

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Formas de ejecución del fideicomiso de garantía en  
el contrato de crédito bancario**  
-Tesis de Licenciatura-

Angel Samuel Valdéz López

Guatemala, agosto 2014

**Formas de ejecución del fideicomiso de garantía en  
el contrato de crédito bancario**  
-Tesis de Licenciatura-

Angel Samuel Valdéz López

Guatemala, agosto 2014

## **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 M.A. Adolfo Noguera Bosque

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

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Coordinador de Cátedra M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis M.A. José Luis de Jesús Samayoa

Palacios

Revisor de Tesis Dr. Julio César Díaz Argueta

# **TRIBUNAL EXAMINADOR**

## **Primera Fase**

Dr. Fred Manuel Batle Rio

Lic. Carlos Enrique Godínez Hidalgo

Licda. Carmela Chamalé García

Licda. Flor de María Quiñonez Hidalgo

## **Segunda Fase**

Lic. Carlos Enrique Godínez Hidalgo

Lic. Carlos Ramiro Coronado Castellanos

Licda. Karla Gabriela Palacios Ruíz

Lic. Mario Jo Chang

## **Tercera Fase**

Lic. Ricardo Bustamante Mays

Dr. Jorge Egberto Canel García

Licda. Diana Noemí Castillo Alonzo

M. Sc. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez

Lic. Sergio Armando Tení Aguayo



**UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA**  
*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, diez de marzo de dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **FORMAS DE EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN EL CONTRATO DE CRÉDITO BANCARIO**, presentado por **ANGEL SAMUEL VALDÉZ LÓPEZ**, 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 al Licenciado **JOSÉ LUIS DE JESÚS SAMAYOA PALACIOS**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



**M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar  
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

## DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANGEL SAMUEL VALDÉZ LÓPEZ**

Título de la tesis: **FORMAS DE EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN EL CONTRATO DE CRÉDITO BANCARIO**

El Tutor de Tesis,

### 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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

**Tercero:** Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

**Cuarto:** Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 19 de mayo de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

**M. A. José Luis De Jesús Samayoa Palacios**  
Tutor de Tesis



Sara Aguilar  
c.c. Archivo





UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veinte de mayo de dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **FORMAS DE EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN EL CONTRATO DE CRÉDITO BANCARIO**, presentado por **ANGEL SAMUEL VALDÉZ LÓPEZ**, 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 al Doctor **JULIO CÉSAR DÍAZ ARGUETA**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



**M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar  
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

## DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANGEL SAMUEL VALDÉZ LÓPEZ**

Título de la tesis: **FORMAS DE EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN EL CONTRATO DE CRÉDITO BANCARIO**

El Revisor de Tesis,

### 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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

**Tercero:** Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

**Cuarto:** Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 23 de junio de 2014

**"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"**



**Dr. Julio César Díaz Argueta**  
Revisor Metodológico de Tesis



Sara Aguilar  
c.c. Archivo





UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

## DICTAMEN DEL COORDINADOR GENERAL DE TESIS

Nombre del Estudiante: **ANGEL SAMUEL VALDÉZ LÓPEZ**

Título de la tesis: **FORMAS DE EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN EL CONTRATO DE CRÉDITO BANCARIO**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

### 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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

**Tercero:** Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

**Cuarto:** Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

### Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 9 de julio de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

**Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla**  
Coordinador del Taller de tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia





UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

## ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANGEL SAMUEL VALDÉZ LÓPEZ**

Título de la tesis: **FORMAS DE EJECUCIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN EL CONTRATO DE CRÉDITO BANCARIO**

El Director del programa de tesis, y 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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

### Por tanto,

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

Guatemala, 01 de agosto de 2014

*"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"*

**Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla**  
Coordinador del Taller de tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



**Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilár  
c.c. Archivo

**NOTA:** Para efectos legales, únicamente la sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

## **Dedicatoria**

A DIOS NUESTRO SEÑOR: por ser la fuente de toda sabiduría e inteligencia.

A MI PATRIA GUATEMALA: con respeto.

A MIS PADRES: Rosa Elvira Lopez Yanes y Emilio Valdez de la Cruz, por darme la vida, enseñanzas y valores a seguir como la honestidad, responsabilidad y ser guía de mis pasos.

A MI ESPOSA: Ana Marynela Micheo Hernández, con todo mi amor por su apoyo y acompañamiento espiritual y moral para que iniciara y culminara esta carrera.

A MIS HIJAS: Ana Lucía Valdez Micheo y Eva María Valdez Micheo por ser ellas mi fuente de inspiración y a quienes amo con todo el corazón

A TODA MI FAMILIA: con especial cariño.

A MI SOBRINO: Leonel Gustavo Toledo Micheo, por compartir incondicionalmente largas jornadas de discusión, trabajo y estudio jurídico.

A MI PADRINO: Lic. Fernando Cajbón Tajín por su estima y acompañamiento a lo largo de la carrera.

A: Gerson del Valle y Alex Castañón con afecto especial por su apoyo incondicional.

A TODOS MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS: por su motivación.

A USTED ESPECIALMENTE: por ser partícipe de este memorable momento.



# Índice

Resumen	i
Palabras Clave	ii
Introducción	iii
El contrato de apertura de crédito bancario	1
El contrato de fideicomiso	12
La hipoteca como garantía del crédito bancario	26
La subasta notarial	35
Ejecución en la vía de apremio de créditos bancarios garantizados con hipoteca	45
Aplicación práctica de la garantía de fideicomiso al adquirir créditos bancarios	65
Conclusiones	72
Referencias	74

## **Resumen**

Se analizaron los conceptos, instituciones, figuras, procesos y procedimientos en las distintas modalidades de garantizar una obligación adquirida al celebrarse un contrato de apertura de crédito bancario y se determinó que como alternativa a la tradicional garantía prestada mediante constitución de hipoteca, existe el fideicomiso que se constituye contractualmente como garantía, basándose en tratadistas doctrinarios, las normas jurídicas aplicables y se hizo el estudio respectivo de cada una de ellas para poder concluir con la descripción comparativa en cuanto a las ventajas y desventajas que pueden presentar las dos formas de garantizar los créditos bancarios, habiéndose determinado que resulta más ventajosa la constitución de la garantía de fideicomiso tanto para el acreedor como para el deudor, contrapuesta a la constitución de una hipoteca sobre bien inmueble.

Se examinaron las distintas formas de ejecución de ambas garantías; se estableció que el procedimiento de subasta notarial para la garantía de fideicomiso, se sustancia con mayor celeridad y menos onerosidad que el proceso de ejecución en la vía de apremio para la garantía constituida mediante hipoteca, por el formalismo que conlleva y la intervención de un órgano jurisdiccional para su trámite. Como base se tomaron los textos de tratadistas

guatemaltecos que han estudiado las distintas figuras jurídicas y se analizaron las normas legales contenidas en los cuerpos de leyes aplicables.

## **Palabras Clave**

Crédito. Fideicomiso. Hipoteca. Subasta. Garantía.

## **Introducción**

Los profesionales y estudiantes del derecho, utilizan conceptos jurídicos sin entender realmente qué implica la utilización de los mismos, es por ello que es necesario conocer la correcta aplicación de las figuras civiles, mercantiles notariales, procesales y demás ramas del derecho; en ese sentido, una de las nociones jurídicas que presenta mayor dificultad es la figura del fideicomiso, puesto que al ser muy poco utilizado en la práctica de la profesión jurídica, únicamente un reducido grupo de juristas puede explicar a ciencia cierta este concepto mercantil.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, regula el fideicomiso, estableciendo como uno de sus fines el de garantizar obligaciones. Dicho código está vigente desde hace más de 40 años, pero es hasta hace unos pocos que se implementó como una forma de garantizar las obligaciones de un deudor frente a una institución bancaria con ocasión de la celebración de un contrato de apertura de crédito. Debido a esta reciente práctica en el sector financiero del país, se hace necesario determinar el porqué de dicha situación.

Esa necesidad responde al hecho de que como personas individuales o incluso estando al frente de personas jurídicas, se puede estar como sujeto de una obligación crediticia frente a una institución bancaria y ésta puede requerir o dar la opción de garantizar esa obligación mediante la constitución de un fideicomiso y no como normalmente se hace mediante una hipoteca; pudiera darse el caso que como profesionales del derecho, uno de nuestros clientes busque la asesoría necesaria previo a solicitar o adquirir un crédito bancario para el que sea requerida una garantía de fideicomiso.

Por último, es importante determinar las diferencias entre las garantías constituidas mediante hipoteca y por medio de fideicomiso, puesto que discrepan sustancialmente una de otra y presentan ventajas y desventajas tanto en su constitución como en su ejecución, así como recalcar la importancia del estudio del fideicomiso y la manera en que ha sido implementado por las instituciones bancarias para garantizar obligaciones crediticias, mediante la modalidad de adherirse a un fideicomiso existente llamado fideicomiso general de garantía y no optando por la constitución de fideicomisos individuales por cada nuevo solicitante de créditos bancarios.



# **El contrato de apertura de crédito bancario**

## **Generalidades**

Dentro de cualquier sociedad, principalmente en las que cuentan con un sistema económico capitalista, la banca o el sistema bancario es la columna vertebral del movimiento del dinero dentro de la economía. Las operaciones activas de los bancos se basan en la colocación del dinero en circulación, para generar nuevo dinero a raíz del obtenido en las operaciones pasivas a través de lo que se denomina captación.

Así, una de las operaciones activas en las instituciones bancarias para la colocación del dinero es la concesión de créditos a personas individuales o jurídicas que los soliciten, mediante los cuales ponen a disposición del solicitante una cantidad de dinero cierta y determinada, por la que obtendrá aparte de esa misma cantidad los intereses o comisiones acordadas.

Para el efecto, la institución bancaria debe cumplir con lo que regula el ordenamiento jurídico de cada país en cuanto a la forma de conceder dichos créditos, debido a la protección por el riesgo que asume; tradicionalmente, la forma respectiva es el contrato de apertura de crédito bancario, por el cual

... un sujeto denominado acreditante se obliga frente a otro llamado acreditado, a poner a su disposición una suma de dinero o a contraer obligaciones por cuenta del acreditado; éste a su vez, se obliga a restituir las sumas de que hubiere dispuesto o las que se hubieren pagado por su cuenta, más gastos, comisiones e interés que resulten a su cargo. (Villegas, 2006:71)

Previo a conceder un crédito bancario, la institución financiera realiza estudios sobre la situación económica del acreditado, así como análisis de riesgo a asumir en cuanto al eventual incumplimiento por parte del deudor; asimismo, exige que se constituyan garantías que aseguren la recuperación como mínimo del capital.

Los bancos han implementado y hacen uso de sistemas informáticos para comprobar la situación económica del potencial acreditado, mediante el cual determinan la capacidad de pago y el riesgo que asumen basados en historiales crediticios que permitan constatar tales extremos y asimismo establecer la garantía o garantías idóneas que debe constituir para adquirir el crédito bancario; dichas protecciones se toman de manera precautoria para salvaguardar el patrimonio de la institución y la máxima recuperación del capital, puesto que el sistema bancario de un país reviste la importancia de evidenciar la salud financiera de la economía interna y proteger las inversiones del mismo que se realizan mediante las operaciones activas.

