

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



**ANÁLISIS TÉCNICO – JURÍDICO SOBRE LA IMPORTANCIA DEL FIDEICOMISO EN
EL DERECHO CORPORATIVO**

JENNEFER VANESSA QUINTEROS MORÁN

GUATEMALA, MAYO DE 2017

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

**ANÁLISIS TÉCNICO – JURÍDICO SOBRE LA IMPORTANCIA DEL FIDEICOMISO
EN EL DERECHO CORPORATIVO**



y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2017

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I	Lic.	Luís Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Lic.	Jhonatan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chajon Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda.	Karin Virginia Romero Figueroa
Vocal:	Lic.	Luis Emilio Orozco Piloña
Secretario:	Lic.	Carlos Arcenio Pérez Chewen

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Rodolfo Giovani Celis López
Vocal:	Lic.	Raul Antonio Castillo Hernandez
Secretario:	Lic.	Marco Tulio Pacheco Galicia

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 23 de septiembre de 2013.

Atentamente pase al (a) Profesional, JOSEFINA COJÓN REYES
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JENNEFER VANESSA QUINTEROS MORÁN, con carné 200451251
 intitulado ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO SOBRE LA IMPORTANCIA DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO
CORPORATIVO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

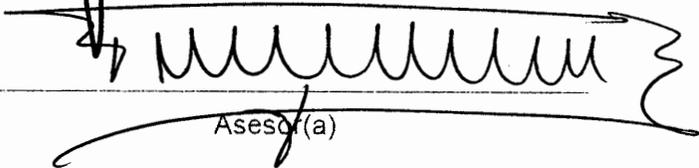
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 20 / 11 / 2014 f)


 Asesor(a)





BUFETE CORPORATIVO, AUDITORES Y CONTADORES
11 calle 4-52 Zona 1 Edificio Asturias Oficina número 4. Teléfono 22-32-39-16

Guatemala, 30 de julio de 2015

Doctor:
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
RECIBIDO
04 AGO. 2015
UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
Hora:
Firma: *Damaris*

Dr. Mejía Orellana:

Atentamente me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que he cumplido con la función de **asesora** de tesis de la bachiller **JENNEFER VANESSA QUINTEROS MORÁN**, quien realizo el trabajo de tesis intitulado **“ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO SOBRE LA IMPORTANCIA DE EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CORPORATIVO”**, manifestando las siguientes opiniones:

- a) Considerando que el tema investigado contiene elementos científicos y una estructuración formal adecuada para realizar el análisis técnico- jurídico sobre la importancia del fideicomiso en el derecho corporativo.
- b) La metodología y técnicas de investigación utilizadas fueron centradas en los diferentes textos encontrados casi como en la bibliografía obtenida.
- c) La redacción de este trabajo es adecuada y jurídicamente correcta.
- d) La contribución científica del trabajo de tesis en referencia, se centra en la importancia que tiene el fideicomiso como entidad bancaria, ya que esto es de gran aporte y de beneficio para el empresario.



BUFETE CORPORATIVO, AUDITORES Y CONTADORES
11 calle 4-52 Zona 1 Edificio Asturias Oficina número 4. Teléfono 22-32-39-16

- e) La conclusión discursiva es congruente con el contenido de trabajo de tesis, ya que es un gran aporte al conocimiento del estudio del derecho.

- f) En cuanto a la bibliografía empleada se comprobó que la misma ha sido correcta y suficiente para el presente trabajo.

En mi calidad de asesora y de conformidad con lo que establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; de manera expresa manifiesto que no somos parientes con la bachiller **Jennefer Vanessa Quinteros Morán**, por tal razón emito **DICTAMEN FAVORABLE** estimando que el trabajo de tesis cumple con todos los requisitos establecidos en el normativo respectivo, a efecto de que se continúe el trámite.

Atentamente,

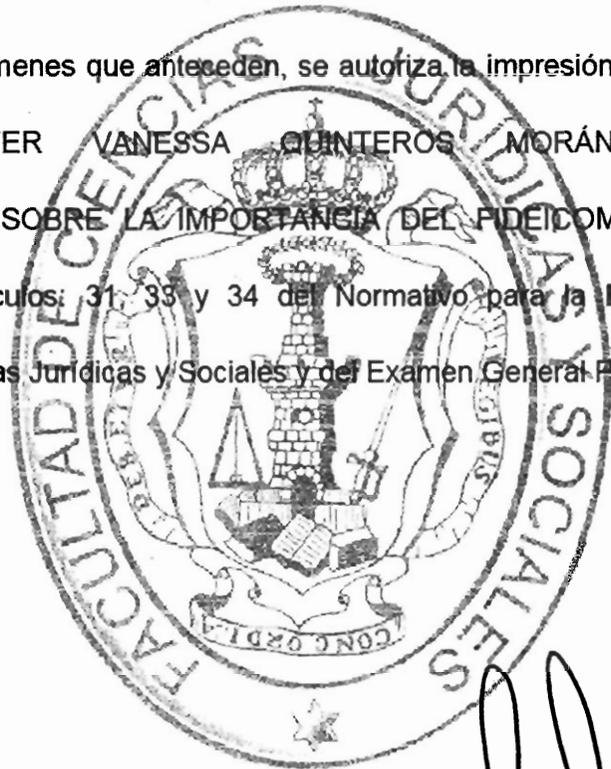
LICDA. JOSEFINA COJÓN REYES
Asesora de tesis
Colegiada No. 8,636

LICENCIADA
Josefina Cojón Reyes
ABOGADA Y NOTARIA



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 28 de febrero de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante JENNEFER VANESSA QUINTEROS MORÁN, titulado ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO SOBRE LA IMPORTANCIA DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CORPORATIVO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



RFOM/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser la fuente de sabiduría, mi guía y mi amigo fiel. Gracias por permitirme cumplir mis sueños.

A MI PADRE:

Miguel Ángel Quinteros Betancourt +, gracias por creer en mí y siempre apoyarme, este era tu sueño, y ahora es mío también. Eres el ángel que me protege, te extraño y te amo papito.

A MI MADRE:

Graciela Moran Velásquez de Quinteros, mi mejor amiga, mi ejemplo a seguir de mujer, gracias por las fuerzas que me diste en todo momento.

A MIS ABUELOS:

María Jesús, Filadelfo +, María Julia Carlota+ Miguel Ángel +, Por brindarme sus sabios consejos y amor.

A MIS HERMANOS:

Miriam, Kimberly, Miguel Ángel, este logro lo comparto con ustedes, son el regalo más maravilloso que la vida me ha dado.



A MI ESPOSO:

Elder Oziel Bámaca Aguirre, por apoyarme y creer en mí te amo, eres mi mayor bendición.

A MI HIJO:

Jeremy Santiago Bámaca Quinteros, por llenar mi vida de alegría y ser el motor que me impulsa a ser mejor persona cada día.

A MI SUEGRA:

Telma Aguirre Ballinas, por apoyarme incondicionalmente.

A MIS AMIGOS:

Por su apoyo y amor, gracias doy a Dios por la dicha de conocerles.

A MIS MAESTROS:

Por haberme brindado sus conocimientos que contribuyeron a mi formación como Profesional.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Por ser honroso el privilegio de ser egresada de sus aulas.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala por ser el camino al éxito



PRESENTACIÓN

Este informe contiene un análisis que pertenece a la rama del derecho mercantil relacionado a la importancia del contrato mercantil denominado fideicomiso dentro del derecho corporativo, debido a la seguridad jurídica de que se pueden valer las partes contractuales en la aplicación de este importante contrato. El tipo de investigación utilizado es de carácter cuantitativo, asimismo el ámbito geográfico al que pertenece la investigación es el departamento y municipio de Guatemala, pues es donde se encuentran la mayor parte de empresas y sociedades que utilizan este contrato mercantil; el periodo que comprende la investigación es entre los años 2013 y 2014, porque es donde se ha dado la necesidad de que las personas administren sus bienes y se le brinde mayor seguridad jurídica.

El sujeto de estudio son las sociedades anónimas bancarias, pues son las únicas que pueden actuar como fiduciarios según la ley, así como también los particulares que utilizan esta figura contractual. El objeto de estudio es la aplicación del fideicomiso en el derecho corporativo, ventajas, desventajas y beneficios que aporta el contrato del fideicomiso en la adecuada administración y manejo de las empresas a través del cual se obtienen mejores resultados.

El aporte académico permite que se utilice de mejor manera el fideicomiso de administración y así prevee de seguridad al contratante, y cumple con los principios de verdad sabida y buena fe guardada de que es partidario el derecho mercantil.



HIPÓTESIS

A través del fideicomiso de administración se optimizan las funciones de la empresa, logrando de esta forma un mayor control, distribución y fiscalización de sus bienes y recursos; de acuerdo a las atribuciones que le corresponden con exclusividad al fideicomitente y al fiduciario.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego del análisis de la legislación nacional en relación a la importancia del fideicomiso en el derecho corporativo, se comprobó la hipótesis, pues dentro de los métodos utilizados se puede encontrar los siguientes: análisis, que consistió en la interpretación del Código de Comercio de Guatemala, así como también la doctrina. Una vez interpretada la norma la síntesis, a efecto de obtener la conclusión del presente trabajo de investigación; el que sirvió además para hacer congruencia a la totalidad de la investigación.

A través de la presente investigación se validó la hipótesis en virtud de que el fideicomiso prevee una mayor seguridad al derecho corporativo esto se ve reflejado en una administración más eficiente, y mayor fiscalización de recursos, bienes y servicios.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....i

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales sobre el derecho mercantil..... 1

1.1. Definición..... 1

1.2. Antecedentes del derecho mercantil 2

1.3. Características..... 8

1.3.1. La flexibilidad..... 8

1.3.2. Es poco formalista 8

1.3.3. Se negocia en grandes cantidades 9

1.3.4. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar..... 9

1.3.5. Adaptabilidad..... 10

1.3.6. La internacionalidad 10

1.3.7. La seguridad..... 11

1.3.8. Posibilita la posibilidad del tráfico jurídico 11

1.4. Principios del derecho mercantil..... 11

1.4.1. Buena fe 12

1.4.2. La verdad sabida 12

1.4.3. Toda prestación se presume onerosa 13

1.4.4. Intención de lucro	13
1.4.5. Ante la duda crear soluciones de circulación.....	13
1.4.6. Autonomía de la voluntad.....	14
1.5. Relación del derecho mercantil con otras ramas del derecho	14

CAPÍTULO II

2. Obligaciones y contratos mercantiles.....	19
2.1 Consideraciones generales	19
2.2. Las obligaciones en general.....	19
2.3. El derecho de obligaciones.....	20
2.4. El negocio jurídico y el contrato.....	21
2.5. El contrato típico y atípico.....	23
2.6. Diferencias entre obligaciones civiles y mercantiles.....	23
2.7. La contratación mercantil.....	26
2.8. Principios de la contratación mercantil	27
2.9. Modalidades de contratación.....	27
2.9.1. Los contratos de adhesión	27
2.9.2. La contratación electrónica.....	29
2.9.3. El consentimiento en la contratación electrónica.....	30



CAPÍTULO III

	Pág.
3. El fideicomiso.....	37
3.1. Antecedentes del fideicomiso.....	37
3.1.1. Surgimiento del trust.....	38
3.1.2. El fideicomiso en Roma.....	39
3.2. Etimología del fideicomiso.....	41
3.3. Naturaleza jurídica.....	41
3.4. Definición de fideicomiso.....	42
3.5. Características del contrato de fideicomiso.....	44
3.6. Elementos del fideicomiso.....	45
3.7. Derechos y obligaciones de los sujetos o elementos personales.....	49
3.8. Clases de fideicomiso.....	53
3.8.1. Fideicomiso de garantía.....	53
3.8.2. Fideicomiso de inversión.....	54
3.8.3. Fideicomiso de administración.....	54



CAPÍTULO IV

	Pág.
4. La importancia del fideicomiso en el derecho corporativo	55
4.1. Sistema financiero	58
4.2. El fideicomiso en el sistema financiero	61
4.3. Ventajas del fideicomiso	65
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	67
BIBLIOGRAFÍA	69



INTRODUCCIÓN

En la actualidad dentro de la contratación mercantil existen ciertos riesgos que es necesario prever, dada la rapidez y agilidad con se mueven las negociaciones en esta rama del derecho. Es por esta razón que existe una figura denominada fideicomiso que viene a proteger de cierta manera el patrimonio de las personas, pues existe la confianza y la buena fe de los comerciantes para encomendarle sus bienes a una institución bancaria para que se los administre. Ciertamente aquí la responsabilidad recae en el Estado como el garante de la protección de las personas, en concreción a los comerciantes, pues el comercio es un derecho regulado constitucionalmente.

