

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia



**Devolución por cumplimiento de fines debido a negativa del  
fideicomitente a aceptar el patrimonio fideicometido**

(Tesis de Licenciatura)

María José Araujo Hernández

Guatemala, noviembre 2019

**Devolución por cumplimiento de fines debido a negativa del  
fideicomitente a aceptar el patrimonio fideicometido**

(Tesis de Licenciatura)

María José Araujo Hernández

Guatemala, noviembre 2019

Para efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º, literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **María José Araujo Hernández** elaboró la presente tesis, titulada **Devolución por cumplimiento de fines debido a negativa del fideicomitente a aceptar el patrimonio fideicometido.**

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General EMBA. Adolfo Noguera Bosque

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA**

Decano Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Vice Decana M. Sc. Andrea Torres Hidalgo

Director de Carrera M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Coordinador de Sedes M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador de Postgrados y

Programa de Equivalencias Integrales M.A. José Luis Samayoa Palacios

Coordinadora de Procesos académicos Licda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dieciocho de enero de dos mil diecinueve. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **DEVOLUCIÓN POR CUMPLIMIENTO DE FINES DEBIDO A NEGATIVA DEL FIDEICOMITENTE A ACEPTAR EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO**, presentado por **MARÍA JOSÉ ARAUJO HERNÁNDEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor a la **LICDA. ADRIANA BEATRIZ GÁMEZ SOLANO**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.

  
  
**DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Guatemala 31 de julio del 2019

Señores Miembros  
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Universidad Panamericana  
Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como **tutor** de la Estudiante **María José Araujo Hernández**, carné 201300340. Al respecto se manifiesta que:

- a) Brindé acompañamiento a la estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada **Devolución por cumplimiento de fines debido a negativa del fideicomitente a aceptar el patrimonio fideicometido**.
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,

  
**Licda. Adriana Beatriz Gámez Solano**

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, seis de agosto de dos mil diecinueve. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **DEVOLUCIÓN POR CUMPLIMIENTO DE FINES DEBIDO A NEGATIVA DEL FIDEICOMITENTE A ACEPTAR EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO**, presentado por **MARÍA JOSÉ ARAUJO HERNÁNDEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la **M.SC. ALBA LORENA ALONZO ORTIZ**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.


**DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Guatemala 03 de octubre 2019

Señores Miembros

Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Universidad Panamericana

Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como **Revisora** de la estudiante: **María José Araujo Hernández**, carné: **201300340**. Al respecto se manifiesta que:

- a) Brindé acompañamiento a la estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada: **Devolución por cumplimiento de fines debido a negativa del fideicomitente a aceptar el patrimonio fideicometido**.
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente;



M.Sc. Alba Lorena Alonzo Ortiz  
Revisora de Tesis

## ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

**Nombre del Estudiante:** MARÍA JOSÉ ARAUJO HERNÁNDEZ

**Título de la tesis:** DEVOLUCIÓN POR CUMPLIMIENTO DE FINES DEBIDO A NEGATIVA DEL FIDEICOMITENTE A ACEPTAR EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

### Considerando:

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor y Revisor, en donde consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

**Tercero:** Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 11 de noviembre de 2019.

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

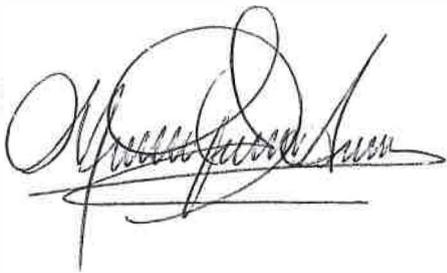
  
  
**Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

En la ciudad de Guatemala, el día siete de noviembre del año dos mil diecinueve, siendo las catorce horas en punto, yo, **Sandra Marivel Roldán Chávez**, Notaria me encuentro constituida en la sede central de la Universidad Panamericana, ubicada en la Diagonal treinta y cuatro, treinta y uno guión cuarenta y tres zona dieciséis, de esta ciudad, en donde soy requerido por **MARIA JOSE ARAUJO HERNANDEZ**, de veintisiete años de edad, casada, guatemalteca, perito contador, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) dos mil ciento veintitrés espacio veintidós mil quinientos noventa y uno espacio cero ciento uno (2123 22591 0101), extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Manifiesta **MARIA JOSE ARAUJO HERNANDEZ**, bajo solemne juramento de Ley y advertida de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento el requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: **“Devolución por cumplimiento de fines debido a negativa del fideicomitente a aceptar el patrimonio fideicometido”**; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en



ambos lados, que numero, sello y firma, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie y número AP: guion cero seiscientos mil doscientos catorce (AP-0600214) y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con número seis millones setecientos setenta y ocho mil quinientos veintinueve (6778529). Leo lo escrito a la requirente, quien enterada de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma con la Notaria que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

f-)



**ANTE MÍ:**



Sandra Marival Roldán Chavéz  
Abogada y Notaria

## **ACTO QUE DEDICO**

A Dios: Por permitirme culminar esta etapa en vida, por todas sus bendiciones y darme la fuerza necesaria para no desmayar ya que el camino ha sido difícil, pero él nunca me abandono.

A mis padres: Reyna Victoria Hernández Hernández y Juan José Araujo Rac por su sacrificio, esfuerzo, amor, y sobre todo brindarme su apoyo incondicional, animarme a no dejarme vencer, por hacer de mi la persona que soy gracias a su educación y amor.

A mi esposo: Winston Mejía Rodríguez, por ser pilar, mi apoyo, por su amor, su comprensión, paciencia y sobre todo el sacrificio para poder culminar este proyecto, gracias por acompañarme en mis noches de desvelo y darme ánimo a no desmayar en los momentos difíciles.

A mis hijos:

Valentina Abigaíl Mejía Araujo y Winston Emiliano Mejía Araujo, por ser mi mayor fuente de motivación, todo esfuerzo y sacrificio es pensando en su futuro.

A mis compañeras de trabajo:

Por su apoyo incondicional y por sus palabras de aliento para no desmayar.

# Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
El fideicomiso	1
Proceso cautelar	49
Devolución de bienes fideicometidos si el fideicomitente o fideicomisario no acepta el patrimonio	61
Conclusiones	69
Referencias	72

## **Resumen**

El fideicomiso es una institución jurídica de Derecho Mercantil en la cual una persona llamada fideicomitente transmite bienes o derechos, a otra persona llamada fiduciario, para que esté realice fines específicos con el patrimonio fideicometido, en beneficio de una persona llamada fideicomisario quien puede ser o no el propio fideicomitente. El fiduciario cumple con los fines establecidos dentro de la escritura de constitución de fideicomiso, al momento de cumplir con las finalidades del fideicomiso, el fiduciario devuelve el patrimonio fideicometido que tenga en su dominio a su respectivo fideicomitente o fideicomisario, haciéndolo por medio de una escritura de devolución de patrimonio, en dicho instrumento público se hace constar la aceptación expresa de la devolución de patrimonio por parte del fideicomitente o fideicomisario, haciéndose constar que el fiduciario hizo la entrega de patrimonio.

En el caso que el que fideicomitente y el fideicomisario sean la misma persona y éste se negó a la aceptación del patrimonio debido a que tuvo una obligación con un tercero o uno de sus acreedores, es una estrategia por parte del fideicomitente para resguardar su bien, evitando que éste pueda ser embargado, y así no cumplir con dicha obligación. Una de las características del fideicomiso es que los bienes transmitidos a fideicomiso conforman un patrimonio autónomo, es decir, que estos son

independientes del fiduciario y del fideicomitente y/o fideicomisario, si bien los frutos percibidos del fideicomiso si pueden ser embargados, el bien como tal no. El fiduciario ante la negativa de aceptación de patrimonio por parte del fideicomitente o fideicomisario, no puede dar por liquidado el fideicomiso, debido a que para proceder con la liquidación del fideicomiso, es necesario que dentro del mismo no se encuentre en su dominio patrimonio.

## **Palabras clave**

Fideicomiso. Negativa de aceptación. Devolución de patrimonio. Cumplimiento de fines. Patrimonio autónomo.

## **Introducción**

El fideicomiso es una institución jurídica encargada de la custodia y manejo de bienes y/o derechos transmitidos por el fideicomitente, para llevar a cabo las actividades o actos necesarios para cumplimiento de fines determinados; el fiduciario es la entidad encargada de llevar a cabo los fines del fideicomiso y al momento del cumplimiento de estos, se deberá devolver el patrimonio fideicometido a su respectivo fideicomitente o fideicomisario, debiendo éste manifestar su aceptación en el documento respectivo.

Si el fideicomitente o fideicomisario se negare a aceptar el patrimonio fideicometido, el fiduciario no podrá devolver los bienes fideicometidos. Si dicha negación se debiera a que tenga una obligación con un tercero o uno de sus acreedores, el fideicomiso podría ser utilizado como estrategia por parte del fideicomitente para resguardar su bien, evitando que éste pueda ser embargado, y así no cumplir con dicha obligación, si bien pueden ser embargados los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso, los bienes fideicometidos no, debido a que constituyen un patrimonio autónomo.

Es de suma importancia establecer la manera en la que puede el fiduciario devolver al fideicomitente o fideicomisario los bienes fideicometidos, si existiera la negativa de aceptación, debido a que la figura del fideicomiso en el ámbito mercantil está siendo utilizada de manera frecuente, como lo son los fideicomisos de garantía que tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de obligaciones por parte del fideicomitente o un tercero, razón por la que debe determinarse tal situación, aportando un medio para resguardar los derechos de los acreedores del fideicomitente o fideicomisario, evitando que la figura del fideicomiso sea utilizada de manera equivocada.

Los objetivos que se pretenden alcanzar en la investigación son establecer cómo puede darse la devolución de patrimonio fideicometido al fideicomitente o fideicomisario ante la negativa de aceptación de éstos a recibirlo, una vez cumplidos los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso; asimismo determinar las consecuencias jurídicas que conlleva dicha negativa de aceptación del patrimonio fideicometido por parte del fideicomitente o fideicomisario, y finalmente analizar si por medio de una autorización judicial puede darse una devolución de patrimonio por cumplimiento de fines, sin la necesidad de la aceptación del fideicomitente o fideicomisario.

El método utilizado dentro de la investigación es el deductivo e inductivo, ya que se poseen datos generales sobre los fideicomisos y sobre la devolución del patrimonio fideicometido al momento de la realización de los fines, para determinar un modo en cual el fiduciario pueda devolver el bien fideicometido sin la necesidad de la aceptación expresa del fideicomitente o fideicomisario y que éste se libere de toda responsabilidad por su gestión. El tipo de investigación será documental, implementando doctrina y legislación, asimismo el estudio de la problemática será explicativo que ayudará al análisis de la investigación y a obtener un resultado lógico.

