guatemala, faculta a los privados de libertad para testar, en caso de necesidad, ante el jefe de la prisión, pudiendo ser testigos, a falta de otros, los mismos detenidos o presos, con tal que no sean inhábiles por otra causa y que sepan leer y escribir.

4.5.3.5. El testamento otorgado en el extranjero

El contenido de los Artículos 974 al 976, no se refiere propiamente a una forma determinada de testamento, sino al reconocimiento de la validez que puedan tener los testamentos otorgados por guatemaltecos en el extranjero, sujetándose a las normas establecidas por la leyes del país en que se hallen.

⁷⁷<http://www.cem.itesm.mx/derecho/nlegislacion/federal/2/index.html> (Consultado 29 de noviembre de 2007)

4.5.3.6. El testamento ológrafo

Este tipo de testamento, no se encuentra regulado en el Derecho Guatemalteco.

Para el derecho español, es el escrito por entero, fechado y firmado necesariamente de la mano del testador. Suelen exigirse ciertas formalidades como la ausencia de tachaduras a lo largo de todo el texto, para salvaguardar su integridad.⁷⁸

Constituye un instrumento privado desde la fecha de su otorgamiento hasta su comprobación judicial y consiguiente protocolización y conversión en instrumento público. No puede ser otorgado por analfabeto, ciego y por todos aquellos que tengan un impedimento de escribir.

La persona que conserve en su poder un testamento ológrafo, esta obligada a presentarlo al juez competente dentro de los treinta días de conocer que el testador murió, bajo su estricta responsabilidad.

En el derecho argentino, el Artículo 3,639 del Código Civil, establece que "el testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su sentido".

No necesita la presencia de testigos ni la intervención de oficial público, son las disposiciones de última voluntad. No exige fórmulas solemnes o sacramentales, pero del contexto del acto debe resaltar la voluntad inequívoca de testar.

Constituye la forma más simple de testar, ya que el otorgante puede redactarlo en el momento más conveniente, y sus previsiones

⁷⁸<http://es.wikipedia.org/wiki/Testamento> (consultado el 2 de diciembre de 2007)

permanecen en secreto. De acuerdo a los artículos 3,639 y 3,640 del Código Civil Argentino, no debe haber intervención de extraños en el acto de testar.

Tanto en Argentina, como en España el mismo puede ser redactado en cualquier idioma.

En el derecho mexicano, de conformidad con el Artículo 1,550 del Código Civil Federal, es testamento ológrafo el escrito de puño y letra del testador, y deben ser depositados en el Archivo General de Notarias para que produzcan efectos.

Así también, el derecho mexicano establece que el testador debe hacer por duplicado su testamento ológrafo e imprimirá en cada ejemplar su huella digital, debe depositar en el Archivo General de Notarias el original dentro de un sobre cerrado y lacrado, el duplicado también cerrado en un sobre lacrado será devuelto al testador.

El testamento ológrafo es riesgoso porque es redactado por el testador quien puede carecer de una adecuada preparación jurídica además de las circunstancias emocionales que tiene al momento de su redacción.

4.5.3.7. El testamento mancomunado

Tampoco está permitido en el derecho guatemalteco, ya que para el Artículo 938 del Código Civil es prohibido que dos o más personas otorguen testamento en el mismo acto.

Es el que hacen juntamente dos personas disponiendo en un mismo acto de sus fincas a favor de un tercero.

Para Cabanellas,⁷⁹ es denominado también testamento de hermandad, de mancomún o en mancomún. Es aquel hecho conjuntamente por dos personas, cónyuges generalmente, para disponer en un mismo documento de sus bienes, sea a favor recíproco, que se denomina mutuo, o en beneficio de un tercero.

⁷⁹Cabanellas de Torres. **Ob. Cit.** Pág. 382

CAPÍTULO V

5. **Análisis jurídico en cuanto a la creación y naturaleza del fideicomiso instituido por testamento en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado**

El contrato de fideicomiso es un instrumento jurídico que prevé la inversión de las personas, con el fin de asegurar resultados mayormente económicos para el beneficiario del mismo.