El objetivo general fue explicar la importancia del fideicomiso dentro del derecho corporativo de Guatemala. Los objetivos específicos fueron analizar el fideicomiso para establecer las ventajas y desventajas dentro de la actividad mercantil; destacar la importancia que tiene el fideicomiso de administración dentro del derecho corporativo.

En la hipótesis se menciona que a través del fideicomiso de administración se optimizan las funciones de la empresa, logrando de esta forma mejor control, distribución, y fiscalización de sus bienes y recursos; de acuerdo a las atribuciones que le corresponden con exclusividad al fideicomitente como al fiduciario. Mediante la presente investigación se comprobó que el fideicomiso prevee una mayor seguridad al derecho corporativo esto se ve reflejado en una administración más eficiente, y mayor fiscalización de recursos, bienes y servicios.

Esta investigación consta de cuatro capítulos: en el primero, se hace referencia a la parte general del derecho mercantil; en el segundo capítulo se explica las obligaciones y contratos mercantiles y su importancia; en el tercer capítulo se desarrolla el contrato de fideicomiso y su regulación legal; y en el cuarto capítulo se explica lo que es el



derecho corporativo y la importancia que tiene la figura contractual del fideicomiso para los contratantes y personas en general.

El método deductivo se aplicó mediante la comparación entre lo que establece la ley mercantil y la Constitución Política de la República de Guatemala; el método analítico permitió analizar; desde todos los supuestos planteados, para llegar a la conclusión obtenida; mediante el método funcionalista se estableció la necesidad social que existe la necesidad de proteger a las personas que administran sus bienes mediante la figura del fideicomiso. El método de análisis – síntesis se utilizó para descomponer en partes los datos informativos recabados, a manera de poder estudiarlos por separado a cada uno de ellos y así descubrir la esencia de las instituciones tratadas en la presente investigación; se utilizaron las técnicas de investigación y bibliográficas para recabar de mejor manera la investigación realizada.

Este estudio se muestra fundado en el parámetro de la ley sustantiva mercantil, en cuanto a la importancia de la figura del fideicomiso en las sociedades mercantiles y para los comerciantes individuales y personas en general; este tema se expone en dirección al Estado, concretamente a los bancos, las sociedades, pero particularmente a los contratantes y personas que administran sus bienes, para que consideren y se sometan al ordenamiento jurídico y de esta manera, convivir en un estado de derecho democrático constitucional.



CAPÍTULO I

1. Aspectos generales sobre el derecho mercantil

Es menester tomar en cuenta la sistemática jurídica para poder encuadrar a esta rama del derecho, previo a dar una definición de la misma es imprescindible establecer que se entiende por derecho privado al conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones que se dan entre los particulares, derivado de ello el derecho mercantil es una relación jurídica donde intervienen los particulares, que si bien es cierto el Estado juega un rol muy importante es hasta después que los particulares intervienen. A continuación se citan algunas definiciones de derecho mercantil.

1.1. Definición

“El derecho mercantil es aquella parte del derecho privado que tiene como objeto principal regular las relaciones jurídicas que dimanen del ejercicio del comercio. Se ocupa de las disposiciones administrativas, procesales, penales, etc., que por intereses públicos rigen la actividad comercial solo en cuanto sirven para regular los intereses privados”.¹

¹ Vivante, César. **Tratado de derecho empresarial**. Pág.19.

“El derecho mercantil guatemalteco es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil”.²

“El derecho mercantil es un conjunto de normas que regulan un estatuto jurídico del comerciante o empresario mercantil y de la empresa y sus instrumentos jurídicos”.³

Según mi criterio el derecho mercantil lo puedo definir como una rama del derecho privado, que consiste en un conjunto de teorías, doctrinas, principios, instituciones y normas jurídicas que estudian a los comerciantes y sus auxiliares, el Registro Mercantil, las cosas mercantiles y las obligaciones y contratos mercantiles.

1.2. Antecedentes del derecho mercantil

El derecho mercantil no ha sido obra de legisladores y juristas ya que se desarrolló de forma empírica para satisfacer las necesidades de las personas que se dedicaban habitualmente al cambio.

El derecho mercantil ha evolucionado a partir de varias etapas a lo largo de la historia, pasando por los diversos estadios de la misma, a continuación se hace una breve explicación de cada una de las etapas de esta rama del derecho privado.

² Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 21

³ Vásquez Martínez Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 21

1.2.1. En la antigüedad

Normas referentes al comercio se pueden encontrar en Siria, Babilonia, Israel, China, Roma, Grecia, India y Egipto. Es importante resaltar que culturas como la de Grecia contribuyeron a desarrollar la ciencia jurídica en el área política e investigativa.

En la antigüedad se hablaba del comercio, es decir que este oficio fue uno de los más antiguos de la humanidad y precisamente a ello era lo que las grandes civilizaciones de aquella época se referían, era su fuente de ingreso, su manera de sobrevivir y todo ello surge cuando se da el trueque, o sea el cambio de una mercancía por otra, fue así que en Roma existieron normas e instituciones que regulaban el comercio. Roma se convierte en el centro mundial del comercio de esa época, lo que le permite que alcanzar una importante economía dineraria, a que se realice un importante tráfico marítimo y la se crean asociaciones o agrupaciones profesionales de mercaderes.

De lo ocurrido en Roma se puede concluir que para que aparezca un derecho mercantil como un derecho especial, no basta la existencia de una intensa actividad económica, sino que es necesario que el derecho común no pueda por sí mismo regular satisfactoriamente las exigencias que de ella nacen, mientras más rígido sea el derecho común más necesario será el derecho mercantil.

Todo comenzó en el mar el cual era la única forma de transporte de la época utilizada por los mercaderes, los cuales se dedicaban a la compra y venta de mercaderías, más



que todo al intercambio de unas mercancías por otras, debemos de recordar que en esta época también aparecen los piratas, los que asaltaban a los mercaderes que llevaban sus mercaderías de un lugar a otro, derivado de ello surgen tres instituciones que ayudaron a evitar estos atracos en la vía marítima: el préstamo a la gruesa ventura, la echazón y la avería gruesa.

Para explicar estas instituciones se cita al doctor Villegas quien afirma: “el préstamo a la gruesa ventura consistía en un préstamo que un sujeto hacia a otro, condicionando el pago por parte del deudor, a que la nave partiera y regresara con éxito a su destino. El prestamista corría el riesgo de perder el patrimonio prestado en el caso de ocurrir un naufragio. La echazón es un aporte de los griegos, atreves de la cual el capitán del barco podía aligerar la nave echando las mercaderías al mar sin mayor responsabilidad, cuando había riesgo de un naufragio o un asalto por parte de los piratas. Esto se conoce en el derecho mercantil moderno como avería gruesa. Las leyes de rodias debe su nombre a su origen en la isla de rodas, consistían en un conjunto de leyes que regula el comercio marítimo.”⁴

1.2.2. El derecho mercantil en la Baja Edad Media

Acá se menciona el modo de producción feudal, que es una especie de esclavismo pero encubierto porque el señor Feudal ejercía poder sobre el territorio y todo lo que allí se hacía era en su beneficio, los siervos trabajaban para él y a cambio les daba una

⁴ Op. Cit. Pág. 7



pequeña parcela de la tierra para que la cultivaran. Eran más que todo agricultores, no comerciantes ni mercaderes, cultivaban para ellos, no para intercambiar con otros, no tenían muchas ganancias.

En los alrededores del castillo del señor feudal ya existían pueblos y existían grupos a los que se les denominó la burguesía, ellos si eran comerciantes y esta actividad les dejaba muchas ganancias. Como no existía la moneda en esa época, era el oro el que predominaba y lo que los piratas robaban en el mar, para evitar esto se empezaron a utilizar algunos documentos en donde se podían transportar de un lado a otro los comerciantes sin riesgo de cargar dinero, este pedazo de papel representaba la cantidad de oro, es lo que hoy en día se conoce como letra de cambio.

1.2.3. El derecho mercantil en la Época Moderna

El mar sin duda fue la principal vía de comunicación, ya que era la forma más rápida de poder llevar las mercancías a los diversos mercados, pero no existía un respaldo para ello, fue así como por primera vez en la historia se empieza a legislar el comercio y se da con el Código de Napoleón de 1808, el cual no solo regulaba aspectos del derecho civil sino también de derecho comercial. Se promulga el Código de Comercio y se reconocen derechos para los comerciantes.

En esta época comienzan las transformaciones, económicas, políticas y sociales para Europa, comienzan los descubrimientos y el comercio se expande en gran medida.

1.2.2. Derecho mercantil guatemalteco

Con respecto al comercio en la Época Colonial es importante consignar que en 1539 el rey reconoció la facultad jurisdiccional de la casa de contratación de Sevilla. “Es un principio que tuvo el monopolio de comercio con las indias.”⁵

“Posteriormente al crearse el consulado de México en el año de 1592, Guatemala paso a estar bajo su jurisdicción hasta que por Real cedula de 11 de diciembre de 1743, se creó el consulado de Guatemala.”⁶

El Código de Comercio 1877, en su Pág. VIII establece: Que la real cédula antes citada trajo a Guatemala una innovación por todos aplaudida. El gobierno español instaló en Guatemala el consulado de comercio y dispuso en la misma cédula que regirían las ordenanzas de Bilbao, que era el código de mayor aceptación en la metrópoli. “La cédula que creó el consulado importó la separación de los tribunales comunes, reservando a los jueces especiales el conocimiento de los negocios del comercio; además dio leyes propias y adecuadas a su naturaleza.”