Villegas (2006) indica que doctrinariamente se reconoce al contrato de apertura de crédito bancario las características de ser: consensual, puesto que interviene la voluntad de las partes signatarias; conmutativo, ya que genera derechos y obligaciones recíprocas para los sujetos intervinientes en el negocio jurídico; principal, ya que la relación jurídica subsiste por sí misma; bilateral, ya que ambas partes adquieren derechos y obligaciones; y, oneroso, ya que impone provecho o enriquecimiento al acreditante a través de la obtención de los intereses.

### **Naturaleza jurídica**

Según Villegas (2006) existen tres teorías principales para explicar la naturaleza del contrato de apertura de crédito, siendo éstas:

- Es un contrato de mutuo: fundamentada esencialmente por la condición de la restitución del valor recibido y la eventual contraprestación de intereses; sin embargo, se ve desacreditada ya que el mutuo es un contrato real y la apertura significa una relación contractual consensual, en donde la calidad de deudor pleno se adquiere paulatinamente y no en el momento de celebración del contrato. Así también, el acreditante o acreedor, no sólo lo puede ser por entregar dinero, sino por saldar obligaciones del acreditado o deudor frente a un tercero, concluyéndose que es una teoría inadecuada.

- Es un contrato preliminar: considerando que es un contrato preparatorio y por ende preliminar de otros contratos. El contrato preliminar se refiere a otro que se celebrará en el futuro, el cual es de la misma naturaleza. Sin embargo, el contrato de apertura de crédito no tiene utilidad preparatoria, sino como contrato principal subsiste por sí mismo aunque la consumación se difiera por su peculiar forma de operar.
- Teoría de Francisco Messineo: según Villegas (2006) es una teoría afín a la regulación legal dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco del contrato de apertura de crédito y considerada por el autor como la más acertada para explicar su naturaleza, ya que considera que el mismo es principal y surte efectos por sí mismo sin referirse a otro, siendo asimismo un contrato autónomo, perfeccionado por sí mismo.

### **Derechos y obligaciones de los contratantes**

Como se indicó, mediante el contrato de apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a contraer obligaciones por cuenta de éste; sin embargo, esas obligaciones adquiridas frente a un tercero a nombre del deudor, como contrato mercantil y bancario, se refiere a asumir y pagar obligaciones a su cargo, no así a ejercer una gestión activa en

los negocios del cliente. Asimismo, al banco le asiste el derecho de que se le restituyan las sumas concedidas al potencial deudor, que se le provean los medios necesarios si fuere el caso para subsanar las obligaciones del acreditado frente a un tercero y también el acreedor adquiere el derecho de percibir las cantidades correspondientes a gastos, comisiones e intereses provenientes de su actuación.

En cuanto al acreditado o deudor, éste adquiere el derecho de disponer del dinero que se le acredita o a que sean canceladas obligaciones por su cuenta, obligándose asimismo a restituir o proveer el dinero del que dispuso, a proveer dinero cuando se hayan asumido obligaciones en su nombre y a pagar gastos, comisiones e intereses que genere el monto correspondiente.

Villegas opina que existen contradicciones entre la doctrina y las normas jurídicas que regulan el contrato de apertura de crédito en cuanto a las obligaciones y derechos de las partes, ya que:

En este contrato, el acreditante se beneficia con los intereses, las comisiones y los gastos en que haya incurrido por el desempeño de su función contractual. Estos tres renglones se suman para formar la cantidad acreditada y cuantificar la obligación del acreditado; pero, los intereses se deben únicamente sobre las cantidades que se hayan usado, ya que se pueden disponer total o parcialmente del importe del crédito. Ahora bien, el artículo 722 dice que se pagarán intereses sobre las cantidades pagadas por su cuenta. Entonces, ¿en qué queda el artículo 724 que obliga al acreditado entregarle los fondos al acreditante para que pague las obligaciones que asumió en su nombre? Obviamente, si esa provisión se efectuó, sería lesivo pagar intereses por ese concepto; de manera que, el único derecho que tendría el acreditante, sería la comisión y los gastos. Ahora, si esa provisión no se efectuó [sic] y el acreditante cancela la obligación, el pago de intereses es procedente. (2006:74)



## **Regulación legal**

Según lo establece la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala en su Artículo 41, “Los bancos autorizados conforme esta Ley podrán efectuar las operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar los servicios siguientes: ... b) Operaciones activas: 1. Otorgar créditos...”, quedando así legalmente establecida la potestad de las instituciones bancarias para el otorgamiento de contratos de apertura de crédito bancario.

Sin embargo, como se indicó anteriormente, los bancos por su regulación especial y la importancia que revisten dentro de la economía nacional, deben asegurar la recuperación del capital concedido, por lo cual el Artículo 51 de la misma ley establece que

Los créditos que concedan los bancos deberán estar respaldados por una adecuada garantía fiduciaria, hipotecaria, prendaria, o una combinación de éstas, u otras garantías mobiliarias, de conformidad con la ley. Los créditos sujetos a garantía real no podrán exceder del setenta por ciento del valor de las garantías prendarias, ni del ochenta por ciento (80%) del valor de las garantías hipotecarias.

Asimismo, como se mencionó, en cuanto a la capacidad de pago de los acreditados, el Artículo 52 del mismo cuerpo legal indica que en el proceso de concesión del crédito y durante su vigencia, el banco debe requerir del deudor toda la información y acceso que le permita continuamente evaluar su este aspecto, confiriéndole a la

Superintendencia de Bancos la potestad cuando así lo estime de efectuar estas evaluaciones de los deudores, obligando a los bancos a poner a su disposición la información y documentación que se les requiera.

Como se ha citado, la estabilidad del sistema financiero del país está especialmente regulada y protegida en el ordenamiento jurídico guatemalteco; para el efecto, en cuanto a la banca, deben analizarse los riesgos a que toman en al ejecutar operaciones activas; así, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, establece en su Artículo 55

Los bancos y las empresas que integran grupos financieros deberán contar con procesos integrales que incluyan, según el caso, la administración de riesgos de crédito, de mercado, de tasas de interés, de liquidez, cambiario, de transferencia, operacional y otros a que estén expuestos, que contengan sistemas de información y un comité de gestión de riesgos, todo ello con el propósito de identificar, medir, monitorear, controlar y prevenir los riesgos.

La misma ley en su Artículo 58 regula que

La Superintendencia de Bancos implementará un sistema de información de riesgos, para lo cual los entes a que se refiere la presente Ley están obligados a proporcionar la información que para el efecto determine dicha Superintendencia. Al sistema de información de riesgos tendrán acceso, exclusivamente para fines de análisis de crédito, los bancos y grupos financieros y otras entidades de intermediación financiera que a pedido de la Superintendencia de Bancos apruebe la Junta Monetaria.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, contiene la regulación de los negocios jurídicos mercantiles y los comerciantes en su actividad profesional,

incluyendo a la banca dentro de los comerciantes que regula en su Artículo 2; en sus Artículos del 718 al 728 regula el contrato mercantil de apertura de crédito, no refiriéndose específicamente al contrato de apertura de crédito bancario el cual es objeto de análisis del presente título. Sin embargo, por la inclusión de las instituciones bancarias dentro de los comerciantes, a los créditos que conceden los bancos les son aplicables las disposiciones del Código mencionado, concatenadas con lo que para el efecto establece la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Los Artículos 719 y 720 del mismo texto legal establecen las reglas para determinar el importe del crédito así como la prohibición de comprender dentro del mismo los intereses, comisiones y gastos que deba cubrir el acreditado y la indemnización por daños y perjuicios al acreditado por parte del acreditante cuando el contrato sea ineficaz a falta de determinación de la cuantía del crédito, prohibiendo asimismo cualquier pacto en contrario a esa indemnización; asimismo, el Artículo 721 del mismo cuerpo de ley indica que el acreditado podrá disponer total o parcialmente del importe del crédito, una vez lo tenga a la vista o en disponibilidad.

Otra protección al acreditado se encuentra en el Artículo 722 del mismo código, puesto que aunque debe pagar la comisión fijada sin disponer aún del crédito, los intereses correrán únicamente sobre las cantidades de que efectivamente disponga el acreditado y sobre las pagadas por su cuenta.

### **Elementos personales**

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, no establece taxativamente que quien otorgue un contrato de apertura de crédito en calidad de acreditante, deba ser una institución bancaria; así, al establecer el contrato de apertura de crédito, dentro del capítulo relativo a las operaciones de crédito, bajo el título correspondiente a los contratos mercantiles, supedita la calidad de acreditante a cualquier comerciante de los que establece el Artículo 2 del mismo código, dentro de los cuales en su numeral 3 sí consigna a la Banca en general. Es por ello que en el análisis del presente tema, se determina que el sujeto que otorga el crédito, debe específicamente ser una institución bancaria sujeto asimismo a la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Por otro lado, el acreditado en el contrato de apertura de crédito bancario, es cualquier persona individual o jurídica que tenga la capacidad de adquirir el crédito, habiendo cumplido previamente los requisitos establecidos para el efecto y habiéndose sometido a los correspondientes estudios de económicos y análisis de riesgo.

Eventualmente pueden existir sujetos obligados junto al acreditado, cuando la garantía que se constituya sea la de fiador, el fiduciario si la garantía que se preste sea de fideicomiso, o asimismo en el caso que la garantía que se preste mediante hipoteca se realice de un bien inmueble sobre el que haya copropietarios, ellos deberán consentir el gravamen sobre el bien, aunque no vayan a ser deudores junto al acreditado.

### **Formas de garantizar la obligación**

Como ya se indicó, el Artículo 51 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, regula que

Los créditos que concedan los bancos deberán estar respaldados por una adecuada garantía fiduciaria, hipotecaria, prendaria, o una combinación de éstas, u otras garantías mobiliarias, de conformidad con la ley. Los créditos sujetos a garantía real no podrán exceder del setenta por ciento del valor de las garantías prendarias, ni del ochenta por ciento (80%) del valor de las garantías hipotecarias.

La forma más común y la más utilizada para garantizar un crédito bancario es la de hipoteca, por el monto del crédito concedido y el valor que garantiza una propiedad inmueble gravada de esa forma; sin embargo, en créditos menores también se aceptan fiadores o garantías prendarias, principalmente sobre vehículos.

Siendo el objeto de análisis de esta tesis la modalidad de garantizar un crédito bancario mediante la constitución o adhesión a un fideicomiso, puesto que aunque está regulado desde la entrada en vigencia del actual Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, la figura ha sido escasamente utilizada a raíz que es poco comprensible, tanto en cuanto a su terminología como a la forma en que opera y sin embargo, es una forma de garantizar las obligaciones que conlleva muchas más ventajas que la constitución de una hipoteca y que no es sino hasta hace algunos años que las instituciones bancarias han empezado a implementarla.

