

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO

"PROPUESTA PARA REGULAR EL PROCESO NOTARIAL DE SUBASTA DE BIENES PARA EL
CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SU EVENTUAL HOMOLOGACIÓN ANTE LA
DIFICULTAD DE LA TOMA DE POSESIÓN DE LOS BIENES SUBASTADOS AL CUMPLIRSE LOS
FINES DE FIDEICOMISO"
TESIS DE POSGRADO

JHONY ADOLFO GUTIÉRREZ CASTILLO
CARNET 24474-15

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, OCTUBRE DE 2018
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO

"PROPUESTA PARA REGULAR EL PROCESO NOTARIAL DE SUBASTA DE BIENES PARA EL
CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SU EVENTUAL HOMOLOGACIÓN ANTE LA
DIFICULTAD DE LA TOMA DE POSESIÓN DE LOS BIENES SUBASTADOS AL CUMPLIRSE LOS
FINES DE FIDEICOMISO"
TESIS DE POSGRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
JHONY ADOLFO GUTIÉRREZ CASTILLO

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CORPORATIVO

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, OCTUBRE DE 2018
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. AIDA ELIZABETH GUADALUPE FRANCO CORDON

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. GUSTAVO ADOLFO AGUIRRE SOLÓRZANO

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

DRA. CYNTHIA MARIELA SALAZAR MUÑOZ

MGTR. JOSE FRANCISCO ASENSIO CAMEY

MGTR. JULIO ROBERTO SAAVEDRA PINETTA

Guatemala, 11 de noviembre 2016

Honorable Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar

Distinguidos Licenciados:

Por este medio tengo el agrado de dirigirme a ustedes con el debido respeto, con el objeto de informarles que con base al nombramiento recaído en mi persona como Asesor de la Tesis titulada: "**LA HOMOLOGACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA**", elaborada por la estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: JHONY ADOLFO GUTIÉRREZ CASTILLO con carné número 2447415, previo a optar al título de Magister en Derecho Corporativo, procedí a evaluar el trabajo efectuado.

Luego de haber finalizado el trabajo de tesis, considero que este se realizó conforme a los principios, procedimiento, métodos y técnicas de investigación científica, así como las referencias bibliográficas consultadas fueron adecuadas para los requerimientos del tema investigado, por lo que a mi parecer el trabajo elaborado es satisfactorio en su contenido, habiendo sido adoptadas razonablemente por el maestrando las observaciones efectuadas, tomando siempre en cuenta el criterio del autor, con plena libertad de decisión sobre la temática.

En virtud de lo anterior, el trabajo de tesis que se presenta, cumple con los requerimientos del instructivo de elaboración de tesis de graduación de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, emitiendo el suscrito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.



MA. Gustavo Adolfo Aguirre Solórzano



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado del estudiante JHONY ADOLFO GUTIÉRREZ CASTILLO, Carnet 24474-15 en la carrera MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO, del Campus Central, que consta en el Acta No. 0728-2018 de fecha 26 de septiembre de 2018, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"PROPUESTA PARA REGULAR EL PROCESO NOTARIAL DE SUBASTA DE BIENES PARA EL CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y SU EVENTUAL HOMOLOGACIÓN ANTE LA DIFICULTAD DE LA TOMA DE POSESIÓN DE LOS BIENES SUBASTADOS AL CUMPLIRSE LOS FINES DE FIDEICOMISO"

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER EN DERECHO CORPORATIVO.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 30 días del mes de octubre del año 2018.

LIC. CHRISTIÁN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



INDICE

RESUMEN EJECUTIVO	i
INTRODUCCION	ii

CÁPITULO 1

Del Fideicomiso

1.1 Antecedentes Históricos.....	1
1.2 Naturaleza Jurídica.....	8
1.3 Etimología.....	9
1.4 Definición de Fideicomiso.....	9
1.5 Sujetos del Contrato de Fideicomiso.....	10
1.6 Principios Filosóficos Mercantiles que rigen el Contrato de Fideicomiso.....	13
1.7 Clases de Fideicomiso.....	15

CÁPITULO 2

Del Fideicomiso de Garantía

2.1 Autonomía de la Voluntad.....	18
2.2 Ventajas del Fideicomiso de Garantía.....	23
2.3 Elementos del Contrato de Fideicomiso de Garantía.....	24
2.4 Procedimiento para la realización de los fines del Fideicomiso de Garantía por incumplimiento de pago.....	33
2.5 Disposición de los bienes por parte del Adjudicatario.....	40
2.6 Incumplimiento de la obligación de entrega del bien.....	41

CÁPITULO 3

Análisis a los Procesos vigentes

3.1 Teoría General del Proceso.....	43
3.2 Jurisdicción Voluntaria.....	46
3.3 Procesos con Intervención Notarial.....	50
3.4 Ejecución de Garantías Mobiliarias.....	53
3.5 De la Homologación.....	55

CÁPITULO 4

Presentación, Análisis y Conclusión de resultados.

4.1 De la Propuesta de Proceso Notarial de Subasta.....	63
4.2 De la Reforma Propuesta.....	64
4.3 Efectos de la Homologación.....	67
4.4 Cumplimiento de los Fines del Fideicomiso de Garantía.....	69
CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFIA.....	73

RESUMEN EJECUTIVO

A través de la presente investigación se realiza una propuesta para la resolución de un conflicto que actualmente aqueja a entidades financieras que utilizan el Fideicomiso de Garantía como una opción para la colocación de créditos con garantía real, existiendo actualmente una deficiencia en cuanto a la falta de regulación de un proceso para en caso de darse incumplimiento por parte del Fideicomitente.

Los objetivos de la investigación son presentar una propuesta de regulación de un procedimiento voluntario notarial mediante una reforma al decreto 54-77 Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria para agilizar el proceso de realización de los Fines del Fideicomiso de Garantía y posterior a este, establecer la procedencia de la Homologación.

La investigación presentada es Jurídico propositiva ya que se cuestiona el Código de Comercio y Código Procesal Civil y Mercantil que omite regular sobre el problema planteado evaluando sus fallas, proponiendo finalmente una reforma legislativa en concreto.

INTRODUCCION

El Contrato de Fideicomiso, especialmente el Fideicomiso de Garantía es una herramienta mercantil de gran utilización de las instituciones financieras que buscan facilitar el acceso a créditos con el objeto de incentivar la economía, siendo este contrato una forma de hacerlo ya que mitiga el riesgo que pueda presentarse al contar con buenas garantías y procedimientos de ejecución que sean realizados ante un eventual incumplimiento.

La normativa legal vigente permite dos tipos de procesos unos tramitados ante los órganos jurisdiccionales y otros que pueden hacerse ante Notario en sede notarial, logrando con este último el descongestionamiento de los órganos jurisdiccionales y así estos puedan resolver conflictos de mayor importancia o complejidad.

Actualmente para realizar los fines de un Fideicomiso de Garantía, se lleva a cabo un proceso que carece de regulación legal, ya que el mismo es un convenio entre las partes, el cual al finalizar surge el problema que el adjudicatario para poder tomar posesión de un bien inmueble del cual no tiene la posesión, debe solicitar a un órgano jurisdiccional a través de un proceso sumario de desocupación, el cual desnaturaliza la celeridad buscada a través del Fideicomiso de Garantía, tomar la posesión del bien, con la propuesta realizada al finalizar el proceso propuesto se plantea la Homologación para que un órgano jurisdicción en el ejercicio del poder público pueda cumplir con los fines del Fideicomiso y agilizar la toma de posesión de los bienes subastados.

En ese orden de ideas a través del presente trabajo de investigación se plantea la regulación de un Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria ante Notario, a través del cual se puedan realizar lo fines del Fideicomiso de Garantía, se reconozca lo pactado por las partes y se otorgue facultades a las partes de realizar, en la medida de lo posible, los actos necesarios para la efectividad de dicho procedimiento. Finalmente que dicho procedimiento sea Homologado por un órgano jurisdiccional y este ordene el desapoderamiento del bien cuando el adjudicatario no puede contar con la posesión.

CÁPITULO 1

DEL FIDEICOMISO

1.1. Antecedentes Históricos:

Es necesario realizar una resumida narración de los antecedentes del Fideicomiso por su importancia para la comprensión del mismo frente a nuestra legislación y comprender que el surgimiento de este contrato fue hecho para cubrir necesidades básicas para el desarrollo del derecho.

El Autor Rodriguez Azuero (1970)¹ sostiene que no se ha establecido exactamente cuáles son los antecedentes ya que el Fideicomiso como contrato mercantil en la actualidad es tan flexible y se adecua a las necesidades de los negocios de esta época así como que puede utilizarse para cumplir cualquier finalidad, los autores atribuyen su origen a diversos contratos y negocios cuyo surgimiento se dieron en roma, el imperio germánico o en Europa con el surgimiento del *common law* relativas al mandato o en derecho ingles moderno con el *trust*.

De lo anterior se analizarán las épocas y negocios que pueden servir de antecedente para el Fideicomiso.

1.1.1. Derecho Romano

El autor anteriormente citado (Rodriguez Azuero 1970) indica que por el desarrollo del imperio Romano gran parte de las instituciones jurídicas surgieron de esta, el *fideicomisumm* y el *pactum fiduciae*² que surgieron como negocios de confianza y que es el antecedente más lejano que coincide más con lo que el día de hoy es el Fideicomiso.

¹ Rodriguez Azuero, Sergio, *El negocio Fiduciario en la legislación bancaria colombiana*, (Tesis Doctoral), Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia, 1970, Pág.7

² Ibid, Pág.9

El *fideicomisum*³ surge en el ámbito del derecho sucesorio como forma de evadir las reglas de la sucesión y de los testamentos ya que existían muchas limitantes para poder adquirir bienes por testamento por lo que cuando el testador deseaba beneficiar a un sujeto que era incapaz de poder ser beneficiario instituía a una persona que si tenía las facultadas para hacerlo y encargaba que a través de este llegara la herencia a la persona que tenía limitante.

“Como podrá analizarse este fideicomisum consistía esencialmente en un encargo y necesariamente la persona que confiaba los bienes lo hacía necesariamente a una persona de confianza ya que debía mediar la moral y buena fe al no existir una acción judicial o sanción legal aplicable a los herederos que no dieran cumplimiento a la encomienda realizada⁴.”

El *pactum fiduciae*⁵, surge de la necesidad de encargar los negocios y las propiedades a una persona de confianza al momento de que se daba la necesidad de trasladarse a otra parte por un tiempo indeterminado, nuevamente se establece que la persona entregaba sus bienes a una persona en la que confiaba para que este los administrara hasta su regreso, encargando los bienes únicamente a fines determinados.

En esta época además surge la *fiducia cum creditore contracta*⁶, la cual es de importancia para la presente investigación, en síntesis a través de este negocio el deudor entregaba al acreedor la propiedad de un bien en garantía de una obligación que los vinculaba, existiendo el encargo de ser devuelta al momento de realizarse el pago, en este negocio no existía tampoco una acción para reclamar la restitución del bien entregado por lo que nuevamente el deudor debía necesariamente tener confianza y buena fe en su acreedor.

³ Rodríguez Azuero, Sergio; *Negocios Fiduciarios, su significado en América Latina*, Legis Editores, Colombia, 2013. Pág. 11

⁴ Turuhpial Cariello, Héctor. *El Fideicomiso*, Contratos Bancarios Volumen I, Italgrafica, Caracas, Venezuela, 1999. Pág. 29.

⁵ Ibid. Pág. 30.

⁶ Carregal, Mario Alberto; *Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios*; 1ª. Edición, Editorial Heliastas S.R.L. Buenos Aires, Argentina 2008. Pág. 39.

Este es el primer antecedente del fideicomiso de garantía el cual es el contrato de fideicomiso con más relevancia para la presente investigación ya que del él se origina el problema que pretende ser resuelto.

1.1.2. Derecho Germánico

“El antecedente germánico del uso fue postulado por Holmes. El precursor del feoffe to use se encuentra en el treuhand o salman, primitivo albacea a quienes se transmitirían bienes inmuebles en vida del dueño para que a su muerte cumpliera los fines previstos. También pensaba este autor que habiendo pasado a los tribunales eclesiásticos, después de la conquista normanda, la jurisdicción sobre los bienes del decujus, el origen de los usos podía en cierto grado atribuirse a dichos tribunales.”⁷

1.1.3. Inglaterra Medieval

En el *common law* no existe un contrato que sea acertado al Fideicomiso, sin embargo la esencia de este se encuentra en el mandato con el use *“Los antecedentes del trust deben buscarse en los “uses”, en los cuales se verificaba la transmisión de un bien a un tercero con obligación de conciencia en favor del trasmisor u otro beneficiario. Las primeras manifestaciones parecen hacer estado ligadas a la reacción contra las numerosas cargas sobre la tierra que existían a favor del soberano y cuyas controversias, desde luego, tenían que resolverse aplicando el common law... El mecanismo también se utilizó para proteger a un caballero que partía para las cruzadas y transfería entonces los bienes a una persona de su confianza, en beneficio de su esposa y sus hijos, como, por cierto se había hecho en Roma cuando alguien se enrolaba en las Legiones y utilizaba al efecto, el pactum fiduciae cum amico”⁸ .*

⁷ Batzia, Rodolfo y Marcial Luján; *El Fideicomiso, teoría y práctica*, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2009. Pág 6.

⁸ Rodríguez Azuero, Sergio; *Negocios Fiduciarios, su significado en América Latina*. Op.Cit. Pág.17.

Como bien se indicó este use es el antecedente histórico del *trust* anglosajón que el cual será brevemente analizado a continuación:

1.1.4. El *trust* Anglosajón

El mismo autor refiere que en el derecho anglosajón surge la figura del *trust*⁹ que es la institución que da vida al Fideicomiso como contrato, pero para que el *trust* llegara a ser este contrato mercantil tuvo que transcurrir varios siglos y etapas las cuales los autores dividen así:

“1. De la aparición del use hasta principios del siglo XV. En esta época se promulgaron leyes a efecto de evitar el fraude de acreedores.

2. De principios del siglo XV a la promulgación de la ley de Uses. Ya que al promulgarse la ley se reguló el compromiso que surgía con el use.

3. De la Ley de Uses del siglo XVI a finales del siglo XVIII, donde ya recibe el nombre de trust.

4. De la finales del siglo XVIII a la época contemporánea.”

Del desarrollo del *trust* finalmente se puede definir o indicar que el mismo consiste en; *“(…) que una persona propietaria de bienes inmuebles y denominada settlor, traspasa a otra denominada feoffe to use el dominio sobre sus bienes o parte de ellos, con el acuerdo entre las partes de que aun cuando el feoffe to use sea e propietario legítimo de esos bienes, una tercera persona denominada cesturi que use tendrá el derecho de gozar y disfrutar de todos los derechos y prerrogativas de verdadero propietario de dichos bienes.”*¹⁰

De lo anterior se establece que en el derecho anglosajón existe el equivalente al Fideicomiso Latino, ya que esta figura cumple los mismos presupuestos al darse la

⁹ Ibid. Pág.24.

¹⁰ Turuhpial Cariello, Héctor; Op. Cit, Pág. 35.

transmisión de dominio y el encargo de realizar lo encomendado con la obligación o promesa de devolución de dichos bienes.

1.1.5. América Latina

En las obras del autor Rodríguez Azuero (2013)¹¹ presenta datos históricos en cuanto a la aplicación del Fideicomiso en el continente americano, indicando que las primeras legislaciones que incluyeron al fideicomiso lo son la panameña (1925) y la mexicana (1926), dejando fuera a Estados Unidos cuya legislación ya contenía al *trust* por la influencia de Inglaterra en su legislación.

Debe reconocérsele al jurista panameño Ricardo Alfaro ser el promotor del fideicomiso en América Latina, ya que en una obra publicada en 1920 reconoce la necesidad de introducir en la cultura de los pueblos latinos una figura semejante al *trust* del derecho anglosajón.

Rodríguez Azuero (2005)¹² expone que la figura del fideicomiso tuvo su primera manifestación en México en el Proyecto Limantur de 1905 el cual era un intento de adoptar el *trust* a un sistema de tradición romanista, sin embargo este proyecto nunca fue llevado a cabo. *“Fue hasta 1924 que con la creación de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que fueron creados los Bancos de Fideicomiso, debiendo destacarse que su creación no fue como una institución de derecho civil sino exclusivamente como negocio de establecimientos bancarios.”*¹³

Para los mexicanos es de gran orgullo la autoría del contrato de fideicomiso, ese país tuvo un gran desarrollo por más de 40 años, principalmente en la actividad desarrollada por los bancos, hasta que a través de medidas fiscales imponían altas cargas tributarias por lo que su utilización se vio disminuida, sin embargo actualmente este contrato ha tenido un gran desarrollo tanto en su esencia como en su legislación con

¹¹ Rodríguez Azuero, Sergio; *Negocios Fiduciarios, su significado en América Latina*, Pág. 19.

¹² Rodríguez Azuero, Sergio; Op.Cit. Pág. 66.

¹³ *Ibíd.* Pág. 67.

elementos tan propios como el Comité Técnico como un órgano colegiado para instruir al fiduciario.

Países como Colombia, Venezuela, Argentina, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay actualmente cuentan con leyes sobre fideicomisos y la aplican igualmente a negocios jurídicos y en otros casos como el Salvador y Guatemala la legislación se ha limitado a regular el contenido del contrato.

En el caso de Guatemala, pese a que su vecino México ha sido el pionero en el continente americano el desarrollo del fideicomiso fue casi nulo, no existe un aporte real a la relacionada institución.