Las enseñanzas de Bilbao pasan a ser la legislación mercantil de Guatemala, desde la creación del consulado hasta la emisión del Código de Comercio de 1877. “La codificación mercantil se logra en Guatemala dentro del marco de la codificación general que se produce como consecuencia de la Revolución Liberal de 1871.

⁵ Mantilla Molina. Roberto. **Derecho mercantil**. Pág. 11

⁶ **Ibíd.** Pág. 7



Anteriormente hubo algunos proyectos y la comisión de 1877 señala concretamente al elaborador licenciado Ignacio Gómez.”

El Código de 1877 fue redactado por la comisión integrada por los señores Manuel Echeverría, Antonio machado y J. Esteban Aparicio, nombrada por acuerdo del 29 de septiembre de 1876, comisión que dio cuenta de su trabajo en julio de 1877 y señaló haber consultado los códigos, español y francés, con las innovaciones introducidas en ellos después de la primera promulgación y estudiando algunas repúblicas hispanoamericanas, especialmente los de México y Chile, que calcados en aquellos, contienen algunas reformas exigidas por las circunstancias y necesidades del comercio de una y otra república.

El Código fue emitido en decreto suscrito por el presidente Justo Rufino barrios, entró en vigor el 15 de septiembre de 1877 y se mantuvo vigente con algunas modificaciones hasta 1942. Una de las reformas notables la constituyó el haber ratificado Guatemala en 1913 la convención de la Haya de 1912, sobre unificación de la ratificación de la letra de cambio, al pagaré, al cheque, cuyo texto paso a ser derecho aplicado en nuestro país.

El Código de Comercio de Guatemala actual fue sometido a discusión del Colegio de Abogados y Economistas, quienes emitieron dictamen favorable e incluyeron una serie de enmiendas, fue aprobado por el Congreso de la República, según Decreto 2-70.



1.3. Características

Las características de una rama jurídica ayudan a diferenciar a dicha rama de otras que le son parecidas, es decir a que sea lo que es y no otra cosa, a esto se le conoce como características, en el derecho mercantil hay que tomar en cuenta que las siguientes:

1.3.1. La flexibilidad

El derecho mercantil requiere de normas jurídicas que sean de fácil creación, aplicación e interpretación, es así como esta característica ayuda en los negocios jurídico-mercantiles porque los comerciantes pueden negociar con mayor facilidad, no existe ese rigor de que es partidario el derecho común, con esta flexibilidad también se ahorran tiempo y es menor oneroso, lo cual trae como consecuencia mayor ganancia.

1.3.2. Es poco formalista

La mayoría de contratos mercantiles y negocios jurídicos mercantiles no se requieren mayores formalidades, tal es el caso de la mayoría de contratos regulados en el Código de Comercio y algunas leyes conexas que solo requieren que sea por escrito para darle certeza jurídica a los mismos, no es que sea anti-formalista, solo se le exime de algunos requisitos rigurosos que impedirían mayor flexibilidad al comerciante. Sin embargo existen algunas excepciones como el contrato de fideicomiso y la sociedad

que obligadamente deben constar en escritura pública como requisito esencial para su validez.

1.3.3. Se negocia en grandes cantidades

Esta es otra característica esencial de la contratación mercantil y del derecho mercantil, todo debe ser en masa, es decir no hay ningún acto aislado, todo debe negociarse en volumen, las mercaderías se deben vender por mayor por ejemplo: en lugar de vender un par de zapatos se venderá un contenedor de zapatos.

1.3.4. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar

Como afirma el doctor Villegas Lara: "El poco formalismo le permite al comerciante negociar en grandes cantidades utilizando el menor tiempo posible, de igual forma deberá crear nuevas fórmulas que le permitan crear resultados exitosos."⁷

El citado autor se refiere a que el derecho mercantil no debe ser lento, porque esto le sería perjudicial al comerciante porque dejaría de percibir ganancias y sufriría pérdidas en su patrimonio, por eso debe haber rapidez y libertad, que como se apuntó anteriormente debe de ser basado en la autonomía de la voluntad para contratar.

⁷ Op. Cit. Pág. 22



1.3.5. Adaptabilidad

Como se puede inferir de las características anteriores, el comercio se encuentra en constante cambio por esta razón debe adaptarse a los nuevos métodos de contratación que hoy en día existen como por ejemplo la contratación electrónica, la firma electrónica, formularios por internet, etc., que son modalidades que con el transcurso del tiempo se van involucrando en la vida cotidiana de todo comerciante y ante esta situación el derecho mercantil se debe adaptar a las nuevas tecnologías.

1.3.6. La internacionalidad

La actividad mercantil tiende no tienen fronteras y buscan espacios más amplios que los circunscritos a un solo país. Los bienes y servicios que se generan no son de uso exclusivo para el comercio interno ya que se destinan una parte para el comercio local y la otra parte para el mercado internacional, es por esta razón que instituciones como naciones unidas realizan estudios que permiten sistematizar el derecho mercantil y crear procedimientos uniformes que ayuden a facilitar el intercambio comercial entre los diversos países.



1.3.7. La seguridad

Para realizar negocios mercantiles es necesario que exista certeza de que no será perturbado o despojado del goce del bien adquirido, se basa en la seguridad jurídica que deben tener los negocios mercantiles.

1.3.8. Posibilita la posibilidad del tráfico jurídico

A pesar de que el derecho mercantil es poco formalista, al momento de contratar deben de respetarse los principios de verdad sabida y la buena fe guardada de manera que ningún acto realizado posteriormente pueda quitarle valor a los que las partes han querido obligarse en un momento determinado.

1.4. Principios del derecho mercantil

Para hablar de principios es menester saber lo que es un principio. Un principio es un lineamiento doctrinario que sirve de guía para la creación, aplicación e interpretación de una norma jurídica. Derivado de lo anterior ya se pueden mencionar algunos principios del derecho mercantil que a continuación se detallan:



1.4.1. Buena fe

Se refiere a la intención de los comerciante, es decir que no haya mala intención a la hora de contratar con otra persona o con una empresa o una sociedad mercantil, este principio está regulado en el Artículo 17 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República el cual preceptúa: “Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

El Artículo anterior es la regulación de manera general pero también se encuentra regulado en el Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República el cual preceptúa: “principios filosóficos. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada...”

1.4.2. La verdad sabida

Este principio se refiere a que en el derecho mercantil los comerciantes deben saber con anterioridad el negocio jurídico mercantil o el acto de que se trate, es decir que no pueden realizarse actos encubiertos que tiendan a inducir a error a la otra parte, deben comportarse ambos de buena fe. Principio también regulado en el Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala.



1.4.3. Toda prestación se presume onerosa

En el derecho mercantil no hay nada gratis, todo tiene un costo, todo tiene una utilidad, este principio es uno de los más importantes porque la prestación debe tener un valor pecuniario, porque las partes contratan para obtener ganancia y si no se expresa pues se presume onerosa.

1.4.4. Intención de lucro

Sin lugar a dudas este principio es el más importante porque la finalidad de la contratación mercantil es obtener una ganancia, eso es precisamente el lucro, la ganancia que los comerciantes van a obtener en determinado negocio jurídico mercantil o en determinado acto, todo por muy minucioso que sea debe de obtenerse una ganancia de lo contrario no tendría sentido el comercio.

1.4.5. Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación

Bien es sabido que el comercio es el que impulsa la economía, debe existir circulación de las mercancías para darle más certeza jurídica a los negocios mercantiles, dicha circulación tiene por objeto que las mercancías se muevan de un lugar a otro, es decir un comerciante le vende a otro cierta cantidad de zapatos para que este último los revenda y así ambos obtener un lucro.



1.4.6. Autonomía de la voluntad

Este es un principio del derecho civil, sin embargo se utiliza en derecho mercantil porque las partes no deben ser coaccionadas ni inducidas a error por el otro contratante, debe predominar lo que las partes diga, lo que ellas quieran, se dice que nadie nace obligado, la gente se obliga porque quiere y eso es lo que deber prevalecer, la intención, la voluntad que esté exteriorizada pero libre de ardid o error.

1.5. Relación del derecho mercantil con otras ramas del derecho

De todos es sabido que para fines didácticos el derecho se divide en ramas, pero en realidad el derecho es uno, es decir no pueden las distintas ramas de la sistemática jurídica estar aisladas, porque el estudio de una rama del derecho le sirve a la otra y en algunos casos sirve como un complemento para que esa rama tenga más consistencia y así darle a sus instituciones la mayor aplicación e interpretación posible. A continuación se mencionan algunas de las ramas con las que el derecho mercantil tiene más estrecha relación:

1.5.1. Con el derecho constitucional

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 43 preceptúa en su parte conducente: "se reconoce la libertad de... comercio..." y el Artículo 119 literal I preceptúa: "obligaciones del Estado... I) promover el desarrollo ordenado y eficiente del

comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para los productos nacionales...”

Lo anterior quiere decir que la base del derecho mercantil es la Constitución Política de la República de Guatemala, porque en ella se encuentra todo el sustento del derecho mercantil, es decir que la dicho cuerpo legal le da los parámetros al derecho mercantil para poder desarrollar sus instituciones, sin contravenir aquellas normas.

1.5.2. Con el derecho internacional

Como quedó apuntado en el apartado anterior, el derecho mercantil no conoce fronteras, debido a la globalización todo el tráfico comercial gira alrededor de distintos países, tal es el caso de convenios internacionales en materia de derecho mercantil que son leyes de la república como por ejemplo el Convenio de Paris, el Convenio de Roma y los Tratados de Libre Comercio que son de beneficio para la economía nacional.

1.5.3. Con el derecho tributario

Esta relación se da porque a los comerciantes tanto individuales como sociales tienen obligaciones con la Superintendencia de la Administración Tributaria, en virtud de que deben de pagar sus tributos, por ejemplo un comerciante debe extender facturas, una sociedad mercantil debe emitir sus facturas, se debe pagar el Impuesto al Valor Agregado -IVA-.

1.5.4. Con el derecho laboral

Cuando se apertura una empresa se necesitaran trabajadores, como afirma el doctor Edmundo Vásquez Martínez: “el comerciante o empresario tanto individual como colectivo, necesita en su empresa la colaboración de auxiliares y dependiente”.⁸ Esto quiere decir que surge una relación laboral y por ende derechos y obligaciones entonces el comerciante adquiere la calidad de patrono y sus dependientes la calidad de trabajadores, ya están bajo las disposiciones del derecho laboral.

1.5.5. Con el derecho civil

Normalmente las normas del derecho civil son de aplicación general, es decir que el derecho mercantil se encuentra en un segundo plano, esto no quiere decir que esta rama del derecho dependa de aquella, a contrario sensu, tiene sus propios principios, instituciones y sus propias normas jurídicas, pero supletoriamente el derecho civil se aplica cuando hay ausencia de regulación en materia mercantil tal como lo preceptúa el Artículo 1 del Código de Comercio de Guatemala: Aplicabilidad. “Los comerciantes en sus actividades profesionales, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este código y, en su defecto, por las disposiciones del derecho civil que se aplicaran e interpretaran de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil.” Dicho Artículo se complementa con el Artículo 694 del mismo cuerpo legal el cual preceptúa: “normas supletorias. Solo a falta de disposiciones

⁸ Op. Cit. Pág. 24



en este libro, se aplicaran a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil.