En la investigación se abordarán los siguientes temas: el fideicomiso, antecedentes, consideraciones preliminares, definición, naturaleza jurídica, características del fideicomiso, elementos del fideicomiso, sujetos que participan dentro del fideicomiso, derechos y obligaciones de los sujetos que participan dentro del fideicomiso, patrimonio del fideicomiso, fines del fideicomiso, régimen de los bienes transmitidos a fideicomiso, formas para la creación de un fideicomiso, obligaciones previas y posteriores, clases de fideicomiso, nulidad del fideicomiso, formas de extinción del fideicomiso, patrimonio fideicometido, liquidación del fideicomiso, proceso cautelar, características, medidas cautelares, medidas de seguridad de las personas, medidas de garantía, el

arraigo, anotación de embargo, secuestro, intervención, providencia de urgencia, el embargo, devolución de bienes fideicometidos si el fideicomitente o fideicomisario no acepta el patrimonio, inembargabilidad de bienes en fideicomiso, negativa del fideicomitente o fideicomisario a recibir el patrimonio del fideicomiso, consecuencias jurídicas ante la negativa de aceptación de patrimonio fideicometido y autorización judicial para que el fiduciario devuelva el patrimonio del fideicometido por cumplimiento de fines.

## El fideicomiso

### Antecedentes

La figura del fideicomiso, según la doctrina se establece que su origen no es reciente, pero en la actualidad es una figura jurídica que persigue diversos objetivos, no se puede determinar exactamente cuál es el antecedente directo de la creación de los fideicomisos, se dice que proviene del derecho romano, dentro de los negocios de confianza, pero otros autores determina que proviene del derecho anglosajón, al cual se le conoce como *trust* el cual proviene del sistema jurídico inglés.

En el Derecho Romano antiguo se señalaban como negocios fiduciarios el llamado *fideicommissum*, siendo este un pacto en el cual el testador transmitía sus bienes a sus herederos quienes a su vez tenían la obligación de transmitirlos a un tercero, siendo este el fiduciario, dicha figura se basaba en la honradez y la buena fe del fiduciario. Esto por el hecho que el tercero, por limitaciones en su capacidad jurídica de adquirir, no podía figurar como parte dentro del contrato de enajenación, el pacto se basaba en la confianza entre las partes, por lo que el nombre del negocio provenía del latín *fides* que significa fe y *commissus* que indica comisión.

El negocio de fideicomiso se encontraba fuera de las normas del derecho romano, pero debido a la práctica jurídica que se le daba a esta figura y por los conflictos que se generaron por la falta de cumplimiento de la comisión correcta del mismo, se instituyó un pretor específico que se encargaba de velar por el funcionamiento del *fideicommissum*, los pretores eran magistrados romanos que se encargaban de administrar justicia, eran intermediarios que tenía como función intervenir en el funcionamiento de dicha figura para evitar conflictos de intereses en relación a este.

Dentro del Derecho Romano también existieron los llamados pactos fiduciarios, que al igual que el *fideicommissum*, se basaba en la confianza entre las partes, con la diferencia que eran realizados entre vivos, con la obligación del adquirente, es decir el fiduciario en la actualidad, de retransmitir

por diferentes circunstancias los bienes. La *fiducia cumers ditore* era un pacto por medio del cual se transmitía un bien para garantizar una obligación, pero si esta no se cumplía, el bien podía ser retenido o vendido para pagar la deuda, siendo esto en la actualidad un fideicomiso de garantía, el cual tiene dicha función.

Por otro lado se encontraba la *fiducia cum amico*, se llevaba a cabo en interés del fiduciante, la cual permitía trasladar el dominio de un bien en forma parecida a un depósito o comodato, con el fin de que fuera devuelto oportunamente, se recurría a este tipo de contrato cuando se temía perder la propiedad por disposiciones del poder público, resguardando así su propiedad. La forma de constituir los fideicomisos de administración y de garantía se encuentran dentro del derecho romano como su antecedente directo.

Según el autor Villegas Lara (2015) indica que en el derecho anglosajón se le conoce a la figura del fideicomiso como el negocio denominado *trust*, considerado por varios autores como el antecedente directo del fideicomiso practicado en Latinoamérica. El *trust* es un negocio que basado en la buena fe, da como resultado la transmisión de un bien o bienes en beneficio de un tercero (fideicomisario o fideicomitente). El Instituto de Derecho Norteamericano ha definido esta figura como una relación fiduciaria relacionada con bienes, que obliga a la persona que tenga el dominio a realizar deberes de equidad para administrarlos en beneficio de otra y que nace como resultado de una manifestación de la intención para crearlo.

## El fideicomiso en Guatemala

El fideicomiso que acepta la legislación guatemalteca es el *trust* anglosajón, con bases de los sistemas jurídicos mexicano y panameño, el fideicomiso en Guatemala surgió con la Constitución de 1945; posteriormente se legisló como ley ordinaria y se le situó en el Decreto Ley 106 Código Civil, teniendo las leyes mexicanas y panameñas como base. Al emitirse el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio, se trasladó al ámbito mercantil por considerar esta figura como un negocio bancario.

Hernández Maestroni (2004) sobre el *trust* anglosajón que contempla la legislación guatemalteca indica:

El *trust* es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por el cual la persona que los posee (*trustee*) está obligado manejarlos en beneficio de un tercero (*beneficiario*). Su antecedente es el *use*, cuya aparición remota a la Edad media, como vía para eludir las confiscaciones en los tiempos de guerra y las prohibiciones a las congregaciones religiosas de tener bienes inmuebles... (p.17)

El *trust* anglosajón, es utilizado como base del funcionamiento del fideicomiso en la legislación guatemalteca, debido a que esta figura consiste en la transmisión de bienes de una persona ya sea individual o jurídica, a otra llamada fiduciario para que está los administre y realice actividades determinadas o fines específicos, en beneficio de un tercero al cual se le puede determinar cómo fideicomisario.

El trust anglosajón, es utilizado como base del funcionamiento del fideicomiso en la legislación guatemalteca, debido a que esta figura consiste en la transmisión de bienes de una persona ya sea individual o jurídica, a otra llamada fiduciario para que está los administre y realice actividades determinadas o fines específicos, en beneficio de un tercero al cual se le puede determinar cómo fideicomisario.

### Consideraciones preliminares

El contrato de fideicomiso, es menos conocido a nivel de las personas individuales, o bien particulares, es decir que dentro del campo de la contratación civil no es muy utilizado, pero dentro del campo mercantil esta figura es utilizada no solo por personas individuales o jurídicas, sino también por el Estado, como medio para administrar los fondos públicos percibidos por éste en el ejercicio de su función, y para realizar actividades o fines específicos.

En Guatemala, esta figura fue utilizada por el Estado, para manejar los fondos públicos, debido a que los fideicomisos ayudan a agilizar los negocios y protegerlos, siendo este el motivo por el cual eran utilizados de manera frecuente para llevar a cabo proyectos de beneficio social, pero se perdió la idea o el fin principal, la mayoría de los fideicomisos que

manejaban fondos públicos fueron constituidos como fideicomisos privados, debido a que no hay una ley que los regule, dichos fideicomiso fueron firmados con bancos del sistema los cuales regularon su funcionamiento, tal como si el Estado fuera una persona privada.

Los bienes estatales que se aportaban a un fideicomiso se privatizaban por lo que la Contraloría General de Cuentas, siendo el órgano fiscalizador de los fondos públicos, ya no tenía las facultades para controlar los egresos que se daban por medio de los fideicomisos, razón por la cual en la actualidad en Guatemala los fideicomisos con fondos del Estado ya no son utilizados, debido a que eran una fuente de corrupción por parte de los funcionarios públicos que estaban a cargo de estos.

## Definición

La figura del fideicomiso, se puede definir como un negocio jurídico por medio del cual una persona llamada fideicomitente transmite sus bienes, derechos y/o dinero a un fiduciario el cual será una entidad bancaria o financiera, en beneficio de una persona o varias personas llamadas fideicomisarios, pudiendo ser el propio fideicomitente, el fideicomisario del fideicomiso, cumpliendo el fiduciario con fines específicos

determinados para el funcionamiento del mismo dentro de la escritura de constitución de fideicomiso.

Villegas Lara (2015) define la figura del fideicomiso como: “un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.” (p. 133), el fiduciario deberá cumplir únicamente con los fines que el fideicomitente establezca en el contrato de fideicomiso, también deberá consignarse la forma de cómo se dará cumplimiento a dichos fines, en la escritura de fideicomiso, el fideicomitente deberá designar a su fideicomisario quien será la persona que le corresponderá beneficiarse de la constitución del fideicomiso, recibiendo éste todos los rendimientos y ganancias que se perciban con el fideicomiso.

El fideicomiso es un contrato mercantil que se basa en la confianza, la cual el fideicomitente transmite al fiduciario para que este maneje su patrimonio de acuerdo con las especificaciones establecidas en el contrato de fideicomiso, atendiéndolas sobre diversas circunstancias y tiempo definido, plasmadas dentro de los fines del fideicomiso, siempre en su beneficio o en beneficio de sus fideicomisario determinados dentro de su constitución.

El fideicomiso conlleva la transferencia de bienes o derechos del fideicomitente, a favor del fiduciario quien será una entidad bancaria, quien cumplirá con los fines establecidos en la escritura constitutiva de fideicomiso, dicho patrimonio constituirá un patrimonio autónomo independiente de los activos del fideicomitente como del fiduciario, teniendo este el dominio fiduciario de los bienes, una titularidad de dichos bienes, no posee un propiedad plena sobre el patrimonio fideicometido.

Los activos transmitidos en fideicomiso, dejan de pertenecer del fideicomitente, para constituirse en un patrimonio autónomo, afectado exclusivamente al cumplimiento de fines específicos que pueden variar dependiente de la modalidad del fideicomiso a la cual se encuentre sujetas, ya sea fines de administración, fines de inversión o fines de garantía para el cumplimiento de obligaciones del fideicomitente.

### Naturaleza jurídica

El fideicomiso es un negocio jurídico en el cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad la tiene el fiduciario para que este realice fines determinados, el que sea un patrimonio autónomo, hace referencia a que es independiente del patrimonio de fideicomitente y del fideicomisario. Existen diversas teorías

según la doctrina que explican la naturaleza jurídica del fideicomiso, pero entre las más relevantes se encuentran las siguientes teorías: la teoría de mandato irrevocable, teoría de patrimonio de afectación y teoría del negocio jurídico.

### Teoría de mandato irrevocable

Esta teoría surgió como una manera de introducir al sistema latino la figura del fideicomiso anglosajón, consistente en transmitir bienes de una personada llamada fideicomitente hacia a otra denominada fiduciario, quien haría lo que le ordenarán, para el beneficio de un tercero con el nombre de fideicomisario, adicionalmente se establece que al momento de que el fiduciario acepta su cargo, las facultades adquiridas por este resultan irrevocables.

Es importante mencionar que esta posición se refiere que tanto en el mandato como el fideicomiso, una de las partes acepta comprometerse a realizar alguna actividad que otra la ha encomendado. Las principales críticas a esta teoría se basaban en la inconsistencia entre la irrevocabilidad y el mandato como naturaleza revocable, otra crítica se basaba en que el mandatario realiza en nombre de su mandante actos o contratos en su

representación, los cuales están destinados a surtir efectos en nombre del mandante.

### Teoría del patrimonio de afectación

Esta teoría ha pretendido explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso a través del estudio de sus elementos fundamentales para afirmar que no debe hacerse énfasis en las supuestas obligaciones derivadas entre las partes, pues no son constantes ni necesarias y las modalidades demuestran que pueden faltar unas y otras dentro de las distintas soluciones, los únicos elementos constantes en el fideicomiso son la existencia del patrimonio y su destino.