1.1.6 Colombia.

Colombia se ha caracterizado en cuanto al Fideicomiso en un análisis profundo de dicho contrato, el mayor expositor de este tema es el jurista colombiano Sergio Rodríguez Azuero, quien ha realizado una gran cantidad de artículos, obras y libros sobre los Negocios Fiduciarios.

1.1.7 Guatemala

En Guatemala el Fideicomiso, como muchas otras instituciones jurídicas, surgió con la promulgación de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1945 en donde se introduce la institución “Fideicomisa”, en donde únicamente se regulaba que cualquier guatemalteco se encontraba facultado para constituir un fideicomiso.¹⁴ Las condiciones para constituir este Fideicomiso eran que debía estar autorizada por Notario Público mediante escritura pública y que necesariamente debía actuar una entidad bancaria o crediticia en la constitución del mismo como fiduciario y el plazo del mismo no podía exceder de 25 años.

¹⁴ Vázquez Martínez, Edmundo; *Instituciones del Derecho Mercantil*, Ius Ediciones. Tercera Edición; Guatemala, 2012. Pág. 565.

Expone Edmundo Vasquez (2012)¹⁵ Junto con la caída del gobierno de la revolución surgió la Constitución de la Contrarrevolución del gobierno de Castillo Armas en 1956 en la cual la figura del fideicomiso no tuvo modificación alguna contemplando dicha institución en su artículo 49. De un análisis de las dos constituciones se establece que la figura del Fideicomiso tenía en esencia la configuración del *trust* anglosajón.

En ninguna de las dos constituciones relacionadas se daba una definición de lo que era un Fideicomiso, fue hasta el año de 1961 mediante el Decreto 1487 que contenía la Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar que el Congreso de la Republica en la literal b) del artículo 18, dio una definición de lo que debía entenderse como fideicomiso.

Por la importancia que se le empezaba a dar al contrato de Fideicomiso en el Congreso Jurídico Guatemalteco de 1962 se estableció la importancia de regular el mismo habiéndolo hecho en 1963 presentado una propuesta ante el Congreso de la “Ley de Fideicomiso”, sin embargo esto no tuvo impacto a nivel político por lo que dicha ley nunca fue promulgada.

Nuestra legislación Civil contenida en el Decreto Ley 106 (Código Civil) del Gobierno de Enrique Peralta Azurdía, incorporo el Libro II, Título II, CAPÍTULO IV el que contenía los artículo del 560 al 578 en donde se regulaba el Fideicomiso como una forma especial de propiedad, este tipo de legislación debía de modificarse necesariamente en el futuro ya que el contrato de Fideicomiso no es una figura civil y tampoco existe una transmisión de propiedad como se entendía con la legislación relacionada.

Esta legislación fue derogada con el Código de Comercio de Guatemala decreto 2-70, el cual regulo al Fideicomiso como un contrato mercantil definiéndolo en su artículo 766 como: *“Características. El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándole a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.”*¹⁶

¹⁵ Ibid. Pág. 566.

¹⁶ Congreso de la República de Guatemala. Código de Comercio. Decreto 2-70. Guatemala 1970.

“El proyecto igualmente regula la forma de liquidar los fideicomisos de garantía, en casos de incumplimiento del deudor, exigiendo que los bienes sean vendidos en subasta ante Notario y abre la puerta para que los Bancos puedan usar el fideicomiso como medio de garantizar obligaciones constituidas a su favor.”¹⁷

En la actualidad en nuestro país la figura del fideicomiso ha tenido un gran desarrollo, aún más por el hecho de que el sistema financiero del país es de los más estables de la región y la participación que las entidades financieras tienen como fiduciarios ha dado lugar al necesario desarrollo de este contrato.

El mayor uso de este contrato lo realizan los Bancos con la figura del Fideicomiso de Garantía el cual es esencial para la presente investigación por lo que será desarrollado ampliamente más adelante.

1.2. Naturaleza Jurídica

De todas las obras citadas anteriormente se establece que los diferentes autores buscan explicar la esencia del Fideicomiso esto en virtud de su carácter *sui generis* y su gran aplicación a variedad de contextos. Hay juristas que comparan al Fideicomiso como un **Mandato irrevocable** justificando esta naturaleza con el hecho de que el fiduciario desempeñaba el cumplimiento de un mandato otorgado por el fideicomitente.

Otros autores dan la calificación del fideicomiso como un contrato de **Patrimonio de afectación** las cuales tienen su fundamento en el *trust* anglosajón, con fundamento en que los bienes que son entregados son afectados por un tercero que tiene derecho sobre ellos con la limitación de cumplir con la afectación a la que fueron sometidos los bienes.

El autor Rodríguez Azuero (2013)¹⁸ indica que otra teoría aceptable es la que concibe el fideicomiso como un **Negocio jurídico compuesto** por una relación de

¹⁷ Exposición de Motivos del Código de Comercio. Honorable Congreso de la República. Guatemala, 1970. Pág.67.

¹⁸ Rodríguez Azuero, Sergio; *Negocios Fiduciarios, su significado en América Latina*. Pág. 28.

derecho real cuyo objetivo es la transferencia del dominio u otra de representación y cumplimiento de lo pactado al realizar los fines específicos encomendados.

Se considera que todas las anteriores teorías se pueden conjugar en que la naturaleza del Fideicomiso es un **Acto de Confianza** ya que en el fideicomiso para su celebración debe mediar confianza entre el fideicomitente y el fiduciario. En la legislación guatemalteca esta confianza se encuentra implícita desde el momento de que se regula en el artículo 768 del Código de Comercio que el fiduciario debe ser un banco o una institución de crédito la cual lógicamente el fideicomitente debe tener confianza para la celebración del contrato.

Además de las anteriores existen otras teorías como las del patrimonio autónomo, de la institución jurídica, la de transmisión de bienes, la del negocio fiduciario y la que lo concibe como un acto unilateral, contrato testamentario, acto de comercio y otras, sin embargo estas no tienen mayor relación con la legislación vigente en Guatemala por lo que tratarlas no es de beneficio para la investigación.

1.3. Etimología

El contrato de Fideicomiso es denominado de diferentes formas desde el derecho anglosajón que lo denomina *trust*, hasta en Latinoamérica donde es denominado además de Fideicomiso como Fiducia Mercantil, sin embargo en todos los casos la etimología de este contrato tiene una coincidencia que se evidenciará a continuación:

- “Fideicomiso proveniente del latín *fideicommissum*, a su vez de *fides*, “fe”, y *commissus*, “comisión”, por lo que fideicomiso significa comisión o encomienda en fe o confianza”.¹⁹
- Fiducia proveniente del latín *fiducia* que significa confianza.

¹⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Universidad Autónoma de México. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1171-diccionario-juridico-mexicano-t-iv-e-h>

- *Trust* que en su simple traducción al español deviene la palabra confianza, su etimología proviene del germánico *trust*, que significa firme y este de una raíz indoeuropea del *true* que significa verdadero.²⁰

La etimología necesariamente coincide con la historia del fideicomiso ya que este surgió como un acto de confianza en el que el propietario encomendaba la entrega de sus bienes a un tercero con la condición que le fueran devueltos o entregados a un tercero al momento de finalizar el encargo, de lo cual la confianza que se tenía en la persona a la cual se le entregaban los bienes debía ser muy alta y la honradez y moralidad de quien los recibía debía ser intachable.

Lo anterior es muy importante ya que el Fideicomiso como acto de confianza, junto con los principios del derecho mercantil, son elementos subjetivos que tienen un valor muy alto en el actuar de los sujetos del contrato al momento de cumplir los fines por los cuales se constituyó el fideicomiso, principalmente los fideicomisos de garantía.

1.4. Definición de Fideicomiso

El tratadista Jesús Roaladini, al referirse al concepto de Fideicomiso señala: *“El Fideicomiso es un acto jurídico cuya celebración da lugar al nacimiento de derechos y obligaciones entre las partes, así como a la modificación y extinción de esos derechos y deberes. La relación jurídica fiduciaria entre el fideicomitente o sujeto creador, el fiduciario o ejecutor y el fideicomisario o beneficiario con el objeto o fin, conforme al acto jurídico del fideicomiso, establece hechos que vienen a ser causa u origen, por lo que, como todo acto jurídico, está reglamentado por la ley, que define su naturaleza, forma y efectos.”*²¹

Por su parte Jorge Roberto Hayzus indica: *“El contrato de fideicomiso puede esquematizarse como un triángulo equilátero donde la base es la relación entre el dueño de los bienes (fiduciante) y las personas a las cuales ha elegido como destinatarias de los mismos (beneficiarios). Además, por un lado, el dueño los vincula con la persona o entidad a la cual va a transferir la propiedad de los bienes (fiduciario). Por el otro, el*

²⁰ Ibid.

²¹ Roaladini, Jesús, *“El Fideicomiso Mexicano”*, 1ra. Edición, México, Bancomer, S.A., 1998. Pág. 135.

*fiduciario queda ligado contractualmente a los beneficiarios en virtud de las estipulaciones del contrato que le obligan a mantener los bienes y darles el destino previsto por el fiduciante.*²²

Se puede concluir en esta instancia que el Fideicomiso puede definirse como: El contrato mercantil solemne mediante el cual una persona, individual o jurídica, denominado fideicomitente trasmite bienes de su propiedad con fines determinados a un banco o institución de crédito denominado fiduciario, quien los recibe con la obligación de cumplir los fines establecidos en beneficio del propio fideicomitente o de un tercero denominándose Fideicomisario.

1.5. Sujetos del Contrato de Fideicomiso:

1.5.1. Fideicomitente

El jurista Mexicano Jesús Roalandini define al fideicomitente como: *“(...) la persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado, y encargar dicha realización a una institución de crédito.*²³

El fideicomitente es la persona individual o jurídica, no excluyendo a de esta figura al Estado, quien traslada sus bienes al Fiduciario y le instruye la forma o los fines de esta entrega y quien además puede adquirir la calidad de beneficiario. El fideicomitente se encuentra limitado en el sentido de que únicamente puede entregar al fiduciario aquellos bienes que son de su propiedad, ya que de conformidad con el artículo 767 del Código de Comercio de Guatemala el fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes y en concordancia con el artículo 464 del Código Civil únicamente con la propiedad pueden disponerse de los bienes.

²² Hayzus, Jorge Roberto; *“Fideicomiso”*; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma; Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2000. Pág. 6.

²³ Roaladini, Jesus. Op.cit. Pág. 28.

De lo anterior se establece que para poder aportar bienes a un Fideicomiso el fideicomitente necesariamente tiene que tener la propiedad de los bienes que pretende aportar de no tenerla esta sería una limitante, otra limitante es el hecho de que si el fideicomitente es menor, incapaz o se encuentra ausente, sus representantes pueden constituir fideicomiso únicamente por orden judicial.

Un aspecto importante de mencionar es que la traslación de los bienes al fideicomiso, así como la devolución de estos bienes al fideicomitente se encuentran exonerados de todo pago de impuestos.

1.5.2. Fiduciario

El autor Sergio Rodríguez Azuero en la Obra “Negocios Fiduciarios” sobre el Fiduciario indica: *“El fiduciario es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución final señalada en el acto constitutivo. Es pues no solo un propietario frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad de constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento”*²⁴

De conformidad con la ley vigente de Guatemala el fiduciario es el Banco o institución de Crédito que se encuentra autorizada por la Junta Monetaria para tal efecto (Art. 768 Código de Comercio) y bajo ninguna circunstancia puede ser simultáneamente beneficiario o fideicomitente del fideicomiso (Art. 769 Código de Comercio). Pueden ser designados una o varias instituciones financieras como fiduciarios los cuales pueden actuar de forma conjunta o separada de conformidad con lo establecido en el contrato de fideicomiso (Art. 774 Código de Comercio).

Como se ha indicado, el actuar del fiduciario se encuentra limitado en lo que el fideicomitente le encomienda por lo que si existiere abuso por parte del fiduciario, el fideicomitente y fideicomisario pueden exigirle la reparación de los daños y perjuicios que pueda haber ocasionado con el abuso cometido.

²⁴ Rodríguez Azuero, Sergio; Op.Cit.. Pág. 225.

Por último, el fiduciario debe identificarse como tal e indicar en que calidad actúa en todo acto o contrato que otorgue en virtud de la ejecución del fideicomiso. Además se encuentra obligado a llevar una cuenta detallada de su gestión en forma separada a sus demás operaciones, es por ello que en Guatemala la Superintendencia de Administración Tributaria autoriza la asignación de un Numero de Identificación Tributaria –NIT- a favor del Contrato de Fideicomiso a efecto de que la contabilidad se a tramitada por separado.

1.5.3. Fideicomisario

Con relación al beneficiario o fideicomisario el autor Lisandro Peña Nossa indica: *“Es una persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, en cuyo provecho se desarrolla la fiducia y se cumple la finalidad perseguida. El beneficiario puede ser cualquier persona jurídica individual o colectiva capaz de adquirir derechos, aunque no lo sea para administrarlos por sí misma, por ser, dígase, incapaz de expresar una declaración valida de voluntad.”*²⁵

El fideicomisario es la persona individual o jurídica en cuyo provecho se desarrolla la actividad del fideicomiso, lógicamente para ello debe de tener capacidad para adquirir derechos. El fideicomitente y fiduciario pueden coincidir como una sola persona en el fideicomiso.

En el caso de los menores, estos pueden adquirir la calidad de fideicomisarios, toda vez que tienen capacidad de goce inherente a la persona humana, siendo esta la única condición exigida por la ley guatemalteca.

1.6. Principios Filosóficos Mercantiles que rigen al Contrato de Fideicomiso

Es de vital importancia tratar el presente tema, en virtud de que en necesario el entender los principios del derecho mercantil que rigen al contrato de fideicomiso, con el

²⁵ Peña Nossa, Lisandro; *“De los Contratos Mercantiles, Nacionales e Internacionales – Negocios del Empresario-“*, 2da. Edición, Colombia, Universidad Católica de Colombia, ECOE Ediciones, 2006. Pág. 433.

fin de comprender el negocio de fideicomiso y las obligaciones y derechos que se crean a través de este contrato, así como las relaciones de los sujetos que intervienen en el contrato.

La legislación vigente de nuestro país, específicamente el artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala establece dos principios filosóficos que rigen la contratación mercantil que lo son a) la verdad sabida y b) la buena fe guardada, cuyo objeto es el conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes.

“Partiendo del secular principio de que la relación jurídica mercantil se interpretará, ejecutará y cumplirá conforme a la verdad sabida y a la buena fe guardada, se justifica este principio como medio para conservar y proteger las rectas y honorables intenciones de los contratantes, las cuales presume existen en la relación mercantil. (Artículo 669). Es decir el comercio descansa en la buena fe y en la honorabilidad del comerciante y quien actúa sin tales atributos, desnaturaliza el derecho comercial y es merecedor del desprecio de la sociedad y de los castigos de la ley. Por ello la interpretación de contrato mercantil es amplia y generosa y jamás suceptible de interpretación arbitraria y caprichosa que en cualquier forma limite los efectos naturales del contrato de comercio.”²⁶

Para cualquier tipo de relación contractual o no contractual deben de prevalecer los principios de verdad sabida y buena fe, independiente que la relación sea mercantil o no, sin embargo el legislador incluyó estos principios al momento de legislar toda vez que lo que intenta es resaltar e insistir en que en virtud del poco formalismo de las relaciones mercantiles estos principios son de vital importancia ya que los contratantes se vinculan de buena fe y saben lo que están contratando por lo que no pueden darle una interpretación distinta a los contratos ya que esto afectaría el tráfico comercial al tener que regularle controles.

La verdad sabida se refiere a la palabra dada por las partes, que se considera como verdad sabida, *“fundamental la confianza en el comportamiento de otro y la fe en*

²⁶ Exposición de Motivos del Código de Comercio. Honorable Congreso de la República. Guatemala, 1970. Pág.59

*su palabra*²⁷". Circunstancia de vital importancia para la contratación mercantil en el saber que la palabra de la otra parte es elemental para concretar los negocios mercantiles.

La buena fe es definida como: *"Modo sincero y leal con que procede en los negocios y convenciones aquel que no pretende engañar a las personas con quienes lo cetra, convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho."*²⁸

La buena fe se fundamenta en la intención de los contratantes de cumplir lo que se están obligando, de ahí que la nulidad de los contratos en el derecho mercantil es menos común que en lo civil ya que los contratistas desde el momento que contratan se aseguran de que el cumplimiento de su obligación se sujeta únicamente a su intención de cumplirla, sin necesidad de requerimiento o condición alguna.

En el caso de los Fideicomisos donde ya hemos expuesto es un contrato fundamentado en la confianza, estos principios son de vital importancia toda vez que el fideicomitente entrega sus bienes al fiduciario quien los recibe de cumplir únicamente lo que el fideicomitente le requiere o encarga, donde quedaría este contrato si el fiduciario se aprovechara de esta confianza, puede afectar inclusive el patrimonio del fideicomitente o al igual la confianza que el fiduciario deposita en el fideicomitente en cuanto a que la orden o instrucción que le gira debe de cumplirse y que posteriormente no existirá un reclamo tanto por el fideicomitente o un tercero que pueda ser afectado. Esto se desarrollara ampliamente en los capítulos posteriores.

1.7. Clases de Fideicomisos

La variedad para la creación de fideicomisos es muy amplia en virtud de la flexibilidad de la figura del fideicomiso y la autonomía de la voluntad, desarrollada por la inventiva y creatividad tanto de los notarios que autorizan los contratos como de los comerciantes que utilizan esta figura para sus negocios comerciales, esta amplitud se

²⁷ Vásquez Martínez, Edmundo; Op.Cit. Pág.438.

²⁸ Peña Nossa, Lisandro; Op. Cit. Pág. 108.

limita únicamente en cuanto al cumplimiento de normas generales como las buenas costumbres y el objeto lícito.