Lo anteriormente expuesto, se refiere a que el derecho mercantil tiene sus propios principios y estos no deben dejarse a un lado, solo cuando hay ausencia de norma en materia mercantil, se debe acudir al Código Civil para aclarar esos pasajes ambiguos, pero en concordancia con los mencionados principios, esto es porque el derecho mercantil goza de autonomía respecto del derecho civil, por esa razón no debe subsumirse la normativa mercantil dentro de la normativa civil, solo es de aplicación cuando no hay norma específica, por esa razón estas dos ramas del derecho guardan una relación que no debe dejarse a un lado.

1.5.6. Con el derecho notarial

Como se apuntó en el apartado anterior, hay algunos contratos que forzosamente deben constar en escritura pública para que tengan validez derivado de ello se necesita de los servicios de un notario en ejercicio de su fe pública para que pueda autorizar dicho instrumento, también en los títulos de crédito para protestarlos se necesita de un notario para que faccione el acta correspondiente.



1.5.7. Con el derecho penal

La relación estriba en que los comerciantes pueden incurrir en algunas conductas que podrían ser constitutivas de delitos, tal es el caso de la defraudación tributaria, que se configura cuando el comerciante maliciosamente deja de pagar los impuestos ante la administración tributaria, entonces debe ser sancionado por ese hecho sin que esto lo eluda de la obligación del pago de los tributos.



CAPÍTULO II

2. Obligaciones y contratos mercantiles

En el presente capítulo se hace referencia a la teoría general del derecho de obligaciones aplicada al ámbito mercantil, pues los principios del derecho civil se aplican supletoriamente, además se hará referencia a la teoría de la contratación mercantil.

2.1. Consideraciones generales

Como quedó apuntado en el capítulo anterior el derecho civil se aplica cuando no hay regulación específica, en este caso se hace una breve descripción de lo que se debe entender por obligaciones y negocio jurídico desde el punto de vista civil para posteriormente hacer la diferenciación con la normativa mercantil.

2.2. Las obligaciones en general

Se dice que toda persona desde que nace es libre, la misma Constitución Política de la República de Guatemala establece que toda persona tiene libertad de hacer lo que la ley no le prohíbe. “La propia voluntad del hombre tiene evidente poderío para constreñir esos efectos, con potestad creadora y originaria...”⁹

⁹ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo III. Pág. 13



No existe la voluntad de obligarse no existen las obligaciones, no puede haber coacción por una persona contra otra para obligarla a contratar, nadie puede obligar a otro a hacer lo que la ley no le prohíbe, a esto se le denomina principio de libertad. En el tema de las obligaciones sucede lo mismo, toda persona puede contratar con otra y derivado de ello surge el derecho y también la obligación para ambos sujetos, pero todo basado en el principio de autonomía de la voluntad. También hay una norma que regula lo establecido anteriormente y es el Artículo 1518 del Código Civil el cual preceptúa: “los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento entre las partes...”

2.3. El derecho de obligaciones

Existe una rama del derecho denominada derecho de obligaciones “Esta rama del derecho integrada por el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones emanadas de los llamados derechos de crédito”.¹⁰

El derecho de obligaciones es un conjunto de relaciones patrimoniales que establecen vínculos entre dos o más personas, por el poder jurídico de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Derivado de lo anterior se puede definir al derecho de obligaciones como la rama del derecho que consiste en un conjunto de normas jurídicas, teorías, doctrinas, principios

¹⁰ **Ibíd.** Pág. 14

e instituciones que regulan las relaciones que existente entre un acreedor y un deudor con la potestad del primero de exigirle al segundo el cumplimiento de una determinada prestación.

2.4. El negocio jurídico y el contrato

Previo a dar una descripción en materia mercantil es menester tomar en cuenta el concepto desde un punto de vista genérico, como “un acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y al cual el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”¹¹.

Lo anteriormente expuesto quiere decir que debe existir la voluntad de la persona para contratar, esta puede ser una persona, por ejemplo, un testamento o varias personas, un contrato de compraventa. Estas voluntades deben estar amarradas por la ley, esto es el derecho objetivo y deben de tener algún efecto jurídico, que es la característica sine qua non porque ese efecto es el que se va a exteriorizar hacia el otro contratante y por supuesto no puede contravenir la ley porque de lo contrario sería nulo o anulable según sea el caso.

¹¹ **Ibíd.** Pág. 323



Es necesario también hacer mención de lo que es el contrato como un: “acuerdo de voluntades anteriormente divergente por virtud del cual los otorgantes dan vida, modifican o extinguen una relación de carácter patrimonial.”¹²

Derivado de la definición anterior se puede establecer la diferencia entre lo que es el contrato y lo que es el negocio jurídico. Se dice que todos los contratos son negocios jurídicos pero no todos los negocios jurídicos son contratos, ¿por qué? Para que exista un contrato debe tenerse en cuenta la patrimonialidad de la prestación, es lo que el tratadista español resalta en su definición, porque el elemento patrimonial es el objeto esencial del contrato, el elemento objetivo o material.

Por el contrario el negocio jurídico no necesariamente tiene que configurarse este elemento, el elemento objetivo puede ser cualquiera no solo el de carácter patrimonial, por ejemplo en una compraventa tiene que haber un precio, este es el elemento objetivo junto con los bienes, en tal virtud ese precio es lo que hará que las partes acuerden su voluntad para llevar a cabo ese contrato. Entonces se puede afirmar que el que produce derechos y obligaciones es el contrato, es la fuente principal de las obligaciones y los sujetos que intervienen en el mismo reciben el nombre de contratantes.

¹² **Ibíd.** Pág. 330

2.5. El contrato típico y atípico

Los contratos típicos son los que están regulados en el Código de Comercio de Guatemala, Código Civil y en leyes especiales. Los atípicos son los que no están regulados en ninguna ley, se establecen únicamente mediante integración de normas.

2.6. Diferencias entre obligaciones civiles y mercantiles

El derecho civil y mercantil guardan estrecha relación, la teoría general de las obligaciones es materia de derecho civil, sin embargo las obligaciones civiles y mercantiles tienen algunas particularidades, sin embargo existen algunas diferencias, que se describen a continuación forma detalla:

Mancomunidad civil: Hay mancomunidad solidaria, si solo se pacta Expresamente.

Mancomunidad mercantil: La mancomunidad es solidaria en virtud de la ley. Se debe pactar si es simple.

Exigibilidad de las obligaciones sin plazo civil: Cuando se omite fijar plazo o se deja a voluntad del deudor, el acreedor deberá acudir al juez para que lo determine.

Exigibilidad de las obligaciones sin plazo mercantil: Las obligaciones sin plazo son exigibles inmediatamente. No hay términos de cortesía o gracia.

Mora civil: Para caer en mora es necesario el requerimiento judicial o notarial.

Mora mercantil: Se incurre en mora sin necesidad del requerimiento, bastando únicamente que el plazo haya vencido o sea exigible.

Daños y perjuicios por mora civil: La mora del deudor genera daños y perjuicios que deben ser pagados al acreedor pero ellos deben ser consecuencia directa de la contravención.

Daños y perjuicios por mora mercantil: Existe mandato para el deudor moroso de pagar daños y perjuicios, salvo pacto en contrario cuando la obligación tuviere por objeto una cosa cierta y determinada o determinable

Anatocismo civil: El código civil prohíbe la capitalización de intereses, permitiéndola únicamente en el negocio bancario.

Anatocismo mercantil: Si se puede pactar capitalización de intereses y si la tasa de interés no sobrepasa la máxima que cobran los bancos.

Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo civil: En la compraventa de bienes inmuebles por abonos, se resuelve por falta de pago de 4 o más mensualidades consecutivas. El arrendamiento se da por terminado si se dejan de pagar 2 meses de renta.

Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo mercantil: La falta de pago da por vencido el plazo de la obligación y la hace exigible.

Forma de las obligaciones civiles: Puede contratarse y obligarse por escritura pública, documento privado, acta ante alcalde o verbalmente.

Forma de las obligaciones mercantiles: Los contratos de comercio no están sujetos a ninguna formalidad, salvo excepciones.

2.7. La contratación mercantil

El Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala preceptúa: “Los contratos de comercio, no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales... las partes quedaran obligadas de la menara y en los términos que aparezca que quisieron obligarse...”

El Artículo anteriormente citado es la pauta para establecer que en todo contrato mercantil es la voluntad de las partes la que debe prevalecer, es decir que las partes pueden contratar y obligarse como ellos quieran siempre que no contraríe las disposiciones legales y que no se encuentren entre las excepciones que la misma establece porque hay algunos contratos mercantiles que si necesitan determinada formalidad y solemnidad, por ejemplo el fideicomiso y la sociedad.

Dichas formalidades se encuentran reguladas en los Artículos 46 del Código de Notariado, 14 del Código de Comercio de Guatemala y Artículo 1576 del Código Civil, estas son la inscripción en los registros y la más importante es que deben de constar en escritura pública para que tengan validez, de lo contrario dichos contratos son nulos.

2.8. Principios de la contratación mercantil

Están los principios filosóficos que son: la verdad sabida y la buena fe guardada a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretaciones arbitrarias sus efectos naturales. Artículo 669 del Código de Comercio. La verdad sabida se refiere a que los comerciantes cuando contratan deben saber el objeto del contrato, deben de saber con quién contratan, qué contratan, no debe haber nada encubierto, ambos contratantes deben de saber el objeto para que se respete la voluntad. La buena fe se refiere a la correcta intención de los comerciantes al contratar, que el objeto del contrato sea lícito y no incurrir en coacciones de ninguna clase.

2.9. Modalidades de contratación

En materia mercantil es común encontrar por una parte, los contratos de adhesión y por la otra, la contratación electrónica, como una nueva modalidad de contratación por medio de internet y los contratos por internet, estas modalidades se desarrollan a continuación:

2.9.1. Los contratos de adhesión

Guillermo Cabanellas define los contratos de adhesión como: "aquellos en los cuales una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar

en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas”.¹³

En los contratos de adhesión se ve privada la voluntad de una de las partes, pues el oferente es el que fija las condiciones y el otro contratante debe aceptar las estipulaciones del contrato, tal como lo establece el Artículo 1520 del Código Civil que en su parte conducente preceptúa: “...los contratos de adhesión...quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas.”

Dicha norma la complementa el Artículo 672 del Código de Comercio el cual preceptúa: “Contratos mediante formularios. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales...”

Como puede deducirse de la transcripción del Artículo anterior, el Código de Comercio de Guatemala les denomina contratos mediante formularios, dicha denominación es acertada porque como quedó apuntado anteriormente, la voluntad de uno de los contratantes se ve restringida, pues por medio de formularios es que se estipulan las cláusulas de estos contratos, esto da lugar a lo que se denominan las cláusulas abusivas.

Las cláusulas abusivas por lo general se dan en los contratos de adhesión y son aquellas por las cuales se les restringe ciertos derechos a una de las partes

¹³ Op. Cit. Pág. 92

contratantes, por lo regular se da entre los consumidores y usuarios, por esa razón el Código de Comercio de Guatemala es acertado en establecer que en estos contratos se interpretarán en el sentido menos favorable para el que redactó el contrato.