# **El contrato de fideicomiso**

## **Generalidades**

En la parte introductoria del capítulo dedicado al contrato de fideicomiso, los autores explican la problemática que causa, aseverando que “El contrato de fideicomiso es uno de los contratos quizá menos conocidos a nivel de las personas particulares ...” (Alvarado y Gracias, 2009:551) ; Villegas conceptualiza el 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 ...” (2006:129) ; así también, Puente y Calvo citados por Alvarado y Gracias definen “El fideicomiso es un contrato por el cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.” (Alvarado y Gracias, 2009:553)

Alvarado y Gracias explican el contrato de fideicomiso como aquel en el que

... la persona que confía los bienes... fideicomitente, es decir, la persona bajo cuya voluntad se constituye el fideicomiso. La persona que recibe los bienes y se compromete a cumplir el encargo de entrega, recibe el nombre de fiduciario. Por lo general, deberá ser una institución bancaria, pero también lo puede ser una institución de crédito que se encuentre autorizada para el efecto por la Junta Monetaria. Fideicomisario es el nombre que se le da a la persona en cuyo favor se “administran” los bienes fideicometidos (confiados de buena fe). (2009:552)

El fideicomiso como negocio jurídico, puede constituirse mediante contrato o instituirse mediante testamento; el objeto de la presente tesis es determinar la utilidad que tiene el fideicomiso constituido mediante contrato cuando responde a uno de sus tres fines, el de garantizar obligaciones.

Anteriormente se determinó la importancia que reviste la banca dentro de la economía de un país y las protecciones necesarias que el ordenamiento jurídico regula para la misma; de esa forma, la ley aplicable protege al fideicomiso, al indicar que el fiduciario únicamente puede ser una institución bancaria o de crédito autorizadas por la Junta Monetaria, puesto que lo que se busca es la seguridad económica de la persona que confía su patrimonio a otra para determinado fin; de no ser una institución bancaria o financiera, el riesgo de pérdida del patrimonio es elevado al encomendarlo a una persona individual o jurídica que carezca de la estabilidad y seguridad financiera y económica para poder administrar, invertir y disponer sobre un patrimonio ajeno.

En cuanto a las características del fideicomiso, Villegas indica las siguientes

- a) Es un negocio que puede presentarse como acto unilateral (por testamento) o como acto bilateral (por contrato); b) Es un negocio oneroso. Esta característica deviene 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 del



fideicomitente, del fideicomisario y de ambos a la vez. Para el 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. Así el artículo 787 inciso 7o. del Código de comercio establece que el fideicomiso tienen un plazo máximo de 25 años, salvo que se pacte en favor de un incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, en donde no opera dicho límite. Puede suceder que en el instrumento se establezca un límite mayor; en esa circunstancia el vínculo negocial existe, pero el plazo se reduce al límite legal; y g) Es consensual cuando se formaliza mediante contrato. Esta característica no tiene razón de ser cuando proviene de una declaración unilateral de voluntad. (2006:129)

Alvarado y Gracias, añaden a esas las características, refiriéndose exclusivamente al fideicomiso constituido mediante contrato, las siguientes

Principal: Ya que tiene fines y vida propios, existe y tiene validez independientemente de cualquier otro contrato. Bilateral: Existen derechos y obligaciones para ambas partes. Oneroso: debido a que implica cargas o gravámenes para ambas partes. Conmutativo: Desde que se otorga el contrato, cada una de las partes conoce si ha logrado una ganancia o una pérdida. De tracto sucesivo: Debido a que el cumplimiento de las obligaciones se realizará en un determinado plazo. Solemne: La ley establece que debe constar en escritura (2009:553).

En términos simples, se asevera que en Guatemala debe entenderse al contrato de fideicomiso como aquel suscrito entre una persona individual o jurídica y una institución bancaria o financiera, por medio del cual se pone a disposición de dicha institución cualquier patrimonio susceptible de ser administrado, invertido o puesto a su cuidado y resguardo para garantizar una obligación, generándole a ésta honorarios por desempeñar tal actividad.

## Clases de fideicomiso

Con el objeto de conciliar la doctrina y la legislación, puesto que al decir de Villegas “... doctrinariamente existen tantas clases de fideicomisos como fines se pretende lograr con él ...” (2006:134), clasifica al fideicomiso esencialmente en tres: de Garantía, de Administración y de Inversión; clasificación que asimismo es acogida por Alvarado y Gracias al indicar los fines que puede tener la constitución de un fideicomiso, indicándolos así

... 1) Garantizar el debido cumplimiento de obligaciones (deudas), 2) Asegurar la adecuada administración de bienes, 3) Invertir los recursos. A cada uno de estos fines, resulta lógico que también corresponda una clase de fideicomiso. Por tanto, las clases de fideicomisos que podemos encontrar son los de garantía, administración y de inversión. (2009:556)

Así, según la doctrina y lo que para el efecto establece el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, las clases de fideicomiso que pueden constituirse son:

- De garantía: se constituye con el objeto de garantizar el cumplimiento de obligaciones, principalmente crediticias, por lo que suele recaer sobre bienes inmuebles y cumple una función accesoria. En esta tesis, es la figura que se aplica en el contrato de apertura de crédito bancario como alternativa a garantizar el crédito con hipoteca. Villegas (2006) asevera que el fideicomiso de garantía sustituye a la hipoteca y a la prenda

porque es más sencillo el procedimiento para ejecutar la garantía, basado en lo que establece el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 791. Esto, en la práctica, ha quedado demostrado.

- De administración: esencialmente se trata que el fiduciario administre el patrimonio fideicometido en beneficio del fideicomisario, ya que por la naturaleza especial que reviste la institución bancaria o financiera que se constituirá en fiduciario, garantiza la efectividad de los beneficios que resultarán de la administración de los bienes, por supuesto a cambio del honorario pactado.
- De inversión: se diferencia del fideicomiso de administración, en que aquél se trata acerca del manejo de los bienes y los beneficios que pueden resultar de dicha administración; en el de inversión los bienes son puestos a disposición del fiduciario con el objeto que los invierta y genere beneficios con ellos. Villegas asevera que “... el fiduciario se encarga de conceder préstamos con los bienes fideicometidos, aunque no necesariamente son operaciones de mutuo las que se van a ejecutar...” (2006:135) mencionando asimismo que ha sido utilizada esta clase de fideicomiso en Guatemala para la construcción de viviendas.

## Regulación legal

El fideicomiso es esencialmente una figura mercantil, aunque en su inicio estuvo regulado en el Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala; esto se debió a los antecedentes históricos del fideicomiso. Así, Alvarado y Gracias (2009:551) cita la definición del Diccionario de la Real Academia Española de la manera siguiente

Fideicomiso. (Del lat. Fideicommissum). 1. m. Der. Disposición por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la buena fe de alguien para que, en caso y tiempo determinados, la transmita a otra persona o la invierta del modo que se le señala.

Esa definición se ve confirmada por la exposición de antecedentes históricos del fideicomiso que realiza Villegas (2006) al indicar que sus inicios pueden situarse dentro del Derecho Romano y el Derecho Anglosajón, en el primero bajo la figura del *fideicommissum* y en el segundo en forma del *trust*, ambas basadas en un sistema de confianza entre las partes del negocio fiduciario y principalmente como una forma de suceder el patrimonio sin otorgarlo directamente a los herederos.

En efecto, el Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, en su Libro Segundo, Título II, contenía el Capítulo IV titulado “DE LA PROPIEDAD EN FIDEICOMISO”, regulando esa figura en sus Artículos del 560 al

578; sin embargo, con la entrada en vigencia del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, dichos artículos fueron derogados al tenor de lo que dispuso el numeral 4º Artículo I de las Disposiciones Derogatorias y Modificatorias de ese código.

Sin embargo, actualmente se encuentra vigente el Artículo 944 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, que establece “En el fideicomiso instituido por testamento, la institución de crédito que actúe como fiduciaria no tendrá la calidad de heredero.” y el numeral 4º. del Artículo 1125 del mismo cuerpo legal, que establece que en el Registro de la Propiedad se inscribirán “... Los actos y contratos que trasmitan en fideicomiso los bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos...”

Así, la regulación del fideicomiso se encuentra en el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en sus Artículos del 766 al 793. El Artículo 766 cuyo epígrafe reza “características del fideicomiso”, indica “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.”

Posteriormente, en los Artículos del 767 y 769 establece las calidades de quienes pueden actuar como fideicomitentes y fideicomisarios, lo cual se mencionará en este mismo título en el apartado de Elementos Personales; sin embargo llama la atención el contenido final del Artículo 769 que indica que “... El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso” que complementa lo que regula el Artículo 944 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, antes mencionado.

Es importante tomar en cuenta lo que establece el Artículo 768 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, que establece “Sólo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país...”, así como las instituciones de crédito que hayan sido autorizadas para el efecto por la Junta Monetaria, que fuera mencionado anteriormente en el apartado de Generalidades en este mismo título.

Asimismo, el contenido del Artículo 770 de la ley precitada, que establece que “El fideicomiso puede constituirse por contrato o instituirse por testamento”, guardando así el objeto histórico del fideicomiso, aplicándolo a la figura mercantil que se aplica en la actualidad, siendo importante para el fideicomiso instituido por testamento que aún se regule lo que establece el Artículo 944 del

Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, previamente citado y obviamente las formalidades necesarias para testar.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 771, establece la solemnidad del contrato de fideicomiso, indicando que el mismo debe constar en escritura pública y la aceptación expresa del fiduciario, el cual así como en el Artículo 772 establece la obligatoriedad el avalúo de los bienes fideicometidos.

Resulta de vital importancia traer a colación el contenido del Artículo 775 de la misma ley, el cual indica que el fiduciario necesita facultad expresa para donar, vender o gravar los bienes fideicometidos, indicando también que si fuera necesaria la enajenación o constitución de gravamen sobre los bienes sin que el fiduciario esté expresamente facultado, podrá solicitar la autorización judicial para el efecto; dicha disposición tutela el derecho de propiedad del fideicomitente, así como el fin del fideicomiso a través de su ejecución y las contingencias que puedan presentarse.

Otro aspecto relevante y que resulta muy útil para la presente tesis, son los efectos que surte el fideicomiso cuando se trata de bienes inmuebles, puesto que el numeral 1º del Artículo 776 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, establece que surte sus efectos contra terceros desde el momento de presentación del documento constitutivo al Registro de la Propiedad cuando se trate de bienes inmuebles, derechos reales y otros bienes sujetos a inscripción, con lo cual los bienes fideicometidos adquieren la inembargabilidad.

Posteriormente el resto del articulado hasta el Artículo 793 contiene las demás disposiciones relativas al fideicomiso, siendo pertinente recalcar el contenido del Artículo 791 que indica

Si se tratare de fideicomisos de garantía, en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante Notario, siendo nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta. Las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilarán a los créditos con garantía real. El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor.

Por último, el Artículo 793 contiene el derecho del fiduciario de percibir los honorarios respectivos por la ejecución del fideicomiso, otorgándole preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de honorarios, créditos y de los gastos del mismo fideicomiso que tuvieren que hacerse efectivos con los bienes fideicometidos.



## Elementos personales

Como se mencionó en el apartado anterior, los Artículos 767, 768 y 769 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, establece las capacidades y calidades que deben reunir los otorgantes de un fideicomiso, siendo éstos tres: el Fideicomitente, el Fiduciario y el Fideicomisario.

- Fideicomitente: según lo define Villegas “Es la persona que mediante testamento o contrato, transfiere bienes con un fin específico ...” (2006:130) ; así también, el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, lo regula en su Artículo 767 y para el efecto establece

El fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes, y el fideicomisario, para adquirir el provecho del fideicomiso. El que no puede heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario. Por los menores, incapaces y ausentes, pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial. Puede también constituirse por apoderado con facultad especial.