De lo anterior se han desarrollado un sin número de tipos de Fideicomiso, Hector Turuhpial, indica que los más importantes son los siguientes:

- **Fideicomiso de Inversión**

*“Es aquel cuya finalidad consiste en que la institución fiduciaria destine el patrimonio fideicometido a la realización de operaciones económicas productivas, usualmente la adquisición de valores e inclusive el otorgamiento de préstamos; y, por tanto, a la obtención de rendimientos importantes para el beneficiario. Normalmente el patrimonio de estos fideicomisos se encuentra constituido por dinero o valores.”*²⁹

- **Fideicomiso de Administración**

*“... la doctrina lo define como aquel fideicomiso en el que el fideicomitente transfiere la propiedad de bienes a un fiduciario para que los administre en provecho del beneficiario y destine los frutos que puedan producirse eventualmente al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo del fideicomiso. Se agrega, que el dinero queda excluido de los bienes propios del fideicomiso de administración.”*³⁰

- **Fideicomiso de Garantía**

*“Es aquel fideicomiso por el cual el deudor transfiere bienes a una institución fiduciaria con el objeto de respaldar o garantizar con ellos o con sus frutos el cumplimiento de una obligación principal previamente constituida a favor de su acreedor, de manera tal que si no cumple la obligación, la institución fiduciaria deberá satisfacer la deuda con el patrimonio fideicometido en los términos previstos en el contrato, traspasando los bienes al beneficiario designado.”*³¹

Los anteriores no debe limitarse únicamente a lo señalado ya que el mismo autor enumera otros como: *“Fideicomiso Laboral o de Prestaciones Sociales; Fideicomiso de*

²⁹ Turuhpial Cariello, Héctor; Op. Cit, Pág. 240.

³⁰ Ibid., Pág.239.

³¹ Ibid., Pág. 246.

Seguros; Fideicomiso de Hospitalización; Fideicomiso de Educación; Fideicomiso Sectorial de Emergencia o de Capitalización; Fideicomiso de Propiedad Participativa o de Privatización y Fideicomiso para Extranjeros en Zonas Turísticas.”³²

Aunque muchos de estos se traten de una modalidad de los explicados anteriormente, la legislación guatemalteca se refiere explícitamente a dos tipos de fideicomiso:

- **Fideicomiso para la creación de Certificados Fiduciarios (Art. 609 Código de Comercio)**

Mediante este fideicomiso el Fiduciario recibe bienes del fideicomitente con el objeto de crear títulos calores y que estos circulen con el objeto de generar utilidades a favor del fideicomisario.

- **Fideicomiso de Garantía (Art. 767)**

Ya relacionado anteriormente.

³² Ibid.

CÁPITULO 2

DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

El contrato de fideicomiso de garantía debe ser analizado profundamente a efecto de que entienda el mismo y establecer la finalidad del mismo con el objeto de constatar plenamente la existencia del problema planteado y la solución del mismo a través de la propuesta que se realiza.

Como primer punto debe entenderse el fundamento de la contratación mercantil aplicable al contrato de Fideicomiso de Garantía.

2.1. Autonomía de la Voluntad:

Es de vital importancia conocer el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación mercantil, con el objeto de saber el origen de las voluntades del contrato de Fideicomiso de garantía.

“En principio se establece que la palabra autonomía proviene del griego autonomía, sus componentes léxicos son auto que quiere decir por sí mismo y nomos de regla, por lo cual autonomía es regirse por sí mismo. La palabra voluntad proviene de del latín voluntas formado del verbo volo de querer o desear.”³³

El Diccionario de la Real Academia Española, este define autonomía de la voluntad como: *“Capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala.”³⁴*

Claramente se establece que tanto su etimología como su definición coinciden en que la autonomía de la voluntad es la facultad que tienen los contratantes para establecer los términos en los que se realizará la contratación. La autonomía de la voluntad es un principio básico del Derecho contractual. Se traduce en la posibilidad que tienen las

³³ De Chile; *Diccionario Etimológico*; Recuperado de <http://etimologias.dechile.net/?autonomi.a>

³⁴ Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=4TsdIBo>

personas de regular y contratar libremente únicamente en cuanto a sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

2.2.1. Antecedentes de la Autonomía de la Voluntad.

Jaime Arubla (2003)³⁵ al respecto de la historia de la autonomía de la voluntad indica que con la revolución francesa surgió como conquista de los derechos individuales la protección de la expresión de la voluntad individual siendo este un deber primordial del Estado, por lo cual las constituciones y las leyes iniciaron a proteger al individuo y a su vez a proteger la actividad comercial que este realizaba surgiendo ahí la autonomía de la voluntad.

Esta figura fue fundamento para la época del liberalismo económico, el cual se concibió como una garantía del Estado para suprimir todos los obstáculos que se opusieran al orden natural del comercio. El Estado debía limitar su actuación a elaborar reglas de carácter general para la aplicación a las relaciones entre las personas, defendiendo primordialmente su libertad y su propiedad.

El autor Edmundo Vasquez (2012)³⁶ indica que al principio se concibió a la autonomía de la voluntad como un sinónimo o equiparado al derecho comercial, ya que este derecho era autónomo por cuanto eran relaciones entre particulares, sin embargo esto cambio en el siglo XIX donde se inició a concebir a la autonomía de la voluntad como un dogma científico.

En la época de inicio del capitalismo se acentuó el culto a la autonomía de la voluntad, iniciando con ello el abuso de los derechos de ahí que en las legislaciones se inició a poner límites a la autonomía de la voluntad.

En el caso de Guatemala, el derecho comercial o mercantil es relativamente nuevo por lo cual la institución de la autonomía de la voluntad surgió en esencia en el derecho

³⁵ Arrubla Paucar, Jaime Alberto; *Contratos Mercantiles*, Tomo I, 10ma. Edición. Biblioteca Jurídica Dike; Colombia, 2003. Pág. 37 – 42.

³⁶ Vásquez Martínez, Edmundo. Op. Cit. Pag.52.

civil, específicamente los artículos 1251, 1252 y 1254 del Código Civil donde además de la autonomía de la voluntad además fueron reguladas las limitaciones del mismo.

Posteriormente en el Código de Comercio de Guatemala, fue regulada la autonomía de la voluntad pero se hizo de forma excluyente ya que el artículo 681 del Código de Comercio de Guatemala regula: *“Libertad de contratación. Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusarse a ello constituye un acto ilícito o abuso de derecho.”* De ahí que fuera de la limitante que el acto sea ilícito o se abuse de un derecho existe libertad en la contratación mercantil.

La autonomía de la voluntad se ve plasmada plenamente en el Contrato de Fideicomiso de Garantía ya que dentro del mismo las partes, por consentimiento deben establecer la forma en que el Fiduciario tendrá las herramientas necesarias para cumplir con los fines del Fideicomiso de Garantía, que como ya fue establecido, consiste en el cumplimiento de la obligación de pago, ya sea por parte del Fideicomitente o a través de la venta o subasta pública que se haga de los bienes que conforman el patrimonio fideicometido.

Este procedimiento como se establecerá más adelante tiene un fin lícito y es establecido por las partes de mutuo acuerdo.

2.1.2. Límites a la Autonomía de la Voluntad.

Para la efectividad de la autonomía de la voluntad y que al darse la voluntad de las partes no se dieran abusos por parte de alguno de los contratantes, el Estado debió prever límites a la misma a efecto de que la parte poderosa de la relación jurídica no aprovechara este poder en contra del débil además daba lugar a violar los derechos de terceras persona, de ahí que las legislaciones iniciaron a incluir límites a esta autonomía.

En algunas legislaciones la autonomía de la voluntad se vio limitada por dos elementos, el orden público y las buenas costumbres. Estos elementos se encuentran contenidos en Guatemala en el Derecho Civil, en los artículos: 1251 del Código Civil regula que para que un negocio jurídico sea válido se necesita a) capacidad legal del sujeto que declare su voluntad; b) consentimiento que no adolezca de vicio y c) objeto

licito. Y el artículo 1304 que establece que un contrato es nulo de forma absoluta cuando; a) su objeto sea contrario al orden público; b) contrario a las leyes prohibitivas expresas y c) por ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.

Sin embargo estas fueron superadas con el surgimiento del Código de Comercio de Guatemala el cual al momento de su surgimiento, en materia mercantil, limitó la autonomía de la voluntad en dos presupuestos contenidos en el artículo 681 que son:

a) Acto Lícito

En esta causa la doctrina incluye varios elementos del límite de la autonomía de la voluntad del derecho civil; *“No basta, como ya lo anotamos, que pueda reconocerse en el negocio un objeto. Este debe ser lícito, no ser contrario al orden público o a las buenas costumbres. Por eso se ha dicho que el objeto lícito en todo lo que contraviene al Derecho Público y el general, en todo contrato prohibido por las leyes. Sobre el particular la doctrina ha recordado que no se trata de la calificación de las “cosas” objeto de los contratos, sino su “destino. . . y los actos que sobre ellos (se) realizan los que pueden ser lícitos o ilícitos.”*³⁷

Se incluye dentro de la licitud del negocio el hecho que no sea contrario al orden público, quiere decir en armonía con las relaciones humanas dentro de la colectividad, que no sea contrario a la buena costumbre que son hábitos que se tienen como correctos dentro de la sociedad y que no sea contrario a las leyes.

b) Abuso de Derecho.

El abuso de derecho limita a la autonomía de la voluntad en cuanto a que al momento de la contratación esta debe darse en equilibrio entre las partes, por lo que del contrato deben darse derechos y obligaciones entre ambas partes, en la mayoría de relaciones mercantiles no puede darse el caso de que una persona sea solo beneficiaria de derechos

³⁷ Rodríguez Azuero, Sergio. Op.cit. Pág. 97.

y no tenga ninguna obligación y viceversa, en el caso que al contratante se reclamen únicamente prestaciones sin ningún beneficio a su favor.

De ahí que surge la teoría del abuso de derecho con el objeto de crear este equilibrio entre los contratantes, pese a que la regulación existe, en Guatemala el tema no ha sido desarrollado intensamente, así mismo como lo indican varios autores, al darse este abuso de derechos en los negocios celebrados por los particulares, son los órganos jurisdiccionales quienes declaran la existencia o no de este abuso en los casos que son puestos de su conocimiento.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia al respecto del Abuso de Derecho resolvió: *“En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quién realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por la fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización”*.³⁸

El abuso del Derecho debe ser declarado por lo que el afectado debe solicitar que sea declarado al ejercitar la facultad que nos confiere la ley, de ahí que la doctrina indica que es más propio el indicar "ejercicio abusivo del derecho" que abuso del derecho como se refleja en la sentencia relacionada.

Lo resuelto por los órganos jurisdiccionales y de otras categorías (Corte de Constitucionalidad) debe de ser tomado en cuenta al momento del negocio jurídico ya que estas disposiciones son aplicables a la relación comercial.

³⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo.

2.2 Ventajas del Fideicomiso de Garantía

Los créditos que son otorgados por las instituciones financieras deben cumplir con los requerimientos impuestos por la Superintendencia de Bancos, existiendo un complejo sistema de garantía y riesgo, este se encuentra regulado en la Resolución de la Junta Monetaria JM-93-2005, que regula el Reglamento para la Administración de Riesgo, sabemos que mientras mejor garantizado se encuentre el crédito otorgado, para la institución que financia el riesgo será menor.

De ello es que además existen varias formas de poder garantizar un crédito, la garantía personal en la cual el deudor garantiza el cumplimiento de la obligación con todos sus bienes y las que tienen garantía real en la cual el cumplimiento de la obligación se encuentra garantizada con un derecho real sobre algún bien específico (garantía mobiliaria en caso de bien mueble o hipoteca en el caso de bienes muebles.)

En el contrato de Fideicomiso de Garantía, se ha perfeccionado de una forma eficiente el sistema de garantía, ya que el Acreedor encuentra garantizado su crédito con una garantía real, la cual era eficientemente ejecutada al momento de darse un incumplimiento, ya que este Fideicomiso tiene un carácter autoliquidable.

“Encontramos que las garantías autoliquidables son negocios de garantía en los cuales: i) la realización de la cosa y su aplicación al crédito garantizado se efectúan en forma extrajudicial y por un procedimiento que asegura su liquidación inmediata: o ii) alternativamente se permita una estimación del valor de la cosa según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o un tercero por ese precio.”³⁹

De ello que el contrato de Fideicomiso de Garantía encuadra en este tipo de garantía ya que su ejecución se realiza de forma extrajudicial, de conformidad con el acuerdo de las partes, sin embargo esto provoca falta de certeza jurídica ya que al existir un proceso privado y en este existan vacíos o lagunas estas no pueden ser suplidas por normas jurídicas ya que contrarían la voluntad de las partes, por lo que la propuesta realizada a través de la presente investigación, provoca que sea un procedimiento

³⁹ Kiper y Lisoprawsky; “El fideicomiso: sus proyecciones en los negocios inmobiliarios”. Buenos Aires; Abaco; 1997, Pág. 161.

establecido en ley el que se deba de seguir para la ejecución, pero siempre de forma extrajudicial.

2.3 Elementos del Contrato de Fideicomiso de Garantía

Esta modalidad del Fideicomiso tiene su origen casi al mismo tiempo que el Fideicomiso *“El Fideicomiso de garantía es el que constituye el deudor sobre determinados bienes de su propiedad, para garantizar el pago de una deuda o el cumplimiento de una obligación. Es la fiducia cum creditore del Derecho Romano.”*⁴⁰

Este Fideicomiso ha sido objeto de amplio análisis y estudio, toda vez su importancia para los negocios comerciales, la definición más acertada, a criterio del autor, la realiza el Doctor Rodríguez Azuero quien define al Fideicomiso de Garantía como: *“Los fideicomisos de garantía son aquellos que se constituyen con la finalidad primordial de asegurar obligaciones, tanto de pagar sumas de dinero como hacer, propias del fiduciante o de un tercero, con los bienes fideicometidos. (...) El fideicomiso de garantía busca asegurar el cumplimiento de una obligación del fideicomitente frente al beneficiario. El fideicomitente afecta bienes de su propiedad, transfiriéndolos en fideicomiso al fiduciario, con instrucciones a éste de que en caso de incumplimiento, proceda a su venta y pague con el producto al beneficiario”* ⁴¹

Se debe resaltar aspectos importantes de este contrato primordialmente que es una forma de agilización del tráfico mercantil ya que viene a sustituir a la hipoteca y prenda evitando gastos a los contratantes por el hecho de que la trasmisión de bienes se encuentra exenta de impuestos y viabilizando el otorgamiento de créditos ya que los fideicomitentes (acreedores) por el hecho de encontrarse mejor garantizados en caso de incumplimiento, realizan importantes desembolsos de créditos. Así mismo, es importante resaltar que eventualmente se descongestionan los tribunales del país al evitar el procedimiento de ejecuciones de vía de apremio por el incumplimiento de créditos

⁴⁰ Barbieri, Jorge; *“Origen, Concepto y Probabilidades del Fideicomiso”*, Obra colectiva *“El Fideicomiso de Garantía”*; Buenos Aires; Argentina, Editorial Heliasta; Biblioteca de Derecho Económico y Empresarial; 2008. Pág. 234.

⁴¹ Rodríguez Azuero, Sergio. Op.cit. Pág. 67.

hipotecarios y prendarios, ya que este proceso se sustituye por el de la realización de los fines del fideicomiso. Lo anterior es reconocido por el legislador en el segundo párrafo del artículo 791 del Código de Comercio al asimilar o equiparar las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso con la de los créditos con garantía real (hipoteca y prenda).

En México la utilización de este contrato llevó a que las entidades financieras abusaran de él, toda vez que fue utilizada para garantizar ante las propias entidades financieras los créditos que eran otorgados a los cliente por los departamentos de crédito, prácticas que fueron realizadas durante muchos años hasta que fue prohibido por la ley.

De ahí que la legislación en el artículo 791 del Código de Comercio establece en su último párrafo que en los Fideicomisos de Garantía el fiduciario debe ser persona distinta al acreedor. Esta forma de Fideicomiso actualmente es la más utilizada en Guatemala, esto en virtud de que es un contrato bancario en virtud de que el Fiduciario debe ser un banco o institución de crédito, además por el surgimiento de Grupos Financieros, actualmente los bancos ya no actúan solos en los negocios que realzan sino se auxilian de otras sociedades de la corporación para sus negocios. Por lo que con el objeto de no incumplir la ley en cuanto a la prohibición de que el Fideicomitente no puede ser el mismo fiduciario, contenida en el artículo 769 del Código de Comercio una de las sociedades financieras del Grupo Financiero actúa como Fiduciario de negocios donde el acreedor es otra de las entidades que pertenecen al mismo Grupo Financiero.

Así mismo pese a que no se encuentra regulado en una norma, los contratos de Fideicomiso de Garantía suelen establecer dentro del mismo contrato un procedimiento reconocido y aceptado por las partes para la realización de los fines del fideicomiso de garantía, que es el de subastar los bienes a efecto de que con el producto de esta venta o subasta se cumpla la obligación de pago y se realicen los fines de garantizar el cumplimiento de la obligación.

Lógicamente en este procedimiento las partes acuerdan plazos y procedimientos para esta venta, siempre y en todo caso respetando el debido proceso y el derecho de defensa de los sujetos no incluyendo en ningún momento cláusulas abusivas que contravengan los principios de buena fe y verdad sabida.

Además como será expuesto en capítulos posteriores este procedimiento es conocido por las partes desde el momento que se pacta el Fideicomiso de Garantía y en concordancia con los principios del derecho mercantil antes relacionados no puede haber una entrega del bien a favor del acreedor sin antes haberse cumplido el procedimiento pactado.