Esta teoría es criticada porque sus fundamentos son tomados de distintas modalidades del fideicomiso, en ocasiones pueden prescindir de la existencia de un sujeto de derecho, otra de las críticas a esta teoría fue porque la expresión afectación carece de contenido propio en muchas de las legislaciones latinoamericanas, lo que impedía darle el alcance jurídico que en su momento dado se pretendió.

## Teoría del negocio fiduciario

Esta teoría sobre la naturaleza del fideicomiso establece que el negocio fiduciario es una manifestación de voluntad en la que se le atribuye la titularidad de derecho a otra persona en nombre propio pero en interés del transferente o un tercero, dicha transferencia es plena, pero sin alejarse de conducta obligatoria asumida en cuanto al destino de los bienes o derechos que se refieren.

La teoría de negocio fiduciario es la teoría que ha tenido mayor aceptación, se manifiesta que el fideicomiso es un negocio fiduciario porque opera una transmisión real de bienes que conforman un patrimonio autónomo, que el fiduciario recibe en nombre propio, para la realización de un fin, no recibe la propiedad del patrimonio, sino que adquiere la titularidad de los bienes fideicometidos, al igual de su posesión.

## Características del fideicomiso

El fideicomiso siendo una figura mercantil cuenta con ciertas características las cuales ayudan a entender su funcionamiento y entre las cuales se pueden mencionar las siguientes: que versa sobre aspectos patrimoniales, es decir bienes, derechos y obligaciones que no se

extinguen con la muerte, porque pueden establecerse dentro de la forma testamentaria; y que se basa en la confianza, la cual tiene el fideicomitente al fiduciario sobre su patrimonio.

El autor Villegas Lara (2015), establece como características del fideicomiso las siguientes:

a) Es un negocio que puede presentarse como un acto unilateral (por testamento) y bilateral (por contrato); b) Es un negocio oneroso. Esta característica deriva de la misma naturaleza mercantil del fideicomiso y se confirma en el artículo 793 del Código de Comercio en donde se prescribe que el fiduciario tiene derecho a honorarios en compensación por sus servicios, los que serán por cuenta de fideicomitente, del fideicomisario y de ambos a la vez. Para tal efecto, el fiduciario tiene preferencia frente a otros acreedores en resguardo de su derecho; c) Es un negocio nominado legislativamente; d) Es un negocio típico mercantil; e) Es formal *ad solemnitatem*. Debe constar necesariamente en escritura pública en las dos formas de presentarse la constitución. La ausencia de esa formalidad hace inexistente el vínculo; f) Es de tracto sucesivo porque la consumación del negocio se prolonga en el tiempo... g) Es consensual cuando se formaliza mediante un contrato. Esta característica no tiene razón de ser cuando proviene de una declaración unilateral de voluntad. (pp. 133-134)

El fideicomiso cuenta con varias características, pero entre las más importantes se pueden mencionar que esta figura se basa en la confianza que transmite el fideicomitente al fiduciario para la administración de sus bienes, la formalidad o solemnidad del fideicomiso, al establecerse que todo fideicomiso deberá constar en escritura pública, y si se tratare de bienes inmuebles deberán inscribirse en el Registro General de la Propiedad o en el caso de bienes muebles en el Registro de Garantías Mobiliarias, otra de las características primordiales del fideicomiso es que

constituye un patrimonio autónomo los bienes transmitidos en fideicomiso, son independientes de los activos del fideicomitente y fiduciario.

El Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala en el artículo 766, se establece las características de la figura del fideicomiso, el cual indica que: “El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso” es así como el fiduciario se obliga al cumplimiento de lo establecido en ley.

El fiduciario deberá cumplir únicamente con los fines, no deberá realizar acciones con el patrimonio fideicometido que no estén establecidas, ya que en caso que el fiduciario realice actos que no estén dentro de los fines, o que causen daño al patrimonio fideicometido o a los intereses del fideicomitente, se podrá reclamar daños y perjuicios ante un órgano jurisdiccional, y podrá revocarse al fiduciario, pudiendo para el efecto nombrar a un nuevo fiduciario que deberá ser una entidad bancaria.

## Elementos del Fideicomiso

Es importante establecer los elementos que conforman la figura del fideicomiso, entre los que se encuentran: los elementos reales, formales y personales. Los elementos reales del fideicomiso se refieren a que se pueden constituir sobre todo tipo de bienes y derechos, el fiduciario deberá recibir una remuneración por el servicio prestado. Los elementos formales establecen que el contrato de fideicomiso es un contrato solemne debido a que la ley exige que debe constituirse por medio de escritura pública.

Los elementos personales del fideicomiso, son las personas o sujetos que intervienen en la creación de un fideicomiso y dentro de los cuales se encuentran: el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, cada uno de ellos tienen una función específica dentro del fideicomiso y deberán de establecerse dentro de la constitución del fideicomiso las funciones que cada uno de ellos realiza en el funcionamiento del fideicomiso, para que el mismo se lleve a cabo de una manera adecuada.

## Sujetos que participan dentro del fideicomiso

En el contrato de fideicomiso, dentro de los elementos personales se establece que son las personas que intervienen dentro del funcionamiento de un fideicomiso, entre las que se encuentran tres figuras jurídicas las

cuales son: el fideicomitente, el fiduciario, y fideicomisario o beneficiario, cada una de ellas cumple con una serie de funciones especifica dentro del funcionamiento de los fideicomisos.

## Fideicomitente

Es la personan individual o jurídica con capacidad legal para enajenar que transmite sus bienes, derechos y/o dinero, ya sea mediante testamento o en un contrato, para la realización de un fin específico y en beneficio propio o de un tercero que él designe. En el caso de los menores de edad, incapaces y ausentes, sus representantes legales pueden constituir un fideicomiso por medio de una autorización judicial.

El fideicomitente de un fideicomiso es el propietario original de los bienes y/o derechos transmitidos a fideicomiso y sobre los cuales se constituye la propiedad fiduciaria, formando un patrimonio fideicometido independiente del patrimonio del fideicomitente y el fiduciario, este último sólo tiene poderes de disposición sobre los bienes fideicometidos hasta el momento de la transferencia de la propiedad fiduciaria.

Hernández Maestroni (2004) acerca del fideicomitente indica:

Es la parte que transmite la propiedad de un bien al fiduciario y le encomienda el cumplimiento de una tarea relacionada con ese bien. La regla general es que el fiduciante sólo tiene poderes de disposición sobre los bienes fideicometidos hasta el momento de la transferencia de la propiedad fiduciaria. (p. 23)

Pueden ser fideicomitentes tanto las personas físicas, como las personas jurídicas por medio de su representante legal y/o mandatario designado, que se encuentre facultado por su representada para la constitución de un fideicomiso, en el respectivo documento que contenga su nombramiento o mandato, ambos documentos deberán estar debidamente inscritos en el registro que corresponda. El fideicomitente también deberá estar facultado para poder disponer de los bienes para la transmisión de los mismos al fideicomiso, incluidas dentro de estas personas también se encuentran las personas de derecho público, es decir, las entidades estatales u órganos del Estado.

### Fiduciario

Es la entidad bancaria o financiera que recibe el dominio fiduciario de los bienes, derechos y/o dinero transmitidos por el fideicomitente, realizando aquellos actos exigidos para cumplir con fines específicos establecidos en la escritura de constitución. En la legislación Guatemalteca se determina

que podrán ser fiduciarios únicamente los bancos establecidos en el país y las instituciones de crédito autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria.

Hernández Maestroni (2004) define al fiduciario como:

El fiduciario es el sujeto al que se transfiere el patrimonio fideicometido con la finalidad de que lo aplique o gestione según las reglas dictadas por el fideicomitente. Es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. (p. 26)

El fiduciario nunca podrá tener la calidad de fideicomisario del fideicomiso, cuando el fiduciario intervenga en un contrato si será necesaria su comparecencia, pero si se hace en forma testamentaria puede suceder que se omita quien va tener dicha calidad, en ese caso la ley establece que el juez competente, a propuesta del fideicomisario o por iniciativa judicial si no hubiera respuesta, lo designe. Puede haber varios fiduciarios dentro de un mismo contrato de fideicomiso, si así se establece en la escritura constitutiva del fideicomiso quienes actuarán de forma conjunta.

Como el servicio prestado por el banco o de la institución de crédito no es gratuito, el fiduciario puede percibir una remuneración por el servicio que presta, dicho pago puede deducirse de los ingresos que perciba el fideicomiso y con preferencia de otros acreedores, tanto el fiduciario como

el fideicomitente tiene obligaciones y derechos, establecidos en la escritura de constitución y en la ley.

El fiduciario sino cumple con sus obligaciones de defensa, manejo y custodia del patrimonio fideicometido, o no cumple de manera adecuada con los fines establecidos en la escritura constitutiva podrá ser removido de su cargo, dicha remoción no significa el fin o la liquidación del fideicomiso o que sea insustituible el fiduciario se puede determinar o nombrar a un nuevo fiduciario.

#### Fideicomisario o beneficiario

Es la persona en cuyo favor se constituye un fideicomiso, es decir, es el beneficiario de la ejecución del mismo. El fideicomisario debe tener capacidad legal para adquirir derechos y obligaciones según lo establecido en el artículo 767 del Código de Comercio, la designación del fideicomisario puede realizarse en la escritura de constitución o no designarlo en dicha escritura, pero si esto sucede por lo menos deberán establecerse los parámetros o lineamientos que deberán llevarse a cabo para la determinación del fideicomisario o fideicomisarios.

La ley establece que no es requisito indispensable para la validez de un fideicomiso individualizar al fideicomisario que se designará en el documento constitutivo de fideicomiso pero si deberán establecerse las normas o reglas para su designación posterior. El fideicomitente puede ser a su vez fideicomisario, pero el fiduciario nunca debe establecerse por como fideicomisario del mismo fideicomiso. El beneficiario del fideicomiso es la persona individual o jurídica que deberá recibir las ganancias o beneficios que surjan derivados del cumplimiento del fideicomiso y eventualmente se le entregará los bienes fideicometidos una vez vencido el plazo establecido dentro del contrato de fideicomiso, o bien en el caso de los fideicomisos de garantía un vez atendido las obligaciones crediticias garantizadas con el fideicomiso, el beneficiario puede ser el destinatario final del patrimonio fideicometido, o su remanente, una vez finalizada la gestión del fiduciario o habiéndose cumplidos los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso.

#### Derechos y obligaciones de los sujetos del contrato de fideicomiso

Los sujetos del fideicomiso son: el fideicomitente que es la persona que transmite sus bienes a un fideicomiso, el fiduciario que recibe los bienes para llevar a cabo fines específicos y el fideicomisario que es la persona que es el beneficiario de la ejecución del fideicomiso, estas partes tienen

derechos y obligaciones determinadas por ley y por las partes los cuales quedan designados en el documento constitutivo del fideicomiso.

### Fideicomitente

Es la persona individual o jurídica que transmite bienes, derechos y/o efectivo afectando dicha transmisión a fines establecidos dentro de una escritura de constitución de fideicomiso, en virtud de dicha aportación de patrimonio, el fideicomitente adquiere ciertos derechos y obligaciones que deberá cumplir, las cuales se deberá establecer en el contrato de fideicomiso, en base a la ley de la materia y el giro del negocio.

### Derechos

El fideicomitente tiene los derechos siguientes: requerir que se cumplan con los fines del fideicomiso en los términos establecidos con el fideicomisario y que se haga entrega al fideicomisario, en el plazo y los términos establecidos los bienes y derechos encomendados al fiduciario, aparte de estos derechos el fideicomitente puede exigir rendición de cuentas del fiduciario, ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, pedir la remoción del fiduciario, obtener la devolución de los bienes, ejercer la defensa de los bienes fideicometidos.

En cuanto a exigir rendición de cuentas el fideicomitente puede solicitar al fiduciario le rinda cuentas de su gestión, presentando informes sobre el estado del fideicomiso dentro de un cierto plazo, esta es una obligación que deberá cumplir el fiduciario aunque en la escritura de constitución no conste que deberá hacerlo. En caso de no pactarse la rendición de cuentas esta obligación debe cumplirse de igual manera por lo menos cada año.

El fideicomitente puede discutir los actos que realiza el fiduciario durante la vigencia del fideicomiso, frente a un órganos jurisdiccional, y en el caso de incumplimiento en el ejercicio la función del fiduciario ya sea por acciones y omisiones en su labor, el fideicomitente puede reclamar daños y perjuicios en caso que se causen daños al patrimonio fideicometido o a los interés del fideicomitente o fideicomisario.

En el caso que el fideicomitente y/o fideicomisario no estén de acuerdo con la gestión realizada por el fiduciario, pueden solicitar la remoción de este como anteriormente se indicó, nombrando a uno nuevo. El fideicomitente puede ejercer toda clase de acción necesaria para proteger y defender los bienes que conforman el patrimonio fideicometido cuando el fiduciario no cumpla con esta obligación.

El artículo 780 del Código de Comercio de Guatemala regula:

Si el fiduciario enajena o grava los bienes en abuso de las facultades que le otorgue el contrato o el acto constitutivo, el fideicomitente o el fideicomisario, podrán exigirle que responda por los daños y perjuicios derivados de la negociación, así como promover su remisión y la imposición al fiduciario de las demás sanciones que corresponden.

El fiduciario deberá realizar únicamente los actos o finalidades establecidas en la constitución del fideicomiso, instruidos por el fideicomitente, en caso que el fiduciario realice un acto u omisión que dañe el patrimonio fideicometido o bien afecte a los intereses del fideicomitente o fideicomisario, se podrá solicitar el ante juez competente el pago de daños y perjuicios, y solicitar la revocación del fiduciario, debiéndose nombrar a un nuevo fiduciario que deberá ser una entidad bancaria para que administre el patrimonio fideicometido.

## Obligaciones

Dentro de las obligaciones del fideicomitente están las siguientes: entregar los bienes y derechos al fiduciario, esta obligación consiste en que el fideicomitente al momento de constituir un fideicomiso deberá transmitir como patrimonio bienes muebles, inmuebles y/o derechos que tenga a su favor, para que con este se realicen los fines del fideicomiso, debido a que

si el fideicomiso no cuenta con patrimonio no podrá realizar su función por lo cual no tendría razón de ser la constitución del fideicomiso.

Otra de las obligaciones del fideicomitente es asegurar que los bienes y/o derechos se encuentren libres de limitación alguna, esto debido a que al fideicomiso deberán de transmitirse los bienes libres de gravámenes, anotaciones, limitaciones o embargos que puedan afectar la libre disposición de los bienes por parte del fiduciario, para el cumplimiento de los fines.

## Fiduciario

El fiduciario es la entidad bancaria que se encarga del manejo, custodia y administración del patrimonio del fideicomiso transmitido por el fideicomitente, este sujeto que participa dentro del fideicomiso tiene derechos en cuanto a su función de fiduciario, estos se encuentran establecidos en la ley y también deberán de estar establecidos dentro de la respectiva escritura de constitución de fideicomiso.

## Derechos

Los derechos del fiduciario se encuentran establecidos en el artículo 783 del Código de Comercio de Guatemala y dentro de los cuales se establecen los siguientes: ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones establecidas en la ley o en la escritura de constitución, ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio, otorgar mandatos especiales con representación, percibir una remuneración por sus servicios y poderlos descontar de los ingresos que se perciban del fideicomiso y los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fideicomiso.

Las obligaciones del fiduciario se encuentran establecidos en el artículo 785 del Código de Comercio dentro de las cuales están las siguientes: ejercitar el fideicomiso conforme a la escritura de constitución y los fines establecidos, desempeñar su cargo con diligencia debida y únicamente podrá renunciar a su cargo por causas graves calificadas por un Juez de Primera Instancia, tomar posesión de los bienes fideicometidos, en los términos establecidos en la escritura de constitución y velar por su conservación y seguridad, llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones, rendir cuenta e informes a quien

corresponda de forma periódica y por último las demás inherentes a la naturaleza de su cargo.

## Fideicomisario

El fideicomisario es la persona individual o jurídica que se establezca dentro del fideicomiso como beneficiario de todos los rendimientos y/o ganancias que se perciban con el fideicomiso, el fideicomisario puede ser el propio fideicomitente, esta persona de acuerdo con el contrato de fideicomiso le corresponderá beneficiarse del patrimonio fideicometido, deberá tener capacidad para adquirir derechos.

## Derechos

Los derechos del fideicomisario se encuentran regulados en el artículo 778 del Código de Comercio dentro de los cuales se establecen los siguientes: ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo, exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso, pedir remoción del fiduciario, impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que se rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituyan al fiduciario los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido, revisar en cualquier tiempo,

los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoría, el fideicomisario no tiene contempladas obligaciones dentro del fideicomiso, ya que es la persona que se beneficiará con la ejecución del fideicomiso, por lo cual no tiene obligaciones que cumplir, por lo cual dentro de la ley no se establecen.

### Patrimonio del fideicomiso

La creación de un fideicomiso da origen a un tipo especial de propiedad, a la que se puede denominar como una propiedad fiduciaria, siendo el titular de esta propiedad el fiduciario, teniendo este para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, atribuciones que le corresponderían al propietario pleno, pero estas atribuciones deberán de ser limitadas, en el sentido de ejercerlas conforme a las instrucciones que fideicomitente gire al fiduciario para realizar y cumplir con los fines del fideicomiso, la propiedad fiduciaria deberá estar sujeta a un plazo o condición, el plazo de la vigencia de esta propiedad nunca podrá excederse de 25 años según lo establecido en el artículo 790 del Código de Comercio de Guatemala.

El fiduciario ejerce la titularidad de los bienes transmitidos en fideicomiso, únicamente con el fin de poder cumplir con los fines establecidos en el contrato de fideicomiso, el fideicomitente se reserva el

uso y goce de los bienes fideicometidos, para explotarlo en su propio beneficio, debiendo el fideicomitente clasificar los bienes en su propia contabilidad como activos limitados en fideicomiso y así tener que hacer las respectivas depreciaciones.

La reserva de patrimonio fideicometido consiste en el derecho constituido a favor del fideicomitente, para poder usar, gozar y disfrutar, los bienes fideicometidos explotándolos y generando rentas dichos bienes, cada fideicomitente continuará depreciando y/o valuando los bienes, en virtud de dicha reserva el fiduciario no podrá ser responsable de la guarda, custodia, ejercicio de la explotación de los bienes.

El patrimonio fideicometido se puede definir como el conjunto de bienes y derechos transmitidos en propiedad fiduciaria al fideicomiso, teniendo como objeto principal destinarlo para el cumplimiento de fines específicos, constituidos dentro del contrato de fideicomiso, en beneficio un tercero llamado fideicomisario, la propiedad fiduciario de dichos bienes y derechos constituyen un patrimonio autónomo, es decir, que se encuentran fuera de la esfera de los patrimonios que corresponden al fideicomitente y fideicomisario.

Vásquez Martínez (1978) indica sobre el patrimonio autónomo que:

Debe aclararse que al transmitirse al fiduciario ciertos bienes y derechos, no se transmite el derecho de propiedad, lo que sucede es que se constituye un patrimonio autónomo, separado, que no pasa a agregarse al patrimonio del fiduciario, sino que éste último es investido de determinadas facultades con respecto al patrimonio fideicometido. (p. 669)

Dentro de las características del patrimonio del fideicomiso se puede mencionar que siendo el patrimonio fideicometido autónomo, los bienes o derechos transmitidos a fideicomiso están separados del resto de los activos del fiduciario y del fideicomitente, los bienes fideicometidos no pueden ser atacados por los acreedores tanto del fiduciario como del fideicomitente, estando exentos de la acción de los acreedores mientras se encuentren en propiedad fiduciaria. Los bienes del fideicomiso están excluidos de la garantía general de los acreedores tanto del fiduciario como del fideicomitente, la transferencia del patrimonio del fideicomitente, al separarlo de su patrimonio, impide que sus acreedores puedan ejercer una acción sobre estos, mediante una medida cautelar como lo es el embargo de bienes.

En el caso del fideicomisario, siendo que este no es el propietario del patrimonio fideicometido, únicamente se asume que tendrá en un futuro la transmisión de la propiedad del patrimonio que se transmitirá al fideicomiso o recibe los frutos de forma periódica, sus acreedores no

podrán ejercer algún tipo de acción sobre el patrimonio del fideicomiso, sin embargo la ley establece que se pueden embargar únicamente los frutos percibidos del fideicomiso.

El patrimonio fideicometido responderá únicamente por las obligaciones establecidas dentro de los fines del fideicomiso, los derechos que se haya reservado al fideicomitente, los derechos que se deriven del fideicomiso en favor del fideicomitente, los derechos adquiridos legalmente por terceros, y los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso.

Una vez cumplidos los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso, el fiduciario está obligado a devolver la propiedad fiduciaria del patrimonio fideicometido a su respectivo fideicomitente o la persona que este haya designado como beneficiario o fideicomisario del fideicomiso, y la aceptación de este último deberá constar en el respectivo documento legal de devolución de patrimonio y en el caso de tratarse de bienes inmuebles se deberá de inscribir en el Registro General de la Propiedad.

## Fines del fideicomiso

La importancia de los fines del fideicomiso constituye un elemento esencial en el funcionamiento del mismo. El fin del fideicomiso es el conjunto de actividades o actos que realiza el fiduciario en cumplimiento de las instrucciones giradas por el o los fideicomitentes, los cuales deberán constar de forma detallada en la escritura de constitución de fideicomiso, los mismos pueden ser ampliados en el caso que se haya omitido algo de estos en la respectiva escritura de ampliación.

Los fines del fideicomiso son el propósito del negocio jurídico, por lo cual es de suma importancia que los mismos estén bien definidos en el contrato de constitución de fideicomiso, ya que el fiduciario llevará a cabo su función conforme a lo que estos establezcan, el fiduciario no puede llevar a cabo funciones que se extralimiten a los fines del fideicomiso, si alguna situación que necesite llevar a cabo el fiduciario y no esté definido en el fideicomiso, necesita de una autorización expresa por parte de fideicomitente para poder realizarla.