“El derecho legal dispositivo en materia contractual suministra un modelo de conducta que tiene en cuenta adecuadamente los intereses en conflicto, de modo que cualquier desviación respecto al mismo requiere una especial justificación, a riesgo de considerar inequitativa la ordenación establecida”.¹⁴

Lo antes citado se refiere a que con estas cláusulas se pierde la reciprocidad y el justo equilibrio en la contratación, porque se pierde la igualdad de derechos y obligaciones entre los contratantes, por esa razón la Ley de Protección al Consumidor y Usuario regula en el Artículo 49 que...las cláusulas en estos contratos se interpretarán en el sentido más favorable al consumidor o usuario.

2.9.2. La contratación electrónica

“La oferta y la contratación electrónica de productos y servicios a través de dos o más ordenadores o terminales informáticos conectados a través de una línea de comunicación dentro de la red abierta de Internet, representa un fenómeno en plena

¹⁴ Aguilar Guerra, Vladimir. **El negocio jurídico**. Pág.137

expansión, con cuotas de crecimiento extraordinarias en número de conexiones de clientes y operaciones.”¹⁵

Por la antigüedad del Código de Comercio de Guatemala no se encuentra ninguna regulación en dicho cuerpo legal, sin embargo en el Artículo 2 de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, Decreto 47-2008, se encuentra regulado lo que es el comercio electrónico, dicha norma preceptúa que el comercio electrónico: “abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de una o más comunicaciones electrónicas o de cualquier otro medio similar...”

Derivado de lo anterior, se puede deducir que esta es una nueva modalidad de contratación mercantil a través de internet, es decir ya se puede contratar a gran distancia pero debe tomarse en cuenta los principios de contratación, pues siendo una modalidad de contratación mercantil debe de sujetarse a los principios de la verdad sabida y la buena fe guardada, siempre debe prevalecer la común intención de los contratantes.

2.9.3. El consentimiento en la contratación electrónica

“Lo constituyen dos o más declaraciones de voluntad provenientes de personas capaces, que coinciden plenamente en un asunto patrimonial de interés común. Dichas

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 381

manifestaciones de voluntad han de ser verbales o escritas, pero en todo caso claramente indubitables. No lo serán, por ejemplo los simples gestos o los asentimientos mínimos.”¹⁶

Delo anteriormente expuesto se puede inferir que para que haya consentimiento debe concurrir la declaración de voluntad de las partes, esto quiere decir que una persona debe proponer a otra la celebración del contrato (proponente) y la otra persona debe aceptar el contrato (aceptante), en este momento es cuando surge lo que se conoce como obligatoriedad y relatividad del contrato, principios que se pueden encontrar en el Artículo 1530 del Código Civil.

En este orden de ideas se puede decir que relatividad del contrato es el vínculo que une al oferente con el aceptante, es decir cuando dos personas dan su consentimiento para posteriormente formalizar un negocio jurídico, mientras que la obligatoriedad del contrato se refiere a que una vez las partes de la relación contractual se hayan vinculado, quedan obligadas a concluir el negocio, pues si alguno no cumple entonces es responsable de los daños y perjuicios que ocasione al otro contratante. Habiendo establecido en términos generales lo que es el consentimiento en todo contrato de cualquier naturaleza, es ahora de establecer cómo se forma el consentimiento en el contrato electrónico.

¹⁶ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Pág. 211

El contrato electrónico traslada los procesos establecidos para la contratación tradicional a un nuevo ámbito, el cual en ciertos aspectos genera cambios tanto en la forma como en el fondo de la relación contractual.

“Este contrato se materializa mediante la utilización de elementos electrónicos que tienen incidencia en la formación de la voluntad, la ejecución y la interpretación del contrato. No se lo debe confundir con la contratación informática, cuyo objeto es un bien informático (equipamiento), un servicio informático (desarrollo), etc.”¹⁷

El autor antes citado hace referencia a lo que se dejó establecido con anterioridad y es que para que el contrato se perfeccione debe existir el consentimiento de las partes, expresión inequívoca de su voluntad de asumir derechos y obligaciones, esto al tenor de lo que establece el Artículo 1519 del Código Civil: “Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.

Quiere decir en entonces que la base fundamental para que se perfeccione el contrato es indispensable el consentimiento de los otorgantes porque si este elemento esencial falta da lugar a nulidad absoluta en el negocio jurídico, pues casi siempre que hay acuerdo de voluntades se forma el contrato, pues en la mayoría de los casos basta con

¹⁷ Altamira Matías. **Internet, comercio electrónico**. Pág. 1



este elemento. Las formalidades legales no forman parte propiamente de la constitución del contrato (a excepción de los que la propia ley les denomina solemnes).

Generalmente el consentimiento se ve restringido en los contratos de nominados de adhesión, pues los contratos on-line generalmente se realizan mediante el sistema de formulario, por ejemplo para comprar un pasaje aéreo vía Internet, el consumidor debe completarlo con sus datos personales y una vez revisada la veracidad de la información presionar en el botón aceptar. Es en este instante cuando se aplica lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 1520 del Código Civil, el cual preceptúa: Los contratos de adhesión, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas...”

De la interpretación del Artículo anteriormente citado se puede encontrar un principio doctrinario llamado in dubio pro adherente, el cual establece que para la interpretación de los contratos de adhesión se estará a lo dispuesto por el aceptante, es decir que si hay una duda el oferente tiene la razón y esto es así porque en la mayoría de contratos por adhesión se encuentran inmersas las denominadas cláusulas abusivas que generalmente favorecen al proponente, pues son cláusulas que se redactan para encubrir algún derecho que pueda beneficiar al consumidor.

Normalmente y para evitar inconvenientes, en los contratos por internet se solicita una dirección de correo electrónico a la que se le va a confirmar que la aceptación fue

recibida y en qué términos se realizó, conocido como acuse de recibo. De esta manera, se complementa con las teorías de la declaración, recepción y conocimiento que regulan internacionalmente la formalización de los contratos y que sucintamente sostienen que se formaliza el contrato cuando se emite la aceptación, cuando la recibe el proponente y cuando este último la conoce, respectivamente.

Para el caso de contratos que no utilicen el sistema de formulario, el acuse de recibo funciona de la siguiente manera: el aceptante le envía al destinatario por correo electrónico su conformidad con la propuesta y el programa de correo utilizado por este último emite una respuesta automatizada expresando que el correo electrónico fue recibido o que ha recibido el e-mail y que pronto se comunicarán con él o que el e-mail fue recibido y leído por el destinatario. De todas estas respuestas surge el día y hora en que se formalizó el contrato.

La situación cambia si la aceptación fue enviada en un archivo adjunto y es de aplicación la teoría del conocimiento, ya que en este caso no se podrá conocer cuándo el destinatario conoció de la aceptación, por lo que se recomienda que en el cuerpo del e-mail se exprese brevemente la voluntad del aceptante y evitar confusiones.

“Aquellos datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos adjuntados o lógicamente asociados al mismo, por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante

prueba la información contenida en el mensaje de datos y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa siendo admisible como prueba en juicio.”¹⁸

Por su parte la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firma Electrónica define la firma electrónica como: “Los datos en forma electrónica consignados en una comunicación electrónica, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante con relación a la comunicación electrónica e indicar que el firmante aprueba la información recogida en la comunicación electrónica.”

La firma electrónica se utiliza mediante mensajes de datos, entendido éste último como el documento o información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares. Es decir que las partes pueden utilizar claves para realizar varias operaciones, así como cualquier clase de actividades relacionadas con el comercio.

¹⁸Aguilar Guerra, Vladimir. *Op. Cit.* Pág. 398





CAPÍTULO III

3. El fideicomiso

Después de haber analizado lo que es la contratación mercantil y las obligaciones mercantiles, se hará una breve referencia a lo que es el contrato de fideicomiso, su importancia e implicaciones.

Esta institución es un tanto desconocida en el ámbito del derecho común, más aún entre los particulares, es una figura no muy común desde el punto de vista de la contratación civil, por ello es un contrato eminentemente mercantil por las razones que más adelante se desarrollará. Hoy en día a esta institución se le ha dado un giro a como se establecía en la antigüedad, pues era una derivación de los usos, en cambio actualmente se debe entender como un contrato, posición que adopta el Código de Comercio de Guatemala, pues en el libro IV se desarrolla como un contrato típico. A continuación se describe brevemente una referencia histórica de esta figura contractual.

3.1. Antecedentes del fideicomiso

Se dice que el antecedente del fideicomiso se encuentra en el trust, término utilizado en el derecho anglosajón. Se puede establecer que esta institución aún es difícil definirla, gran variedad de autores en la doctrina coinciden, "La idea del trust consiste en que

esencialmente una persona posee en calidad de dueño y administra bienes determinados para beneficio económico de otro.”¹⁹

De lo anteriormente citado por el autor, se infiere que lo imperativo en esta figura es la patrimonialidad, es decir que se refiere a todo un patrimonio (patrimonio fideicometido), son bienes, derechos y obligaciones. Tal como lo afirma el autor Ricardo Alvarado Sandoval al establecer que: “el ámbito del contrato y sus características son: a) versa sobre aspectos patrimoniales que no se extinguen con la muerte...”²⁰

3.1.1. Surgimiento del trust

El origen del trust está ligado a la palabra uso, en inglés llamado use, su antecedente se encuentra en Inglaterra. Surge como una costumbre en la Época Medieval, la cual consistía en entregar bienes inmuebles mediante la transmisión del dominio a una persona para que los administre en beneficio de otra persona. Esta transmisión podía tener ya sea fines lícitos o fines ilícitos, pero lo importante era la administración de dichos bienes por parte de un tercero.

En esta época no era considerado como un contrato, por el contrario era una obligación “El trust debe considerarse como una obligación, es decir, como un vínculo de equidad,

¹⁹ Batiza, Rodolfo. **Tres estudios sobre el fideicomiso**. Pág. 31

²⁰ **Op. Cit.** Pág. 523

por virtud del cual una persona está obligada a la ejecución de un acto o a la abstención de un beneficio de otra.”²¹

Lo anteriormente expuesto da la pauta para establecer que los sujetos quedan obligados en virtud de su propia voluntad para realizar ese acto, el cual es simplemente administrar bienes de otra persona.

3.1.2. El fideicomiso en Roma

En el derecho romano existieron dos figuras que fueron los antecedentes del fideicomiso, tal es el caso de la fiducia y los fideicomisos testamentarios. La diferencia entre ambas figuras consistía en que: “*la fiducia* era una transmisión de propiedad originada de un acto entre vivos y *el fideicommissum* era una transmisión originada por una causa de muerte”.²²

La fiducia consistía en una transferencia de propiedad a una persona con encargo *pactum fiduciae* a través del cual se obligaba con el transmitente para que luego de realizar ciertos encargos le devolviera la propiedad del bien al transmitente o a un tercero. De esta institución se desprenden dos figuras más como es *la fiducia cum creditore* y *la fiducia cum amico*.