Es un contrato típico dentro la mayoría de legislaciones tanto de raíces sajonas como romanas. Sin embargo, la utilización del mismo como acto de última voluntad es mayormente utilizada dentro del derecho anglosajón, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, a través del estudiado contrato de *trust* que simplifica las inversiones del fideicomitente a beneficio del o las personas designadas por el mismo.

Al ser un contrato que incluye la participación bancaria o de entidades financieras es un contrato que garantiza mayormente el resultado económico.

El fideicomiso instituido por testamento dentro de la legislación guatemalteca se encuentra regulado en un conjunto de leyes, teniendo el fideicomitente la obligación de integrar las mismas ya que tanto el Código Civil, como el Código de Comercio o el Código de Notariado no establecen requisitos específicos para poder instituir el fideicomiso.

No así el caso de la República de Argentina, quienes en la ley 24.441 Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, es una ley específica para la constitución de fideicomisos destinados para la vivienda y la construcción, por lo cual, el articulado es muy concreto en

cuanto a la creación, funcionamiento, destino y personas que pueden constituir el fideicomiso.

Siendo que el testamento es una disposición de última voluntad y que además por el rígido procedimiento de constitución, es difícil que el otorgante instituya un fideicomiso de inversión por este acto; es importante regular de mejor forma los requisitos para la constitución del mismo mediante el otorgamiento de un acto de última voluntad que sea eficaz.

En cambio, en los Estados Unidos de Norteamérica, el trust, es un instrumento que también se instituye a través del testamento, ya que en dicho país el testamento es mayormente ológrafo en primer término y también el trust se puede instituir mediante formulario bancario, siendo de esta manera que la institución fiduciaria que es quien tiene mayores conocimientos legales, redacta el instrumento de constitución.

En dicha legislación únicamente puede el testador expresar su deseo de que la masa que herede constituya fideicomiso que sea administrado después de su muerte y será el designado como albacea quien complete el trámite de constitución del fideicomiso ante la institución bancaria, para que las inversiones realizadas por el banco o entidad fiduciaria beneficien a los herederos del causante, mismos que deben quedar establecidos en el testamento ológrafo realizado.

Por lo anterior, es menester hacer la siguiente:

**PROPUESTA DE REFORMA EN CUANTO A UNA REGULACIÓN
EXPRESA DEL FIDEICOMISO INSTITUIDO POR TESTAMENTO**

DECRETO 1-2008

El Congreso de la República

CONSIDERANDO:

Que resulta importante regular de forma acertada y expresa las instituciones del Derecho Mercantil, en el sentido de atribuir una regulación expresa a cada institución aunque por ello para su desarrollo deba hacerse remisión a la ley especial por ausencia o insuficiencia de norma;

CONSIDERANDO:

Si bien, el Derecho Mercantil reviste entre otras la característica del poco formalismo, ello no implica que para un mejor desarrollo y aplicación sus figuras dejen de regularse en forma expresa, situación que organiza y regula sus operaciones en forma más ordenada, encuadrando de manera más precisa o expresa lo que cada título y capítulo deban contener, a fin que dentro del propio tráfico o ámbito

mercantil no exista duda respecto a la naturaleza en las diversas categorías de los contratos tipo existentes;

CONSIDERANDO:

Que el contrato de fideicomiso ha sido utilizado en forma cada vez más frecuente por las instituciones bancarias y por los inversionistas, se hace necesario promover su constitución *mortis causa* con el fin de que el mismo constituya un patrimonio familiar sabiamente administrado por las autoridades crediticias aprobadas;

POR TANTO:

En uso de las atribuciones contenidas en el inciso primero 1º del artículo ciento setenta (170) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente adición al Código de Comercio de Guatemala;

Artículo 770 bis. Fideicomiso Testamentario. (Adicionado por el Decreto 1-2008 del Congreso de la República de Guatemala).

El fideicomiso testamentario deberá ser constituido exclusivamente como fideicomiso de inversión en un testamento común abierto; por lo que no se puede constituir por ninguna otra clase de testamento.