- Fiduciario: como ya se ha mencionado, únicamente puede ser fiduciario un banco establecido en el país o una institución de crédito luego de haber sido autorizada especialmente por la Junta Monetaria; dicha regulación se encuentra prevista en el Artículo 768 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. Villegas indica que el

fiduciario es “A quien se le confían los bienes fideicometidos y se le encarga darles el destino que se previó en el instrumento constitutivo...” (2006:130). Aunado a su personalidad jurídica especial, el fiduciario jamás puede ser fideicomisario del fideicomiso en el que intervenga como tal, contrariamente al fideicomitente quien asimismo puede ser fideicomisario. Así también, hay prohibición especial para el fiduciario de constituirse como tal y a la vez ser acreedor en aquellos negocios jurídicos en los que el fideicomiso se constituya como garantía.

- Fideicomisario: el Artículo 769 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, regula

Fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior. El fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso.

Al respecto como la misma norma lo menciona, fideicomisario es la persona que resulta beneficiada con motivo de la ejecución del fideicomiso; así también, el fideicomitente puede ser también fideicomisario, más el fiduciario no puede reunir ambas calidades.

## **El fideicomiso de garantía**

Como ya se indicó, el Artículo 791 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, contiene la disposición especial que hace mención del fideicomiso de garantía; inicialmente, el fideicomiso de garantía se debe constituir por contrato y reúne las características ya mencionadas del contrato de fideicomiso, sea cual sea la clase de que se trate.

Sin embargo, cabe mencionar la práctica actual en las instituciones bancarias que se determinó en el transcurso de la elaboración de esta tesis. Para mayor facilidad y economía del trámite, tanto en recursos como en tiempo, los bancos del país para garantizar los créditos bancarios que se conceden a personas individuales o jurídicas que los soliciten, han optado por la modalidad de sustituir hipoteca constituida sobre bien inmueble por la constitución de un fideicomiso de garantía sobre el mismo bien; en la práctica el inmueble puede constituirse en bien fideicometido para garantizar una obligación de dos maneras:

- Constituyendo un fideicomiso nuevo, en la cual la institución bancaria actúa como fideicomisaria, el potencial acreditado actúa como fideicomitente y una tercera institución, ya sea un banco u otra institución de crédito o financiera autorizada para el efecto por la Junta Monetaria, actúa como fiduciaria.

- Suscribiendo un contrato de adhesión a un fideicomiso ya existente; aparentemente, las instituciones bancarias optan por esta forma de garantizar la obligación crediticia, puesto que resulta más fácil administrativamente para el manejo de los bienes y la eventual ejecución de la garantía, constituir un solo fideicomiso general de garantía, con un valor inicial y posteriormente, cuando se conceda un crédito bancario que se vaya a garantizar mediante fideicomiso, el deudor se limita a adherir el bien inmueble al fideicomiso ya existente, conservando por supuesto la propiedad del mismo, pero también el uso, goce y disfrute del inmueble, quedándole prohibido menoscabarlo en cualquier forma y obligándose a conservarlo en el estado en que se encontraba al momento de pasar a formar parte del fideicomiso.

Obviamente, el fideicomiso de garantía, ya sea un fideicomiso nuevo o una adhesión a fideicomiso se constituye mediante escritura pública a la que comparecen el representante legal de la institución bancaria que concederá el crédito, tanto en su calidad de acreedor como de fideicomisario; el representante legal de la institución bancaria o de crédito autorizada por la Junta Monetaria que actuará como fiduciaria; y, el propietario del bien inmueble a ser fideicometido, en esa calidad y actuando como fideicomitente.

Si el contrato es de adhesión a un fideicomiso ya existente, el notario pone a la vista de los otorgantes el testimonio de la escritura pública en donde consta el fideicomiso originario y así lo hace constar; asimismo, el fideicomitente acepta expresamente adherirse al fideicomiso y a las estipulaciones bajo las que se constituyó el mismo.

En el contrato de fideicomiso de garantía, también se hace constar que el fideicomitente acepta que en caso de incumplimiento por parte del deudor se somete al procedimiento de pública subasta ante notario que contempla el Artículo 791 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, para lo cual administrativamente el acreedor o institución bancaria que concedió el crédito, da aviso a al fiduciario para que promueva la pública subasta del bien fideicometido.

## **La hipoteca como garantía del crédito bancario**

### **Generalidades**

El Diccionario de la Real Academia Española define el término hipoteca como “1. f. Finca que sirve como garantía del pago de un crédito. 2. f. Derecho real que grava bienes inmuebles o buques, sujetándolos a responder del cumplimiento de una obligación o del

pago de una deuda.”; la segunda acepción del término es la que más se acerca a la definición legal del ordenamiento jurídico guatemalteco que se encuentra contenida en el Artículo 822 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, el cual preceptúa “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.”

Espín citado por Brañas, otorga la definición doctrinaria del concepto “derechos reales de garantía” que complementa lo previamente mencionado en cuanto a la hipoteca, “Se llaman así estos derechos porque van encaminados a asegurar o garantizar un crédito, y tienen una condición jurídica, como es la de ser derechos accesorios, que se constituyen siempre en relación de dependencia de una obligación principal.” (Brañas, 2005:376)

Siendo una figura civil o del derecho común, es aplicable a todas las demás ramas del derecho, puesto que una obligación, cualquiera que sea su naturaleza, necesita de una garantía eficaz que asegure su cumplimiento; así, la figura se aplica en los negocios jurídicos civiles y mercantiles para garantizar las obligaciones derivadas de los mismos, en el derecho de familia para garantizar la prestación de alimentos, en el derecho penal para constituir una caución económica otorgada como medida sustitutiva a una de privación de

libertad, para citar algunos ejemplos, entre otros.

Así, como se mencionó en los títulos anteriores, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 51 obliga a las instituciones bancarias a garantizar el cumplimiento de los créditos que concedan con una adecuada garantía, ya sea fiduciaria (entiéndase por fiador), hipotecaria, prendaria u otras, no excluyendo la constitución de un fideicomiso de garantía como se estudió en el título anterior.

La hipoteca como medio de garantizar los créditos bancarios con cuantías dinerarias elevadas, ha sido la figura más utilizada en la práctica, por la antigüedad de su aplicación, la seguridad jurídica que ésta brinda, pero asimismo como explicaban Alvarado y Gracias (2009), la problemática que causa el fideicomiso radica en que ese contrato quizá es uno de los menos conocidos a nivel de las personas particulares, pero no solamente de los particulares, sino de la población en general, tanto en las instituciones bancarias como incluso de los profesionales del derecho por el reiterado uso que se había dado a la hipoteca y a la prenda como medio de garantizar obligaciones.

## **Elementos**

Al constituir una hipoteca intervienen dos sujetos denominados deudor y acreedor; al respecto, el acreedor es aquella persona natural o jurídica que otorga un crédito o que es titular de un derecho del cual la otra persona llamada deudor está obligado, por lo que la hipoteca es el vínculo jurídico que une a esos dos sujetos, como ya se mencionó, sirve para garantizar dicha obligación. Cuando el deudor constituye la hipoteca, el acreedor en caso de incumplimiento tiene derecho a obtener el valor correspondiente que será producido por el remate del bien inmueble hipotecado.

En el presente caso de estudio, el acreedor es una institución bancaria que al otorgar un contrato de apertura de crédito bancario a través de quien le represente, acepta la constitución de hipoteca a favor del banco para garantizar la obligación crediticia; por lo general es el acreditado el que actuará constituyendo hipoteca sobre un bien inmueble de su propiedad, aunque la garantía puede constituirse sobre un bien inmueble en copropiedad o incluso sobre el inmueble de un tercero, toda vez sea aceptada la garantía constituida de esa manera por la institución bancaria.



El elemento real de la hipoteca lo constituye el bien inmueble que será gravado. El elemento formal se refiere a que la hipoteca debe constar en escritura pública, puesto que al constituirse sobre bien inmueble es susceptible de registro; asimismo en dicho instrumento público se debe consignar la voluntad expresa de gravar el inmueble así como la aceptación del acreedor que la ley determina que debe hacerse de manera expresa también.

### **Características**

Según Brañas (2005) las características relevantes del derecho real de garantía que consiste en hipoteca, son:

- Únicamente afecta a los bienes inmuebles sobre los que se constituye, sin que el deudor de la obligación adquirida se afecte personalmente, ni aún por pacto expreso; en otras palabras, por el incumplimiento de la obligación responderá el bien inmueble hipotecado, más ya no el deudor.
- Cuando la obligación sea exigible y no se cumple, el acreedor queda facultado para promover la venta judicial del bien gravado por hipoteca; para el efecto deberá acudir a la vía de apremio que contempla el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, para ejecutar la hipoteca.

- Es indivisible y subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca hipotecada aunque se reduzca la obligación, con la excepción que contempla el Artículo 826 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, que se mencionará más adelante.
- Si se constituye sobre un bien sobre el cual existe un derecho eventual limitado o sujeto a condiciones suspensivas, rescisorias o resolutorias que consten en registro, lo hace con las condiciones o limitaciones a que está sujeto ese derecho aunque así no se exprese. Surte efectos contra tercero desde su inscripción, si la obligación se realiza o la condición se cumple.
- La constitución y la aceptación de la hipoteca deben ser expresas, es decir, en el instrumento público que la contenga, tanto el que la constituye como el que la acepta, deben expresar su voluntad para tal efecto.

Debe agregarse que como acto sujeto a inscripción en un Registro Público en el cual deben constar todas las anotaciones sobre bienes inmuebles, la hipoteca asimismo debe constar en escritura pública.

## **Regulaciones especiales**

El bien inmueble se hipoteca en su totalidad, según la característica de la indivisibilidad de la misma; según el Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, en su Artículo 830, la hipoteca se extiende

1° A las accesiones naturales y mejoras; 2° A los nuevos edificios que el propietario construya y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados; 3° A los derechos del deudor en los excesos de las superficie del inmueble; 4° A las indemnizaciones que se refieran a los bienes hipotecados, concedidas o debidas al propietario por seguros, expropiación forzosa o daños y perjuicios; y 5° A las servidumbres y demás derechos reales a favor del inmueble.

En cuanto al elemento personal, únicamente puede hipotecar el que puede enajenar; en cuanto al elemento material, sólo pueden ser hipotecados los bienes inmuebles que pueden ser enajenados. La ley de la materia permite que un bien hipotecado puede ser enajenado o hipotecado nuevamente no obstante cualquier estipulación en contrario; sin embargo es importante resaltar para esta tesis que la misma norma que contiene el permiso mencionado, establece la excepción a lo que se establece en contratos que se refieran a créditos bancarios; esto quiere decir que una institución bancaria puede decidir acerca de si acepta la garantía de hipoteca que se constituya sobre un bien inmueble previamente hipotecado.

Es pertinente indicar que cuando un bien inmueble tenga más de un propietario, para poder ser hipotecado debe existir el consentimiento de todos los propietarios.

El Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, establece que no pueden hipotecarse aquellos inmuebles destinados a patrimonio de familia y aquellos que se adquieren por herencia, legado o donación, cuando el causante haya puesto dicha condición la cual no podrá exceder de cinco años.