²¹ Batiza, Rodolfo. **Op. Cit.** Pág. 35

²² Freire, Betina. **El fideicomiso sus proyecciones en los negocios inmobiliarios.** Pág. 26

La *cum creditore* se utilizaba para garantizar una deuda, el deudor le entregaba uno o más bienes al acreedor como garantía de que le pagaría la deuda, una vez cancelada la deuda el acreedor devolvía los bienes dados en garantía, pero si por el contrario el deudor no cancelaba la deuda el acreedor podía quedarse con la propiedad definitiva de los bienes que le fueron transmitidos. *La fiducia cun amico* consistía en la transmisión de bienes que una persona hacía a otra para que esta los utilizara y aprovechara y después de cierto plazo los devolviera.

El fideicomiso *mortis causa* o *fideicommissum* era una figura utilizada por el testador para poder incluir a una persona que no reúne las calidades que la ley de esa época exigía por ejemplo: una persona podía incluir como beneficiario a un esclavo, peregrino, solteros, casados sin hijos etc.

Sin embargo el *fideicommissum* mostraba inconvenientes ya que el beneficiario confiaba en que el heredero entregara los bienes a la persona designada por el testador, se dieron muchas arbitrariedades y muchos de los encargos no eran realizados, por tal razón el emperador Augusto en su afán de solucionar este problema hizo que se ejecutaran los *fideicommissum* bajo la intervención de los cónsules, brindando de esta manera mejor control y seguridad.

3.2. Etimología del fideicomiso

La palabra fideicomiso encuentra sus raíces etimológicas en el vocablo latín fides que significa fe confianza y commissus que equivale a encargo, comisión encomienda. Esto quiere decir que lo primordial del fideicomiso debe ser la confianza, porque una persona no puede contratar con otra que sea extraña, pues existen bienes en riesgo que puedan ser mal administrados e incluso podrían perderse.

Por esa razón el cargo se le debe encomendar a una persona de mucha confianza para evitar consecuencias ulteriores en la administración de los bienes.

3.3. Naturaleza jurídica

El fideicomiso es un contrato sui génesis, es decir un contrato muy particular, “La esencia del mismo es un mandato, patrimonio sin titular, desdoblamiento del derecho de propiedad, transmisión de los derechos de los que es titular el fiduciario, afectación de bienes, operación bancaria, servicio bancario, institución, negocio fiduciario, negocio indirecto y negocio jurídico de estructura compleja (declaración unilateral y contrato de ejecución del fideicomiso).”²³

“El fideicomiso es la disposición testamentaria por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la fe de uno (el fiduciario) para que, en caso y tiempo

²³ Vásquez. Op. Cit. Pág. 666

determinados, las transmita a otro sujeto (El fideicomisario) o la invierta del modo señalado.²⁴

3.4. Definición de fideicomiso

“El fideicomiso se puede definir desde dos puntos de vista; por una parte es: la relación jurídica que se configura cuando, el fiduciante, transfiere la propiedad fiduciaria de bienes a otra, el fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designa en el contrato o acto que da origen al fideicomiso, el beneficiario.

“Es la disposición de última voluntad por virtud de la cual el testador deja sus bienes encomendados a la buena fe de otra persona para que, al morir esta a su vez, transfiera la herencia a otro heredero o invierta la herencia del modo en que se le señale.²⁵

“Un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite un bien a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.²⁶

²⁴ Villegas Lara, Rene Arturo. *Op Cit.* Pág. 137

²⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Op Cit.* Pág. 164

²⁶ Ossorio, Manuel. *Op Cit.* Pág. 319



Por su parte el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 766 preceptúa: “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 solo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.”

Antes de dar una definición de fideicomiso es menester tomar en cuenta la clasificación de los contratos mercantiles, quedó apuntado que los contratos son típicos cuando están regulados en la ley, también dentro de esta clasificación se encuentran los contratos denominados de conservación, pues aquí lo que se trata es de conservar los bienes que están siendo administrados.

Lo anterior es de suma importancia porque para definir lo que es el fideicomiso debe tenerse en cuenta estos elementos que se trata de un contrato típico mercantil y de un contrato de conservación.

Derivado de lo anterior; se puede definir el fideicomiso como un contrato típico mercantil, contrato de conservación por virtud del cual una persona llamada fideicomitente, trasmite bienes a otra persona llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

También la definición del maestro Cabanellas, quien afirma que es una relación jurídica, dicha definición es acertada pues se refiere a que es una la liga, unión, lazo o nexo que



une a determinadas personas o cosas, en esta figura contractual es un lazo o nexo entre tres personas: beneficiario, fideicomisario y fiduciario.

3.5. Características del contrato de fideicomiso

Estableciendo que el fideicomiso es un contrato, al tenor de lo que regula el Código de Comercio de Guatemala, se deben mencionar las características principales que a continuación se describen:

3.5.1. Consensual

Es decir que produce efectos propios de las partes que hubieran hecho su manifestación de voluntad, se basa en el consensualismo como uno de los elementos esenciales del negocio jurídico en general, aplicable por lo tanto a la contratación de índole mercantil. Hay que recordar que los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, tal como lo establece el Código Civil.

3.5.2. Oneroso

Porque para su realización se establece una retribución, la cual el fideicomitente deberá hacer efectiva al fiduciario para que este pueda ejecutar los negocios encomendados, basado en el ánimo de lucro del cual es partidario el derecho mercantil. En otras palabras, implica que ambas partes tendrán cargas y gravámenes.



3.5.3. Bilateral

Se basa en que para su realización es necesario el consentimiento de ambas partes, en virtud de que se contraen obligaciones y se generan derechos, los contratantes tienen derechos y obligaciones recíprocas no únicamente una de ellas.

3.5.4. Es un negocio que puede presentarse como unilateral

Pareciera contradictorio con la característica de la bilateralidad del contrato, sin embargo hay que tomar en cuenta que una de las formas de constituir el fideicomiso es por disposición de última voluntad, o sea por testamento y siendo el testamento un negocio jurídico unilateral se da esta característica.

3.6. Elementos del fideicomiso

Son tres los elementos típicos de todo contrato civil y mercantil, tales elementos son: el subjetivo o personal, el objetivo, real o material y el formal, o sea la solemnidad.

3.6.1. Elementos subjetivos o personales

Son tres los sujetos que intervienen en este contrato: Por una parte está el fideicomitente que es la persona que mediante testamento o contrato, transfiere el patrimonio fideicometido con un fin específico, esta persona también puede ser el

testador dependiendo la formalidad del fideicomiso. Por otra parte se encuentra el fiduciario que es la persona a quien se le confían los bienes, para el caso de Guatemala solo puede ser un banco, pues según el Artículo 768 del Código de Comercio de Guatemala preceptúa: "...solo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país...", dicha norma se complementa con la Ley de Bancos y Grupos Financieros que establece en su Artículo 41 literal (e): "Los bancos están autorizados conforme a esta ley para efectuar operaciones de moneda nacional o extranjera y a prestar los servicios siguientes: e) Actuar como fiduciario. Y por último se encuentra el fideicomisario que es la persona en cuyo favor se constituye el fideicomiso, esta persona es un beneficiario pues el Artículo 769 del Código de Comercio de Guatemala en su parte conducente preceptúa: "...fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo..."

3.6.2. Elemento real, objetivo o material

Lo fundamental de este elemento en el contrato de fideicomiso es que se constituye sobre un patrimonio, es decir que debe predominar el aspecto económico, debe ser algo valorable en dinero, no importa la forma en que se constituya como afirma Guillermo Cabanellas que patrimonio es: "el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas y obligaciones de índole económica."²⁷

²⁷ Op. Cit. Pág. 286



Se tomó como referencia al mencionado autor porque él distingue los dos elementos del patrimonio que son: el activo y el pasivo, es decir que se incluyen tanto los derechos como las obligaciones, a todo esto en su conjunto es lo que se conoce como patrimonio fideicometido y todo ello es lo que integra el elemento real en un contrato de fideicomiso, esto al tenor de lo que establece el Artículo 777 del Código de Comercio de Guatemala. Es menester tomar en cuenta también que estos bienes pueden ser presentes y futuros, no se extinguen con la muerte, por esa razón también se constituye por medio de testamento.

También integran el elemento real la remuneración que debe pagarse al fiduciario al tenor del Artículo 793 del mencionado cuerpo legal el cual en su parte conducente preceptúa: ...”los honorarios del fiduciario podrán ser a cargo del fideicomitente, del fiduciario o de ambos...”

3.6.3. Elemento formal

En este apartado se debe establecer por qué el contrato de fideicomiso es solemne cual es la formalidad y para ello es menester tomar en cuenta los aportes de la doctrina respecto de dos instituciones que establecen dicha solemnidad, se trata de la forma de los contratos, es un tema del negocio jurídico en general, una de ellas es llamada la forma ad solemnitatem o ad sustantiam lo cual según el doctor Vladimir Aguilar son: “aquellas formas que por ministerio de ley constituyen un requisito esencial del contrato, su falta, en consecuencia, acarrea la nulidad del mismo.

Lo apuntado anteriormente significa que la forma ad solemnitatem es impuesta por la ley para que el negocio jurídico sea válido, también llamada ad sustantiam, o sea la sustancia del contrato (la importancia) significa solemnidad y para cumplir con dicha forma es que el Código de Comercio de Guatemala es taxativo en afirmar que debe constar en escritura pública.

La forma ad solemnitatem entonces indica que si el contrato no lleva determinada formalidad que exige la ley, dicho contrato es nulo (nulidad absoluta) no hace a la vida jurídica. Esta formalidad es para darle mayor certeza jurídica a al contrato por los intereses que están en juego, por los bienes que hay que resguardar, siempre se trata de conservar la buena fe y la verdad sabida del derecho mercantil.

Por lo antes expuesto este contrato es una de las dos excepciones al poco formalismo de que es partidario el derecho mercantil, debe constar en escritura pública para su validez (esta es la forma *ad solemnitatem* o *ad sustantiam*), es el requisito esencial sin importar cuál sea la forma de constituirse. Se dijo anteriormente que puede constituirse por medio de un contrato o por medio de testamento, así lo establece el Artículo 771 del Código de Comercio de Guatemala el cual preceptúa: "...el contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública..." solo existe una excepción y es el documento privado, pero solo cuando se trate de fideicomiso de inversión tal como lo establece el Artículo 76 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías.

3.7. Derechos y obligaciones de los sujetos o elementos personales

A continuación se describen los derechos y obligaciones más importantes de los sujetos que intervienen en el contrato de fideicomiso.

3.7.1. El fideicomitente

El Código de Comercio no establece taxativamente cuales son los derechos y obligaciones del fideicomitente, sin embargo al realizar una integración de normas se determina que el Código Civil en su Artículo 1534 preceptúa: “Los sujetos que celebren un contrato están obligados a concluirlo...”

En la norma anteriormente citada se encuentran dos principios doctrinarios que son: la relatividad el contrato, la cual significa que: “vincula a través de la reglamentación procedente de la autonomía de la voluntad únicamente a las partes contratantes, sin que por consiguiente pueda generar derechos u obligaciones respecto a personas extrañas.”²⁸

Del principio explicado en el párrafo anterior surge el de la obligatoriedad del contrato, por medio del cual las partes obligadas deben concluir el mismo. De esta forma se entiende que el fideicomitente puede exigir al fiduciario que cumpla con los fines que le fueron encomendados. Al momento de celebrar un contrato de fideicomiso el

²⁸ Aguilar Guerra, Vladimir. *Op Cit.* pág. 418



fideicomitente puede establecer en el mismo que tendrá derecho a exigir al fiduciario que cumpla con los términos que hubieren pactado en dicho contrato.