Como lo indica el segundo párrafo del artículo 791 del Código de Comercio: *“Las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilarán a los créditos con garantía real.”*. De ahí que para finalizar este capítulo es necesario analizar puntualmente estas instituciones.

2.3.1 Formalidad del Contrato de Fideicomiso de Garantía:

Pese a que la contratación mercantil carece de formalismos, el contrato de Fideicomiso de Garantía de conformidad con el artículo 771 del Código de Comercio, debe de constar en escritura pública. Así mismo debe de constar en dicho contrato la aceptación del fiduciario que debe de tener la calidad de institución de crédito y debe estar autorizada por la Junta Monetaria para operar en el país de conformidad con el artículo 768 del cuerpo legal ya relacionado.

Además necesariamente debe de constar en escritura pública en el caso que el patrimonio fideicometido esté integrado por bienes inmuebles, ya que el Fideicomiso debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad pertinente.

2.3.2 Elementos Personales:

Los sujetos del contrato de Fideicomiso pueden ser personas individuales o jurídicas con capacidad para obligarse, las normas legales vigentes contenidas en el Código de Comercio de Guatemala los denomina:

a) Fideicomitente:

“ . . . es el deudor de la obligación garantizada con el fideicomiso, para lo cual habrá de haber sido él el que haya transmitido la propiedad (fiduciaria) de determinados bienes al fiduciario.”⁴²

De conformidad con el artículo 766 y 767 del Código de Comercio de Guatemala, es la persona que transmite los bienes al fiduciario, el nudo propietario de los bienes que son aportados al Fideicomiso y por ende quien tiene la calidad de deudor en el crédito que será garantizado con el Fideicomiso que será constituido.

b) Fiduciario:

Institución de crédito autorizada para operar en el país por parte de la Junta Monetaria, actualmente se encuentran autorizados 17 bancos, 14 sociedades financieras, 6 entidades fuera de plaza y 6 operadores de tarjetas de créditos, quienes podrían actuar como fiduciarios en fideicomisos.⁴³

c) Fideicomisarios:

“Es a favor del acreedor que se constituye esta clase de fideicomiso, justamente para garantizar una obligación asumida por el deudor (fiduciante). Por la sola constitución del fideicomiso, el acreedor asume el rol de beneficiario, aun cuando no se liquide el bien fideicometido por el incumplimiento del deudor fiduciante.”⁴⁴

En primer término el Acreedor de la deuda que se encuentra garantizada por el Fideicomiso de garantía que se constituye y en segundo término el Fideicomitente o la

⁴² Lopez Raffo, Francisco, *El Problema de las posiciones jurídicas en el Fideicomiso de Garantía*. Obra colectiva “El Fideicomiso de Garantía”; Buenos Aires; Argentina, Editorial Heliasta; Biblioteca de Derecho Económico y Empresarial; 2008. Pág. 318.

⁴³ Superintendencia de Bancos. Recuperado de: file:///C:/Users/45878/Downloads/Lista%20de%20Entidades%20Supervisadas%20Marzo%202018.pdf

⁴⁴ Lopez Raffo. Francisco. Op.Cit. Pág.326.

persona que este designe a quien deba de devolverse los bienes que conforman el patrimonio fideicometido al momento de extinguirse la obligación que se encuentra garantizada con el fideicomiso.

2.3.3 Patrimonio Fideicometido:

*“Por patrimonio se atiende el “conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas pertenecientes a una persona que tenga una utilidad económica y sean susceptibles de estimación pecuniaria”.*⁴⁵

El patrimonio Fideicometido son los bienes que son aportados al Fideicomiso con el fin de garantizar la obligación que se tiene con el acreedor, dichos bienes son propiedad del Fideicomitente quien los aporta al Fideicomiso limitándolos a fines determinados de conformidad con lo establecido en el artículo 766 del Código de Comercio.

En la actualidad en virtud de la entrada en vigencia del decreto 04-2018 del Congreso de la República en la cual se derogó la prenda al momento de constituirse un Fideicomiso de Garantía, garantizado con un bien mueble deberá tenerse a lo regulado en la Ley de Garantías Mobiliarias por ser la norma especial aplicable a este tipo de garantías.

Al respecto existen varias teorías en cuanto a la naturaleza de este patrimonio, sin embargo la más aceptada es la del Patrimonio Autónomo que indica: *“A partir de la teoría de la afectación, considera los bienes recibidos en fideicomiso como formando un patrimonio autónomo o afectado a una finalidad, en términos que no pueda confundirse con los bienes del fiduciario. Este principio se traduce en varias notas características: 1. Bienes separados del resto del activo (...) 2. Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario (...) 3. Excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante (...) 4. Excluidos de la garantía general de los acreedores del fideicomisario.”*⁴⁶

⁴⁵ RUGGIERIO, citado por Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios Fiduciarios*. Opc.Cit. Pág. 197.

⁴⁶ Rodríguez Azuero, Sergio. Op. Cit. Pág. 844 - 846.

La legislación guatemalteca acepta esta teoría al regular en el artículo 782 del Código de Comercio de Guatemala la inembargabilidad de los derechos que el fideicomisario pueda tener en el fideicomiso, y lo regulado en el numeral cuarto del artículo 785 del mismo cuerpo legal en cuanto a que el Fiduciario debe llevar las operaciones del fideicomiso en una cuenta separada a la suya.

Otro elemento que da sustento a la teoría del patrimonio autónomo lo es el hecho de que el Fiduciario realmente nunca llega a tener la propiedad de los bienes que son aportados al Fideicomiso, toda vez que la posesión de los mismos queda siempre en el Fideicomitente que los aporta.

En el contrato de constitución del Fideicomiso se suele incluir una cláusula específica donde se consigna que los bienes aportados al fideicomiso quedarán en posesión física y uso de los fideicomitentes quienes deben cumplir con el pago del crédito y se responsabilizan de la conservación y mantenimiento de los bienes, así como al pago de impuestos y otros pagos (mantenimiento, áreas verdes, servicios, etc.) que deban realizarse relacionados con los bienes. Así mismo se suele establecer que los mismos se **obligan de manera voluntaria, expresa e irrevocable a la entrega de los bienes al momento de cumplirse los fines del fideicomiso en caso de incumplimiento** esto con el simple requerimiento del Fiduciario sin necesidad de requerimiento judicial alguno.

La obligación de entrega es el aspecto más claro de la autonomía de la voluntad la cual los contratantes con fundamento a los principios filosóficos de verdad sabida y buena fe guardada, al momento de la constitución del fideicomiso, tienen conocimiento y es su voluntad de que el fin del Fideicomiso de Garantía es el **garantizar** el cumplimiento de una obligación de pago, por lo que al incumplirse esta obligación deben realizarse los fines por lo cual los bienes serán vendidos o subastados, perdiendo, luego del procedimiento respectivo, cualquier derecho que pudiese tener el fideicomitente sobre los bienes ya que los mismos pasan en propiedad del comprador o adjudicatario según sea el caso.

2.3.4 Fines del Fideicomiso

“La finalidad que se pretende alcanzar al admitir y regular un sistema de garantías, es facilitar el acceso al crédito y, de este modo, incentivar el desarrollo de una actividad económica deseada en una sociedad. Tal objetivo se alcance en la medida en que el sistema de garantías: a) permita que los acreedores cuenten con garantías y mecanismos de ejecución que no destruyan el valor de los bienes objeto de garantía y b) establezca con claridad los derechos de prioridad que le corresponden a cada acreedor sobre el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento.”⁴⁷

De lo relacionado, el fideicomiso de garantía pretende justamente eso, el permitir acceso a la población a créditos atractivos siempre y cuando la institución financiera cuente con una garantía que reduzca su riesgo y la recuperación del crédito otorgado, ello en virtud de que el mismo se encuentre garantizado. Así mismo en caso de incumplimiento la ejecución de dicha garantía se haga de forma eficiente.

Mediante el Fideicomiso de garantía como fue relacionado anteriormente el Fiduciario recibe los bienes aportados al fideicomiso (patrimonio fideicometido) los cuales se encuentran sujetos al cumplimiento de ciertos fines los cuales deben ser cumplidos por el Fiduciario no pudiendo abusar de los mismos ni realizar otros que los encomendados (Art. 766 Código de Comercio).

En el Fideicomiso de Garantía el fin primordial es **atender y garantizar el pago de un crédito** esto a través del pago de las cuotas o primas que sean pactadas con el acreedor y en caso no se cumpla con esto, es obligación del fiduciario el **promover la subasta de los bienes fideicometidos en caso de aviso de incumplimiento del deudor y con producto de dicha subasta atender el pago**. De no ser posible realizar **subasta de acuerdo al procedimiento establecido en el contrato de fideicomiso** pudiendo el acreedor adjudicarse el bien en pago. Así mismo en el caso de que el fideicomitente atienda el crédito y se extinga la obligación con el acreedor al tenerse por

⁴⁷ Huertas Buraglia, Laura; “El Fideicomiso de Garantía: Características y Ventajas”, Obra colectiva “El Fideicomiso de Garantía”; Buenos Aires; Argentina, Editorial Heliasta; Biblioteca de Derecho Económico y Empresarial; 2008. Pág. 283.

cumplidos los fines del fideicomiso el fiduciario **debe devolver el patrimonio fideicometido al fideicomitente o la persona designada por este.**

Del problema propuesto se establece que el fin principal que es que el acreedor cuente con la libre disposición del bien que ha sido adjudicado en pago no existiendo en la actualidad un medio para que esto se concrete, ya que pese a tener su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad los bienes continúan en posesión de los fideicomitentes quienes desde la constitución del fideicomiso se reservaron la misma. Por lo cual no se cumple la finalidad del fideicomiso ya que en la actualidad esa falta de posesión provoca la promoción de un proceso de conocimiento, lo cual hace inefectivo el fin del fideicomiso de garantía.

2.3.5 Plazo

Regularmente el plazo del Fideicomiso de garantía deberá coincidir con el plazo de la obligación que garantiza, ya que lógicamente al momento de extinguirse la obligación que se encuentra garantizada por el fideicomiso los fines del fideicomiso se han realizado siendo este una razón para la extinción del fideicomiso contenida en el artículo 787 numeral primero del Código de Comercio de Guatemala.

En todo caso deberá respetarse el artículo 790 del Código de Comercio que establece que el plazo máximo para la constitución de un Fideicomiso es de veinticinco años.

2.3.6 Obligaciones de las partes

Este elemento es de vital importancia ya que en fundamento al principio de la autonomía de la voluntad en estas cláusulas deberán establecerse obligaciones de los elementos personales del contrato de fideicomiso.

“Desde el punto de vista jurídico “una obligación significa el vínculo jurídico que liga a dos o más personal, en virtud del cual una de ellas queda sujeta a realizar una prestación a favor de otra, para la satisfacción de un interés de este, digno de protección;

y a este le compete un correspondiente poder para pretender tal prestación. (Manuel Albadalejo, (1961)” (Edmundo Vasquez Martinez, 1978)⁴⁸

2.3.7 Irrevocabilidad

Lógicamente el contrato de Fideicomiso de administración o inversión, y algunos otros, son de carácter revocable en virtud del poder que el Fideicomitente tiene sobre los bienes que aporta al patrimonio fideicometido, sin embargo en el caso del Fideicomiso de Garantía debemos comprender que los bienes aportados se encuentran garantizando una obligación, por lo cual la revocabilidad debe de ser limitada.

De ahí que el contrato de Fideicomiso de garantía necesariamente deba contener una cláusula en la que limite al fideicomitente la facultad de poder revocar el contrato de Fideicomiso de Garantía ya que al poder hacerlo podría dejar sin garantía a su acreedor.

2.3.8 Inscripción

Al ya haberse autorizado la escritura de constitución de Fideicomiso de Garantía esta debe ser inscrita en los diferentes registros públicos dependiendo los bienes que fueran afectados en garantía, por ejemplo si los bienes consisten en inmuebles, necesariamente la escritura de constitución deberá ser inscrita en el Registro General de la Propiedad, en virtud de darse una transferencia de dominio, de conformidad con lo establecido en el artículo 1125, numeral segundo del Código Civil.

De tratarse de bienes muebles que tienen inscripción registral en el Registro de la Propiedad (unidades económicas, aeronaves, etc) correrán la misma suerte que los bienes inmuebles, de conformidad con la norma legal ya relacionada. O si se encuentran inscritas en el Registro de Garantías Mobiliarias, el testimonio de la escritura pública de Constitución del Fideicomiso deberá inscribirse en dicho Registro, para dar cumplimiento a la Publicidad regulada en el artículo 15 de la Ley de Garantías Mobiliarias.

⁴⁸ Martinez, Edmundo Vásquez. Op.Cit. Pág. 435.

Lo anterior con el fin de que en los Registros Públicos conste ante terceros la afectación del patrimonio fideicometido y que este se encuentra limitado por un Fideicomiso de Garantía y así los sujetos del fideicomiso pueda ejercer todos los derechos y obligaciones adquiridos con la constitución del mismo.

2.4 Procedimiento para la realización de los fines del Fideicomiso de Garantía por incumplimiento de pago.

Como fue indicado, el fin primordial del fideicomiso de garantía es el garantizar el cumplimiento de una obligación de pago que el Fideicomitente tiene con un acreedor quien adquiere la calidad de Fideicomisario. Al darse el incumplimiento de esta obligación el Fiduciario se ve facultado en primer término para vender los bienes y producto de esta venta cumplir la obligación de pago con el Fideicomisario, sin embargo si la venta no puede realizarse dentro del plazo establecido en la escritura de constitución del Fideicomiso, el Fiduciario se ve obligado a promover la pública subasta del o los bienes.

Para la investigación es de vital importancia establecer este procedimiento, el mismo se encuentra contenido en la escritura de constitución del Fideicomiso y es aceptado y reconocido por las partes que en el intervienen.

Este procedimiento al analizarlo cumple los principios del derecho procesal, en lo aplicable ya que no existe una intervención jurisdiccional de un Juez, lo cual se evidencia a continuación:

2.4.1 Del Proceso

- a) **Supremacía Constitucional:** En cuanto a que en el proceso de pública subasta se respeta la Constitución Política de la República y todo el ordenamiento jurídico positivo vigente en el país.

- b) **Debido Proceso y Legalidad:** Toda vez que desde el momento en que se constituye el Fideicomiso se establece el procedimiento a seguir en caso de el fideicomitente incumpla con la obligación de pago al acreedor, este lo reconoce y acepta, como se indicó este procedimiento no riñe con la ley, y al momento de deber darse la pública subasta esta se realiza con fundamento a lo pactado.

- c) **Defensa:** Las partes, principalmente el fideicomitente, no se ve limitado en el ejercicio de su derecho de defensa pudiendo realizar todas las acciones que considere necesarias para proteger sus derechos.

- d) **Igualdad:** Esto se evidencia nuevamente desde el momento de la contratación ya que al pactarse el procedimiento este se hace en términos de igualdad, sin que se beneficie o perjudique a alguno de los sujetos contratantes.

2.4.2 Del Procedimiento

- a) **Concentración:** Se busca que el procedimiento se de en la menor cantidad de diligencias posibles para garantizar la continuidad y diligencia del proceso de subasta.

- b) **Integración del Derecho Procesal:** Para el proceso de subasta se integran todas las normas legales vigentes del derecho procesal, así como los principios de este como se establece en estos apartados. Así mismo como podrá establecerse más adelante se trata de emular el proceso de ejecución en vía de apremio, por ser este el procedimiento legal más parecido para cumplir con los fines del fideicomiso de garantía.

- c) **Adquisición:** Todos lo que obra en el expediente, es para el expediente y no para una de las partes o sujetos de la relación contractual.

- d) **Preclusión:** Salvo los casos de errores en el procedimiento u orden judicial emanada dentro de un proceso judicial (en cumplimiento con el debido proceso, legalidad y derecho de defensa), el proceso continúa su marcha y no puede regresarse a una etapa que ya fue concluida.

2.4.3 Proceso para la subasta de los bienes aportados al fideicomiso de garantía.

A diferencia de los procedimientos establecidos en una norma jurídica, el proceso para la venta de los bienes aportados al fideicomiso de garantía en pública subasta no tiene un procedimiento específico, ya que este consta en el contrato en el cual fue constituido el Fideicomiso, siendo establecido de conformidad y por aprobación de las partes que intervienen en el mismo, por lo que este queda a discreción de los contratante en fundamento a la autonomía de la voluntad, cumpliendo el objeto licito y sin abuso de derecho por parte de algún contratante y además a los principios de verdad sabida en la que las partes saben en qué términos están contratando y las consecuencias de dichos términos y la buena fe guardada en que los contratantes tienen la convicción en cuanto a que cumplirán con lo pactado por honestidad.

A continuación se presenta un procedimiento de realización de los fines del Fideicomiso de garantía el cual está basado en la experiencia del investigador y el procedimiento existente actualmente en tres entidades financiera autorizada en el país para ser fiduciario dentro de los Fideicomisos de Garantía.

a) Aviso de Incumplimiento:

El Fideicomisario acreedor trasladará o informará por escrito o en forma electrónica, al Fiduciario, el incumplimiento de pago o pago parcial, o bien aviso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales por parte de los

fideicomitentes individualmente considerados, para que se proceda a la realización de los fines del Fideicomiso. El fiduciario comunicará dicha situación a los Fideicomitentes que corresponda en cuanto al incumplimiento comunicado por el Fideicomisario Acreedor. El fiduciario dejará constancia en acta notarial de lo anterior y le otorgará a los fideicomitentes un plazo regularmente de cinco (5) días hábiles, salvo que fideicomisario acreedor disponga lo contrario, contados a partir de la fecha de la notificación o comunicación, para que atiendan las obligaciones garantizadas con el fideicomiso que han caído en incumplimiento, o demuestren documental y fehacientemente encontrarse al día en sus pagos. Finalizado el plazo otorgado sin que los respectivos fideicomitentes se pongan al día en sus pagos, el fiduciario realizara los fines instruidos en el contrato de constitución del Fideicomiso de Garantía.

b) Subasta Pública:

El fiduciario dará aviso por escrito a los Fideicomitentes y al Fideicomisario Acreedor del inicio del procedimiento de venta del bien o bienes en pública subasta notarial.