Si por cualquier causa el inmueble hipotecado se devaluara y por ende la garantía fuera insuficiente porque el monto garantizado es superior al valor del bien hipotecado, el acreedor podrá exigir que se mejore la garantía hasta hacerla suficiente para responder de la obligación; y, si quedara comprobada mediante prueba pericial la insuficiencia de la garantía y el deudor no la mejorara dentro del término que otorgue un Juez, el plazo se da por vencido y se procede al cobro del crédito.

## **Regulación legal**

Como figura esencialmente civil, la hipoteca se regula en los Artículos del 822 al 859 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, en el Título V “derechos reales de garantía”, Libro Segundo “de los bienes, de la propiedad y demás derechos reales”.

Aunque ya se han mencionado algunas normas jurídicas que regulan la hipoteca en los apartados anteriores del presente título, cabe hacer mención, en cuanto al tema que se analiza, de lo que preceptúa el Artículo 51 de la Ley de Bancos y Grupo Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala,

Los créditos que concedan los bancos deberán estar respaldados por una adecuada garantía fiduciaria, hipotecaria, prendaria, o una combinación de éstas, u otras garantías mobiliarias, de conformidad con la ley. Los créditos sujetos a garantía real no podrán exceder del setenta por ciento del valor de las garantías prendarias, ni del ochenta por ciento (80%) del valor de las garantías hipotecarias.

Dicho precepto, al establecer un límite porcentual del valor por el que se concederá un crédito bancario garantizado con hipoteca, de un 80% del valor del inmueble a hipotecarse, hace evidente que en cuanto al solicitante de un crédito bancario es más ventajoso fideicometer el bien inmueble en lugar de hipotecarlo, puesto que al constituirse la segunda forma de garantizar la obligación mencionada, la ley no determina límite porcentual del valor,

pudiendo por ende concederse el crédito bancario hasta por el 100% del valor del bien inmueble.

En cuanto a la presente tesis, según se mencionó en el apartado anterior, el Artículo 836 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, establece que un bien inmueble hipotecado puede ser enajenado o nuevamente hipotecado, no importando si hay estipulación en contrario, pero exceptuando de la siguiente manera “... salvo lo que se establezca en contratos que se refieran a créditos bancarios.”, pudiendo la institución bancaria en el contrato de apertura de crédito bancario, limitar el derecho que asiste al propietario del bien a hipotecarse de enajenarlo o volverlo a enajenar por el plazo de vigencia del contrato o hasta que sea cancelado el crédito a concederse.

## **La subasta notarial**

### **Generalidades**

El Libro Cuarto “Procesos especiales” del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, contiene su Título I “Jurisdicción Voluntaria”, que en su Artículo 401 establece “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los

interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.”

Dentro de esos procesos se encuentra regulada la subasta voluntaria que, entre otros, permite que se realice de forma notarial como alternativa a la intervención judicial; esto porque son asuntos en los que únicamente es necesaria la voluntad consensuada de las partes de someterse a un trámite judicial o la intervención de un notario para formalizar el trámite sin que exista *litis* entre las partes.

Así también, la garantía de fideicomiso al existir incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor, establece el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, que el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario, indicando asimismo la nulidad de todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta; esto por la protección que debe existir al patrimonio del fideicomitente/deudor y la fe pública que tiene el notario que al ser requerido brindará a las partes intervinientes la seguridad jurídica necesaria.

Es importante hacer la diferenciación entre la subasta que se da como consecuencia de un remate con ocasión de haberse promovido la vía de apremio o el juicio ejecutivo y la subasta voluntaria; los procedimientos, la regulación jurídica y la causalidad fáctica son distintas, tal como se verá en uno de los apartados que continúan al presente y en el siguiente título de esta tesis.

Así, según Alvarado y Gracias la subasta es un concepto que proporciona la idea de una venta pública de bienes con el propósito de adjudicar la cosa al mejor postor, o sea a quien ofrezca más dinero por adquirir el objeto en venta, indicando también

... la subasta es voluntaria cuando no existe una orden judicial para que se efectúe, con miras a pagarle a un acreedor, sino que la persona, de manera libre y autónoma, decide vender algún bien inmueble que le pertenece ... a su vez, puede realizarse en forma judicial o notarial. Es judicial si el propietario del bien que se desea subastar opta por acudir ante un juez para la realización del trámite y gestión del procedimiento. La subasta notarial es la que realiza el propietario de un bien que dispone libremente del mismo para venderlo, ante los oficios de un Notario dentro de la vía de jurisdicción voluntaria notarial. (2009:113)

Pero asimismo, los mismos autores establecen que en la práctica, tanto judicial como notarial, la subasta voluntaria es un procedimiento poco, por no decir nada, utilizado, explicando que no es por su inutilidad sino por el desconocimiento de la figura para ser utilizada como una alternativa para vender los bienes previo a incurrir en incumplimiento de obligaciones que ultimadamente tenga como consecuencia la ejecución judicial de las garantías constituidas sobre bienes.



## **Regulación legal**

El fideicomiso como garantía de una obligación adquirida será ejecutable al tenor de lo que preceptúa Artículo 791 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. Para el efecto indica

Si se tratare de fideicomisos de garantía, en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante Notario, siendo nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, es un texto de normas legales, que es derecho sustantivo en materia mercantil, ya que contempla en sus considerandos primero y cuarto

Que el Organismo Ejecutivo envió como iniciativa de ley un proyecto de Código de Comercio ... dando un tratamiento acertado a las diversas doctrinas e instituciones del Derecho Mercantil ... se incluyen instituciones del Derecho Mercantil moderno, con lo cual es posible la eficiente regulación de los institutos que comprende ...

En cuanto a la parte adjetiva del Derecho Mercantil dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, la misma se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.

En el caso del objeto del presente estudio es el Artículo 449 de dicho cuerpo legal el que resulta aplicable para determinar cuál es el procedimiento que debe ser aplicado, ya que esa norma legal establece que “Las subastas voluntarias a que se refiere este capítulo podrán llevarse a cabo ante notario, en las condiciones que libremente fijan las partes”, por lo que para los efectos de la aplicación de lo que establece el Artículo 791 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, rigen las disposiciones contenidas en los Artículos 447, 448 y 449 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, debiendo observar el notario requerido todas las normas que regulan la función notarial para tal efecto.

### **Procedimiento para la subasta notarial de la garantía de fideicomiso**

Como se mencionó con anterioridad, al establecer el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 791 que la garantía de fideicomiso se hará efectiva, en caso de incumplimiento del deudor, mediante la promoción de la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario, debe aplicarse el procedimiento que establecen los Artículos del 447 al 449 del Código Procesal Civil y Mercantil,

Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala y el notario debe observar las obligaciones que la normativa legal aplicable le impone para ejercer la función notarial. Así, el fiduciario debe ser notificado o avisado por el acreedor para promover la subasta, pero asimismo en su calidad de fideicomisario tiene el derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso tal y como lo regula el Artículo 778 numeral 2o del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala; para el efecto debe trasladarle los documentos necesarios en los que conste el incumplimiento del deudor.

Los bienes fideicometidos como ya se estudió, no fueron transferidos en propiedad al fideicomiso establecido o al cual se adhirió el fideicomitente, pero sí su disposición por parte del fiduciario en el caso del incumplimiento de la obligación crediticia; así el Artículo 785 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, obliga al fiduciario en su numeral 3o. a tomar posesión de los bienes fideicometidos en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad; sin embargo en la práctica al constituirse una garantía de fideicomiso sobre bien inmueble, se permite al fideicomitente/deudor mantener la posesión del bien, debiendo entregarlo únicamente si se subastara el mismo y se faccionara el instrumento traslativo de dominio respectivo.

También debe tomarse en cuenta que el fideicomitente al momento de constituir el fideicomiso sobre los bienes respectivos o haberse adherido al fideicomiso ya existente, manifestó su voluntad y consentimiento de someterse al procedimiento de ejecución de la garantía mediante la pública subasta ante notario para la venta de los mismos, situación que hace procedente la subasta voluntaria ante notario como lo establece el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, en su Artículo 449.

Alvarado y Gracias (2009) describen el procedimiento que se debe observar para la subasta voluntaria notarial e incluyen el esquema del mismo. El fiduciario al momento de recibir el aviso respectivo por parte del acreedor por el incumplimiento del deudor, debe contratar los servicios de un notario con el objeto de requerirle que proceda a efectuar la venta en pública subasta de los bienes fideicometidos; el notario debe faccionar el acta notarial de requerimiento en donde el fiduciario se identifica y hace referencia a los instrumentos notariales en donde se constituyó el fideicomiso y en el que se otorgó el contrato de apertura de crédito bancario, debiendo poner a la vista del notario los primeros testimonios de los mismos, así como las actuaciones contables en los que se demuestre el incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Las instituciones bancarias no tienen como objetivo apropiarse de los bienes de los deudores o adquirir el importe del saldo deudor a través de la venta de los bienes, puesto que son trámites que pueden llevar algún tiempo y en el caso de las subastas puede incluso ser posible que no haya oferentes a quienes adjudicar el bien, por lo que previamente a requerir los servicios del notario para que se subaste el bien, en la práctica primero le solicitan que haga un requerimiento de pago para que si fuera el caso, el deudor tenga la oportunidad de renegociar la deuda y poder seguir cumpliendo con su obligación; aunque esta es una práctica común, no es un requisito que establezcan las normas legales para subastar los bienes fideicometidos.

Como en todos los asuntos de jurisdicción voluntaria, el notario debe observar lo que para el efecto establecen el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, el Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala y la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria contenida en el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, por lo que para emitir las resoluciones notariales deberá observar lo que establece el Artículo 2 de dicha ley que deja a salvo su redacción discrecional pero lo obliga a consignar la dirección de la oficina del notario, la fecha, el lugar, la disposición que se dicte y

la firma del notario.

Posteriormente a ser requerido, el notario debe observar las disposiciones que contienen los Artículos 447 y 448 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, por lo que dictará la resolución de trámite respectiva en la cual consignará las condiciones de la subasta y el día y la hora para que se efectúe la misma; la notificará al fiduciario, al fideicomisario/acreedor, al fideicomitente/deudor y también podrá notificarse a otras personas que puedan actuar como postores y hayan sido indicadas por el requirente; así también, en dicha resolución podrá consignarse la orden si así fuera solicitado que se publiquen edictos para poder contar con más postores en la subasta.

El notario deberá faccionar el acta notarial de subasta, en la que hace constar los hechos que le constaron el día y hora fijados para el efecto, incluyendo la aceptación y rechazo de las ofertas por parte del vendedor que en este caso debe ser el fiduciario ya que según el numeral 1o. del Artículo 785 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, es quien está obligado a ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines; obviamente este acto debe contar con la presencia del representante del fideicomisario/acreedor y el fideicomitente/deudor.

Una vez adjudicada la venta en pública subasta del bien fideicometido, el notario faccionará la escritura traslativa de dominio que contendrá la compraventa de bien inmueble en subasta notarial y el notario deberá cumplir con las obligaciones notariales posteriores. Cabe mencionar que el Artículo 777 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, establece que

El patrimonio fideicometido solamente responderá 1°. Por las obligaciones que se refieren al fin de fideicomiso. 2°. De los derechos que se haya reservado al fideicomitente. 3°. De los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso. 4°. De los derechos adquiridos legalmente por terceros, inclusive fiscales, laborales y de cualquier otra índole. 5°. De los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso.