3.7.2. El fiduciario

El fiduciario recibe bienes para poder administrarlos en calidad de propiedad fiduciaria esto quiere decir que será titular de los mismos pero no adquirirá la propiedad en definitiva, solo la posesión, es decir que no aumenta sus patrimonio, si no que su función principal es de administrar los bienes, producir ganancias, cumplir con todos los fines del fideicomiso y posteriormente regresar el bien fideicometido a manos del fideicomitente.

El fiduciario tiene los siguientes derechos, al tenor de lo que establece el Artículo 783 del Código de Comercio de Guatemala:

- a) "Ejercitar las facultades y efectúa todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que establece la ley o que contenga el documento constitutivo.
- b) Ejercitar las acciones que sean necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido.
- c) Otorgar mandatos especiales con representación en el relación al fideicomiso.
- d) Percibir remuneración por sus servicios, cobrar preferentemente del fideicomiso su remuneración.
- e) Los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso."

Dentro de las obligaciones del fiduciario se pueden mencionar las siguientes al tenor del Artículo 785 del Código de Comercio de Guatemala:

- a) "Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y sus fines.
- b) Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciar por causas graves que deberán ser calificadas por el juez de primera instancia.
- c) Tomar posesión de los bienes fideicometidos en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad.
- d) Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás obligaciones y rendir cuenta e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o fideicomisario se lo requieran.
- e) Las demás inherentes a la naturaleza de su cargo."

Adicionalmente el fiduciario podrá descontar del fideicomiso todos aquellos gastos efectuados y que haya sido necesario para el cumplimiento del objeto del fideicomiso, como formulación de documentos trámites administrativos, honorarios, comisiones, etc.

También será el encargado de velar con el cumplimiento de las obligaciones fiscales que se generen en virtud de la operación del fideicomiso; el fiduciario por ningún motivo podrá informar de las operaciones del fideicomiso a otras personas que no sean el fideicomitente o fideicomisario y a sus representantes legales.

Los empleados y funcionarios de las instituciones serán responsables por violación de este secreto, caso contrario quedan obligadas a reparar daños y perjuicios que causen.



3.7.3. El fideicomisario

Al tenor del Artículo 778 del Código de Comercio de Guatemala se establecen los siguientes:

- a) “Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo.
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso.
- c) Pedir la remoción del fiduciario por las causales señaladas.
- d) Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituya al fiduciario los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido.
- e) Revisar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoria.”

El fideicomisario obtiene derechos derivados de la propia naturaleza del contrato y acuerdo entre sus partes, puede exigirle al fiduciario todos los fines por el cual fue creado y rendición de cuentas.

3.8. Clases de fideicomiso

Son tres las modalidades o clases más comunes de fideicomiso, estas formas son el fideicomiso de garantía, el fideicomiso de inversión y el fideicomiso de administración, a continuación se explican cada una de ellas.

3.8.1. Fideicomiso de garantía

“En esta clase de contrato se traslada el dominio de un bien al banco fiduciario para que si el fideicomitente deudor no paga, el banco proceda a la venta del bien y haga efectivo el pago al fideicomisario acreedor. No hay traslado de dominio del fiduciario, a contrario sensu se atribuye a éste el poder jurídico de enajenar el bien en las condiciones estipuladas en el contrato de fideicomiso.”²⁹

3.8.2. Fideicomiso de inversión

“Por medio de esta modalidad se constituye fideicomiso en que se atribuye al fiduciario la titularidad de un bien inmueble, para que el fiduciario emita certificados de propiedad y se vendan al público esos certificados como valores de inversión. El banco aparece en el Registro General de la Propiedad como titular del bien y se encargara de los

²⁹ Paz Álvarez, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. pág. 108

servicios comunes del mismo, pero en dicho registro debe constar la situación de fideicomiso en que la finca se encuentre.³⁰

Esta clase de fideicomiso se encuentra regulada en la Ley de Mercado de Valores y Mercancías que en su Artículo 76 en su parte conducente preceptúa: "...el fideicomiso constituido para la inversión en valores que se encuentren en oferta pública..." También hay que tomar en cuenta que es la excepción a la constitución en escritura pública pues se permite que se constituya por documento privado (esta es la forma *ad solemnitatem o ad sustantiam*). Vale la pena destacar también que puede constituirse por medio de escritura pública pues es una facultad que da la ley mas no es una obligación expresa de la misma.

3.8.3. Fideicomiso de administración

En esta modalidad de fideicomiso una persona de edad avanzada constituye fideicomiso y entrega sus bienes al banco fiduciario, para que éste los administre y entregue sus productos al propio fideicomitente, que tendrá carácter de fideicomisario, y para que, a la muerte de él, se titulen los bienes fideicometidos a la persona que en el acto de constitución se designen.

³⁰ *Ibid.* pág. 109



CAPÍTULO IV

4. Análisis técnico-jurídico sobre la importancia del fideicomiso en el derecho corporativo

Derivado del crecimiento económico que se ha estado dando en los últimos años, producto de la internacionalización y de la globalización, esto ha tenido como consecuencia el crecimiento de un sector que permite la generación de proyectos de negocios así como proyectos de inversión, mediante el uso de instrumentos financieros encargados para tal efecto, dentro de los que destacan el fideicomiso.

Este instrumento o contrato a nivel financiero, adquiere relevancia desde el momento que permite la consecución de diversos procesos a nivel económico, mediante la administración de bienes o cantidades dinerarias, lo cual le da relevancia a todo el tipo de intercambio que se da a nivel comercial en muchas empresas, que desean posicionarse en el mercado.

Es por ello que adquiere importancia el tema del derecho corporativo o derecho de las empresas, toda vez que permite establecer las pautas para la generación de ciertos negocios a partir de estructuras organizacionales, ya establecidas y con ello utilizar los instrumentos que están a nivel legal, para la realización de diversos negocios, partiendo de la premisa de que serán manejados por compañías especializadas para el efecto, en este caso las del sector bancario.



En relación al tema que corresponde a la presente investigación, el cual se refiere a “La importancia del fideicomiso en el derecho corporativo”, cabe mencionar que pretende denotar como el sistema financiero se ha ido desarrollando a lo largo del tiempo, y como mediante el uso de las sociedades mercantiles especialmente las del tipo especial, han tenido un aumento significativo lo cual ha generado una rentabilidad objetiva en muchas empresas.

Puede mencionarse que el término fideicomiso tiene origen como se decía en capítulos anteriores con la institución sajona del *Trust*, el cual puede decirse que todas las obras sobre esta institución se originan en las expresiones consagradas de Maitland, quien indica “de entre todas las proezas de la equidad, la mayor y más importante es la invención y el desarrollo del Trust”, en virtud que mediante este instrumento como tal se puede tener una elasticidad y flexibilidad en su uso al generar una disposición de bienes para un objeto específico.³¹

Al mencionar que esta institución es evidentemente de origen sajón es menester, tomar en consideración a groso modo, porque es tan importante para el derecho sajón y por ende para nuestro sistema legal como tal. Actualmente en el ámbito jurídico, se encuentra de manera incipiente una serie de referencias entre ambas instituciones Fideicomiso-Trust, derivado de estudios de derecho comparado, debido a que ha cobrado importancia en el mundo del derecho como herramienta útil en la realización de diversos tipos de proyectos.

³¹Batiza Rodolfo. **Op. Cit.** Pág. 29



A partir de lo mencionado al tener como punto esencial, la administración de los bienes para la generación de un fin, es menester saber su aplicación inmediata, es decir a partir del uso que se le dé al fideicomiso así será su convencionalidad. Quiere decir que de acuerdo al tipo de fideicomiso a tratar o escoger, de ello dependerá el movimiento de mercado que se desea lograr.

Tal y como se decía en capítulos anteriores, en relación a las clases de fideicomiso, por ejemplo, en el caso del fideicomiso de garantía en el cual se traslada, el dominio del bien al banco fiduciario, y si el fideicomitente deudor no pagar así será la venta del bien; en el fideicomiso de inversión se da una situación totalmente diferente, ya que este se constituye a efecto de atribuir la titularidad del bien inmueble, para que el fiduciario emita certificados de propiedad y se vendan al público esos certificados como valores de inversión; por su parte en el fideicomiso de administración se busca constituir un determinado patrimonio autónomo para la entregar de los frutos de forma progresiva al fideicomitente.

En este sentido me parece ad-hoc mencionar un aspecto en particular, en el cual ampara más fundamentada el punto que quiero destacar, que se refiere al manejo que se le está dando al fideicomiso en el mercado o sistema financiero.



4.1. Sistema financiero

“El sistema financiero de un país se forma por el conjunto de instituciones, medios y mercados, que previamente han sido autorizados por el Estado, que están encargados de captar, administrar e invertir el dinero de personas tanto individuales como jurídicas”.³², cuyo fin primordial es canalizar el ahorro que generan ciertos prestamistas o unidades hacia los prestatarios, esta actividad es manejada por las distintas instituciones que componen el sistema financiero, y se considera básica para la transformación de los activos financieros.

El sistema financiero como tal, comprende tanto los instrumentos o activos financieros, como las instituciones o intermediarios y los mercados financieros, es decir los intermediarios los compran y venden en los mercados financieros.

La función de esta cuenta, por parte del sistema financiero es captar el excedente de los ahorradores y canalizarlo de esa cuenta en las distintas unidades de gasto con déficit, por lo que su función se diversifica al captar el ahorro y canalizarlo en forma de préstamos hacia la inversión, ofertar aquellos productos que se adaptan a las necesidades de los que quieren prestar sus ahorros y los inversores de manera que ambos obtengan la mayor satisfacción con el menor coste.

³² Dueñas, Ricardo. **Introducción al sistema financiero y bancario.** Pág. 1

De esta cuenta se puede indicar que el sistema financiero será eficiente, en la medida que sea capaz de captar ahorro en condiciones adecuadas de remuneración, liquidez y seguridad, al objeto de prestar a los demandantes de fondos los recursos así obtenidos en razonables condiciones de precio, cantidad y plazo.

Por lo que su función principal será garantizar una asignación eficaz de los recursos financieros, con independencia del volumen de fondos comprometidos, naturaleza, plazos y costes. Cuando el sistema financiero funciona de forma adecuada y correcta, éste no se limita a servir como canalizador de recursos financieros sino que también contribuye a través del proceso de innovación financiera y de diversificación de activos a generar un mayor volumen de ahorro y que dichos recursos se dediquen a la financiación de actividades productivas.

Cabe decir que en la economía actual, existe un doble flujo de recursos, por un lado las familias transfieren fondos al sistema financiero y éste a su vez ofrece financiación a las economías domésticas, por lo que el sistema financiero opera como un intermediario entre las personas u organizaciones que disponen de suficiente capital y aquellas que necesitan y solicitan recursos monetarios para desarrollar diversas actividades, o como se decía en líneas anteriores proyectos.