En el fideicomiso instituido por testamento, podrá el causante nombrar o no a la entidad bancaria o crediticia que tendrá la calidad de fiduciaria.

El causante estará en la obligación de designar un albacea para que en su nombre constituya el fideicomiso de inversión ante la entidad mencionada por él como fiduciaria.

El albacea no podrá constituir el fideicomiso ante distinta entidad bancaria o crediticia sin autorización del Juez.

El causante deberá de detallar ordenada y expresamente en el testamento los bienes que desea fideicometer, bajo juramento que le tomará el Notario.

CONCLUSIONES

1. El fideicomiso es un muy importante contrato, legado del derecho anglosajón, y que ha venido a llenar un vacío en la práctica jurídica de nuestro país.
2. De la literalidad del Código de Comercio, no se entiende el porqué únicamente se les faculta a las instituciones de crédito para ser fiduciarias, puesto que en otros países como los Estados Unidos de Norteamérica, esta facultad también se da a las personas físicas en las cuales el fideicomitente deposita su confianza a fin de cumplir con disposiciones, mayormente para después de la muerte de aquel que instituye el fideicomiso.
3. Las responsabilidades potenciales del fiduciario, van más allá de las inherentes al ejercicio de la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos, conforme al encargo recibido.
4. El testamento es un acto jurídico mortis causa, unilateral y solemne, por el cual el causante dispone de sus bienes, derechos y obligaciones transferibles para después de su muerte, único instrumento para poder constituir un fideicomiso testamentario.
5. El testamento, es un acto jurídico solemne, ya que su validez está supeditada al cumplimiento de los requisitos de forma prescritos por ley.

6. Los testamentos pueden ser ordinarios y especiales o extraordinarios. Los primeros se definen como todos aquellos que pueden ser otorgados o confeccionados por las personas que tengan capacidad de testar. Los segundos, son los que solamente pueden ser otorgados de acuerdo a factores, circunstancias o causas, de conformidad con un conjunto de normas que lo regulan.

RECOMENDACIONES

1. Se hace necesario que el Congreso de la República reforme el Código de Comercio, en el sentido que el mismo debe contener una regulación expresa respecto a la constitución del fideicomiso instituido por testamento.
2. La actuación profesional del fiduciario le impone el deber de actuar respetando la ley y con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, quedando descartada toda posibilidad de dispensa contractual por culpa o dolo; por lo cual el profesional fiduciario debe de realizar la diligencia estando presente desde el inicio mismo del negocio, a partir del acto que le da virtualidad jurídica al contrato.
3. Resulta necesario que el Organismo Legislativo, establezca la obligación del albacea de constituir el fideicomiso testamentario en un prudencial plazo después de la muerte del causante, con el fin de que los herederos beneficiarios comiencen a percibir los beneficios del mismo.
4. Las empresas y los particulares que realizan negocios Internacionales, además de planear sus actividades en función de conocimientos técnicos, estrategias de mercado y optimización de costos, entre otros factores, deben considerar los aspectos jurídicos que regulan sus operaciones.

5. Al firmar un contrato se comprometen todas las áreas de la empresa o los intereses de un particular, como se puede apreciar en la legislación comparada, con respecto al contrato mortis causa investigado, por lo que se recomienda que la comunicación entre todas las partes que intervienen en el contrato, se realice desde el inicio del proceso de negociación.

BIBLIOGRAFÍA

ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly. **Anotaciones y comentarios sobre derecho romano**. Tomo III. 2a ed.; Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. Ediciones de la Biblioteca. 1997.

AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El negocio jurídico**. 2a ed.; Guatemala. F. De León Impresos, S.A. 2002.

ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y GRACIAS GONZÁLEZ, José Antonio. **Procedimientos notariales**. Tomo IV. 2a ed.; Guatemala. Ed. Estudiantil Fénix; 2006.

AREYANO GARCÍA, Carlos. **Práctica forense mercantil**. 1a ed.; México. Ed. Porrúa. 1972.

BARRERA GRAF, Jorge. **Tratado de derecho mercantil**. México. Ed. Porrúa 1957.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 1a ed. Guatemala. Ed. Estudiantil Fénix. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1998.

BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. 5a ed.; Madrid, España. Ed. Tecnos. 1974.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 20a. ed.; Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta. 1997.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Derecho mercantil. Primer curso**. 4a ed.; México, D.F. Ed. Herrero; 1982.

DIEZ-PICAZO, L., & Gullón, A. **Sistema de derecho civil, Vol. IV derecho de familia y derecho de sucesiones**. 5a ed.; Madrid, España. Ed. Tecnos. 1989.

ENCICLOPEDIA MICROSOFT® Encarta® 99. **Empresas de fideicomisos**. Microsoft Corporation. 1993-1998.

GARCÍA MAYNES, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 2a ed.; México. Ed. Porrúa; 1993.

GARRIDO ROQUE, Fortunato, Jorge Alberto Zago y Zulita Fellini Gandulfo. **Contratos civiles y comerciales.** (s. e.), Buenos Aires, Argentina. Ed. Universidad. 1993.

GORLA. **El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico.** Traducción y notas J. Ferrandis Vilella. (s. e.), Barcelona, (s. E.), 1959.

IBARROLA, Antonio de. **Cosas y sucesiones.** (s.e.) México. Ed. Porrúa; 1996.

LÓPEZ DE ZAVALA, Fernando J. **Teoría de los contratos.** Tomo IV. (s.e.) México. Ed. Porrúa; 1990.

LOZANO, Néstor De Buen. **La decadencia del contrato.** 2a ed.; México. Ed. Porrúa; 1986.

MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil.** 29a ed. México. Ed. Porrúa; 2001.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios.** Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Ed. Ediar; 1974.

MUÑOZ, Nery Roberto. **La forma notarial en el negocio jurídico.** 3a ed.; Guatemala. Ed. Infoconsult Editores; 2004.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Tomos III y V 3a ed. Madrid, España. Ediciones Pirámide, S.A. 1976.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario.** 2a ed.; Barcelona, España. Ed. Spes y Vox; 1961.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ Joaquín. **Derecho mercantil.** 2a ed. México. Ed. Porrúa, 1994.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones.** 23a ed.; México. Ed. Porrúa. 1986.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Tomo III; 5a ed. Guatemala. Ed. Universitaria; 1999.

Citas electrónicas:

<http://www.apuntes.rincondelvago.com/derecho-ingles.html>

<http://www.bancosantander.com.co/servlet/co.com.pragma.documenta.servlet.seccion.MostrarSeccion?seccion=/HOME/INVTRUST/PRODUCTOS/EMPRESAS/FADM>

<http://www.biblioteca.ufm.edu.gt/>

<http://biblioteca.usac.edu.gt/>

<http://www.cem.itesm.mx/derecho/nlegislacion/federal/2/1529.htm>

<http://www.derecho.unam.mx/DUAD/alumnos/planes/1706.doc>

<http://es.wikipedia.org/wiki/Testamento>

http://www.gacetaoficial.cu/codigo_civil_l4_t1.htm

<http://www.miexamen.com/desarrollodefideicomisos.htm>

<http://www.monografias.com/Derecho/index.shtml>

http://www.monografias.com/tesauros/Derecho/HTML/DER_D145.HTM#TESTAMENTOPERUANO

http://www.monografias.com/tesauros/Derecho/HTML/DER_D32.HTM#DERECOMERCANTIL

http://www.monografias.com/tesauros/Derecho/HTML/DER_D189.HTM

<http://www.monografias.com/Derecho/index.shtml>

http://www.monografias.com/tesauros/Derecho/HTML/DER_D435.HTM#DERECOANGLOSAJON

http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/199911-moores_03.html

<http://www.scservice.org/spanish/probate/prop/TransferringTrustProperty.htm>

http://www.valentinypizarro.com/iframe_d_herencias.html

Legislación:

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

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

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

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

Código de Notariado. Congreso de la República, Decreto 314, 1947.

Ley del Mercado de Valores y Mercancías. Congreso de la República, Decreto 34-96, 1996.