Por lo que una vez subastado el bien, deben liquidarse los saldos deudores del crédito que garantizaba el bien fideicometido, la remuneración del fiduciario a que hace referencia el numeral 4o. del Artículo 783 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, los honorarios del notario interviniente en el procedimiento de la subasta y por último la devolución del saldo de la venta y pago de obligaciones al fideicomitente/deudor.

Por último, el procedimiento de subasta notarial tendrá la duración estrictamente necesaria y sujeta únicamente a la celeridad con que actúe el fiduciario y el notario al efectuar el procedimiento

mencionado; así, el acta notarial de requerimiento, la emisión de la primera resolución y su respectiva notificación pueden realizarse el mismo día, fijando día y hora para que se realice la subasta incluso al día siguiente, que es el mismo en el que concluye el trámite; el único aspecto que puede llevar un poco más de tiempo en la tramitación del procedimiento es si se decidiera la publicación de edictos para atraer postores a la subasta. En conclusión el procedimiento idealmente no debe exceder de los diez días de trámite desde su inicio hasta su finalización.

## **Ejecución en la vía de apremio de créditos bancarios garantizados con hipoteca**

### **Generalidades**

#### Chacón indica

En nuestro sistema legal, según hemos visto, el título ejecutivo es siempre un documento, cuyo origen puede ser civil o mercantil, en el cual se establece una obligación a cargo del deudor y, que en caso de incumplimiento es preciso promover la actividad jurisdiccional para que el órgano respectivo decida al respecto. Señalamos también que el título ejecutivo es el que le otorga la calidad de acreedor a su titular y poseedor legitimado, para el caso del juicio cambiario. (2005:175)

#### Liebman, citado por Chacón, clasifica los títulos en

... ejecutivos, que son los que motivan el juicio ejecutivo con las características de éste juicio. Ejecutorios, que son los que conducen a la llamada “ejecución inmediata” (como sería la vía de apremio), en la cual se restringen las posibilidades de defensa o



uso de excepciones por parte del deudor. En esta ejecución la carga de la prueba se desplaza hacia el deudor; es quien debe probar su excepción para inutilizar o disminuir la fuerza del título sin perjuicio de la contraprueba del acreedor para destruir la excepción... (Chacón, 2005:176)

El autor indica que en ese sentido, llamándolos ejecutorios, conocidos en la clasificación tradicional como para-judiciales o para-jurisdiccionales, es el Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, el que enumera los verdaderos títulos ejecutivos (verdaderos en contraposición a los que indica el Artículo 327 por los que será promovido el juicio ejecutivo, títulos que en la clasificación tradicional se conocen como judiciales o jurisdiccionales).

Su razón de ser es que a diferencia de los procesos de conocimiento, en los procesos de ejecución y más en la vía de apremio, el juez se limitará a calificar la eficacia del título, puesto que el mismo conlleva ya el derecho del acreedor de promover la ejecución y el proceso únicamente contempla la eventualidad de interponer excepciones que intenten restarle eficacia al título, más no probar contra la pretensión del demandante u obtener un pronunciamiento judicial sobre las cuestiones de hecho o derecho.

Es así que Chacón (2005) indica que es la ejecución en vía de apremio la que se constituye en el procedimiento de pago al acreedor mediante la liquidación o conversión en metálico de los bienes embargados y rematados al deudor; por supuesto, bienes que consten en alguno de los documentos que constituyen título ejecutivo según la ley. Indica también que con la ejecución en la vía de apremio se pretende la realización de los bienes del deudor a través de la venta en pública subasta de los mismos y con el producto de la venta hacer pago al o los acreedores, teniendo éstos el derecho de optar a la adjudicación el pago de los bienes.

Nótese que la pública subasta a que hace referencia el autor es la que se da necesariamente por intervención judicial, puesto que siendo la vía de apremio un proceso de ejecución, debe previamente sustanciarse en todas sus etapas procedimentales, en donde intervienen figuras puramente procesales, debiendo observarse ciertas garantías y principios, como por ejemplo el debido proceso y los plazos establecidos para cada una de las etapas; a diferencia de la subasta ante notario que es menos formalista y la celeridad del procedimiento dependerá únicamente de la actividad notarial y la diligencia con que actúen el notario y las partes que requieran sus servicios.

Ramos, citado por Chacón (2005) indica que la finalidad del procedimiento de apremio consiste en extraer una utilidad económica de los elementos patrimoniales embargados al ejecutado, dando como consecuencia que las vías de apremio están en función de lo que se haya embargado.

El Artículo 294 precitado enumera los títulos ejecutivos por los cuales es procedente promover la ejecución en la vía de apremio, poniendo como condición que esos títulos tengan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible; en el numeral 4º. de esa enumeración, se encuentran los créditos hipotecarios, dentro de los cuales se encuadra perfectamente el objeto del presente trabajo de tesis cuando está garantizada de esa forma la obligación que se adquiere mediante el otorgamiento del contrato de apertura de crédito bancario.

Consecuentemente, ante el incumplimiento del deudor, la institución bancaria o acreedor debe forzosamente acudir al órgano jurisdiccional correspondiente a promover la vía de apremio, con las formalidades que la ley procesal establece para el efecto, debiendo auxiliarse de un abogado o como más comúnmente ocurre en la práctica, otorgando un mandato judicial con representación.

Resulta de vital importancia traer a colación que los créditos otorgados por una institución bancaria garantizados con hipoteca, al existir la necesidad de ser ejecutados por la vía de apremio, aparte de sujetarse a lo que establece el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, deben sujetarse a las regulaciones especiales que contempla la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, que se describirá en el apartado siguiente.

### **Regulación legal**

Como ya se mencionó, el Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, indica los títulos sobre los que procede la ejecución en vía de apremio, indicando asimismo como fuera previamente citado que los mismos deben llevar aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible; así, dicha norma los enumera de la siguiente manera

1°. Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. 2°. Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación. 3°. Créditos hipotecarios. 4°. Bonos o cédulas hipotecarias y sus cupones. 5°. Créditos prendarios. 6°. Transacción celebrada en escritura pública. 7°. Convenio celebrado en el juicio.

Posteriormente el mismo código contiene las regulaciones correspondientes a la vía de apremio en sus Artículos del 295 al 326; asimismo la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002

del Congreso de la República de Guatemala, establece un régimen procesal especial para los juicios ejecutivos que planteen las instituciones bancarias, el cual se encuentra contenido en sus Artículos del 105 al 110. Dicho régimen procesal especial contempla en el Artículo 105 de la ley precitada que dichas instituciones al plantear los juicios ejecutivos quedan sujetos a lo que ese articulado establece y en lo que no fuere previsto en ella a lo que establece el derecho común.

Es importante traer a colación lo que establece el Artículo 296 del cuerpo de normas precitado, el cual establece que la fuerza ejecutiva de los títulos previamente mencionados se pierde a los diez años si hubiere hipoteca, empezando a computarse dicho término desde el vencimiento del plazo o desde que se cumpla la condición si la hubiere. Asimismo, dicha norma legal se refiere a que una vez planteada la demanda en la vía de apremio, únicamente se admitirán las excepciones que destruyan la eficacia del título fundamentadas en prueba documental, otorgando el plazo para ser interpuestas dentro del tercer día de requerido o notificado el deudor, indicando que las mismas se resolverán por el procedimiento de los incidentes, que es el que contempla la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

Sin embargo, cuando el ejecutante es una institución bancaria en virtud de un contrato de apertura de crédito bancario con garantía hipotecaria, por el régimen procesal especial previamente mencionado, el Artículo 109 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, establece que las únicas excepciones admisibles al ejecutado serán las de prescripción y de pago, debiendo el juez correspondiente rechazar de plano cualquier otra cuya interposición sea intentada.

El Artículo 297 del mismo cuerpo legal, exceptúa a las obligaciones garantizadas con hipoteca, de ordenar el requerimiento del deudor y el embargo de bienes, indicando que se ordenará que se notifique la ejecución y en el mismo acto se señalará el día y la hora para el remate correspondiente; por último, establece la potestad de la parte actora de solicitar las medidas cautelares previstas en ese código, resultando la más comúnmente solicitada la de embargo precautorio de bienes, puesto que aunque está hipotecado el bien el mismo puede ser enajenado o hipotecado nuevamente, más si hay embargo anotado sobre la finca no se pueden realizar dichos actos sobre la propiedad, tal y como lo regula el Artículo 303 del mismo texto legal que indica que el embargo apareja la prohibición de enajenar la cosa embargada.

Este proceso contempla la posibilidad que el deudor no fuere habido y por ende no pudiera ser notificado, por lo ante dicha contingencia, según lo establece el Artículo 299 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, se ordenará el requerimiento y embargo –si fuere el caso– por el Diario Oficial y surtirá sus efectos desde el día siguiente al de la publicación, generando así la excepción a la primera notificación que manda dicho código la cual debe realizarse en forma personal.

Dicho precepto se ve complementado en el caso del régimen procesal especial al que están sujetas las instituciones bancarias que promuevan un juicio ejecutivo, ya que la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, establece en su Artículo 107 que el acreedor tendrá un plazo de 15 días para solicitar la notificación que se realice mediante edicto si el deudor no pudiere ser notificado, indicando asimismo los datos que deberá contener el edicto respectivo.

En su Artículo 313 el mismo código establece el anuncio de la orden de venta de los bienes, que debe hacerse mediante edictos en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, por lo menos tres veces en cada uno.

Ya que la pública subasta para la venta de los bienes que se están rematando se realiza por vía jurisdiccional y de forma pública mediante la publicación de los avisos respectivos, es probable que no se presenten postores al día y hora señalados para el remate, por lo que el Artículo 318 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, establece la señalización de nuevas audiencias si se presentare esa eventualidad, reduciendo el precio base cada vez en un 10% hasta llegar al 10% del valor, admisible cualquier postura a partir de ese mínimo. En la subasta notarial que se promueva por la ejecución de una garantía de fideicomiso no existe tal regulación.

Por último de los Artículos 319 al 326 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, se indica la forma de liquidación, pago, disposición del sobrante de la venta, escrituración, recurso de apelación y su admisibilidad y la entrega de los bienes rematados al adjudicatario.

### **Proceso y plazos legales confrontados con el tiempo real de duración del mismo**

Todo proceso que se sustancie en las ramas civil y mercantil al tenor de lo que establece la ley adjetiva al respecto, se sujeta a los plazos y formalismos procesales que contempla la misma, así como los principios que informan al derecho procesal civil y mercantil.



Así, idealmente una vez planteada la demanda de ejecución en la vía de apremio por parte de una institución bancaria, cumpliendo con los requisitos formales que establecen los Artículos 61 y 106 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, el juzgador en aplicación del Artículo 297 deberá calificar el título en que se funde la pretensión –en este caso el crédito hipotecario, para lo cual se deberá presentar primer testimonio de la escritura pública que contenga el contrato de apertura de crédito bancario con garantía hipotecaria–, despachando el mandamiento de ejecución sin ordenar el requerimiento del obligado ni el embargo de bienes, puesto que la obligación garantizada con hipoteca exime que se apliquen esas dos formalidades y ordena directamente la notificación de ejecución, señalando día y hora para el remate.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, Chacón indica que

... en la práctica judicial se procede en la forma señalada, inclusive se le exige al ejecutante que solicite el embargo definitivo sobre los mismos bienes que ya habían sido embargados y anotados en el Registro de la Propiedad; lo que trae como consecuencia que sea más oneroso y alambicado el proceso de ejecución, pues hasta que no se obtenga el despacho razonado por el Registrador no podrá continuarse con aquél ni efectuarse la tasación de los bienes, si fuere procedente. Esta circunstancia obedece, sin duda, al desconocimiento que se tiene de que el embargo decretado dentro del juicio ejecutivo tiene ese mismo carácter de –ejecutivo– como ya lo indicamos ... y por lo cual es definitivo. (2005:183)

En el momento en que se notifique la orden de ejecución, el ejecutado podrá interponer las excepciones que intenten modificar o alterar la eficacia del título, que como ya se mencionó, en el caso de

los créditos bancarios con garantía hipotecaria, por la regulación especial contenida en el Artículo 109 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, únicamente podrán ser la de prescripción y la de pago, teniendo tres días contados a partir del día siguiente de la notificación.

Sin embargo, en cuanto a la contingencia de la imposibilidad de notificar la ejecución al ejecutado, el acreedor cuando la cédula de notificación sea razonada por el notificador respectivo, tendrá el plazo de 15 días para solicitar que se publique un edicto de notificación, tal y como se mencionó en el apartado anterior y como lo contempla el Artículo 299 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, complementado con lo que establece el Artículo 107 de la ley *ut supra*.

Si el ejecutado fuera notificado, ya sea por el régimen de notificaciones normal o por medio del edicto e interpusiere cualquiera de las dos excepciones previamente relacionadas, el trámite de las mismas se realizará por la vía de los incidentes que contempla la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, en sus Artículos del 135 al 140, debiendo el juez otorgar audiencia por 2 días a los otros

interesados, abriendo a prueba el incidente por 8 días, si fuere el caso y resolviendo en un plazo no mayor de 3 días si se hubiere abierto a prueba o no.

En cuanto a las notificaciones de las resoluciones dictadas dentro del incidente, idealmente se deben cumplir los plazos que la misma ley indica, no cumpliéndose los mismos en la práctica, por lo que un incidente de excepciones en las ejecuciones en la vía de apremio puede durar entre 16 días hábiles –cumpliendo los plazos legales–, hasta 3 meses –como ocurre en la práctica, en incumplimiento de los plazos–.

Posteriormente debe realizarse una tasación del bien inmueble hipotecado que se está ejecutando en la vía de apremio, realizándose una valuación de ser el caso mediante el nombramiento de peritos nombrados por el juez, para lo cual deberá observarse lo que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, para la prueba de expertos en lo aplicable, en sus Artículos del 164 al 171.

También se contempla el consentimiento que puede existir entre las partes en el precio que deba servir de base para el remate, contemplando el Artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de

Guatemala, que en el caso de bienes inmuebles se podrá tomar como base, a elección del ejecutante, el monto de la deuda o el valor fijado en la matrícula fiscal para el pago del impuesto territorial, ahora fijado asimismo en catastro municipal.

El Artículo 313 del mismo código establece la obligatoriedad de anunciar el remate durante tres veces en el Diario Oficial y otro de mayor circulación, estableciendo asimismo el término para el remate que una vez fijada la base no puede ser menor de 15 días ni mayor de 30, debiendo los avisos ser publicados entre el plazo contenido de la fijación de la base hasta 15 días después.

En su totalidad, legalmente con el plazo de notificaciones contenido en la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, la ejecución en la vía de apremio idealmente no debiera exceder los 48 días; sin embargo, si se tramitara incidente de la excepción eventualmente interpuesta por atacar directamente la eficacia del título ya sea por su prescripción o por pago de la obligación, el proceso se interrumpe por el plazo que dure el incidente; asimismo, por las mismas razones en cuanto al incumplimiento de los plazos legales y el formalismo con que se actúa en los procesos del ramo civil y mercantil, la ejecución en la vía de apremio en la práctica tiene una duración aproximada de entre 6 y 8 meses, sin contar con la eventual interposición de medios de impugnación u otras acciones dilatorias.

## **Proceso y procedimientos**

Para promover la actividad jurisdiccional, todo proceso inicia con la demanda respectiva; así, la institución bancaria al verse en la necesidad de promover la ejecución por incumplimiento del deudor, deberá comparecer a través de su representante legal auxiliado por un abogado colegiado activo mediante el memorial respectivo. Esto rara vez ocurre, puesto que los bancos por lo general otorgan un mandato judicial con representación a abogados de su confianza, quienes actúan en esa calidad auxiliándose a sí mismos.

La demanda debe contener los requisitos mínimos que establecen los Artículos 61 y 106 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala; el juicio a promover para la ejecución en la vía de apremio forma un expediente nuevo, ya que a diferencia de cuando el título ejecutivo lo compone una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de conocimiento, en el presente caso lo es el primer testimonio de la escritura pública mediante la cual se constituyó la hipoteca respectiva sobre el bien inmueble.

En la demanda también se pueden solicitar las medidas cautelares según lo contempla el Artículo 297 del código precitado, siendo las que más se solicitan la de arraigo que se regula en los Artículos del

523 al 525 del mismo cuerpo normativo y aplicable a dicha medida los preceptos contenidos en el Decreto 15-71 del Congreso de la República de Guatemala y la de embargo precautorio que contempla el Artículo 527 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, no obstante el segundo párrafo del Artículo 297 referido indica que dicha medida no tendrá que ser solicitada en el caso de obligaciones garantizadas con hipoteca; sin embargo en la práctica sí se realiza, resultando por ende en más dilatación y onerosidad en el proceso.

En el control jurisdiccional inicial respectivo, el Juez decidirá acerca de la admisibilidad de la demanda constatando los requisitos formales de la misma, aplicando lo que preceptúa el Artículo 109 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, rechazando la misma para trámite (resolución que es apelable) o imponiendo previo si el error fuera subsanable; asimismo, como elemento sustancial del control jurisdiccional en el proceso de ejecución en la vía de apremio, el Juez deberá calificar la eficacia del título sobre el cual se funda la pretensión, tal y como lo establece el Artículo 297 multicitado.

Siendo que idealmente según lo contempla la norma aplicable, la ejecución en la vía de apremio cuyo título esté fundado en créditos hipotecarios no contempla el requerimiento al ejecutado o el

embargo precautorio sobre los bienes, una vez admitida a trámite la demanda se decreta el remate, fijando día y hora para que se celebre el mismo y ordenando la notificación respectiva al ejecutado; a partir de dicha notificación, el demandado tendrá tres días para interponer las excepciones que considere pertinentes.

Dichas excepciones son las que únicamente tiendan directamente a destruir la eficacia del título y se fundamenten en prueba documental, según lo establece el Artículo 296 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala; asimismo debe recordarse que el Artículo 107 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, establece que de no ser habido el ejecutado para realizarle la primera notificación en forma personal, el ejecutante puede pedir la publicación de un edicto dentro de los quince días siguientes al de la razón que asiente el notificador de tener imposibilidad de ejecutar ese acto procesal.

Es importante traer a colación, como fuera indicado con anterioridad, que al tenor de lo que regula el Artículo 109 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, cuando la ejecución en la vía de apremio sea promovida por un banco, el Juez únicamente dará trámite a las excepciones de prescripción o de pago, indicando que se rechazará de plano cualquier otra que se intente interponer.

Si el ejecutado interpusiera cualquiera de las dos excepciones mencionadas, el asunto debe tramitarse por la vía de los incidentes que contempla la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, para lo cual el Juez deberá determinar la clase de excepción y la prueba documental aportada por el incidentante, la cual se ve limitada asimismo por el Artículo 109 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala que indica que para darle trámite a la excepción ya sea de pago o de prescripción, el ejecutado deberá presentar

- a) El documento emitido por el banco con el que acredite que se ha pagado la cantidad que motiva la ejecución, que debe incluir capital, intereses y costas judiciales; o, b) Certificación de un tribunal de la resolución que apruebe el pago por consignación.

Si el incidente fuera rechazado para trámite, en el proceso de ejecución en la vía de apremio es inapelable dicho rechazo, puesto que aunque el Artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, permite la apelación, excluye la procedencia de dicho medio de impugnación cuando las leyes especiales así lo establezcan; tal es el caso de lo que preceptúa el Artículo 325 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.



Admitido a trámite el incidente por la excepción interpuesta, el Juez correrá audiencia por dos días a las otras partes interesadas al tenor de lo que establece el Artículo 138 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala y una vez manifestada o no la oposición o los argumentos de otros interesados, si hubiere cuestiones de hecho que establecer se abrirá a prueba el incidente por ocho días comunes, habiendo debido las partes individualizar sus medios de prueba en la primera comparecencia dentro del incidente, ya sea al promoverlo o al evacuar la audiencia común otorgada por dos días.

Concluido el término probatorio, o si no se hubiere abierto a prueba el incidente estará en estado de resolver una vez evacuada o no la audiencia dentro del plazo otorgado, cuya resolución final deberá dictarse dentro de los tres días siguientes según lo preceptúa el Artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala y así como se indicó también, dicha resolución es inapelable.

Si la excepción fuera declarada con lugar, el proceso finaliza y por ende el auto es apelable; de lo contrario, se continúa con el proceso de ejecución en la vía de apremio, debiendo procederse a la tasación que contempla el Artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de

Guatemala, puesto que por tratarse el proceso que se estudia derivado de la ejecución de un crédito hipotecario, no es procedente seguir el procedimiento relativo al embargo; no obstante, la misma norma establece

La tasación se omitirá siempre que las partes hubieren convenido en el precio que deba servir de base para el remate. Cuando se tratase de bienes inmuebles, podrá servir de base a elección del actor, el monto de la deuda o el valor fijado en la matrícula fiscal para el pago del impuesto territorial

Hecha la tasación, convenido el precio, determinado el monto de la deuda o el valor del bien inmueble que esté fijado en la matrícula fiscal, se procederá a ordenar el remate, fijando día y hora, ordenando las publicaciones respectivas; siendo que en el caso de estudio el ejecutante es una institución bancaria, se aplican las disposiciones especiales del Artículo 107 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, siendo asimismo innecesaria la tasación puesto que la ejecución en vía de apremio se promueve en virtud de título ejecutivo consistente en crédito hipotecario y hay un saldo deudor que es el que se persigue obtener con la ejecución, por lo que aplica la disposición relativa al monto adeudado como precio base del remate del inmueble.

Los avisos del remate se publicarán tres veces por lo menos, en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, según lo contempla el Artículo 313 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, conteniendo lo que indica el Artículo 314 del mismo cuerpo normativo.

Según el Artículo 315 del mismo código, el día y hora señalados para el remate el pregonero lo anunciará, así como las posturas u ofertas que se hagan sobre el bien inmueble, dejando constancia de todo ello el Secretario del Juzgado en el acta que se faccionarán para el efecto y una vez expresadas todas las posturas el Juez las examinará y adjudicará el remate al mejor postor, habiendo debido cada uno de ellos depositar el diez por ciento del valor del precio base, eximiéndose de dicha formalidad si así lo aceptare el ejecutante.

Una vez finalizado el remate, se procederá a la liquidación que contempla el Artículo 319 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala que taxativamente indica

Practicado el remate, se hará liquidación de la deuda con sus intereses y regulación de las costas causadas al ejecutante, y el juez librarán orden a cargo del subastador, conforme a los términos del remate. Los gastos judiciales y de depósito, administración e intervención, y los demás que origine el procedimiento ejecutivo,

serán a cargo del deudor y se pagarán de preferencia con el precio del remate, siempre que hayan sido necesarios o se hubieren hecho con autorización judicial.

Por último, al tenor del Artículo 324 del mismo texto legal, el Juez ordenará la celebración de la escritura traslativa de dominio y si el ejecutado se negare, en su rebeldía celebrará el contrato el Juez, designando notario para el efecto cuyos honorarios serán cubiertos a costa del rebelde y según el Artículo 326 del código multicitado fijará un término que no exceda de diez días para que el adjudicatario tome posesión del inmueble ordenando el lanzamiento si fuera el caso de la negativa por parte del ejecutado.

### **Aplicación práctica de la garantía de fideicomiso al adquirir créditos bancarios**

Previamente a presentar un ejemplo práctico de la aplicación del objeto de estudio de esta tesis, es importante indicar que el mismo no es un caso concreto real sino una situación ficticia, puesto que los expedientes de concesión de créditos bancarios, la constitución de la garantía correspondiente y su eventual ejecución por incumplimiento del deudor, contienen información prestada bajo garantía de confidencialidad por estar sujeta a regulaciones especiales de las instituciones bancarias.

## **Solicitud y concesión de crédito bancario**

Sebastián Arnulfo Gómez Carrillo (nombre ficticio), se presenta a un banco del sistema a solicitar un crédito hipotecario por la cantidad de quinientos mil quetzales; es atendido por un ejecutivo de créditos quien le indica que su solicitud debe cumplir con los requisitos siguientes: llenar el formulario correspondiente que consiste en la solicitud de crédito, al que deberá adjuntar estados patrimoniales, estados de cuenta bancarios, certificación reciente extendida por el Registro General de la Propiedad del inmueble a hipotecar en donde conste la propiedad del mismo y que está libre de gravámenes, limitaciones o anotaciones, fotocopia simple del Documento Personal de Identificación, recibo de servicios del lugar de su residencia en el que conste la dirección correspondiente, constancia de ingresos y avalúo bancario del bien inmueble a hipotecar realizado por empresa autorizada por el banco.

El ejecutivo de crédito forma el expediente respectivo y lo traslada al departamento de análisis para que se determine la capacidad de pago, riesgo, suficiencia de la garantía y todos aquellos aspectos que tiendan a proteger la cantidad que será concedida como crédito al solicitante y su necesaria recuperación.

Una vez efectuado el análisis correspondiente, el banco emite una resolución en la que resuelve conceder el crédito por los quinientos mil quetzales solicitados pero que sobre el inmueble que garantizará la obligación se constituya garantía de fideicomiso y no hipotecaria, puesto que de conceder el crédito hipotecario según el avalúo bancario del inmueble, únicamente se puede realizar por el valor de cuatrocientos mil quetzales a razón del límite máximo del ochenta por ciento del valor que contiene la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

El expediente es devuelto al ejecutivo de créditos para que proceda a informar al señor Gómez Carrillo que su solicitud ha sido aprobada, indicándole que procede escriturar los contratos respectivos ya sea por un notario nombrado por el banco o uno propuesto por él.

Se requieren los servicios notariales para faccionar el contrato de adhesión a fideicomiso general de garantía y posteriormente el contrato de apertura de crédito bancario con garantía de fideicomiso, los cuales deberán constar en escritura pública; ambos contratos serán celebrados por tres partes intervinientes: el señor Sebastián Arnulfo Gómez Carrillo como fideicomitente y posteriormente como acreditado o deudor, el representante legal del banco que concede el crédito quien actuará como fideicomisario y

posteriormente como acreditante o acreedor y el representante legal del banco o institución financiera de quien esté a cargo el fideicomiso general de garantía, quien en ambos contratos actuará como fiduciario.

En el primero de los contratos, el fideicomitente adhiere el bien inmueble de su propiedad al fideicomiso general de garantía con el único objetivo de garantizar las obligaciones que contraerá con el banco al obtener la cantidad dineraria con ocasión de la concesión del crédito bancario, aceptando expresamente el procedimiento de subasta notarial del inmueble en caso de incumplimiento frente al acreedor. El banco en su calidad de fideicomisario, acepta expresamente la constitución del fideicomiso sobre el bien inmueble a su favor. El banco o institución financiera que actúa como fiduciario se compromete a ejecutar los fines del fideicomiso, así como a garantizarle al banco la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento del deudor.

Una vez celebrado el contrato de adhesión al fideicomiso general de garantía, se otorga el contrato de apertura de crédito bancario con garantía de fideicomiso, en el cual el señor Gómez Carrillo comparece como deudor, aceptando las condiciones de concesión del crédito y siendo enterado de las obligaciones periódicas y consecutivas para la cancelación del mismo. El banco comparece

indicando que concede la apertura del crédito bancario por la cantidad de quinientos mil quetzales. El fiduciario comparece para declarar que se constituyó fideicomiso de garantía sobre bien inmueble y que acepta garantizar la obligación contraída por el deudor con ocasión del contrato de adhesión previamente celebrado.

En ambos contratos el notario transcribe la resolución que emitió el banco en donde resolvió aprobar la concesión del crédito y la constitución de garantía de fideicomiso respectiva.

Una vez otorgadas las escrituras públicas y autorizadas por el notario, éste extenderá los primeros testimonios de ambas para su correspondiente presentación ante el Registro General de la Propiedad y una vez efectuada la anotación sobre el bien inmueble, que consta en la razón que se asienta sobre dichos testimonios, concluye el trámite de la concesión del crédito a través del desembolso de la suma correspondiente al deudor.

### **Ejecución de la garantía de fideicomiso por incumplimiento del deudor**

El departamento de cobros del banco, después de las gestiones administrativas, determina el atraso en el pago de las cuotas mensuales del crédito por parte del señor Sebastián Arnulfo Gómez



Carrillo, dando aviso a los funcionarios correspondientes del banco. El representante legal del banco, informa por escrito al fiduciario del incumplimiento del deudor, solicitándole (opcionalmente) que requiera el pago por la vía notarial otorgándole un plazo razonable para el cumplimiento de la deuda, en caso contrario que proceda a la ejecución de la garantía de fideicomiso, adjuntando el soporte documental contable correspondiente en donde conste el monto adeudado.

El fiduciario requiere los servicios de un notario, quien se apersonará al lugar señalado para recibir notificaciones por parte del deudor al momento de celebrar los contratos respectivos y requerirá mediante acta notarial el cumplimiento de la deuda, indicándole al deudor el plazo otorgado.

Una vez transcurrido el plazo sin que el deudor cumpla con la obligación, el fiduciario le solicita al notario que proceda a subastar el bien inmueble, quien además de cumplir con los requisitos de ley, observará el procedimiento de subasta establecido en la escritura pública en la que se constituyó el fideicomiso general de garantía, puesto que es un trámite en el cual predomina la voluntad de los sujetos por tratarse de una subasta voluntaria.

Para efectos de la subasta, el fiduciario procede a publicar en diarios de circulación nacional el aviso de la subasta, indicando el día y la hora que se efectuará. Si se presentan postores el fiduciario a través del notario les requiere el depósito del diez por ciento del valor base de la subasta que se determina por el valor del inmueble; si no se presentaran postores, se realiza la subasta tomando como valor base el monto adeudado, para dar oportunidad a nuevos postores de presentarse a la subasta.

En caso de presentarse postores se adjudica el bien inmueble al mejor postor; en caso contrario, procede la adjudicación en pago del bien inmueble. En ambos casos el notario facciona el acta de adjudicación y requiere al deudor el complemento del pago si lo hubiere así como los gastos de la subasta, o en su caso el pago de los impuesto y gastos de registro al banco; así también, elaborará la escritura pública traslativa de dominio a favor del postor adjudicado o del banco como acreedor, en cuyo caso el bien inmueble constituirá un activo extraordinario del banco que posteriormente podrá ser vendido a su libre elección.

## **Conclusiones**

Constituir un fideicomiso o gravar con hipoteca un bien inmueble, para garantizar una obligación adquirida mediante la celebración de un contrato de apertura de crédito bancario, conlleva la formalización mediante escritura pública pues es susceptible de registro para resguardar la seguridad jurídica del gravamen sobre el inmueble; así también, frente a una institución bancaria que actúa como acreditante, existe la obligación de contratar un seguro que cubra los riesgos sobre el bien inmueble sobre el que se constituirá la garantía, para salvaguardar el riesgo de pérdida o menoscabo del bien y el valor que garantiza.

Para conceder créditos bancarios garantizados con fideicomiso, las instituciones bancarias han creado la modalidad de constituir un fideicomiso general de garantía; por lo que en lugar de que cada deudor constituya un fideicomiso nuevo, otorgan un contrato de adhesión al previamente constituido. Independientemente que se constituya un fideicomiso nuevo o haya adhesión a uno existente, ese contrato es preliminar al de apertura de crédito bancario.

Al constituirse garantía de fideicomiso –con bienes inmuebles– en lugar de hipoteca, para garantizar el cumplimiento de obligaciones adquiridas por un deudor con la ocasión de la concesión de un

crédito bancario, se presentan dos ventajas principales al acreditado: a) la inembargabilidad del bien inmueble fideicometido; y, b) la concesión del crédito hasta por el 100% del valor del bien inmueble, contrapuesto al 80% del valor máximo que permite la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, cuando el mismo sea hipotecado.

En cuanto al procedimiento de ejecución de garantías, la ejecución en la vía de apremio de la garantía hipotecaria lleva un tiempo prolongado y es más onerosa para el vencido en juicio al tener que cubrir las costas procesales que incluyen los honorarios de los profesionales del derecho que auxiliaron a las partes en juicio; *contrario sensu*, la subasta notarial para ejecutar la garantía de fideicomiso, presenta mayor celeridad pues no depende de la actividad jurisdiccional sino de la diligencia con que actúen los sujetos involucrados y es más económica al deudor puesto que aparte de la liquidación de la obligación, únicamente cubrirá los honorarios del Notario requerido y los gastos que se presenten con ocasión de la subasta.

## Referencias

### Libros

Alvarado, R. y Gracias, J. (2006). *El Notario ante la Contratación Civil y Mercantil*. Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala.

Alvarado, R. y Gracias, J. (2009). *Procedimientos Notariales dentro de la Jurisdicción Voluntaria Guatemalteca*. Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala.

Brañas, A. (2005). *Manual de Derecho Civil, Libros I, II, III*. Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala.

Chacón, M. (2005). *El Juicio Ejecutivo Cambiario*. Magna Terra Editores, Guatemala.

Villegas, R. (2006). *Derecho Mercantil Guatemalteco*. Editorial Universitaria, Guatemala.

## **Legislación**

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

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

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

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

Azurdia, E. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala (1963). *Código Civil, Decreto Ley 106.*

Azurdia, E. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala (1963). *Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.*