## Régimen de los bienes transmitidos a fideicomiso

El fiduciario de un fideicomiso posee un poder de disposición de los bienes fideicometidos especial, debido a que únicamente puede realizar los actos necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, en la doctrina se dice que el fiduciario posee la titularidad de los bienes, no en si una propiedad plena de los bienes fideicometidos, razón por la cual se limita únicamente a realizar las funciones específicas instruidas en el contrato de constitución de fideicomiso, y las atribuciones establecidas en la ley, si necesita el fiduciario realizar un acto fuera de su poder, este deberá solicitar una autorización judicial para poder realizarlo, pero si en el caso que se extralimite en sus funciones se le podrá solicitar el pago daños y perjuicios, y podrá removerse de su cargo, y se le podrán imponer las sanciones correspondientes.

Los bienes fideicometidos no pueden ser perseguidos por los acreedores del fideicomitente, del fideicomisario y del fiduciario, con el objeto que se cumplan con los objetivos del negocio, únicamente pueden ser embargados los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso, sobre el patrimonio fideicometido, si pueden anotarse los bienes fideicometidos, con el fin que al finalizar el fideicomiso y proceder a devolver el patrimonio se pueda hacer valer las acreedurías.

## Formas para la creación de un fideicomiso

Existen dos modalidades para la creación de un fideicomiso, y son que el fideicomiso puede constituirse por medio de un contrato o instituirse mediante testamento, esta figura mercantil surgió como una disposición de tipo testamentaria, con el objeto de la administración de la masa hereditaria en favor de una persona determinada quien figurara como el fideicomisario o beneficiario.

Villegas Lara (2015) en cuanto a la afectación frente a terceros por la constitución de fideicomiso indica:

El fideicomiso instituido por testamento o contrato, afecta a terceros en una u otra forma. En consecuencia, la ley establece que el negocio surte efectos frente a terceros en la forma siguiente: a) desde el momento en que se presenta el testimonio de la escritura al Registro de la Propiedad, cuando afecta bienes o derechos registrables; b) Desde que la traslación se perfeccione de acuerdo con el documento constitutivo de la obligación o en virtud de la ley, si se trata de créditos u obligaciones no endosables; c) Desde la fecha del endoso o registro, según se trate de títulos “a la orden” o “nominativos”, o bienes muebles sujetos a registro; d) desde la escritura pública de constitución cuando se trate de bienes no sujetos a ningún registro de publicidad registral; e) Desde que se efectúa la tradición si se tratara de títulos al portador; y, f) Desde que se efectúe la publicación del edicto en el Diario Oficial, notificando a los interesados si se trata de una empresa industrial, comercial o agrícola. (pp. 136-137)

El contrato de constitución de fideicomiso y de devolución de patrimonio se encuentran libres del pago de impuestos, esto debido a que por las características especiales del fideicomiso y que el traslado de dominio es

temporal y afecto a un fin específico no estará sujeto a dicho pago, salvo que en el caso de las devoluciones de patrimonio fideicometido hechas a favor del fideicomisario o un tercero, estas si estarán afectas a los impuestos vigentes correspondientes al momento de la enajenación, dicha disposición se encuentra regulado en el artículo 792 del Código de Comercio de Guatemala.

Un fideicomiso se constituye con las finalidades de garantizar el debido cumplimiento de obligaciones y/o llevar a cabo las actividades necesaria para cumplir con los fines específicos establecidos en el contrato de constitución, asegurar la adecuada administración de bienes e invertir los recursos, a cada una de estas finalidades le corresponde una clase de fideicomiso, a continuación se describe cada una ellas.

### Obligaciones previas

Como obligaciones previas del fideicomiso se debe tener a la vista los documentos de identificación de los comparecientes ya sea su documento personal de identificación (DPI) o en el caso que alguno sea extranjero su pasaporte, a no ser que fueran conocidos del notario ya no será necesario consignar en la escritura de constitución sus documentos de identificación, así mismo deberán de ser presentados los respectivos documentos con que se acredite la propiedad de los bienes que se están transmitiendo a

fideicomiso los cuales pueden ser testimonio de escrituras públicas o bien certificaciones extendidas por el Registro General de la Propiedad.

En el caso del fiduciario debido a que esté es una entidad bancaria, deberá hacerse constar en la escritura los datos del representante legal de dicha entidad, así como hacer constar su representación por medio de los documentos donde se acredite dicha representación, los cuales pueden consistir en el nombramiento debidamente inscrito en el Registro Mercantil de Guatemala o bien un mandato que cuente con las facultades necesarias para llevar a cabo los actos o contratos relacionados con el fideicomiso.

### Obligaciones posteriores

Una vez celebrada la escritura de fideicomiso, el notario autorizante deberá extenderse el primer testimonio el cual se deberá entregar al cliente y fiduciario, en el caso que hayan bienes inmuebles deberá de emitirse el primer testimonio con su respectivo duplicado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad o bien en el Segundo Registro del Propiedad cuando corresponda, en cuanto a los bienes muebles estos deberán inscribirse en el Registro de Garantías Mobiliarias, por medio de su sistema electrónico en la página virtual de dichos registro, y en cuanto a

la obligación notarial, el notario deberá de emitir el testimonio especial, con sus respectivos timbres correspondientes al pago de los impuestos que le corresponda al contrato para entregarlo en el Archivo General de Protocolos en un plazo máximo de 25 días hábiles.

## Impuestos

Todo contrato celebrado en escritura pública está sujeto al pago del impuesto del timbre notarial, los bienes transmitidos a fideicomiso deberán estimarse en forma individual, el monto total del contrato se deberá multiplicar por el dos por millar, hasta un máximo de trescientos quetzales en timbres notariales. Los contratos de fideicomiso están exentos de impuestos debido a que la transmisión de patrimonio es de manera temporal, en el caso de las devoluciones hechas al fideicomisario si se encuentran sujetas al pago de impuestos.

## Clases de fideicomisos

La clasificación de los fideicomiso según la doctrina es amplia, de igual manera los fines que se pretenden cumplir con éste, si bien no existe una clasificación absoluta sobre los fideicomiso, existe tres tipos de fideicomiso que se aproximan a los propósitos que debe tener un fideicomiso en particular, los cuales son: fideicomiso de administración,

fideicomiso de garantía, fideicomiso de inversión y fideicomiso de planeación patrimonial.

### Fideicomiso de administración

El fideicomiso de administración es la clasificación en virtud de la cual el fideicomitente transmite determinados bienes o derechos, a una entidad especializada quien va ser el fiduciario, para que este se encargue de la administración y manejo directo de sus bienes, realizando operaciones de guarda, conservación y cobro de sus frutos o rentas, entregando éstas al beneficiario del fideicomiso quien pueden también ser el fideicomitente.

Esta modalidad del fideicomiso puede ser utilizada por el sector público, en la que el contratante público, transfiere al fiduciario los fondos públicos necesarios para que este se encargue de la administración, manejo y custodia de los mismos, realizando todas las acciones que el fideicomitente le encargue, en beneficio del fideicomisario que puede ser una entidad del Estado determinada en el contrato de fideicomiso.

Villegas Lara (2015) define el fideicomiso de administración como: “Es aquel en el que el fiduciario administra los bienes fideicometidos, otorga contratos de arrendamiento, cobra rentas, paga impuestos, toma medidas

de conservación de los bienes, etcétera, en beneficio del fideicomisario.” (p. 139). Este tipo de fideicomisos su función primordial es la de administrar los bienes fideicometidos sujetos a fines específicos, y para llevar a cabo dicha función el fiduciario podrá otorgar los contratos necesarios para el cumplimiento de sus fines, si deberá de notificarse al fideicomitente de tales acciones tomadas por el fiduciario, pero todas las acciones tomadas por el fiduciario serán en beneficio del fideicomisario designado y/o el fideicomitente.

El fiduciario podrá celebrar actos o contratos necesarios para cumplir con su función, y en el caso de los fideicomisos de administración puede celebrar contratos de arrendamientos con terceros, para recibir los flujos dinerarios provenientes de las rentas a favor del fideicomisario y/o fideicomitente y administrarlos según las instrucciones giradas en el contrato de fideicomiso, otras de las facultades del fiduciario en los fideicomisos de administración es que este puede hacerse cargo del pago de impuestos sobre los bienes que conforman el patrimonio, este tipo de fideicomisos son utilizados para administrar los bienes del fideicomitente.

### Fideicomiso de inversión

Esta modalidad del fideicomiso es por medio de la cual el fiduciario del fideicomiso tienen el manejo de los bienes del fideicomitente para

destinarlos a ciertas actividades que generen rendimientos, es decir, ganancias para el fideicomisario y/o fideicomitente, se invierten todos los bienes del fideicomitente con el propósito que estos se reinviertan realizando todo tipo de actividades que generen ganancias y que deberán de estar regulados dentro del contrato de constitución de fideicomiso, donde se establecerá la forma en que el fiduciario llevara a cabo dichas actividades.

El fideicomiso de inversión se caracteriza por el hecho que el fiduciario se encarga de la adquisición de bienes o derechos del fideicomitente para que este logre con dichos bienes que conforman el patrimonio del fideicomiso, rendimientos interesante para el fideicomisario o fideicomitente, realizando actividades que generen dichos rendimientos, pero es importante resaltar que el fiduciario deberá de informar al fideicomitente sobre las actividades en las que se invertirá el patrimonio fideicometido, por lo cual es necesario que dentro del fideicomiso se encuentre denominada una directiva nombrada por el fideicomitente para que vele por el cumplimiento de los fines del fideicomiso de manera transparente y que las inversiones que se realicen sean ventajosas.

En Guatemala este tipo de fideicomisos se destinan para la construcción de viviendas, lo que dan origen a la creación de los certificados fiduciarios, los cuales son los títulos de créditos que se crean en virtud de la

constitución de un fideicomiso de inversión y que representan una parte alícuota sobre un derecho, la creación de estos deberá estar instruida en la constitución del fideicomiso debido a que para su validez deberán constar en dicha escritura.

### Fideicomiso de garantía

Los fideicomisos de garantía son los que tiene como finalidad principal asegurar con el patrimonio del fideicomiso, el cumplimiento de obligaciones contraídas, especialmente crediticias por parte de fideicomitente o de un tercero. Todo fideicomiso de garantía tiene implícito la necesidad de que los bienes que forman parte del patrimonio fideicometido, salgan del patrimonio del fideicomitente para ingresar al patrimonio especial del fiduciario.

Hernández Maestroni (2004) sobre los fideicomisos de garantía indica:

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 producido al beneficiario. (p. 68)

Según lo anterior indicado, el fideicomiso de garantía es un medio por el cual se asegura el cumplimiento de una obligación crediticia, y que permite al beneficiario llamado fideicomisario, tener la certeza de que se

puedan ejecutar los bienes transmitidos al fideicomiso y o bien si no se puede dar la venta del patrimonio fideicometido, puede el fideicomisario adjudicarse en pago los bienes fideicometidos, el fiduciario tiene la obligación de vigilar que se cumplan con los fines de garantía del fideicomiso pactadas dentro del contrato de constitución del mismo.

El fideicomiso de garantía tiene ventajas con respecto a las demás garantías reguladas en la legislación guatemalteca, como lo son la hipoteca y la prenda, debido a que el acreedor no debe someterse a procesos judiciales para asegurar el cumplimiento de una obligación. En efecto, como los bienes transmitidos a fideicomiso quedan separados del patrimonio del fideicomitente y del fiduciario constituyendo un patrimonio autónomo, el acreedor de la obligación contraída por el fideicomitente o un tercero queda protegido durante el plazo de la obligación de que el patrimonio fideicometido no va poder ser agredido por los acreedores del deudor.

### Fideicomisos testamentarios

El fideicomiso testamentario es la modalidad del fideicomiso que tiene como finalidad que el fiduciario designado en el testamento, a la muerte del testador, reciba de forma total o parcial sus bienes y/o derechos con la finalidad de destinarlo a cumplir con fines específicos establecidos en el

contrato de constitución del fideicomiso, ya sea en beneficio de algunas personas, parientes o no del causante, o bien en el contrato de fideicomiso a la muerte del testador los bienes que tenga en su dominio el fiduciario, serán entregados en forma autentica a los fideicomisario designados en la escritura de fideicomiso.

### Nulidad del fideicomiso

Los fideicomisos pueden ser nulos cuando sean constituidos en forma secreta, esto quiere decir que el fideicomiso sea constituido en documento privado y no en escritura pública, como lo establece el artículo 771 del Código de Comercio de Guatemala el cual indica que:” El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de los bienes.”, también son considerados nulos los fideicomisos en los que el beneficio se otorgue a diversas personas que se irán sustituyendo sucesivamente por fallecimiento del anterior, salvo que se hiciera entre personas vivas o concebidas la muerte del fideicomitente, esta nulidad por sustitución por muerte se da para evitar la vinculación de bienes.

## Formas de extinción del fideicomiso

Hay diversas formas mediante las cuales se puede extinguir un fideicomiso y dentro de las cuales se encuentran: por cumplimiento total de fines, por imposibilidad absoluta de cumplir con los fines del fideicomiso, por expiración del plazo, por cumplimiento de la condición resolutoria o del plazo, por acuerdo entre el fideicomitente y el fideicomisario, por la cesación en el pago de sus obligaciones, por la revocación del fideicomitente, y por cualquier otra causa establecida dentro del contrato de fideicomiso.

### Extinción por cumplimiento de fines

Está es una forma por medio de la cual se puede extinguir el fideicomiso, que consiste en el hecho que un fideicomiso es constituido con el propósito de realizar fines específicos en beneficio de un tercero o del propio fideicomitente, una vez cumplidos dichos fines, se extingue el fideicomiso debido a que este cumplió con su encargo, y por lo cual deberá procederse con la liquidación del mismo.

Fernández Maestroni (2004) indica: “Si la finalidad primitiva prevista se ha alcanzado es lógico que se extinga el fideicomiso, por carecer de la razón de su existencia y formación.” (p. 81). Al momento de cumplir con los fines del fideicomiso instruidos dentro de la escritura de constitución de fideicomiso, deberá entregar el patrimonio fideicometido a su respectivo fideicomitente o la persona o personas que esté haya designado, en la forma descrita, en la constitución, debiendo aceptar expresamente en una escritura pública los bienes fideicometidos devueltos, y si estos son bienes inmuebles deberá de ser inscrita en el Registro de la Propiedad.

#### Imposibilidad absoluta de cumplir sus fines

Una de las formas de extinción del fideicomiso, es que el fiduciario no pueda ejercer los fines del fideicomiso, en virtud de que se encuentra imposibilitado de poder realizarlos, esta situación puede darse por diversos supuestos, dentro de los más importantes se encuentran la destrucción total de los bienes fideicometidos por fuerza mayor o caso fortuito, y no a culpa del fiduciario, tal situación hace imposible que el fiduciario continúe realizando o llevando a cabos los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso, en tal sentido no tiene caso continuar con el fideicomiso por lo cual el mismo se extingue.

Dentro de las formas para extinguir un fideicomiso, se pueden mencionar como las de mayor importancia las siguientes:

### Expiración el plazo

Dentro del contrato de constitución de fideicomiso se establece un plazo para la realización del encargo, y cuando este se ha cumplido se da por extinguido el contrato de fideicomiso, otra situación a tomar en cuenta es que un fideicomiso cuenta con plazo legal establecido en el artículo 790 del Código de Comercio de Guatemala, consistente en que todo fideicomiso no puede ser mayor de veinticinco años, si bien puede pactarse un plazo mayor al plazo legal, al llegar al termino de los veinticinco años, se dará por extinguido el fideicomiso por cumplimiento de plazo.

### Cumplimiento de la condición resolutoria o del plazo

Un fideicomiso constituido bajo una condición resolutoria o plazo, al concluirse estos o llevarse a cabo el acto al que se encontraba sujeto, se extingue el fideicomiso, siempre tomando en cuenta el plazo legal del fideicomiso anteriormente indicado.

## Acuerdo entre el fideicomitente y fideicomisario

Está es una forma de extinción de fideicomiso, mediante la cual se extingue el fideicomiso por darse un acuerdo entre la fideicomitente y el beneficiario o fideicomisario del fideicomiso, sin perjuicio de los derechos del fiduciario. Si el fideicomitente no se ha reservado la facultad de recovar y el fideicomisario ha aceptado la constitución del fideicomiso a su favor, el fideicomitente no podrá ponerle fin sin el consentimiento expreso del fideicomisario, siempre y cuando se respeten los derechos del fiduciario al pago de sus honorarios por el cargo a su nombre.

## La cesación en el pago de sus obligaciones

El fideicomiso legalmente constituido se puede extinguir en el caso que se deje de cumplir con el pago de las obligaciones por la cuales se constituyó el mismo, esta forma de extinción de fideicomiso da lugar a la restitución del patrimonio fideicometido al fideicomitente sino que origina la liquidación privada del mismo, si surgieran controversias debido a la liquidación privada del fideicomiso su pueden resolver dichas disputas por una vía arbitral, es necesario que tal situación deba estar incluida dentro del contrato de fideicomiso en la cláusula compromisoria.

## Revocación del fideicomitente

Esta forma de extinción del fideicomiso puede plantearse cuando el fideicomitente se hubiera reservado expresamente dicha facultad en el contrato de fideicomiso, tal situación puede efectuarse sin que el fideicomitente exprese la causa que lo originó, siempre tomado en cuenta que esta facultad que posee el fideicomitente no puede ser ejercida de una manera abusiva, que provoque daños o perjuicios al fiduciario.

## Liquidación de fideicomiso

Una vez cumplido con los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso y entregado el patrimonio fideicometido a sus respectivos fideicomitentes o fideicomisarios se deberá liquidar el fideicomiso mediante la escritura de liquidación de fideicomiso, el fideicomitente puede solicitar al fiduciario que le rinda cuentas de su gestión y puede estar sujeto a una auditoría, una vez celebrado dicho documento puede darse de baja en la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT).

El fideicomiso puede extinguirse por haberse cumplido con los fines para los cuales se constituyó el mismo, ya sean fines de garantía, de administración, o de inversión, en caso de que se haga imposible la

realización de los fines se dará por finalizado el contrato de fideicomiso, debido a que si no se pueden cumplir los fines, ya tiene razón de ser el fideicomiso constituido, de igual manera en el eventual caso que hubiera una condición resolutoria al que estuviera sujeto el fideicomiso y esta se cumpliera se dará por terminado.

El fideicomitente podrá dar por finalizado el contrato de fideicomiso, toda vez que dentro del contrato de fideicomiso se establezca dicha revocación reservada a favor de este, en el caso de los fideicomisos de garantía esta revocación no podrá establecerse debido a que el fideicomisario acreedor, deberá dar su anuencia para dar por liquidado el fideicomiso una vez cumplida la obligación crediticia del fideicomitente.

El fideicomiso tiene un plazo máximo de duración de veinticinco años, una vez cumplido este plazo no podrá renovarse o ampliarse dicho plazo, debido a que este es el límite de duración de un fideicomiso, transcurrido dicho plazo el fideicomiso deberá darse por terminado y liquidado debiendo el fiduciario para el efecto devolver el patrimonio que tenga en su dominio a su respectivo fideicomitente.

Por sentencia firme puede liquidarse un fideicomiso en el caso que resultaren conflictos en cuanto al funcionamiento de un fideicomiso, el órgano jurisdiccional competente puede ordenar la liquidación del

fideicomiso por afectar los derechos de una de las partes que intervengan en el fideicomiso, en tal caso puede dictarse el pago de daños y perjuicios por realizar actos que afecten al patrimonio o intereses de las partes.

### Efectos de la extinción

Al momento de terminar el fideicomiso por alguna de las causas establecidas en la ley, el fiduciario deberá hacer inventario de los bienes que tenga en su dominio, para proceder estos a devolverlos en la forma indicada en la escritura de constitución a las personas designadas, para poder liquidar un fideicomiso, no deberá constar dentro del mismo, ningún bien fideicometido, todos deberán de estar a nombre del fideicomitente o fideicomisario designado.

El artículo 788 del Código de Comercio de Guatemala regula:

Al terminar el fideicomiso, los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario, deberán ser entregados a quien corresponda, según las disposiciones del documento constitutivo o sentencia judicial, en su caso; y en su defecto, al fideicomitente o sus herederos...

En el contrato de fideicomiso deberá establecerse a quien deberá entregarse el patrimonio del fideicomiso una vez cumplidos con los fines para los cuales fue constituido el fideicomiso, en el caso de que el fideicomitente que es la persona que transmite los bienes fallezca y no se

establezca en el contrato de fideicomiso a quien se le entregaría los bienes, no podrá darse por liquidado el fideicomiso, hasta que se lleve a cabo el proceso sucesorio correspondiente y se nombre al legítimo heredero o bien se nombre al albacea, por lo cual es necesario que en la constitución de un fideicomiso se establece a quien se le entregaría los bienes en caso de fallecimiento del fideicomitente, quien sería el fideicomisario o beneficiario.

## **Proceso cautelar**

Este tipo de proceso se utiliza con el objeto de que a través de este las personas puedan prevenir los riesgos que pueden darse sobre su integridad física, su patrimonio, entre otros, este tipo de procesos se utilizan con el fin de asegurar las resultas de un proceso futuro, por medio de la interposición de una providencia cautelar, siendo su función primordial la prevención de consecuencias perjudiciales, que pueden surgir en el futuro sobre un acto o acontecimiento, o bien tiene como fin evitar la inejecución de otra resolución judicial.

## Definición

El proceso cautelar es un proceso civil que se utiliza con el fin de asegurar las resultas de un proceso futuro, previniendo que las personas sufran algún riesgo en cuanto a su integridad física o su patrimonio. El proceso cautelar en la doctrina es considerado como un proceso accesorio de un principal, en el entendido que un proceso principal no depende de otro para su existencia, pero en este caso, éste depende un proceso futuro para poder existir.

Aguirre Godoy (2016) sobre el proceso cautelar indica: “El proceso preventivo o cautelar (o de aseguramiento), llena un cometido singular dentro de la función de la prevención de consecuencias perjudiciales, que posiblemente surgirán en un futuro inmediato de no ponerse en juego una medida cautelar.”(p. 284.). Los procesos cautelares o de aseguramiento buscan la prevención de consecuencias es por lo cual se le conoce como un proceso preventivo, por que buscar prevenir consecuencias perjudiciales, que surgirán en un futuro inmediato dentro de un proceso.

## Características

Los procesos cautelares, se clasifican de diversas maneras pero en la doctrina se establece tres características primordiales de este tipo de procesos, dentro de las que se encuentra las siguientes: la provisoriedad, el *periculum in mora* que significa la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva, y por último la subsidiaridad el proceso cautelar.

La provisoriedad del proceso cautelar es una característica de los procesos cautelares que se refiere a que siendo el fin primordial de un proceso cautelar el de asegurar las resultas de un proceso futuro, sus efectos se encuentran limitados a un tiempo determinado, que permita interponer la demanda principal, constituyendo esto un efecto provisorio, es decir que este tipo de procesos se interponen con anticipación al proceso principal, con el fin de asegurar las resultas del mismo.

En el artículo 535 del Código Procesal Civil y Mercantil se establece:

Ejecutada la providencia precautoria, el que la pidió deberá entablar su demanda dentro de quince días, si el proceso hubiere de seguirse en el lugar en que aquella se dictó. Si debiere seguirse en otro lugar, el juez tomará en cuenta el término de la distancia.

El *periculum in mora* que significa la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva, esta característica de los procesos cautelares se deriva de la necesidad de prevenir un daño futuro e incierto que puede llegar a ser cierto de no dictarse la medida cautelar necesaria, y debido a lo lento del sistema de justicia civil en Guatemala no resultaría efectiva en un proceso de conocimiento, por lo cual se hace necesario decretarse de manera previa y con ello se impide que el daño no se llegue a cumplir.

La última característica de los procesos cautelares según la doctrina es la subsidiaridad de dichos procesos, esta característica consiste en que este tipo de procesos se encuentra ligados a la existencia de un proceso principal, los procesos cautelares garantizan las resultas de un proceso futuro, este contrato será en contrato principal y el proceso accesorio de este será el proceso cautelar.

### Medidas cautelares

Las medidas cautelares son los medios jurídicos utilizados para asegurar las resultas de un proceso futuro, estas se solicitan de manera provisoria, con carácter de prevención y de urgencia, en el Código Procesal Civil y Mercantil se establecen las medidas cautelares utilizadas en Guatemala,

dentro de las que se encuentra las siguientes: medidas de seguridad de las personas y medidas de garantía.

### Clasificación de las medidas cautelares

Doctrinariamente las medidas cautelares se clasifican en cuatro grupos los cuales son: providencias instructoras anticipadas, que tienen en cuenta un posible futuro proceso de cognición, providencias dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada, providencias mediante las cuales se deciden interinamente una relación controvertida y providencias que imponen por parte del Juez una caución.

Según el Código Procesal Civil y Mercantil las medidas cautelares son dos: las medidas de seguridad de las personas y medidas de garantía, éstas se encuentran reguladas en el libro quinto en los artículos 516 al 537 de dicho cuerpo legal, las medidas de seguridad de las personas garantizan la seguridad de las personas como su nombre lo indica y las medidas de garantía son utilizadas para garantizar las resultas de un proceso futuro.

## Medidas de seguridad de las personas

Esta es una providencia o medida cautelar que tiene como objeto garantizar la integridad física de las personas, protegiéndolas de los malos tratos o actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbre, una de las características de estas medidas cautelares es que se pueden decretar de oficio o a petición de parte y requiere de constituir ningún tipo de garantía. La protección de la persona a favor de quien se hace se obtiene mediante el traslado a un lugar en donde pueda manifestar su voluntad y que se le garanticen sus derechos.

### El artículo 516 del Código Procesal Civil y Mercantil indica:

Para garantizar la seguridad de las personas, protegerlas de malos tratos de actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbres, los jueces de Primera Instancias, decretarán, de oficio o a instancia de parte, según las circunstancias de caso, su traslado a un lugar donde libremente pueda manifestar su voluntad y gozar de los derechos que establece la ley...

## Medidas de garantía

Estás providencias cautelares son los medios utilizados para garantizar las resultas de un proceso futuro, este tipo de medidas cautelares, son conocidas como medidas accesorias porque dependen de un proceso principal para su existencia, su pretensión primordial es mantener una situación que garantice las resultas de un proceso principal posterior,

dentro de estas se encuentran: el arraigo, anotación de demanda, secuestro, intervención, providencia de urgencia, embargo.

## Arraigo

Es una medida cautelar de garantía que tiene por objeto evitar que la persona contra quien se tenga que iniciar un proceso o bien que se haya iniciado una acción en su contra, se ausente u oculte sin dejar apoderado con las facultades necesarias para la promoción y fenecimiento dentro de un proceso que en su contra se promueve y de prestar la garantía en los casos en que la ley así lo establece y se materializa mediante la comunicación que el órgano jurisdiccional hace a las autoridades de migración y a la policía nacional para impedir la fuga del arraigado. Aguirre Godoy (2016) indica: “Esta institución persigue que el demandado no se ausente del lugar en que deba seguirse el proceso, o bien, evitar su ocultamiento.”(p. 292). Lo evita la obstrucción de la justicia y ayuda a la persecución penal y el debido proceso.

Los efectos del arraigo se encuentran establecidos en el artículo 524 del Código Procesal Civil y Mercantil, estableciendo que una vez decretado el arraigo de una persona, el juez prevendrá al demandado de que no podrá ausentarse del lugar donde se sigue o haya de seguirse un proceso en su

contra, sin dejar un apoderado con facultades suficientes para su prosecución y fenecimiento de proceso.

El arraigo sobre una persona se puede levantar cuando se apersona el mandatario al proceso y el arraigado presta la garantía en los casos en que procede, como lo son en los procesos de alimentos, en el cual será necesario que la persona que tiene esta medida cancele o deposite el monto de los atrasos y garantice el cumplimiento de los frutos, en los procesos de deudas provenientes de hospedajes, alimentación o compras de mercaderías al crédito, será necesario prestar garantía por el monto de la demanda, y en las acciones cambiarias, cuando el título sea un cheque no pagado por falta de fondos o por haber dispuesto de ellos antes de que transcurra el plazo para su cobro, el demandado deberá prestar la garantía correspondiente al monto de la acción.

### Anotación de demanda

La anotación de demanda es una medida cautelar de garantía que tiene un carácter conservativo que pretende que cualquier enajenación o gravamen posterior a la anotación que se efectuó sobre un bien inmueble o mueble que sea registrable, no perjudique a los derechos de solicitante de la inscripción. Esta medida solo procede en las acciones en las cuales el

objeto del proceso es el bien objeto de la medida cautelar, y no procede cuando el bien únicamente garantiza el cumplimiento de otra obligación, en este caso procede el embargo.

## Secuestro

Es una medida cautelar de garantía que tiene como fin desapoderar de las manos del deudor un bien que se debe para ser entregado en un depósito. Esta medida procede cuando el bien es el objeto del proceso, y por lo cual el demandado se encuentra en la obligación de entregarlo. Esta medida cautelar tiene una finalidad en dos formas las cuales son: convencional y judicial, ambas persiguen sustraer las facultades de disposición de una o ambas partes, de determinado bien.

El secuestro se diferencia del embargo en que este recae sobre cosa determinada a la que pretendemos tener derecho y se limita a establecer provisionalmente una situación posesoria que puede ser de interés para los fines del litigio, y el embargo no recae sobre cosa a la que en especie pretendemos inicialmente tener derecho, sino que constituye una garantía patrimonial, que nos asegura el cumplimiento de una obligación que pretendemos exigir.

## Intervención

La intervención es una providencia cautelar de garantía que pretende limitar el poder de disposición sobre un producto o frutos que producen determinados establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, agrícola e industrial, a través de un depositario llamado inventor, el cual cuenta con las facultades de dirigir las operaciones del establecimiento, el objeto de esta medida es evitar que los frutos puedan ser aprovechados indebidamente.

## Providencia de urgencia

Estas providencias cautelares son las medidas de garantía que puede decretar un juez según las circunstancias, con el objeto de resguardar los derechos del solicitante, estas medidas no son de las enumeradas anteriormente. Esta norma se hace necesaria, debido a que es difícil poder prever todas las situaciones que pueden darse en materia cautelar, el órgano jurisdiccional competente, según los casos, según su criterio jurídico y las circunstancias idóneas las puede decretar, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.

El artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil regula:

...quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos...se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezca más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de fondo.

Las providencias de urgencia son los medios utilizados para hacer valer el derecho de una personas dentro de un proceso judicial, cuando tal derecho se encuentra amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, se podrá solicitar ante el juez las providencias de urgencia necesarias para que el derecho se encuentre resguardo, las cuales las decretara de acuerdo a su criterio y las que considere como las más idóneas.

## Embargo

El embargo es una de las medidas cautelares más importantes, que tiene como finalidad limitar en mayor o menor grado, las facultades de disposición del titular de un patrimonio o de determinados bienes, con el objeto de que el valor de los mismos alcance a cubrir con el monto de la obligación. Esta medida tiene la particularidad de crear una nueva situación jurídica, modificando la anterior situación del afectado, sobre determinados bienes.

## Definición

El embargo es una medida cautelar de garantía que consiste en la retención o el apoderamiento de los bienes del deudor de una obligación dentro de un proceso ejecutivo, cuando éste no paga dicha obligación a su acreedor, esta providencia cautelar tiene como finalidad que con los bienes retenidos o apoderados, se garantice el cumplimiento de la obligación, con el producto de la venta de estos.

El embargo no tiene por finalidad conservar las garantías de un determinado crédito, sino la cosa objeto de una pretensión, siendo este el bien inmueble o mueble sobre el cual se pretende tener derecho. En el artículo 527 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: “Podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas...”. El monto a ser embargado por el incumplimiento de una persona dependerá del monto de capital, interés y costas que el obligado deba a su acreedor.

## Objeto del embargo

El embargo como medida preventiva tiene por objeto la inmovilización de determinado bien, para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito. Esta medida como finalidad concreta limitar en mayor o menor grado, las

facultades de disposición del titular de la totalidad o de parte de un patrimonio, o bien la de determinados bienes, con el propósito que se garantice las resultas del proceso de cognición o de ejecución.

## **Devolución de bienes fideicometidos si el fideicomitente o fideicomisario no acepta el patrimonio**

El fideicomiso es una figura jurídica mercantil que consiste en que una persona llamada fideicomitente transmite sus bienes y derechos a un fiduciario, para que este realice fines específicos en beneficio de un tercero llamado fideicomisario, también puede ser beneficiario del fideicomiso el propio fideicomitente, cada modalidad de fideicomiso tiene fines distintos, los fideicomiso de administración, se encargan del manejo y cuidado del patrimonio del fideicomiso, los fideicomisos de inversión son los que tienen una finalidad invertir el patrimonio a diversas actividades en las que el fideicomitente deberá estar enterado, y los fideicomiso de garantía que tienen con fin garantizar el cumplimiento de obligaciones con el patrimonio fideicometido.

Una vez cumplidos los fines del fideicomiso constituido, según sea su modalidad, el fiduciario deberá devolver el patrimonio que tenga en su dominio fiduciario, a su respectivo fideicomitente o la persona que esté ha

designado para que se le entregue el patrimonio, debiéndose firmar un contrato de devolución de patrimonio donde se establezca que el fiduciario, devuelve el patrimonio a la persona correspondiente, se debe hacer constar en dicho instrumento público la aceptación de patrimonio por parte del fideicomitente o fideicomisario a quien corresponda, esto con el fin que el fiduciario garantice que efectivamente fue entregado el patrimonio fideicometido.

En el caso que el patrimonio fideicometido este conformado por bienes inmuebles, deberán registrarse en el Registro General de la Propiedad, para constar la devolución de patrimonio al fideicomitente o fideicomisario, dentro de los criterios registrales de dicho registro, se establecen que en la escritura de devolución se deberá hacer constar la aceptación de patrimonio por parte del fideicomitente o fideicomisario.

Esta figura está siendo utilizada de manera frecuente en el sistema bancario, debido a que en el caso de los fideicomiso de garantía que son los fideicomisos que tiene como fin garantizar el cumplimiento de obligaciones contraídas por el fideicomitente o un tercero, el fideicomisario acreedor quien sería un banco o una entidad de crédito, en caso de incumplimiento de dicha obligación puede ejecutar los bienes fideicometidos por medio de una subasta notarial y posteriormente si no

hubieren postores adjudicarse los bienes en pago, siendo esto una manera más efectiva y rápida de garantizar su obligación, y no genera gastos procesales lo que es ventajoso para el acreedor.

En el caso que el fideicomitente o tercero al que el fideicomisario acreedor otorgó un crédito garantiza el cumplimiento de su obligación, pagando capital, gastos e intereses, le corresponde al fiduciario devolver el patrimonio del fideicomiso a su respectivo fideicomitente o fideicomisario designado, pero se da el caso que este se niega a la aceptación del patrimonio debido a que tenga una obligación con un tercero o uno de sus acreedores, se da una estrategia por parte del fideicomitente para resguardar su bien, evitando que este pueda ser embargado, y así no cumplir con dicha obligación.

En el entendido, que si un bien inmueble se encuentra transmitido a fideicomiso este no puede ser embargo por los acreedores tanto del fideicomitente como los de fiduciario, debido a que el patrimonio del fideicomiso constituye un patrimonio autónomo. En el caso de la negativa del fideicomitente o fideicomisario a aceptar el patrimonio fideicometido, el fiduciario no podrá liquidar el patrimonio del fideicomiso debido a que para poder liquidarse no debe haber patrimonio dentro del mismo.

## Inembargabilidad de bienes en fideicomiso

Los bienes transmitidos a un fideicomiso conforman una propiedad fiduciaria o bien un patrimonio autónomo, es decir, que los bienes fideicometidos se encuentran fuera de la esfera de los patrimonios tanto del fiduciario como del fideicomitente, razón por la cual un bien transmitido a fideicomiso no puede ser embargado por los acreedores del fiduciario ni por los del fideicomitente.

Cuando el fideicomitente trasmite bienes a un fideicomiso, estos pasan a formar parte de un régimen fiduciario, en la cual el fiduciario no ostenta la propiedad de los mismos, este obtiene una propiedad fiduciaria con limitaciones en cuanto a que con el patrimonio fideicometido realice fines específicos y sean realizados por un plazo establecido en la constitución del fideicomiso. Los bienes fideicometidos no pueden ser embargados pero los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso si pueden ser embargados.

Los bienes en fideicomiso si podrán anotarse con el objeto de gozar de preferencia sobre los derechos del fideicomitente y/o fideicomisarios designados en el momento de la extinción del fideicomiso, cuando son bienes no registrables, el fiduciario extenderá constancia de enterado para

que al momento de la liquidación del fideicomiso se pueda dar la preferencia sobre dichos bienes fideicometidos.

Negativa del fideicomitente o fideicomisario a recibir el patrimonio del fideicomiso

Al momento que se han realizado los fines del fideicomiso, el fiduciario devuelve el patrimonio fideicometido, esto debido a que ha cumplido con el encargo que se le fue solicitado, pero en el eventual caso que el fideicomitente o fideicomisario designado se niega a aceptar el patrimonio y si la negativa del fideicomitente a recibirlo se debe a que tiene una obligación con un tercero o un acreedor, se plantea una situación en la que el fideicomitente, utiliza el fideicomiso como una estrategia para evitar el embargo de sus bienes, debido a que el patrimonio del fideicomiso es autónomo, siendo independiente del fiduciario y el fideicomitente, por lo que el patrimonio no puede ser embargado si está dentro de un fideicomiso.

Hay fideicomisos en los que dentro de sus fines esta la administración de bienes, la inversión, o cumplir con las disposiciones de una persona para después de su muerte, teniendo estos una función más clara y objetiva, que son basadas en la confianza que deposita el fideicomitente al fiduciario,

pero en hay casos en los que la figura del fideicomiso se utiliza de una manera equivocada o con un fin distinto al cual se creó dicha figura.

Consecuencias jurídicas ante la negativa de aceptación del patrimonio fideicometido

Las consecuencias jurídicas que conlleva la negativa del fideicomitente a aceptar el patrimonio del fideicomiso, por parte del fideicomitente, son: para el fiduciario representa no poder liquidar el fideicomiso, debido a que aún hay patrimonio en el mismo, y esto le genera gastos al fiduciario por que el manejo de los bienes del fideicomiso, todo fideicomiso constituido en Guatemala deberá estar inscrito en la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), y no dar de baja en el sistema y en los registro de dicha entidad, los fideicomisos que ya han cumplido con sus fines puede generar sanciones para el fiduciario.

En el caso de los acreedores del fideicomitente, cuando esté de mala fe tiene transmitido un bien a fideicomiso para evitar que pueden embargárselo, no permite que puedan tener un medio para hacer garantizar el cumplimiento de la obligación que el fideicomitente tiene con dicho acreedor o acreedores, lo que hace una situación perjudicial para estos porque los bienes con lo que podrían responder a su obligación se

encuentran blindados con el fideicomiso, por lo cual es necesario que fiduciario devuelva el patrimonio fideicometido al fideicomitente.

Autorización judicial para que el fiduciario devuelva el patrimonio fideicometido por cumplimiento de fines

El fiduciario una vez cumplido con lo fines para los que se constituyó el fideicomiso, los cuales se encuentran establecidos en la escritura de fideicomiso, deberá devolver el patrimonio al fideicomitente o fideicomisario según sea el caso, en el hecho que fueran la misma persona, y este se niegue a aceptar el fiduciario podrá acudir a un órgano jurisdiccional para que declare la devolución del patrimonio fideicometido por cumplimiento de fines, sin necesidad de su comparecencia. Para tal hecho los acreedores del fideicomitente insolvente deberán probar el fraude realizado por el fideicomitente, ya que el bien que conforman el patrimonio del fideicomiso, ya no es necesario que se mantenga en fideicomiso debido a que los fines se cumplieron en la forma establecida en el fideicomiso, liberando al fiduciario de toda responsabilidad, debido a que el cumplió con su encargo. Si los bienes inmuebles que necesiten registro, la escritura de devolución de patrimonio no será necesaria la comparecencia del fideicomitente, y se registra con la resolución del órganos jurisdiccional donde conste que no sea necesaria

su comparecencia y manda a que se inscriban los bienes a nombre del fideicomitente.

## **Conclusiones**

El fideicomiso es utilizado como un medio para administración, manejo, garantía y custodia de bienes, en el cual el fideicomitente deposita su confianza al fiduciario, para que este le genere rendimientos o ganancias, es un negocio que para ambas partes, tanto para el fideicomitente como para el fiduciario se benefician con su constitución, esta figura en la actualidad es utilizada para diversos fines según sea su modalidad, lo que permite que por medio de ella, se realicen actos contrarios a los que se pretendían al momento la creación de dicha figura jurídica.

El fideicomiso puede ser utilizado como estrategia para evitar el embargo de bienes, debido a la autonomía del patrimonio, esto genera una situación perjudicial para los acreedores del fideicomitente que de mala fe, deja dentro del fideicomiso un bien para resguardarlo de ser embargado, siendo necesario acudir a un órgano jurisdiccional para que dicte la devolución de patrimonio por cumplimiento de fines, lo que conllevaría a que los acreedores puedan intervenir los bienes fideicometidos, con el objeto de garantizar la obligación que tengan pendiente de cumplir por parte del fideicomitente.

La devolución de patrimonio por cumplimiento de fines puede realizarse por medio de una autorización judicial, mediante la cual el órgano jurisdiccional emita resolución, en la que se establezca que el fiduciario puede devolver el patrimonio fideicometido, al fideicomitente o fideicomisario designado en el contrato de fideicomiso aunque se nieguen a la aceptación del mismo, debido a que cumplió con su cargo realizando los fines del fideicomiso, liberándolo de toda responsabilidad.

La no devolución de patrimonio una vez cumplidos los fines del fideicomiso puede generar para el fiduciario, gastos innecesarios por el manejo y custodia del fideicomiso, así como sanciones por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), por no liquidar el fideicomiso, también puede generarle al fiduciario quien según la ley debe ser un entidad bancaria sanciones con la Superintendencia de Banco (SIB), debido que es la entidad encargada de controlar a todos los bancos del sistema.

La figura de fideicomiso es amplia, sin embargo no hay un cuerpo legal especializado en la materia, que lo regule y que dicte parámetros necesarios para su correcto funcionamiento, lo que hace que dicha figura tenga algunas deficiencias que necesita mejorar, por lo que se considera

necesario su regularización en un cuerpo legal especializado sobre fideicomiso para no sea utilizada de manera equivocada.

## Referencias

Aguilar, V. (2007). *Negocio Jurídico*. Guatemala. Editorial Porrúa, 2007.

Aguirre, M. (2016). *Derecho Procesal Civil de Guatemala*. Tomo II. Volumen II. Guatemala. Centro Editorial VILE.

Alvarado, R. (2009). *El notario ante la contratación civil y mercantil*. Guatemala. Editorial Estudiantil Fenix.

Hernández, A. (2004). *Fideicomiso aspectos legales, tributarios y contables*. 2ª. Edición. Guatemala. Editorial Amalio M. Fernández.

Muñoz, N. (2016). *La Forma Notarial en el Negocio Jurídico*. 9ª. Edición. Guatemala. Infoculsutl Editores.

Villegas, R. (2015). *Derecho Mercantil Guatemalteco*. Guatemala. Editorial Universitaria Universidad San Carlos de Guatemala.

## **Legislación**

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*.

Congreso de la República de Guatemala. (1970). Decreto 2-70. *Código de Comercio de Guatemala*.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). Decreto 19-2002. *Ley de Banco y Grupos Financieros*.

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

Enrique Peralta Azurdia. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. (1964). Decreto Ley 107. *Código Procesal Civil y Mercantil*.