El sistema al acentuarse en un marco jurídico-económico, conoce del movimiento del mercado de dinero como de capitales, lo cual permite la circulación del mismo en la economía, permitiendo la realización de diversos tipos de transacciones y el desarrollo

de inversiones. De dicha cuenta al tener, de una forma más enfocada lo referente al mercado financiero, cabe mencionar ¿Qué tipos de instrumentos se utilizan para la realización de los proyectos de inversión?

En este sentido cabe mencionar que la financiación de la empresa es el conjunto de recursos económicos que se ponen a disposición de la misma para la adquisición de los bienes y derechos, que se utilizan para llevar a cabo una determinada actividad productiva de la misma.

Para ello se utilizan diversos tipos de instrumentos como es el fondo propio que trata del conjunto de recursos que el empresario pone a disposición de la empresa para iniciar sus actividades, en los cuales destaca el capital (Fundador, familiar, *business angels*, capital riesgo, salida a bolsa, etc.), la autofinanciación, las subvenciones y ayudas públicas, los préstamos participativos.

En contraposición si no se tiene el capital necesario se utilizan recursos ajenos que son aquellos aportados a la sociedad por personas o entidades ajenas a la empresa y que por consiguiente deben ser devueltos dentro del vencimiento a los aportantes, dentro de estas formas de financiación destacan las deudas a largo plazo como es la emisión de deuda, préstamos y créditos a largo plazo, proveedores de inmovilizado, *leasing* y *renting*, o bien deudas a corto plazo como lo es la proveeduría, los créditos comerciales vía descuento, factoring o confirming.

En este sentido, además de los instrumentos anteriormente mencionados, se utiliza para la generación de diversos proyectos, y sobre todo sobre para el manejo de los mismos, el Fideicomiso con una relevancia técnica, en virtud de la especificación del rol que tiene cada elemento personal al momento de la realización del negocio.

4.2. El Fideicomiso en el sistema financiero

El fideicomiso adquiere una especificación más clara, al momento de relacionarse con el movimiento corporativo cotidiano, destacando dentro de este diversos tipos de fideicomiso con diversos usos, como lo es el fideicomiso financiero el cual se refiere “a la alternativa de financiamiento de la empresa y una opción de inversión en el mercado de capitales e integrado al proceso de titularización de activos o securitization”³³.

Los fideicomisos para compra de inmuebles se caracterizan porque el fiduciario, procede a captar recursos del público, estos se destinan para otorgar créditos a los solicitantes para que adquieran inmuebles, en especial viviendas. De esta forma el patrimonio fideicometido queda constituido por créditos, con garantía hipotecaria a favor del fideicomiso, que se convierte en el acreedor de los beneficiarios de dichos créditos.

En este sentido la titularización se establece como un mecanismo que permite la conversión de activos ilíquidos en activos líquidos a través de la emisión de valores negociables, como es el caso de los valores fiduciarios, de igual forma se le puede

³³ Comisión Nacional de Valores. **Fideicomiso financiero-educación mercado de capitales**. Pág. 2

definir como un “procedimiento del que pueden valerse las empresas para obtener su financiación...”³⁴

Así mismo se refiere al proceso por el cual una persona se obliga a transferir un grupo determinado de sus activos, para la constitución de un patrimonio independiente, que puede posibilitar la emisión de valores mobiliarios cuyos derechos incorporados se encontrarán respaldados por dicho patrimonio.

Legislaciones a nivel comparado, definen esta institución como el “proceso mediante el cual se constituye un patrimonio, cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio, la transferencia y la emisión de los respectivos valores.”³⁵

En líneas anteriores se hablaba de fideicomiso financiero y este a su vez se relaciona, con lo relativo a inmuebles, por lo que de igual forma se le puede indicar fideicomiso de titularización y se caracteriza, porque el fiduciario procede a captar recursos del público, los cuales se destinan a otorgar créditos a los solicitantes para que adquieran inmuebles, en especial viviendas.

³⁴ **Ibíd. Pág. 3**

³⁵ **Llontop Chávarri Carlos. Tratamiento tributario innovaciones financieras. Pág. 57**



Esta figura desarrollada en legislaciones avanzadas como la peruana, permite y establece que en el fideicomiso de titulización una persona denominada fideicomitente, se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, el cual está sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de fideicomisario.

Cabe mencionar que únicamente desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, únicamente las sociedades tituladoras pueden ejercer las funciones propias del fiduciario en este tipo de fideicomisos. En dicha virtud la sociedad se obliga a efectuar transferencia fiduciaria de un conjunto de activos para la constitución de un patrimonio fideicometido sujeto a su dominio fiduciario, reuniendo en tal supuesto las calidades de fideicomitente como fiduciario.

Los frutos como rentas derivados de los activos no pueden regresar al patrimonio de la sociedad tituladora hasta que se hubiese cumplido con la finalidad para la cual fue constituido el fideicomiso, salvo pacto en contrario.

El patrimonio fideicometido queda constituido por créditos con garantía hipotecaria a favor del mismo fideicomiso, que se convierte en el acreedor de los beneficiarios de dichos créditos inmobiliarios.

Esta forma de obtención de recursos frescos son una modalidad de fideicomiso de titularización, en virtud de la cual el fiduciario se limita a colocar los títulos valores en bolsa y se transfiere el dinero obtenido en la negociación al fideicomitente. A partir de la realización de dicha acción, se pueden generar diversas líneas de negocios o de actividades a nivel comercial, como lo es:

- a. Inversión de capitales
- b. Administración de bienes y proyectos.
- c. Desarrollo de grandes obras de infraestructura.
- d. Construcción de edificaciones.
- e. Labores de beneficencia.
- f. Transferencias sucesorales.
- g. Proyectos públicos.

Dicho lo anterior, al referirme al fideicomiso como una forma de financiación empresarial, es menester de igual forma indicar que jurídicamente, es un contrato por lo cual este debe tener una serie de cláusulas que en la práctica se deben incorporar al mismo dentro de las que destaca las partes del fideicomiso, patrimonio fideicometido, finalidad del fideicomiso, plazo del fideicomiso, honorarios del fiduciario, rendición de cuentas, auditorías, modificaciones al contrato, ejecución contractual y resolución de conflictos.

4.1. Ventajas del fideicomiso

Así mismo otro punto esencial, es el referente a las ventajas que tiene este dentro del mundo corporativo o empresarial, toda vez que genera diversas soluciones a problemas de tipo financiero. Dentro de las ventajas que se mencionan se tiene:

- a) Permite recuperar la liquidez y posibilita derivar a terceros el riesgo implícito en los activos líquidos.
- b) La transmisión de créditos al fideicomiso le permite a las entidades financieras adquirir capacidad prestable, para generar una nueva fuente de fondeos, así mismo disminuye el riesgo de iliquidez y estimula el crédito de largo plazo.
- c) Es un patrimonio de afectación separado tanto del patrimonio del fiduciario como del fiduciante y por tanto, los bienes están protegidos de la eventual acción de los acreedores.
- d) Los activos fideicometidos se separan del riesgo de la empresa que los originó, lo que permite, dependiendo del tipo de activo obtener para los valores fiduciarios una calificación de riesgo más alta que la correspondiente a la empresa.
- e) Evita la intermediación por cuanto los fondos son captados directamente de los inversores sin intervención de ningún intermediario financiero.

- f) **Permite obtener fondos sin contraer deudas, es decir sin aumentar el pasivo de la sociedad, por cuanto se trata de una fuente de financiamiento fuera del balance.**

- g) **La estructura del fideicomiso financiero permite la participación de varias entidades en calidad de fiduciantes, lo cual puede derivar en la disminución de riesgos de intervención.**

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En la presente investigación se pudo detectar que las empresas realizan inversiones nacionales e internacionales sin contar con un instrumento legal que garantice el reintegro de su capital y ganancias.

Por tal razón es importante la aplicación del fideicomiso dentro del derecho corporativo, siendo las instituciones bancarias las encargadas de crear pautas y así poder llevar a cabo negocios de manera segura, por medio de instrumentos legales como lo es el fideicomiso de inversión, a través de esta modalidad se le atribuye al fiduciario la titularidad del bien inmueble, para que este emita certificados de propiedad y la venda al público como valores de inversión. El banco aparece en el Registro de la Propiedad como titular del bien y se encarga de los servicios comunes del mismo, pero en dicho registro hace constar tal situación de fideicomiso en el que la finca se encuentre. Este tipo de fideicomiso proporciona seguridad y rentabilidad para el empresario, en virtud de que el mismo garantiza su patrimonio y le provee de ganancias obtenidas de la colocación de títulos valores.

En el fideicomiso de inversión el fiduciario tiene la obligación de garantizar la seguridad líquida y rendimiento a la empresa, con el fin de lograr mejores beneficios para los fideicomitentes.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El negocio jurídico**. Guatemala, 5ª Edición, Ed. Serviprensa, S.A., 2006.
- ARÉVALO, ASANZA, Tito. **Procesos de negociación en los mercados financieros**. Ecuador, 2ª Edición, Ed. Universidad Nacional de Loja, 2009.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias Gonzales. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. Guatemala, 4ª Edición, Ed. Fénix, 2011.
- BLANCO, Susana Carvajal Pedro. **Evolución del proceso de titulación en España. Universidad Complutense de Madrid-Departamento de Economía Financiera**. Madrid, España.
- BARRERA GRAF, Jorge. **Derecho mercantil**. México, 1ª Edición, Ed. D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- BATISA RODOLFO. **Tres estudios sobre el fideicomiso**. México 1ª Edición, Imprenta Universitaria, 1954.
- BITTEL, Lester; Ramsey Jackson. **Encyclopedia Del management**. E.U, Ed. Grupo Océano S.A., 1992.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina, 19ª. Edición, Ed. Heliasta SRL, 2008.
- CASILLAS, Carlos. **El fideicomiso y los proyectos de infraestructura**. México, DF, 1ª. Edición, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.
- DUEÑAS, Ricardo. **Introducción al sistema financiero y bancario**. Bogotá, D.C Colombia, 1ª. Edición, Politécnico grancolombiano, 2008.

FREIRE BETINA. El fideicomiso sus proyecciones en los negocios inmobiliarios. Estados Unidos, 1ª. Edición, Editorial Abaco, 1997.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina, 1ª. Edición, Ed. Heliasta SRL, 1974.

PAZ ÁLVAREZ, Roberto. Negocio jurídico mercantil. Guatemala, 2ª. Edición, Ed. (s. e) 2005.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. Instituciones de derecho mercantil. Guatemala, 1ª Edición, Ed. Universitaria, 2000.

VILLEGAS LARA, René Arturo. Derecho mercantil guatemalteco. Guatemala, 2t. 7ª. Edición, Ed. Universitaria, 2009.

VIVANTE, César. Tratado de derecho mercantil. Madrid, España, 2 vol. 1ª. Edición, Ed. Reus, S.A., 1932.

VIVANTE, César. Tratado de derecho mercantil. Madrid, España, 1 vol. 1ª. Edición, Ed. Reus, S.A., 1932.

Legislación:

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

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

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República, Decreto 2-70, 1971.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Decreto-Ley 106, 1963.



Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Decreto-Ley 107, 1964

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

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

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Congreso de la República, Decreto 19-2002, 2002.