Si el patrimonio fideicometido consistiere en más de un bien, podrán llevarse a cabo una o varias públicas subastas notariales, es decir parciales o totales del patrimonio fideicometido, las que estime libremente el Fiduciario, lo cual aceptan plena e irrevocablemente los Fideicomitentes.

El fiduciario está facultado por los fideicomitentes, en forma expresa e irrevocable, para que en forma extrajudicial comunique, informe o notifique a los fideicomitentes por escrito de la forma que el fiduciario disponga, la fecha, hora y lugar, lo cual acepta plena e irrevocablemente el fideicomitente.

La base de la Subasta o en otras palabras el precio base por el cual serán subastados el o los bienes será como mínimo, un precio no menor al saldo del crédito al que asciende la deuda a la fecha programada para la subasta más los gastos y honorarios fideicomiso.

b.1) Publicaciones de la subasta: Para la publicidad de la subasta en todos los casos analizados las partes del fideicomiso pactan que se publicará un edicto, el cual es entregado por el Fiduciario, por tres veces durante diez días hábiles, como mínimo en el Diario Oficial y de considerarlo el fiduciario necesario, en otro medio de comunicación que libremente estime conveniente, las veces necesarias, liberando los Fideicomitentes, desde ya al Fiduciario de todo tipo de responsabilidad que pudiera derivarse del procedimiento de la pública subasta.

El aviso deberá contener los requisitos previstos para los edictos de remate judicial consignados en el artículo trescientos catorce (314) del Código Procesal Civil y Mercantil, en lo que fueren aplicables, y las demás estipulaciones que el Fiduciario estime convenientes, esto en virtud de la aplicación del proceso judicial al trámite administrativo realizado por el Fiduciario.

b.2) Depósito de los Interesados en realizar posturas: Al igual que en el proceso judicial, el interés del acreedor no es la apropiación de los bienes del deudor dados en garantía sino la venta de estos para el cumplimiento de las obligaciones a las cuales se encuentran afectados, por ello los interesados en la adquisición de los bienes subastados deben depositar en la cuenta de depósitos monetarios que el Fiduciario aperture para tal efecto, en la entidad bancaria que considere conveniente, a nombre del fideicomiso y haya sido comunicado a más tardar antes de la hora señalada para la pública subasta notarial, el diez por ciento (10%) de la base de la venta del bien o bienes, bajo el entendido que dicha cantidad se devolverá a las personas que no hubieren sido favorecidas dentro del procedimiento, y abonado al precio total que corresponda pagar a la parte adjudicataria o compradora del bien o los bienes.

El fideicomisario acreedor tendrá derecho de preferencia o la opción de adquirir el bien o los bienes o derechos fideicometidos siempre y cuando se cubra la mejor oferta presentada, en el entendido que en su Calidad de fideicomisario acreedor está exento del pago del diez por ciento (10%) antes indicado, esto es el equivalente del derecho de tanteo del acreedor en el proceso de ejecución en vía de apremio.

c) Día y hora de la subasta:

El día y hora señalados para la subasta pública, la práctica de la misma quedará documentada a través de Acta Notarial. El Notario designado para el efecto dará lectura al edicto publicado y anunciara las ofertas o posturas que se vayan recibiendo, las que podrán o no estar contenidas en plicas, de lo cual tomara nota.

El fiduciario en presencia del Notario designado deberá fincar la venta en el mejor oferente. En caso no hubieren oferentes o no se pudiere realizar la pública subasta, salvo que el fideicomisario acreedor solicite al fiduciario le sea adjudicado dentro de la subasta notarial el bien objeto de la misma, el fiduciario deberá convocar nuevamente a la pública subasta notarial y correspondiente venta del bien o bienes fideicometidos, cuyas bases disminuirán en un diez por ciento (10%) sucesivamente y se regirán por las mismas estipulaciones contenidas en el contrato de constitución del fideicomiso de garantía.

Todo lo acaecido en la subasta pública deberá constar en el acta notarial faccionada por el notario designado.

El postor favorecido en la subasta notarial deberá fijársele un plazo, el cual regularmente es no mayor de cinco (5) días hábiles para pagar la totalidad del precio de lo ofrecido, abonándose al valor total lo ya depositado para ejercer su derecho de postor en la subasta pública notarial.

d) Escrituración:

Una vez fincada la venta en el comprador, y este haya cancelado totalmente el importe de la misma, o en el caso que el Acreedor se haya adjudicado en pago los bienes subastados. El fiduciario deberá otorgar la escritura traslativa de dominio, siendo por cuenta del adjudicatario o adquirente el pago de todo gasto por la formalización y registro del negocio así como de cualquier impuesto si fuere el caso.

Si el adjudicatario no concurre a formalizar la compraventa, perderá lo depositado en abono al crédito, sin mayor o ulterior trámite, y el fiduciario podrá notificar al postor de la

segunda mejor oferta presentada, si lo hubiere, para que ejerza su derecho, o bien realizar el procedimiento para una nueva subasta en la forma antes establecida, teniendo el fideicomisario acreedor siempre el derecho que le sea adjudicado el bien o los bienes subastados.

La escritura de adjudicación en pago debe hacerse mediante escritura pública con las formalidades establecidas en la ley, la misma será autorizada por el Notario que el Fiduciario designe y por afectar bienes inmuebles o muebles identificables e inscritos en algún otro Registro Público, la escritura pública es requisito para su inscripción.

e) Orden de aplicación del pago, sea por pago o adjudicación:

Efectuada la venta el fiduciario procederá a aplicar el precio en el siguiente orden:

- a. Pago de los honorarios del fiduciario
- b. Pago de los gastos del fideicomiso;
- c. Abono al pago de capital, intereses y mora del crédito, si fuere el caso,
- d. Si se cubriere totalmente el saldo del crédito y hubiese algún remanente, lo entregara a los fideicomitentes en el orden establecido en la escritura de constitución del fideicomiso.

En la escritura de constitución del Fideicomiso queda pactado que los fideicomisarios tendrán derecho en cualquier momento, **hasta antes de la formalización de la escritura traslativa de dominio del bien o bienes**, recuperar el bien o bienes fideicometidos, según fuere el caso, pagando la suma total adeudada del crédito, más la totalidad de los gastos y los honorarios que se hubiesen causado dentro del fideicomiso y de la subasta o subastas notariales realizadas.

Lo anterior también en concordancia con el proceso de Ejecución en Vía de Apremio tramitado por la vía judicial. Ya que como fue relacionado anteriormente el fin del Fideicomiso de Garantía es el cumplimiento de la obligación de pago que el fideicomitente tienen con el Fideicomisario Acreedor, no importando la forma de este cumplimiento.

f) Inscripción en el Registro:

Al afectar bienes inmuebles que se encuentren inscritos en el Registro General de la Propiedad, se procederá a la inscripción de la escritura de venta o adjudicación de los bienes inmuebles en pago, según sea el caso, ya sea a favor de quien los ha comprado o quien realizó un oferta y se finco los bienes o el acreedor que se los haya adjudicado en pago.

Al momento de operarse la traslación de dominio se deberán cancelar todas las anotaciones de derechos reales de garantía que se hayan realizado en virtud de la acreedoría por la cual fue adjudicado o fincado los bienes.

2.5. Disposición de los bienes por parte del adjudicatario.

Al momento de constituirse el Fideicomiso de Garantía como fue relacionado anteriormente el Fideicomitente acepto y **se obligó** que al momento de darse el cumplimiento de los fines del Fideicomiso en caso de incumplimiento y que los bienes fueran vendidos o rematados, este entregaría los bienes por el simple requerimiento del Fiduciario, sin necesidad de requerimiento judicial alguno.

El fideicomiso de garantía, por ser un contrato mercantil, se encuentra fundamentado en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, los cuales dotan de una mayor credibilidad al negocio, en virtud de que como lo hemos indicado el contrato de Fideicomiso es un contrato de confianza entre los contratantes, ya que el fideicomitente espera que el fiduciario no abuse de los derechos otorgados y se limite al cumplimiento de los fines del fideicomiso y el Fiduciario espera el cumplimiento de la obligación del fideicomitente con el Fideicomisario Acreedor.

El fiduciario al momento de tener la posesión de los mismos procede a entregar ya sea al comprador, postor o adjudicatario, según sea el caso, los bienes consumando con ello el contrato de Fideicomiso de Garantía, ya que los fines de del mismo son cumplidos ya que el Acreedor, cuyo crédito se encontraba garantizado con el Fideicomiso de Garantía, se hace pago ya sea por el producto de la venta o por la plena propiedad (derecho inscrito y posesión del bien) de los bienes que servían de garantía a su crédito.

2.6 Incumplimiento de la obligación de entrega de los bienes.

A diferencia del proceso judicial de adjudicación de bienes dentro de un proceso de ejecución en vía de Apremio, el proceso de realización de bienes finaliza al momento de que la escritura de adjudicación es operada en el Registro de la Propiedad. Surgiendo en este momento el problema que es tratado a través del presente trabajo de investigación.

En pocos casos el Fideicomitente es requerido por el Fiduciario a la entrega de los bienes que fueran fincados o adjudicados, según sea el caso, sin embargo este, en una clara violación a lo pactado, hace caso omiso al fiduciario y no entrega los bienes.

Esto tiene como consecuencia que el Fideicomitente en un claro abuso de derecho y en violación a lo pactado continúe con la posesión de bienes que ya no son de su propiedad y que la posibilidad que los mismos regresen a él se ha extinguido.

Para el Fideicomisario acreedor el comprador o el adjudicatario el problema aun es mayor ya que tienen su derecho de propiedad inscrito en el Registro de la Propiedad, pero no tienen la nuda propiedad al carecer de la posesión de dichos bienes.

Al darse el incumplimiento en la entrega el adjudicatario del bien inmueble, quien ya tiene sus derechos como nuevo propietario inscritos en el Registro de la Propiedad, sin embargo al no tener un poder coercitivo para poder tomar posesión del bien necesariamente necesita el auxilio de un órgano jurisdiccional. Para ello del análisis de la legislación vigente el proceso idóneo para solicitar la desocupación es el Juicio Sumario regulado en el Libro II, Título III del Código Procesal Civil y Mercantil.

Del análisis del Juicio Sumario se establece que el mismo es un Proceso de Conocimiento, *“Proceso declarativo. Este tipo de proceso, también llamado de cognición o de conocimiento, es el que se promueve con el fin de obtener una sentencia en la que se declara la voluntad de la ley aplicable a la situación concreta que lo motiva.”*⁴⁹. En el presente caso no se busca la declaración de un derecho, sino por el contrario el

⁴⁹ Nájera Farfán, Mario Efraín, “Derecho Procesal Civil”, 2da. Edición, volumen I, Guatemala, Ius Ediciones; 2006. Pág. 278.

cumplimiento de las declaraciones contenidas en los contratos de Fideicomiso y adjudicación en pago y la obligatoria entrega el bien adjudicado.

El que en la actualidad se exija que debe de iniciarse un proceso de conocimiento para poder tener la posesión del bien por parte del adjudicatario, desnaturaliza de evidente forma los principios del derecho mercantil contenidos en el Contrato de Fideicomiso, ya que como se expuso anteriormente, este contrato es un medio dinámico, ágil y celero para dar fluidez a los créditos con garantía real otorgados por las instituciones financieras.

De ello que la presente investigación pretende establecer que con una reforma integral, los principios generales del derecho mercantil, los principios generales del derecho procesal general y específicos del Derecho Procesal Mercantil, la creación de una nueva herramienta, mas ágil y eficiente que en la actualidad es necesaria, y sea regulado un procedimiento notarial para llevar a cabo la subasta pública y al finalizar el mismo si no se tiene la posesión del bien dado en garantía, el órgano jurisdiccional Homologue el procedimiento de adjudicación y en virtud de ello se cumplan plenamente los fines del Fideicomiso de Garantía.

CÁPITULO 3

ANÁLISIS DE LOS PROCESOS VIGENTES

3.1. Teoría General del Proceso:

Necesariamente debe ser tratado en la presente investigación un tema tan elemental como lo es la teoría general del proceso, ello con el fin de establecer la viabilidad de la propuesta de un “proceso” notarial mediante el cual se realice la subasta de los bienes que sirven de garantía dentro del Fideicomiso de Garantía para logra la finalidad de este que es que el acreedor se cobre y tenga la efectiva posesión de los bienes que en ese momento ya son de su propiedad.

Resulta conveniente definir lo que es un proceso ya que en términos generales entendemos este como un conjunto de actos coordinados para llegar a un fin, en las aulas de la universidad, el catedrático de teoría general del proceso comparaba al proceso con un tren que salía de un punto determinado pasando por varias estaciones hasta finalmente llegar a su destino.

*“Ya dentro del terreno jurídico, pero en sentido general, entendemos por proceso una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico”.*⁵⁰

El proceso expuesto en el capítulo anterior contiene todos los actos que son realizados por los sujetos que intervienen en el Fideicomiso de Garantía para llegar al fin consistente en que los bienes dados en garantía sean subastados y con el producto de ello se extinga la obligación del Fideicomisario o que este se adjudique el bien en pago y posteriormente pueda tener la posesión.

Para la presente investigación es necesaria una definición jurídico procesal *“Proceso procesal es el conjunto de actos coordinaros que se ejecuntan en por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, defensa o la realización coactiva*

⁵⁰ Echendía, Hernando Devis. *Teoría General del Proceso*, Op. Cit. Pág.154.

*de los derechos que pretenda tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción.*⁵¹

La anterior definición contiene varios elementos que deben de ser analizados:

En primer término que los actos que conforman el proceso son realizados por o ante funcionario judicial del Estado, este elemento se refiere a que debe ser un órgano jurisdiccional quien realice estos actos o como se plantea el Notario ante un proceso de Jurisdicción Voluntaria.

Pese a que se establece que el monopolio de la jurisdicción lo tiene el Estado quien es el único que puede conocer de los conflictos que puedan surgir de la convivencia social *“Este acuerdo de voluntades, la ausencia de conflicto y la creciente tendencia en los países de descargar de trabajo innecesario a los órganos jurisdiccionales, permiten pensar que la función pueda ser realizada por un tercero, ya sea un órgano administrativo u otro funcionario reconocido legalmente (Notario), a efecto de que puedan atender, desde el punto de vista legal, el asunto, tema o negocio jurídico objeto de su interés.”*⁵²

En Guatemala la ley habilita al Notario a realizar en su despacho el trámite de ciertos procesos estas normas están contenidas en el Código Procesal Civil y Mercantil y en el decreto 54-77 que contiene la Ley Reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria.

Continua indicando que dentro del proceso deben mediar actuaciones de la ley refiriéndose con ello que los procedimientos deben de encontrarse regulados, circunstancia que no se da en la propuesta por lo que debe de regularse al respecto. Ya que en la actualidad son específicos los tramites que la ley habilita para que sean tramitados en la sede notarial.

La propuesta de la presente investigación radica en ello en que mediante a una reforma de ley se dé certeza jurídica al procedimiento para que dentro de un fideicomiso

⁵¹ Redenti, Enrico; *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina, 1957. Pág.87.

⁵² Alvarado Sandoval, Ricardo y Jose Antonio Gracia González. *Procedimientos Notariales dentro de la jurisdicción Voluntaria Guatemalteca*. Guatemala, 2006. Pág.7.

de garantía se logre la subasta o adjudicación por parte del acreedor de los bienes dados en garantía.

Continúa señalando que a través del proceso se busca la declaración, defensa o realización coactiva de derechos, esta última exclusiva de un órgano jurisdiccional y que a través de la homologación del proceso propuesto pueda hacerse por un órgano jurisdiccional.

El Doctor Erick Alvarez (2010) ⁵³ indica que la teoría general del proceso contiene las normas y principios que estudian esta función jurisdiccional del Estado y que son comunes a la diversidad de procesos que se encuentran regulados dependiendo la especialidad del conflicto que debe ser resuelto.

El Estado, como garante de la paz y convivencia social, debe de proveer los medios o formas de que los conflictos que surgen entre sus gobernados sean resueltos de forma eficaz, de ahí que surge el concepto de jurisdicción que es esa facultad que tienen los órganos jurisdiccionales de administrar justicia. La jurisdicción es definida como: *“La palabra “jurisdicción” proviene de dos vocablos latinos: jus que significa “derecho”, y dicere, que significa “decir” o “declarar”. Si se conjuntan ambas raíces latinas, el resultado se aproximará a “decir el derecho”. La jurisdicción se desenvuelve realizando determinados actos por parte de la autoridad, mismos que están encaminados a solucionar un conflicto o controversia, mediante la aplicación de una ley general al caso concreto. Así lo estatuye la Constitución en su artículo 17, al señalar en su parte conducente que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos fijados en la ley.”*⁵⁴

En la legislación guatemalteca la jurisdicción se encuentra regulada en los artículos Constitucionales 12, que regula el derecho de defensa y la legitimidad de los

⁵³ Alvarez Mancilla, Erick Alfonso; *Fundamentos Generales del Derecho Procesal*. Primera Edición. Departamento de Comunicación Social, Organismo Judicial de Guatemala. 2010. Pág.29.

⁵⁴ García Romero, Lucila; *Teoría General del Proceso*. Red Tercer Milenio S.C. México, 2012. Pág. 54.

tribunales de justicia, los artículos 28 y 29 que contienen del derecho de petición y el libre acceso a los tribunales de justicia.

De ahí que esta jurisdicción es ejercida por un órgano jurisdiccional el cual se encuentra preestablecido por disposición legal, sin embargo este órgano se encuentra supeditado a la Constitución Política de la República y las demás leyes que conforman el ordenamiento jurídico.

Este ordenamiento jurídico es el que a través del derecho adjetivo crea los procedimientos o procesos para la consecución de la justicia, por ello “el proceso” surge un elemento esencial.

Es común el que se confundan las figuras de proceso y procedimiento, el proceso es la función que se hace, mientras el procedimiento es solo el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve hasta su finalización el proceso. “... *el proceso [es un] conjunto de actos regulados mediante el procedimiento...*”.⁵⁵

Como todo actuar del Estado este debe de encontrarse regulado, como lo indicamos las normas procesales regulan el procedimiento a seguir dependiendo la rama del derecho a la que se refiera el conflicto a resolver, procesos penales, civiles, laborales, contenciosos administrativos, etc. Sin embargo independiente del tipo de procedimiento, este debe de regirse por principios generales los cuales analizaremos a continuación.

3.2 Jurisdicción Voluntaria

Es discutida por varios autores dos cuestiones sobre la jurisdicción voluntaria, la primera si esta es en realidad una jurisdicción ya que como lo indicamos anteriormente el ejercicio de la función judicial es exclusiva del organismo judicial. Y la segunda si es en realidad voluntaria ya que es un elemento esencial de la jurisdicción que exista un conflicto en el cual el Juez medie.

⁵⁵ *Ibíd.* Pág.54.

Eduardo Couture realiza una división de la jurisdicción indicando: *“Se habla, entonces de jurisdicción contenciosa, voluntaria y disciplinaria, tan como si fueran tres formas o manifestaciones de una misma función”*.⁵⁶ la primera siendo la jurisdicción propiamente dicha, la segunda que regulan el ordenado desenvolvimiento de la función jurisdicción y la tercera que es la de nuestro interés la jurisdicción voluntaria la cual indica Couture: *“Se dice habitualmente que la jurisdicción voluntaria cumple con una función administrativa y no jurisdiccional.”*⁵⁷

Caso contrario es el criterio del autor que el proceso de cognición que realiza el juez o notario en la jurisdicción voluntaria no es eminentemente administrativo, ya que debe analizar y resolver sobre cuestiones de interés privado, caso contrario en el derecho administrativo lo resuelto por el órgano administrativo persigue un bien común.

Esto es ampliado por el Doctor Aguirre Godoy quien indica: *“Para aclarar nuestra posición en este punto debemos manifestar que cuando hablamos de función administrativa, a través de la jurisdicción voluntaria, no nos estamos refiriendo a un acto administrativo del derecho público. Este naturalmente tiene diferencias con el acto de jurisdicción voluntaria. Este es un acto judicial de administración de intereses privados. Por esta naturaleza es que tal clase de actos pueden ser llevado a a sede notarial. Tanto el juez como el Notario asumen una actitud imparcial. En el acto administrativo, aunque persiga el interés general, hay un sujeto, que es la administración, que no es imparcial. Tan no lo es que el control de la legalidad de esos actos pueden llevarse a la vía contencioso – administrativa.”*⁵⁸

Los autores Ricardo Alvarado y José Gracias citando a Alcalá-Zamora indican que existen rasgos diferenciadores entre la Jurisdicción contenciosa y la Jurisdicción voluntaria:

⁵⁶ Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina. 2007. Pág. 43.

⁵⁷ Loc.Cit.

⁵⁸ Aguirre Godoy, Mario. *El Notario y la Jurisdicción Voluntaria. Veinticinco años de la Jurisdicción Voluntaria*. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. 2003. Pag. 48

“a) El presupuesto: El presupuesto de la jurisdicción voluntaria es la ausencia o inexistencia de litigio.”

b) La actividad desenvuelta: La actividad que se realiza en la jurisdicción contenciosa es, stricto sensu, la única que puede calificarse de jurisdiccional, en tanto que la que corresponde a la jurisdicción voluntaria, no lo es. En este último tipo de asuntos, el conocimiento que realizan los funcionarios judiciales no corresponde al de “auténticos juzgadores”.

c) La definición de cada jurisdicción: El fin que se logra a través del ejercicio de la jurisdicción, desde el punto de vista procesal, es la culminación del conocimiento de una determinada controversia, dándole connotación de cosa juzgada e imposibilitándose así poder volver sobre ella más adelante. Esto no ocurre en los asuntos de jurisdicción voluntaria, ya que no adquieren tal estado de conclusión, por el contrario lo que les caracteriza es “la reformabilidad de sus resoluciones”⁵⁹

3.2.1 Principios de la Jurisdicción Voluntaria

En los considerandos del Decreto 54-77 que contiene la Ley Reguladora de la Tramitación de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria en los artículos del 1 al 5, se encuentran contenidos los principios fundamentales de los asuntos de jurisdicción voluntaria los cuales analizaremos a continuación.

a. Consentimiento unánime:

Para que el asunto pueda ser tramitado ante notario se requiere el consentimiento una mine de todos los interesados. Al momento de presentarse oposición o contienda este proceso deberá ser tramitado ante un órgano jurisdiccional.

b. Actuaciones y resoluciones.

Todas las actuaciones deben hacerse constar en documentos, cumpliendo los requisitos mínimos que establece la ley.

⁵⁹ Alvarado Sandoval, Ricardo y Jose Antonio Gracia González. Op.Cit. Pág. 5.

c. Colaboración de las autoridades.

El notario está facultado a solicitar de las autoridades la información necesaria para el trámite de su proceso y cuando exista resistencia para obtener la información solicitada puede acudir a un órgano jurisdiccional para que este apremie la entrega de la información solicitada.

d. Audiencia a la Procuraduría General de la Nación.

En los casos que la ley disponga es necesaria la intervención de la Procuraduría General de la Nación, lo dictaminado por dicha entidad es vinculante para lo que pueda ser resuelto por el Notario, sin embargo no lo es para un órgano jurisdiccional.

El texto original indica que la audiencia debe conferírsele al Ministerio Público, sin embargo conforme a lo establecido en el Decreto 25-97 en los asuntos de jurisdicción voluntaria debe entenderse cuando se hace mención al Ministerio Público que se refiere en realidad a la Procuraduría General de la Nación.

e. Opción de trámite.

Los interesados tienen la opción de elegir entre la tramitación por la vía notarial o la vía judicial según lo consideren conveniente a sus intereses, pudiendo en cualquier momento convertir la acción notarial a judicial y viceversa.

f. Inscripción en los Registros.

Es suficiente la certificación notarial de la resolución hecha por el notario para que se pueda inscribir lo resuelto en los registros públicos, en caso de que se dispongan sobre bienes inmuebles esto necesariamente debe hacerse mediante escritura pública como requisito esencial para su inscripción en el Registro General de la Propiedad.

g. Remisión al Archivo General de la Propiedad.

Una vez concluido el trámite del proceso de jurisdicción voluntaria el notario debe enviar el expediente tramitado al Archivo General de Protocolos quien es el encargado del archivo de los mismos.

La propuesta que se realiza a través de la presente investigación es el que dentro del decreto 54-77 se agregue el trámite de subasta de bienes en fideicomiso y que sea este el idóneo para las necesidades de las entidades financieras y que lleven la dirección en todo el proceso por parte del Notario.

Al finalizar el proceso de subasta cuando se deba la entrega al adjudicatario o la institución financiera fideicomisaria exista un proceso ágil para la disposición del bien cuando no exista la posesión por parte de este, esto a través de la homologación la cual será analizada a continuación.

3.3 Procesos con Intervención Notarial:

El libro cuarto del Código Procesal Civil regula lo relativo a Procesos Especiales denominándolos “Jurisdicción Voluntaria” enumerando en dicho libro los procesos los cuales pueden ser promovidos ante un órgano jurisdiccional.

Al investigar sobre los antecedentes de estos procesos se establece que los mismos fueron introducidos a través del actual Código Procesal Civil y Mercantil vigente, sin que exista en la legislación anterior una figura similar.

Lo anterior fue desarrollado, innovado y superado a través del Decreto 54-77 del Congreso de la República el cual contiene la Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, la cual habilita al Notario a tramitar en su sede notarial algunos procesos, sin que exista para ello intervención jurisdiccional.

3.3.1 El Notario:

La palabra notario proviene del latín *notarius* que significa secretario o taquígrafo. Esta figura data desde Roma en donde así se le denominaba aquella persona que tomaba el dictado, o bien que realizaba las anotaciones.

La legislación guatemalteca no tiene una definición como tal de lo que es ser notario regulando en el artículo 1 del Código de Notariado que: “*El notario tiene fe pública,*

para hacer constar, autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”

“La actividad del notario consiste en escuchar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento. En todas estas etapas la actividad del notario debe caracterizarlo su veracidad, imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, equidad en el cobro de honorarios, preparación técnica y jurídica, desempeño personal y cumplimiento de las demás normas éticas y jurídicas.”⁶⁰

Es por ello que la función del notario en el proceso propuesto de subasta es de vital importancia ya que como notario imparcial debe velar por la legalidad del proceso en el encomendado. Esto persiguiendo el objetivo primordial de descongestionar de carga a los tribunales de justicia apoyándose en el Notario.

“Pues bien, siendo la actividad de los notarios bastante diversificada, es lógico que tenga puntos de contacto con la actividad jurisdiccional. La función notarial puede desempeñar un papel muy importante en la tarea procesal y es conveniente, por la misma garantía que se desprende del acto notarial, darle mayor participación al Notario en el desarrollo de un proceso.”⁶¹

De ahí que la propuesta es que se regule la tramitación de la subasta mediante un procedimiento estandarizado que pueda ser tramitado en la sede notarial, ello con el objeto de que el notario como funcionario público, establezca los lineamientos y resguarde que el procedimiento cumpla con la ley y se respeten los derechos de las partes.

3.3.2 Fe pública.

Elemento de la función notarial necesario de ser analizado por ser una característica esencial en la actividad notarial.

⁶⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho Notarial*. Décima edición, Editorial Porrúa, Sociedad Anónima; México 2000. Pág. 24.

⁶¹ Aguirre Godoy, Mario; Op. Cit. Pág. 21.

*“El concepto de fe pública se asocia a la función notarial de manera más directa que a cualquier otra actividad humana. El escribano da fe de cuanto ha percibido “ex propii sesibus” y el derecho da fe a lo que el escribano asegura haber percibido. Esa fe es, además pública. Lo es, en términos generales, en cuanto emana del escribano, porque éste desempeña una función pública; y lo es, además, del público por antonomasia”.*⁶²

La fe pública es un elemento esencial del Notario, es la embestidura que ostenta para la función que realiza, ya que en virtud de ella los documentos y actuaciones realizados por el contienen veracidad por su simple otorgamiento, este elemento es delegado por el Estado con el objeto de que el notario pueda dar fe de los actos en los cuales interviene autenticándolos con ello garantizando el derecho.

*“jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda al albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que se pueda decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que forman el ente social”.*⁶³

Bernardo Pérez (2000)⁶⁴ Indica que la fe pública otorgada al notario persigue cumplir tres finalidades a los actos y contratos que otorga siendo estos:

- a) “Seguridad:** Es la calidad de seguridad y firmeza que se le da al documento notarial. El análisis que realiza el notario en la cual utiliza toda su capacidad y conocimiento en concordancia con el sistema normativo vigente lo cual hace al documento perfecto.
- b) Valor:** Utilidad, aptitud, fuerza, eficacia del documento para producir efectos. Es el valor jurídico, ya que el documento puede hacerse valer ante terceros. Es la eficacia y la fuerza que cuenta el documento por el simple hecho de ser autorizado por notario quien intervino para su otorgamiento.

⁶² Couture, Eduardo J. *Concepto de fe pública*. Universidad de Montevideo, Montevideo 1954. Pág. 17.

⁶³ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Op. Cit. Pág. 145.

⁶⁴ Loc. Cit.

c) **Permanencia:** *El documento autorizado se proyecta hacia el futuro. A pesar de que los documentos no son permanentes los autorizados por notarios permanecen en el tiempo ya que existen registros, archivos, etcétera quienes realizan esta función.”*⁶⁵

Elementos que se evidencian en cada uno de los documentos que son autorizados por el Notario en ejercicio de la función que realiza.

3.4 Ejecución de Garantías Mobiliarias

3.4.1 Concepto de Garantía Mobiliaria:

La garantía mobiliaria es definida por la Ley de garantías Mobiliarias en su artículo 3 como: *“La garantía mobiliaria es el derecho real de garantía constituido por el deudor garante a favor del acreedor garantizado, para garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones del deudor principal o de un tercero. Consiste en la preferencia que le otorga al acreedor garantizado para la posesión y ejecución de los bienes muebles dados en garantía. La garantía mobiliaria se constituye en la forma que establece la ley.”*

Debe de tomarse en cuenta que el concepto de garantía mobiliaria comprenderá, además, aquellos contratos, pactos o cláusulas comúnmente utilizados para garantizar obligaciones respecto a bienes muebles, tales como la venta con reserva de dominio, **los fideicomisos de garantía**, la prenda flotante de establecimiento comercial o de fondo de comercio, el descuento de créditos o cuentas por cobrar en los libros del acreedor, el arrendamiento financiero y cualquier otra garantía mueble contemplada en la legislación con anterioridad a ley de Garantías Mobiliarias.

La Ley de Garantías Mobiliarias contenida en el decreto número 51-2007 del Congreso de la República fue promulgada en el año 2007, sin embargo la misma carecía de efectividad, ya que el Registro de Garantías Mobiliarias no tenía las herramientas necesarias para implementar de forma efectiva la ley. Esto cambio a través de las reformas que tuvo la ley a través del Decreto 04-2018 las cuales entraron en vigencia a

⁶⁵ Loc. Cit.

partir del seis de abril del año 2018, ya que otorgaron al Registro de Garantías Mobiliarias las herramientas necesarias para realizar de forma efectiva su mandato legal.

Además introdujo de forma revolucionaria, y afín a la propuesta realizada a través del presente trabajo de investigación, un procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria más eficiente, regulando los procesos de venta directa, subasta privada o adjudicación en pago de forma judicial más expeditos y menos burócratas.

Así mismo en su artículo 58 regula: *“El acreedor garantizado y el deudor garante podrán, al momento de suscribir el contrato de garantía, o en cualquier momento, incluso después que se ha dado incumplimiento y aunque se hubiere iniciado cualquiera de los procedimientos establecidos en esta Ley, convenir la **subasta, venta o adjudicación de los bienes en garantía se lleve a cabo de forma privada**, en los términos y condiciones que **acuerden libremente**, en cuyo caso no serán aplicables los procedimientos establecidos en esta Ley para la subasta pública venta directa y/o adjudicación de bienes en garantía. Igualmente, se podrá acordar respecto de la entrega y forma de desapoderamiento del bien, la forma y las condiciones de la subasta privada, venta o adjudicación y cualquier otro aspecto, en tanto no se vulneren derechos constitucionales de las partes y de terceros.”*

De lo anterior la Ley de Garantías Mobiliarias habilita la creación de un procedimiento privado, el cual debe ser acordado libremente por las partes, esto en base al principio de libertad de contratación, por lo cual se puede afirmar que este proceso se ve limitado por que debe tener un objeto lícito y debe evitarse el abuso de derecho de alguno de los contratantes, a través de este proceso privado puede disponerse la forma de ejecución de la garantía mobiliaria en caso de darse el incumplimiento de la obligación que se encuentra garantizada.

Otra limitante de dicho proceso privado de ejecución, es que el mismo no debe vulnerar ninguno de los derechos constitucionales de las partes. Como el debido proceso (de ello que es importante que el acuerdo regule todas las posibles incidencias), la defensa (debe existir audiencia para presentar defensa), igualdad, propiedad, etc.

Sin embargo del análisis de la norma esta aun contiene deficiencias ya que pese a que otorga amplias facultades a las partes de contratar libremente el acuerdo de ejecución de la garantía mobiliaria, este necesariamente en algún momento tendrá efectos exteriores los cuales no son previstos en la ley, como por ejemplo la necesaria inscripción de las subastas o adjudicaciones en pago en registros como el Fiscal de Vehículos en el caso de que la garantía mobiliaria recaída en un vehículos automotor.

Lo anterior en virtud de que la autonomía de la voluntad y la libre disposición afecta únicamente a los contratantes quienes pueden hacer todo lo que la ley no les prohíbe, sin embargo al sustraer a un tercero y que en este caso es un ente de estado este principio opera de manera distinta ya que el funcionario únicamente puede hacer lo que la ley le faculta expresamente (Principio de legalidad constitucional contenido en los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la Republica). Por lo cual no está obligado a cumplir un acuerdo de voluntades ajeno a él.

La propuesta realizada a través de la presente investigación espera superar las deficiencias que se establecen en la Ley de Garantías Mobiliarias, creando un proceso ágil, eficaz y eficiente que pueda ser tramitado en sede notarial y que en caso de un eventual incumplimiento de la entrega de los bienes este procedimiento pueda ser homologado por un órgano jurisdiccional que tiene el poder coercitivo de hacer efectivo el fin de Fideicomiso de Garantía.

3.5 De la Homologación

“La palabra “Homologación” derivado del griego homólogos que significa “acordar”, comúnmente este término es utilizado para “equiparar dos cosas” pudiendo ser estas cosas documentos, especificaciones, características”⁶⁶. Esta definición se sustrae de una enciclopedia Jurídica en línea la cual además indica que este término además es utilizado para verificar el cumplimiento de determinadas especificaciones o características. En la actualidad es utilizado en diversos ámbitos como el deportivo para equiparar resultados

⁶⁶ Enciclopedia Jurídica. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/homologaci%C3%B3n/homologaci%C3%B3n.htm>

en distintas pruebas, en el académico cuando se da el reconocimiento de algún título académico, etc.

Con relación al término “Homologar”, esta figura doctrinaria es definida por el Diccionario de la Real Academia como: *“Equiparar, poner en relación de igualdad dos cosas.”*⁶⁷. Este es el presupuesto de la tesis planteada, el establecer la facultad del Juzgador de equiparar, el proceso de subasta del Fideicomiso con la adjudicación de la Ejecución en Vía de Apremio y que el Juez de validez a lo actuado en sede notarial para que pueda darse la efectiva posesión de los bienes al acreedor que se ha convertido en propietario.

De lo anteriormente indicado, la homologación debe de ser analizada para establecer la procedencia de la tesis propuesta. Esta figura es simple y ha sido explicada acertadamente con anterioridad: Según Cabanellas G., *“homologación” es “dar aprobación, consentimiento, rectificación. Confirmación judicial de determinados actos de las partes, para la debida constancia y eficacia.”*⁶⁸

En otras palabras, es el reconocimiento que el Juez le da a un acto que no fue realizado dentro de su órgano jurisdiccional, pero que por las formalidades que ha seguido o el asunto que se trate se le puede dar este reconocimiento por lo que dichas actuaciones pasan a formar parte de un proceso jurisdiccional.

Lo anterior se encuentra mejormente analizado en el siguiente párrafo ya que como se indicó la homologación es utilizada en diferentes ámbitos pero en el presente caso el que nos interesa analizar es el siguiente:

3.5.1 Ámbito jurídico

El autor Castillo y Castillo afirma que homologar, *“es consentir confirmar. Dictar auto o providencia, el Juez confirma actos o contratos de las partes, a fin de hacerlos más firmes ejecutivos y solemnes. Proceder a un acto administrativo superior que*

⁶⁷ Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=4TsdIBo>

⁶⁸ Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual, tomo IV. Buenos Aires, Argentina. Editorial Eliasta. 2003, Pág. 300.

*aprueba algún acuerdo o decisión de particulares, por adecuarse al régimen existente o a las normas políticas discrecionales del caso. En efecto, cuando se aplica la mediación y las partes llegan a un acuerdo, si existe un compromiso de pago, es conveniente homologar el acuerdo, para que la parte que incumpla pueda ser demandada en el ramo civil, a través de un juicio ejecutivo*⁶⁹

De ello es que podemos concluir que en el ámbito jurídico, “homologar” consiste en un acto administrativo del juez o la autoridad competente en el cual debe de confirmar actos, convenios, y sentencias para hacerlos firmes.

Para analizar estos casos se establece que la doctrina avala términos y conceptos que aprueban la aplicación de la homologación en el ámbito jurídico, analizaremos a continuación varios de ellos que son de vital importancia a la investigación, este análisis se realizará únicamente de los casos de derecho privado ya que en los casos que se dan en el derecho público aunque guardan los mismos principios, no son de importancia para la presente investigación ya que el Juez que lo aplica es ajeno y no tiene competencia sobre el asunto de homologar un procedimiento notarial de una adjudicación de bienes a través de un Fideicomiso de Garantía.

a. El excequatur

En los casos de homologación de una sentencia extranjera, el Estado debe de analizar si la misma contempla los requisitos conforme al ordenamiento jurídico para adquirir el reconocimiento u homologación, esto es lo que se conoce como *exequátur* (Artículo 43 Código de Derecho Internacional Privado).

Con relación al *exequátur*: “*Para permitir que una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional extranjero pueda ser ejecutada en el país en que se hace valer, generalmente se establece un proceso especial de cognición, a través del cual se determina si la sentencia extranjera fue pronunciada respetando las garantías mínimas del contradictorio y también si su ejecución no lesiona principios que en el país donde se*

⁶⁹ Castillo y Castillo, Carlos. La mediación en el Código Procesal Penal fundamentos legales de la mediación. Guatemala, Ed. Oscar de León Palacios, 2004. Pág. 37

pide su ejecución se consideran de orden público, o bien, si se afecta la soberanía de dicho país.”⁷⁰

No obstante, el *exequátur* es un procedimiento que se aplica únicamente en la homologación de sentencias extranjeras por lo que es importante analizar la esencia de este ya que es de vital importancia para la tesis propuesta. En Guatemala este procedimiento no se encuentra regulado específicamente, salvo las condiciones que se estipulan en los artículos 344 y subsiguientes del Código Procesal Civil y Mercantil, y el procedimiento para ello se encuentra detallado en legislación de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante).

El Código de Bustamante no establece un procedimiento como tal, sino que para que se de la homologación de una sentencia extranjera, se deben cumplir ciertos presupuestos como observa como primer lugar, si existe un tratado entre ambos países, de lo contrario se aplica el principio de reciprocidad, o en su defecto si el Estado donde se tramite el *exequátur* otorga valor a las sentencias emanadas del otro Estado.

El artículo 423 del Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), regula además que se debe cumplir los siguientes requisitos para su respectiva homologación:

1. *“Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que la haya dictado;*
2. *Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;*
3. *Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;*
4. *Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte;*
5. *Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;*

⁷⁰ Aguirre Godoy, Mario. Op. Cit. Pág. 330.

6. *Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.*⁷¹

Otros casos objeto de estudio lo pueden ser los laudos arbitrales emitidos por Tribunales de Arbitraje fuera del territorio nacional y que son ejecutados (*exequatur*) en Guatemala. Al respecto, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) realizó la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958, la cual trata de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de las sentencias o laudos extranjeros y no nacionales.

*“La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados partes a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales.”*⁷²

De lo anterior podemos establecer que este *exequatur* intrínsecamente consiste en una revisión de lo actuado con anterioridad en un órgano distinto al que debe ejecutar lo resuelto, este tema es de vital importancia para la tesis propuesta, y los únicos requisitos que deben ser cumplidos para poder realizar esta acción en verificar la legalidad de lo actuado.

b. Homologación de proceso sucesorio ante Notario

El artículo 495 del Código Procesal Civil y Mercantil establece una homologación que es la que hace el Juez que recibe unas actuaciones de un Proceso Sucesorio Extrajudicial el cual es tramitado ante la oficina de un Notario y este reconocimiento según nuestra legislación tampoco necesita de una revisión previa de lo actuado únicamente el Juez

⁷¹ Código de Derecho Internacional Privado. (Código de Bustamante). La Habana Cuba, 1928. Aprobado mediante Decreto número 1575 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala.

⁷² Naciones Unidas, objetivos de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.

procederá a su aprobación sin mayor trámite y lo único que tendrá que hacer es dictar un auto que contenga:

- *“Que está probado el fallecimiento del causante o su muerte presunta*
- *El nombre y dirección del notario ante quien se tramita el proceso sucesorio extrajudicial;*
- *El nombre de los herederos que justificaron su condición como tal.*
- *La declaratoria respecto a las cláusulas que contengan condiciones imposibles de cumplir o disposiciones contrarias a la moral o a la ley; y*
- *La aprobación del inventario, si fuere el caso.”*⁷³

Esta homologación es especial ya que el artículo relacionado en su último párrafo establece: *“Al quedar firme la decisión judicial, el expediente volverá a poder del notario, con certificación de lo resuelto.”*

De lo anterior se establece que el único efecto de esta homologación es el equiparar o consentir lo actuado por el Notario en su oficina profesional como válido, ya que aunque la ley no lo establezca es evidente que debe de existir o haber por parte del Juez un análisis y estudio de lo actuado para establecer la legalidad de lo actuado.

Así mismo con relación al mismo asunto existe una homologación que se encuentra contenida en el artículo 493 tercer párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil que establece: *“Cuando el Ministerio Público, tratándose de sucesión testamentaria, objetare determinadas cláusulas del testamento, sin acusar la nulidad de éste, el notario podrá hacer las declaratoria correspondiente; pero quedará obligado a someter el expediente al juez competente, para los efectos de su homologación.”*

La anterior homologación tiene el mismo efecto que la contenida en el artículo 495 del Código Procesal Civil y Mercantil y es el dar validez a lo actuado por el Notario en virtud de la objeción que pudiere realizar la Procuraduría General de la Nación en cuanto a la valides de alguna cláusula del testamento, la que de conformidad con la ley no pueda provocar la nulidad de este.

⁷³ Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia, Decreto Ley 107. Código Procesal Civil y Mercantil. Guatemala 1973.

Nuevamente el objeto de esta homologación es revisar lo actuado en sede Notarial y de cumplirse con el procedimiento establecidos en ley y de no violentarse derecho de ninguna de las partes o el orden público, dar validez a lo actuado.

c. Homologación para la declaratoria de utilidad y necesidad

El caso a analizar se refiere al proceso de jurisdicción voluntaria tramitado ante la oficina del Notario en donde se busca la autorización para la Disposición y Gravamen de bienes de menor o incapaz, trámite que puede ser tramitado ante Notario de conformidad con los artículos 11, 12 y 13 del Decreto 54-77 que contiene La Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria

El artículo 423 del Código Procesal Civil y Mercantil contiene otro caso de Homologación el cual es muy particular ya que esta homologación surte los mismos efectos que los casos antes analizados en cuanto a que el Juez de un reconocimiento a lo actuado por el Notario, pero la particularidad radica en el hecho de que al darse esta homologación, la cual vale la pena indicar no se encuentra denominada como tal, aparte de dar este reconocimiento a lo actuado, si el proceso se tratara sobre la venta de bienes de un menor o incapaz el Juez debe fijar los términos en que se llevara a cabo esta subasta.

Es importante el análisis de este caso ya que es evidente que la subasta no puede darse dentro del proceso notarial ya que la ley reguladora de la materia (Decreto 54-77) no regula este presupuesto por lo que únicamente el Juez en ejercicio de su función jurisdiccional tiene la facultar para determinar la forma en que se llevara a cabo la subasta para la venta de los bienes del menor o incapaz.

Circunstancia similar ocurre en la tesis presentada ya que la ley si otorga facultar a Fiduciario del Fideicomiso de garantía de realizar la subasta de los bienes pero al pasar estos a favor del acreedor hipotecario o postor adjudicatario, la ley no permite a ningún sujeto una medida coercitiva efectiva para la efectiva posesión del bien que ya es de su propiedad.

3.5.2 Naturaleza Jurídica

De todas las obras, diccionarios, enciclopedias jurídicas y otros documentos consultados, ningún autor se arriesga a exponer o explicar la naturaleza jurídica de la Homologación, sin embargo el autor de la presente investigación considera un aporte importante el hacerlo, tanto para que en futuras consultas se cuente con este apoyo doctrinario, como para la presente investigación ya que al entender la naturaleza jurídica de la “Homologación”, se establecerá la procedencia de la tesis propuesta en cuanto a que esta figura es el instrumento idóneo para el cumplimiento de los Fines del Fideicomiso de Garantía para dar la efectiva posesión de los bienes que fueran subastados.

Dentro de otros objetivos, la presente investigación pretende mostrar la naturaleza jurídica del término Homologación, con relación en el análisis de la figura, la experiencia, e uso y la aplicación.

La Naturaleza Jurídica de la Homologación en el ámbito jurídico procesal es un procedimiento mediante el cual se pretende el **reconocimiento** o aprobación, posterior a una calificación, que da un órgano jurisdiccional a ciertos actos realizados fuera del dicho órgano, con el único fin de establecer el cumplimiento o no de los principios fundamentales del proceso y la ley y que en los actos que fueron realizados se haya cumplido el debido proceso y fueron respetados los derechos fundamentales de las partes que en ellos intervinieron.

CÁPITULO 4

PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

“Establecer las ‘reglas del juego’ es una función elemental del gobierno. Tanto a priori como a posteriori. Debe contarse con un marco de reglas bajo las cuales las personas puedan realizar actividad económica, y, en caso de presentarse un problema, establecer una infraestructura que asegure que las reglas se harán cumplir. El primero es el Derecho, el segundo son los órganos aplicadores del Derecho.”⁷⁴

Del anterior precepto se fundamenta la propuesta de que es el Estado quien debe velar por crear normas que establezcan los procedimientos propuestos en la presente tesis al dar vida jurídica al proceso de Subasta tramitado en sede notarial y su eventual homologación para resolver el problema de la entrega del bien dar completo cumplimiento a la realización de los fines del fideicomiso.

4.1. Del proceso notarial de subasta de bienes dentro del Fideicomiso de Garantía.

Como fue expuesto en los capítulos anteriores en la actualidad el proceso de subasta de bienes en virtud de un fideicomiso de garantía es contractual, por ello su procedimiento puede ser de miles de formas, dependiendo del pacto hecho por las partes. Así mismo el actuar del notario en la actualidad es meramente formal, sin que exista una real participación en el proceso, limitándose a realizar notificaciones y el acta de la subasta.

La propuesta que se realiza radica en regular a través de un proceso de jurisdicción voluntaria el proceso mediante el cual se subastan los bienes dentro del Fideicomiso de Garantía, con el fin de que la participación del notario ya no sea únicamente de

⁷⁴ Gonzalez de Cossío, Francisco, La Seguridad Jurídica y la Economía. Ponencia ante X Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Campeche 2007. Pág. 221.

intervención mínima, sino que por el contrario exista una labor de asesoría, dirección y legalidad en el proceso a realizar.

Para ello el proceso propuesto debe de cumplir con los principios de la jurisdicción voluntaria que ya hemos analizado, siendo de vital importancia el de consentimiento unánime el cual debe surgir desde el momento de la constitución del Fideicomiso de Garantía, por lo cual necesariamente a la escritura deberá agregársele una cláusula mediante la cual el fideicomitente y fideicomisario reconozcan que en caso de darse algún incumplimiento en la obligación que garantiza el contrato de Fideicomiso de Garantía y deba de realizarse la subasta de los bienes que garantizan el cumplimiento de la obligación, aceptan que el proceso de subasta se realice conforme al procedimiento de subasta contenido en la Ley Reguladora de la tramitación Notarial de asuntos de jurisdicción Voluntaria (norma legal que debe ser reformada).

4.2. De la reforma propuesta.

Para que la subasta tenga calidad procesal es necesario que la misma en cumplimiento del principio procesal de legalidad, se encuentre contenido en una norma legal vigente, circunstancia que a la presente no se da, ya que el mismo es parte de un contrato mercantil.

La normativa legal que debe ser reformada es la “Ley Reguladora de la tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria” contenida en el Decreto 54-77 del Congreso de la República, la cual regula los procesos que pueden ser tramitados en la sede notarial.

La reforma propuesta deberá incluir la adición de un nuevo capítulo a la ley relacionada el cual deberá quedar de la siguiente manera:

“CÁPITULO VII

SUBASTA NOTARIAL

ARTÍCULO 35. Procedencia: La subasta notarial a que se hace referencia en el artículo 449 del Código Procesal Civil, se verificara en las condiciones que fijen

libremente las partes, en cuanto a no contraríen el procedimiento establecido en los siguientes artículos y no se vulneren derechos constitucionales de las partes o de terceros.

ARTÍCULO 36. Solicitud. Cuando en un contrato se ha pactado la subasta notarial de algún bien, ya sea mueble o inmueble, la persona legitimada para hacerlo, solicitará ante el notario la subasta debiendo indicar los términos en los cuales se efectuará la misma en base a lo pactado entre las partes.

Se debe entender que el presente procedimiento no es el propietario el que promueve la venta, sino un tercero autorizado para ello, ya que de ser así el trámite procedente es el de la subasta voluntaria.

ARTÍCULO 37. Notificación y Audiencia. De la solicitud realizada deberá notificarse a todo aquel que tenga un derecho real sobre el inmueble objeto de remate, debiendo dejar constancia de la notificación practicada. Dicha notificación deberá contener como mínimo lugar, fecha y hora de la subasta, las anotaciones registrales vigentes de los bienes objeto de subasta, el monto base de la misma, los gravámenes y anotaciones vigentes que consten en los diferentes registros públicos y cualquier otra limitante que pueda tener los bienes a subastar así como todo lo demás que hubiese sido pactado por las partes y que pueda ser de interés a terceros. Así mismo se le conferirá audiencia a los interesados por el plazo de 5 días para que puedan hacer valer sus derechos ante el Fiduciario, pudiendo plantear únicamente la siguiente defensa: Realizar el Pago; Cumplimiento parcial de pago; Pago por consignación; Documento en el cual adjudica de forma voluntaria el bien al acreedor y Prescripción.

Para que esta defensa sea válida el mismo debe de ser fundamentada en prueba documental la cual deberá ser analizada por el Fiduciario en cuanto a su veracidad y contenido. En el caso de Cumplimiento parcial de pago además deberá acompañar el documento extendido por el Acreedor en la que ordene la suspensión del proceso.

Fuera de los casos antes indicados cualquier oposición o argumento que no sea de los anteriormente relacionados no puede ser conocido por el Fiduciario, debiendo el interesado acudir a la vía legal que considere pertinente.

ARTÍCULO 38. Publicidad. Previo a la subasta deberá realizarse una publicación en el Diario Oficial en el que se haga constar, como mínimo los mismos datos que la notificación realizada al ejecutado.

ARTÍCULO 39. Oposición e Impugnaciones. En el proceso de subasta notarial no cabe oposición e impugnación alguna, más que las reguladas en los artículos anteriores, ya que este es aceptado previamente por las partes.

ARTÍCULO 40. Suspensión. En cualquier momento y hasta antes de la firma de la escritura traslativa de dominio el propietario del bien puede suspender el trámite de la subasta, cumpliendo las obligaciones a las que esté sujeta la viabilidad de la subasta.

ARTÍCULO 41. Subasta. Cumplidos los anteriores requisitos se llevará a cabo la subasta, la cual deberá hacerse constar en acta la cual deberá contener la identificación de los comparecientes y los términos en los cuales se verificará la misma, en caso de incomparecencia de postores si la subasta se origina de un Fideicomiso de Garantía el Fideicomisario puede adjudicarse en pago los bienes subastados.

ARTÍCULO 42. Escritura de Adjudicación. Fincados o adjudicados los bienes subastados deberá otorgarse la escritura traslativa de dominio para su inscripción en los registros públicos, facultando al Fiduciario para que pueda otorgar la misma en rebeldía del deudor.

ARTICULO 43. Homologación. En los casos que los bienes objeto de subasta continúen en posesión del propietario o tercero por cualquier motivo, y estos se nieguen a hacer la efectiva entrega a la persona que se fincó o adjudicó el bien a través de la subasta, este podrá solicitar la Homologación del proceso ante el Juez de Primera Instancia del lugar en donde se encuentren los bienes, si estos son inmuebles o al de su domicilio si fueran muebles, a efecto de que se proceda conforme a lo establecido en los artículos 326 y 528 del Código Procesal Civil y Mercantil, o la Ley de Garantías Mobiliarias, según sea el caso, salvo pacto de sumisión.”

En otras legislaciones se han dado objeciones a este sistema de implementación de procedimientos autoliquidables, ello en virtud de la costumbre de la existencia de engorrosos procedimientos que deben ser realizados, sin embargo con reformas como las de la Ley de Garantías Mobiliarias que hemos analizado, se abre una puesta de posibilidades en la aceptación y procedencia de estos tipos de procedimientos.

Como por ejemplo en Argentina se indica: *“Se ha expuesto en el apartado anterior la posibilidad de autoliquidación o ejecución extrajudicial de la garantía da lugar a innumerables objeciones y suspicacias. Lo anterior es natural, ya que nuestro sistema ha diseñado todo un esquema de ejecución judicial que a través de reglas formales pretendió proteger al deudor y garantizar cierta seguridad y transparencia. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, tal sistema no satisface las necesidades actuales de negocios y no se adecuan a los requerimientos de las partes que si bien buscan transparencia y seguridad, también requieren eficiencia. . .”*⁷⁵

De ello que la propuesta realizada efectivamente busca esto, que los negocios sean más ágiles, que exista certeza jurídica en las reglas del juego y que el sistema económico se vea beneficiado ya que esto provocaría un impulso a la economía, en cuanto a que exista mayor acceso a crédito en virtud de que las entidades acreedoras cuenten con procesos ágiles para la ejecución de su economía.

4.3. Efectos de la Homologación.

Dentro del proceso de Adjudicación de bienes en virtud de realización de los fines del Fideicomiso de Garantía el adjudicatario adquiere el dominio de un bien inmueble el cual garantizaba una obligación mercantil que fue incumplida. Sin embargo actualmente existe el problema que la ley no prevé y es que pese a tener la propiedad no cuenta con la libre disposición del bien inmueble adjudicado en virtud de no tener la posesión del mismo, por lo que se ve en la necesidad de promover un proceso sumario de desocupación, el cual es de conocimiento y su tramitación además de ser onerosa es en lapso de tiempo indeterminable, al existir una gran cantidad de aristas que puedan retardar el proceso

75 Huertas Buraglia, Laura. Op. Cit. Pág. 299

como lo es la oposición, valga la pena indicar sin fundamento, que pueda hacer el deudor que por incumplimiento perdió el bien inmueble.

Al darse la homologación, que es el reconocer y dar validez a lo actuado fuera del órgano jurisdiccional, el adjudicatario se encontraría en las mismas condiciones e igualdad que los adjudicatarios de bienes a través de un proceso de ejecución en vía de apremio, adjudicaciones que como ya ha sido expuesto, se dieron en condiciones similares y con fundamento en los mismos principios.

Por lo que luego de la homologación, el adjudicatario de bien mediante proceso de realización de bienes de un fideicomiso de garantía, tendría la posibilidad de comparecer ante el órgano jurisdiccional y solicitar la tutela judicial efectiva a efecto de que se le fijará un plazo al ocupante del bien inmueble, para que entregue el mismo, con el apercibimiento (el cual materializaría el poder coercitivo del juez, que no tiene el fiduciario) de que de no entregar el bien inmueble en los términos establecidos en la ley, se ordenará el lanzamiento a sus costas.

De no darse la entrega en los términos ordenados por el juez, el adjudicatario de bien inmueble a través de la realización de los fines de un fideicomiso de garantía, podría solicitar al juez para que en uso del *coertio* y la potestad de ejecutar lo resuelto, proceda a ordenar el lanzamiento de los ocupantes del bien inmueble y la efectiva entrega al adjudicatario del bien quien tiene su derecho previamente inscrito en el Registro de la Propiedad.

Dicho lo anterior, se cumpliría a cabalidad los principios del derecho mercantil al dar un verdadero efecto de justicia y efectividad a la adjudicación hecha en virtud de la realización de los fines de un fideicomiso de garantía ya que si necesidad de un proceso de conocimiento, el cual evidentemente es improcedente ya que no debe de establecerse o constituirse un derecho, se ejecutaría lo validado y reconocido a través de la homologación.

Este procedimiento de ninguna manera vulneraría ningún derecho constitucional de las partes, principalmente el del ocupante del bien inmueble que perdió el mismo posterior a la realización de los fines del fideicomiso de garantía ya que al conferírsele audiencia

para que entregue el bien inmueble a favor del adjudicatario este podría alegar al juez el incumplimiento de algún procedimiento o la violación al mismo en el proceso de adjudicación y acreditar fehacientemente el mismo. Circunstancia que en todo caso ya debería de haber sido analizado por el Juzgador ya que este es un requisito de la procedencia de la homologación, el que durante el proceso de adjudicación se hayan cumplido con lo pactado, lo establecido en la ley y los principios y derechos constitucionales de las partes.

Para evitar que esto sea una limitante al derecho de Fideicomisario (quien ya se adjudicó el bien en pago) la solución que plantea el autor es que al momento de que sea constituido el Fideicomiso y en virtud de que el bien pasa al dominio fiduciario del Fiduciario, se limite que si el Fideicomitente tendrá el uso del mismo, esté no pueda arrendarlo.

4.4 Cumplimiento de los fines del fideicomiso de garantía.

Es uno de los fines del contrato de fideicomiso de garantía, el que de darse un incumplimiento del fideicomitente con el fideicomisario, la mayoría de veces por el incumplimiento de pago de un crédito, este último solicite al Fiduciario que inicie con el proceso para la subasta de los bienes dados en garantía a efecto de que con los mismos se pueda cumplir la obligación pendiente de cumplimiento.

Sin embargo este fin debe de interpretarse de una forma más amplia y lo es el hecho de que en virtud del incumplimiento por parte del fideicomitente los bienes que fueran aportados al fideicomiso por este (patrimonio fideicometido) sirvan para el cumplimiento de la obligación (pago) por lo que al subastarlos y adquirir el precio de la venta se extinga la obligación, pero en el caso que no existan postores, el fideicomisario (acreedor) se adjudique el bien en pago, extinguiendo con ello la obligación, y posteriormente a ello disponer de dicho bien ya sea para su uso o venta.

Por lo cual en la actualidad estos fines no se dan toda vez que el adjudicatario, que en la gran mayoría de casos es el fideicomisario del fideicomiso, al finalizar el proceso de realización de los fines del fideicomiso de garantía no puede disponer del bien, el cual

ya es de su propiedad al encontrarse inscrito su derecho en el Registro General de la Propiedad, ello en virtud de que el fideicomitente aún tiene la posesión del mismo. Lo cual limita al adjudicatario de poder disponer el bien ya sea para su uso o la venta. Lo cual demuestra la no efectividad del fideicomiso de garantía y el no cumplimiento de los fines del mismo ya que pese a que la obligación que garantizaba el fideicomiso ya fue extinguida no se da un efectivo cumplimiento a la figura del fideicomiso al no existir certeza en cuanto a la posesión del bien.

Con la tesis propuesta, la homologación es el instrumento legal adecuado para que este fin del fideicomiso de garantía pueda concretizarse en el ámbito de la esfera de los jurídicos y muy especialmente en lo justo, ya que al darse el reconocimiento y validez a lo actuado a través del proceso de realización de los fines del fideicomiso de garantía, el órgano jurisdiccional establecería la legalidad de lo actuado y adquiriría la competencia para poder dar cumplimiento al fin último del fideicomiso de garantía que es que el adjudicatario pueda disponer del bien ya sea para su uso o venta y extinguir de forma real y efectiva la obligación que se encontraba garantizada con el fideicomiso.

Lo anterior al fijar al ocupante del inmueble, que en todo caso debe de ser el fideicomitente, plazo para la entrega del mismo, apercibiéndolo que de no hacerlo dentro del plazo establecido se ordenará el lanzamiento en aplicación a las normas del Código Procesal Civil y Mercantil. Y de darse la negativa de la entrega hacer efectivo el apercibimiento y entregar el bien en efectiva posesión al adjudicatario que es el propietario del mismo.

CONCLUSIONES

1. El Contrato de Fideicomiso data desde el antiguo Roma y perdura en la actualidad, ya que es una herramienta eficaz y flexible para dar forma a las distintas relaciones de los particulares, por lo cual las entidades financieras lo han moldeado para que cumpla con los requerimientos necesarios de las necesidades crediticias de la población.
2. El Fideicomiso de Garantía, es un contrato mediante el cual el Fideicomitente entrega al Fiduciario un bien (en el caso que nos ocupa inmueble) a efecto de garantizar con este un crédito a favor del Fideicomisario, por lo que en caso de no cumplir con el crédito el Fiduciario promueva la subasta del bien con el objeto de que con el producto de esta o por la adjudicación en pago el Acreedor Fideicomisario pueda hacerse pago y extinguir la obligación.
3. Los procesos de Jurisdicción Voluntaria tramitados en sede notarial son procesos en los cuales los Notarios, como auxiliares del órgano jurisdiccional, colaboran eficazmente con los tribunales de justicia, provocando el descongestionamiento de los tribunales de justicia, ya que cuentan con fe pública por lo cual pueden ser facultados de realizar actos procesales, por lo que la Ley puede facultarles la tramitación de ciertos procedimientos.
4. A través de la creación de un proceso de Subasta Notarial regulado en la Ley de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, se puede dar certeza y celeridad a los procedimientos de subasta que son producto del incumplimiento del Fideicomiso de Garantía, provocando además la habilitación para la Homologación del proceso voluntario ante un órgano jurisdiccional.
5. La Homologación es un medio idóneo para que un Juez dé validez y reconozca lo actuado por el Notario en un procedimiento Subasta Notarial, ya que únicamente un órgano jurisdiccional tiene el poder coercitivo para poder provocar el desapoderamiento del bien inmueble, a través de un apercibimiento de desocupación y posteriormente ordenando el lanzamiento de los ocupantes del

bien que ya es propiedad de tercero que se finco la propiedad o del acreedor que se adjudicó la misma.

BIBLIOGRAFIA

1. Aguirre Godoy, Mario. *“Derecho Procesal Civil”*, Tomo II, Volumen I, Guatemala. Editorial Universitaria. 1995.
2. Aguirre Godoy, Mario. *“El Notario y la Jurisdicción Voluntaria”*. Veinticinco años de la Jurisdicción Voluntaria. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. 2003.
3. Alvarado Sandoval, Ricardo y Jose Antonio Gracia González. *“Procedimientos Notariales dentro de la jurisdicción Voluntaria Guatemalteca.”* Guatemala, 2006.
4. Alvarez Mancilla, Erick Alfonso; *Fundamentos Generales del Derecho Procesal*. Primera Edición. Departamento de Comunicación Social, Organismo Judicial de Guatemala. 2010.
5. Arrubla Paucar, Jaime Alberto; *Contratos Mercantiles*, Tomo I, 10ma. Edición. Biblioteca Jurídica Dike; Colombia, 2003.
6. Barbieri, Jorge; “Origen, Concepto y Probabilidades del Fideicomiso”, Obra colectiva “El Fideicomiso de Garantía”; Buenos Aires; Argentina, Editorial Heliasta; Biblioteca de Derecho Económico y Empresarial; 2008.
7. Batzia, Rodolfo y Marcial Luján; *El Fideicomiso, teoría y practica*, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México.
8. Cabanellas de Torres, Guillermo; *Diccionario Juridico Elemental*, Editorial Heliastas, S.R.L. Argentina. 2008. Pág. 58.
9. Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo IV. Buenos Aires, Argentina. Editorial Eliasta. 2003.

10. Carregal, Mario Alberto; *Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los Negocios*; 1ª. Edición, Editorial Heliastas S.R.L. Buenos Aires, Argentina 2008.
11. Castillo y Castillo, Carlos. La mediación en el Código Procesal Penal fundamentos legales de la mediación. Guatemala, Ed. Oscar de León Palacios, 2004.
12. Couture, Eduardo J. *Concepto de fe pública*. Universidad de Montevideo, Montevideo 1954.
13. Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina. 2007.
14. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo.
15. Echendía, Hernando Devis. *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 1985.
16. García Romero, Lucila; *Teoría General del Proceso*. Red Tercer Milenio S.C. México, 2012.
17. Gonzalez de Cossío, Francisco, La Seguridad Jurídica y la Economía. Ponencia ante X Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., México, Campeche 2007.
18. Hayzus, Jorge Roberto; *"Fideicomiso"*; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma; Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2000. Pág. 6.
19. Huertas Buraglia, Laura; *"El Fideicomiso de Garantía: Características y Ventajas"*, Obra colectiva "El Fideicomiso de Garantía"; Buenos Aires; Argentina, Editorial Heliasta; Biblioteca de Derecho Económico y Empresarial; 2008.
20. Kiper y Lisoprawsky; *"El fideicomiso: sus proyecciones en los negocios inmobiliarios"*. Buenos Aires; Abaco; 1997.

21. Lopez Raffo, Francisco, El Problema de las posiciones jurídicas en el Fideicomiso de Garantía. Obra colectiva “El Fideicomiso de Garantía”; Buenos Aires; Argentina, Editorial Heliasta; Biblioteca de Derecho Económico y Empresarial; 2008.
22. Martínez Ruiz, Franc Armando, *El Fideicomiso en Documento Privado*, Tesis de graduación, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1997.
23. Naciones Unidas, objetivos de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.
24. Nájera Farfán, Mario Efraín, “Derecho Procesal Civil”, 2da. Edición, volumen I, Guatemala, Ius Ediciones; 2006.
25. Peña Nossa, Lisandro; *“De los Contratos Mercantiles, Nacionales e Internacionales – Negocios del Empresario-“*, 2da. Edición, Colombia, Universidad Católica de Colombia, ECOE Ediciones, 2006.
26. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Décima edición, Editorial Porrúa, Sociedad Anónima; México 2000. Pág. 24.
27. Redenti, Enrico; *“Derecho Procesal Civil”*. Buenos Aires, Argentina, 1957.
28. Roaladini, Jesus, *“El Fideicomiso Mexicano”*, 1ra. Edición, México, Bancomer, S.A., 1998.
29. Rodríguez Azuero, Sergio; *Contratos Bancarios, su significado en América Latina*, 5ta. Edición; Legis Editores, S.A. Bogotá, Colombia, 2002.
30. Rodríguez Azuero, Sergio, *El negocio Fiduciario en la legislación bancaria colombiana*, (Tesis Doctoral), Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia, 1970.

31. Turuhpial Cariello77, Héctor. *El Fideicomiso*, Contratos Bancarios Volumen I, Italgrafica, Caracas, Venezuela, 1999.
32. Vásquez Martínez, Edmundo; *Instituciones del Derecho Mercantil*, Ius Ediciones. Tercera Edición; Guatemala, 2012.
33. Vigo, Rodolfo Luis, *Ética del Abogado. Conducta procesal indebida*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.

Consultas de Internet:

1. Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=4TsdIBo>.
2. Enciclopedia Jurídica. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/homologaci%C3%B3n/homologaci%C3%B3n.htm>.
3. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Autónoma de México. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1171-diccionario-juridico-mexicano-t-iv-e-h>.
4. Superintendencia de Bancos. Recuperado de: <file:///C:/Users/45878/Downloads/Lista%20de%20Entidades%20Supervisadas%20Marzo%202018.pdf>.

Referencias Normativas:

1. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala, 1985.

2. Congreso de la República de Guatemala. Código de Comercio. Decreto 2-70. Guatemala 1970.
3. Congreso de la República de Guatemala. Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89. Guatemala 1989.
4. Congreso de la República de Guatemala. Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto 19-2002. Guatemala 2002.
5. Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia, Decreto Ley 106. Código Civil. Guatemala 1973.
6. Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia, Decreto Ley 107. Código Procesal Civil y Mercantil. Guatemala 1973.
7. Congreso de la República de Guatemala. Ley de Garantías Mobiliarias. Decreto 51-2007. Guatemala 2007.
8. Congreso de la República de Guatemala. Reformas a la Ley de Garantías Mobiliarias. Decreto 04-2018. Guatemala 2018.
9. Congreso de la República de Guatemala. Exposición de Motivos del Código de Comercio. Guatemala, 1970.
10. Código de Derecho Internacional Privado. (Código de Bustamante). La Habana Cuba, 1928. Aprobado mediante Decreto número 1575 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala.