

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



**RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO PRIVADO DE
ADMINISTRACIÓN DE BIENES (TRUST) DENTRO
DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, PARA LA
ADMINISTRACIÓN EN BENEFICIO DE TERCEROS**

STTIVE ELIUTT QUICHÉ XIRUC

GUATEMALA, ABRIL DE 2021

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

**RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO PRIVADO DE
ADMINISTRACIÓN DE BIENES (TRUST) DENTRO
DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, PARA LA
ADMINISTRACIÓN EN BENEFICIO DE TERCEROS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

STTIVE ELIUTT QUICHÉ XIRUC

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2021

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

DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL I, en sustitución del Decano
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Jonathan Josue Emanuel Garcia Gorizalez
Vocal: Lic. Rodolfo Anibal Garcia Hernandez
Secretario: Lic. Manuel Roberto Garcia del Cid

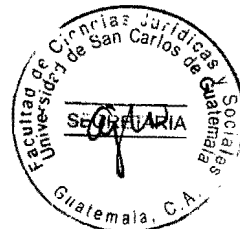
Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marvin Omar Castillo García
Vocal: Lic. Eddy Aguilar Muñoz
Secretario: Licda. Yesenia Rodriguez

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



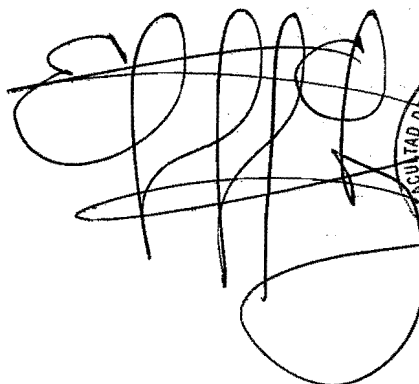
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, ocho de marzo de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante STTIVE ELIUTT QUICHÉ XIRUC, titulado RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO PRIVADO DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES (TRUST) DENTRO DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, PARA LA ADMINISTRACIÓN EN BENEFICIO DE TERCEROS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

AJLR/JP.


Circular stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, SECRETARIA, GUATEMALA, C. A.


Circular stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, DECANATO, GUATEMALA, C. A.



Guatemala, 17 de agosto de 2020.

LIC. GUSTAVO BONILLA
JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Estimado Licenciado:

Respetuosamente a usted informo que procedí a revisar la tesis del bachiller **STTIVE ELIUTT QUICHÉ XIRUC**, la cual se titula **RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO PRIVADO DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES (TRUST) DENTRO DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, PARA LA ADMINISTRACIÓN EN BENEFICIO DE TERCEROS.**

Le recomendé al bachiller algunos cambios en la forma, estilo, gramática y redacción de la tesis, por lo que habiendo cumplido con los mismos emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se le otorgue la correspondiente orden de impresión.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

[Firma manuscrita]

Licda. Nineth Faviana Tejax Aquino
Docente Consejera de la Comisión de Estilo

c.c. Unidad, estudiante,

LIC. José Eduardo Lejá Lec
Abogado y Notario
Colegiado 9,549

Guatemala, 06 de marzo del 2020



Licenciado. **Roberto Fredy Orellana Martínez**
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Respetable licenciado:

Atentamente me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que he cumplido con el nombramiento de **ASESOR** de tesis del bachiller **STTIVE ELIUTT QUICHÉ XIRUC**, en la realización del trabajo de tesis titulado **“RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO PRIVADO DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES (TRUST) DENTRO DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, PARA LA ADMINISTRACIÓN EN BENEFICIO DE TERCEROS”**, respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) Asesoré el trabajo presentado por el bachiller Sttive Eliutt Quiché Xiruc, habiéndole sugerido algunas correcciones, las cuales fueron tomadas en cuenta por el sustentante.
- b) Se puede establecer que el sustentante aplicó los métodos y técnicas, atinentes, al tema y de la necesidad técnica y jurídica, en donde se logró confirmar la hipótesis planteada a raíz de la investigación sobre el tema del reconocimiento del contrato privado de administración de bienes (*trust*) dentro de la legislación guatemalteca, para la administración en beneficio de terceros.

LIC. José Eduardo Lejá Lec

Abogado y Notario

Colegiado 9,549

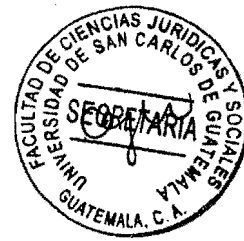


- c) La redacción del trabajo de tesis es congruente con los temas tratados en la investigación, ya que el mismo se encuentra elaborado conforme la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con la disciplina.
- d) La bibliografía utilizada por el sustentante, es la adecuada para la consecución de los fines de la presente investigación.
- e) El infrascrito asesor, hace constar que no tiene ningún vínculo de parentesco con el sustentante, dentro de los grados que establece la ley.
- f) En base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que apruebo el trabajo de investigación, emitiendo para el efecto **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis revisado.

Sin otro particular, me es grato suscribirme del señor jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez, con las muestras de mi alta consideración y estima.

Lic. José Eduardo Lejá Lec

Colegiado No. 9549



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 23 de septiembre de 2019.

Atentamente pase al (a) Profesional, JOSE EDUARDO LEJA LEC
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
STTIVE ELIUTT QUICHÉ XIRUC, con carné 201402677,
 intitulado RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO PRIVADO DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES (TRUST) DENTRO
DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, PARA LA ADMINISTRACIÓN EN BENEFICIO DE TERCEROS.

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.

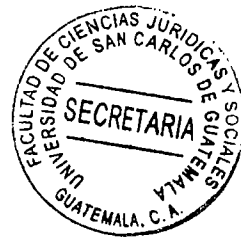
LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 23 / 01 / 2020

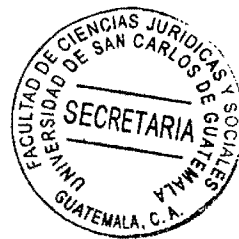
Jose Eduardo Leja Lec
 NOTARIO
 Asesoría de Tesis
 (Firma y Sello)





DEDICATORIA

- A DIOS:** Mí proveedor de sabiduría. A él sea la honra, la gloria, la alabanza y la adoración.
- A MIS PADRES:** Esdras Eliú Quiché Mucía y Miriam Leticia Xiruc Ajcot. Por su amor y apoyo incondicional.
- A MI HERMANO:** Santiago Alexander Quiché Xiruc. Por su apoyo y sus buenos deseos.
- A MIS ABUELOS:** Santiago Gaspar Quiché Toc e Hilda Mucía Ajpuac. Lucas Francisco Xiruc Tax (Q.E.P.D.) y Miriam Ajcot Sosof. Por sus sabios consejos.
- A MI FAMILIA EN GENERAL:** Con inmenso cariño.
- A LA FAMILIA:** Quiché Marroquín. Por todo el cariño y apoyo que me brindaron.
- A MIS AMIGOS:** Por todos los momentos compartidos.
- A MIS ASESORES:** Por el apoyo brindado.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

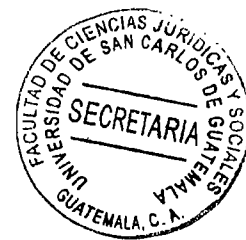


PRESENTACIÓN

El trabajo de tesis pertenece a la rama del derecho mercantil y es de carácter cualitativo. Tiene por objeto de estudio el contrato (*trust*) para la administración de bienes, realizando un análisis jurídico que permita diferenciar este contrato de cualquier otro que este regulado en la legislación guatemalteca, de tal manera que se establezca la problemática actual ocasionada por la falta de regulación del mismo, y por lo tanto pueda comprenderse la importancia y conveniencia de reconocer el Convenio sobre la ley aplicable al *trust*.

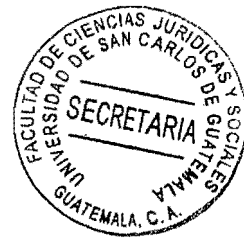
Los sujetos de estudio fueron las personas que intervienen en el contrato. El contexto diacrónico es el municipio de Guatemala, departamento de Guatemala; el contexto sincrónico comprende del año 2018 al 2019. La normativa legal nacional e internacional analizada es la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código de Comercio de Guatemala, el Convenio sobre la ley aplicable al *trust*.

Con el resultado de la investigación realizada se espera que sea un aporte importante y que sirva para los estudiantes y docentes de las universidades del país, para el estudio de este contrato en particular ya que cada día es más común encontrarnos con uno o varios elementos de extranjería en el desarrollo del derecho en Guatemala, la globalización ha derribado las murallas que separaban los mundos físicos, pero esto supone también el derribo o al menos la adaptación de los mundos jurídicos, con el fin de profundizar en el conocimiento y desarrollo del ordenamiento propio.



HIPÓTESIS

La falta de ratificación del Convenio sobre la ley aplicable al *trust*, ocasiona que en Guatemala, el único contrato de administración de bienes sea el fideicomiso de administración, por el cual solo los bancos y las sociedades financieras debidamente autorizadas por la Junta Monetaria pueden actuar como fiduciarios, lo que atenta contra el principio de libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad regulados en el Código Civil y en el Código de Comercio de Guatemala, lo que impide ajustarse en cada momento a las circunstancias personales y patrimoniales de las personas particulares ya sean individuales o jurídicas quienes entregan bienes en administración para beneficio de terceros.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Durante el proceso de investigación y al realizar un análisis profundo de las funciones y características del contrato *trust*, reguladas en el Convenio sobre la ley aplicable al *trust*, se comprobó que la falta de reconocimiento del contrato de *trust* en Guatemala, contraviene la agilidad y flexibilidad de la contratación mercantil, pues se constató que se vulnera el derecho de propiedad privada sobre los bienes que una persona desea colocar en administración, debido a la incertidumbre respecto a la estabilidad en el sistema bancario y el temor de que estos factores conduzcan a ocasionar pérdidas para los interesados.

El método utilizado para la comprobación de la hipótesis fue el inductivo, el cual sirvió para establecer la necesidad de reconocer el contrato *trust* dentro de la legislación guatemalteca, para la administración de bienes en beneficio de terceros.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

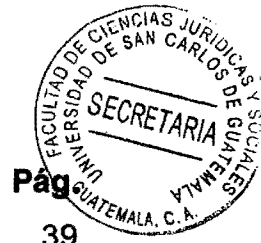
1. Derecho mercantil.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Definición.....	5
1.3. Características.....	6
1.4. Principios fundamentales.....	9
1.5. Relación del derecho mercantil con otras ramas del derecho.....	13

CAPÍTULO II

2. El contrato en general y en el ámbito mercantil.....	17
2.1. Elementos.....	18
2.2. Principios.....	19
2.3. Clasificación doctrinaria de los contratos.....	23
2.4. La contratación mercantil.....	27
2.4.1. Diferencia con la contratación civil.....	29
2.4.2. Principios de la contratación mercantil.....	30
2.4.3. Clasificación.....	30
2.4.4. Modalidades de contratación.....	33

CAPÍTULO III

3. El contrato de fideicomiso.....	35
3.1. Antecedentes históricos.....	35
3.2. Definición.....	36
3.3. Naturaleza jurídica.....	38



3.4. Características	39
3.5. Elementos	40
3.6. Clasificación	46
3.7. Derechos y obligaciones de los sujetos.....	52

CAPÍTULO IV

4. Reconocimiento del contrato privado de administración de bienes (<i>trust</i>) dentro de la legislación guatemalteca, para la administración en beneficio de terceros	59
4.1. Surgimiento del <i>trust</i>	59
4.2. Definición	61
4.3. Elementos	61
4.4. Clasificación	63
4.5. Diferencias y similitudes con el fideicomiso.....	64
4.6. Convenio sobre la ley aplicable al <i>trust</i>	66
4.7. Legislación comparada	69
4.8. Beneficios de su ratificación	78
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	83
BIBLIOGRAFÍA	85



INTRODUCCIÓN

Actualmente en los contratos de fideicomiso de administración se limita a que los únicos que poseen la hegemonía para administrar bienes son los bancos y las entidades financieras autorizadas por la Junta Monetaria, la ausencia de la figura del *trust* en Guatemala, ocasiona que las personas individuales o jurídicas no puedan administrar bienes de terceros, lo cual impide que la misma se lleve a cabo de forma ágil y flexible, impidiendo cumplir múltiples funciones sin ajustarse en cada momento a las circunstancias personales y patrimoniales de los interesados, vulnerándose con ello el principio de libertad de forma, autonomía de la voluntad y libertad contractual.

El objetivo general fue comprobar la necesidad del reconocimiento del contrato privado de administración de bienes *trust* dentro de la legislación guatemalteca, para la administración en beneficio de terceros. Se alcanzó el objetivo general porque se constató, mediante lecturas de diversas fuentes bibliográficas y el análisis de la legislación comparada, los beneficios que conlleva el reconocimiento del *trust* y que por la falta de regulación, no existe agilidad en la contratación.

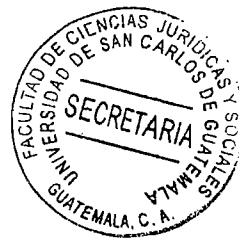
La falta de ratificación del Convenio sobre la ley aplicable al *trust*, ocasiona que el único contrato de administración de bienes sea el fideicomiso de administración, del cual solo los bancos y las sociedades financieras autorizadas por la Junta Monetaria pueden ser fiduciarios, lo que atenta contra el principio de libertad de contratación regulado en el Código Civil y en el Código de Comercio de Guatemala, lo que impide ajustarse en



cada momento a las circunstancias patrimoniales de los las personas. Se comprobó la hipótesis, pues se constató la vulneración al derecho de propiedad privada sobre los bienes que una persona desea colocar en administración porque el contrato de fideicomiso de administración causa pérdidas para los interesados.

El contenido de la investigación se divide en cuatro capítulos: el primero contiene el estudio del derecho mercantil; en el segundo se analizan los contratos civiles y mercantiles; en el tercero se hace referencia al contrato de fideicomiso; y en el cuarto se analiza el tema central que es el reconocimiento del contrato privado de administración de bienes (*trust*) dentro de la legislación guatemalteca, para la administración en beneficio de terceros. Los métodos utilizados fueron: inductivo, analítico y sintético. Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica y la observación.

Finalmente se incluye la conclusión discursiva y la bibliografía, con la expectativa de que el presente trabajo contribuya a la discusión científica de tan importante tema, como lo es el contrato privado de administración de bienes *trust* para la administración en beneficio de terceros, así como sus funciones, características y obligaciones. Se pretende provocar una reflexión en el tema, para que aquellos actores facultados para tomar medidas jurídicas y de hecho para solventar la problemática, puedan atender la relación jurídica que en la actualidad se vive, pues de esta manera se estaría dándole al comercio el realce que merece lo que permitiría el adecuado cumplimiento del Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



CAPITULO I

1. 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 dedicados a actividades de comercio, 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. Antecedentes

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. Los antecedentes del derecho mercantil se pueden agrupar en tres etapas fundamentales que son: edad antigua, edad media y edad moderna.

En la edad antigua específicamente en: "Grecia, todo el comercio se desarrollaba en el mar por eso existieron dos instituciones: Préstamo a la gruesa ventura, negocio por el cual un sujeto realizaba un préstamo a otro condicionado el pago por parte del deudor, a



que el barco partiera y regresara exitosamente de su destino. Echazón: El capitán del barco podía aligerar el peso de la carga echando las mercaderías al mar y sin responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura, en el derecho marítimo se le conoce como avería gruesa. Leyes de rodias: Eran un conjunto de reglas o leyes destinadas a regir el comercio marítimo.”¹

Nótese que desde tiempos remotos ya 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.

En Roma se mencionan importantes antecedentes: “Normas aplicables al comercio pero no una distinción entre el derecho civil y el derecho mercantil. *Actio institoria* que permitía reclamar del dueño de una negociación mercantil, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la persona que se había encargado. *Actio exersitoria* que era contra el dueño de un buque, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por su capitán. *Nauticum foenus* que regulaba el préstamo a la gruesa, es decir aquel cuya exigibilidad está condicionada por el feliz retorno de un navío y en el que se conviene fuerte rédito, esto es que un capitalista o un banquero prestaba fondos a un comerciante y estipulaba un fuerte interés si el navío llegaba a su destino, en caso

¹ Figueroa Orellana, Héctor Fernando y Olga Elizabeth Vásquez Mérida. **Fase privada, derecho mercantil.** Pág. 5.

contrario perdería el capital e interés. La *lex hodia de iactu*, que es la que regula la echazón.”²

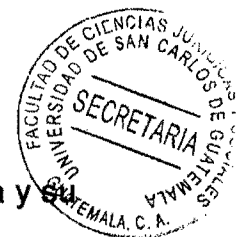
De lo ocurrido en Roma se puede afirmar que el comercio alcanzó un desarrollo importante, no obstante las actividades comerciales estuvieron reguladas por las normas que regían a todos los contratos, a pesar de que es posible identificar algunas normas que regulaban ciertos aspectos muy específicos del comercio se trataba de normas de derecho civil que regulaba relaciones jurídicas entre los ciudadanos. Pues ninguna sociedad antigua desarrolló un conjunto de normas sistematizadas con el propósito exclusivo de regular las relaciones comerciales tal como sucede en la actualidad.

La edad media tuvo su importancia como se describe a continuación: “La actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían al tráfico comercial porque lo consideraban deshonoroso. Fuera de los feudos se formaron las villas o pueblos, donde estaba la burguesía comerciante. La importancia de la burguesía era la riqueza que producía por el tráfico comercial. La monarquía encuentra en los comerciantes su mejor aliado. Los estimula en su función y con ello se principia a definir lo que hoy se conoce como derecho mercantil.”³

Esta época fue trascendente para el derecho mercantil, pues se evidenció el arranque como disciplina jurídica autónoma, pues se separa por completo del derecho civil, lo

² *Ibíd.* Pág. 6.

³ *Ibíd.* Pág. 7.



cual es fundamental para que pueda establecerse de mejor manera su importancia y su objeto de estudio, ya que el comercio cobra auge porque el señor feudal se dio cuenta que traía mayores beneficios económicos que la agricultura, que era la actividad principal desde tiempos antiguos, porque siempre estaban tras el lucro. Lo fundamental son las normas consuetudinarias de los gremios de los comerciantes medievales, como por ejemplo de estas normas podemos mencionar al Consulado del Mar del siglo XII.

La edad moderna, "Parte del descubrimiento de América, el cual se dio por la búsqueda realizada por países europeos, la vía marítima seguía siendo una de las principales para la comercialización de productos. En esa época a la legislación se denominó ordenanzas y se les ha considerado el precedente de codificación, se transformó en la ley general del reino y además se extendió por América. Siguiendo estas ideas y en un esfuerzo por sistematizar la legislación por materia y reunir las en un solo ordenamiento, Napoleón expidió el código mercantil de 1807." ⁴

A raíz de las invasiones napoleónicas a gran parte del territorio europeo, se impuso el modelo de codificación del derecho en gran parte de Europa, éstas a su vez, transmitieron el modelo napoleónico a sus colonias rigiendo durante largos años.

En cuanto a los antecedentes del derecho mercantil guatemalteco, ha quedado plasmado que al principio se regía por la legislación española, siendo hasta el año de 1877 que se promulgó el primer Código de Comercio, el segundo fue en el año de 1942 y en el año de 1970 se promulgó el actual Código de Comercio de Guatemala.

⁴ *Ibíd.* Pág. 8.



1.2. Definición

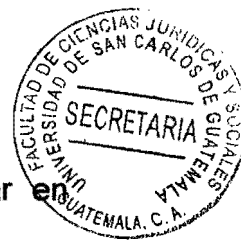
La doctrina define al derecho mercantil de la siguiente manera: “La rama del derecho privado que tiene por objeto la regulación de las empresas mercantiles y los actos de comercio realizados en masa por las mismas, así como los actos que recaigan típicamente mercantiles.”⁵

La definición del referido autor es acertada porque evidencia el objeto concreto de esta disciplina jurídica que se enfoca en los comerciantes como en las empresas mercantiles, pero sin dejar de lado los actos de comercio, de manera que da a entender que estos constituyen el motor de esta disciplina jurídica. Por otra parte, hace énfasis en la rama del derecho a la cual pertenece y es al derecho privado, lo que denota que es un derecho que se da típicamente entre particulares que es una de las particularidades del derecho privado.

También se define el derecho mercantil como: “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.”⁶

⁵ Pineda Mejía, Raúl Antonio. **Escritura de constitución de las sociedades de capital variable**. Pág. 1.

⁶ Vivante, César. **Derecho mercantil**. Pág.19.



Esta definición también contiene aspectos trascendentales que hay que tomar en cuenta, empezando por la ubicación dentro de la sistemática jurídica, lo cual concuerda con el primer autor citado; auriado a ello, se menciona el objeto pero de forma diferente a como lo hace el primer autor, pero no se aparta de los actos de comercio, así como de los intereses puramente privados.

Se puede definir como una rama del derecho privado, que consiste en un conjunto de teorías, doctrinas, principios, instituciones y normas jurídicas que pueden estar codificadas o no codificadas y estudian a los comerciantes y sus auxiliares, el Registro Mercantil, las cosas mercantiles y las obligaciones y contratos mercantiles.

1.3. Características

En el derecho mercantil, el comercio es la materia que atañe, por lo tanto las características se basan particularmente en el trato de los negocios en masa, de los constantes cambios del mercado, la rapidez con que se dan los negocios y la forma de desenvolverse ya sea a un nivel nacional o internacional, estas particularidades inciden en las características, por lo que es procedente mencionar entre las más importantes las que a continuación se detallan.

a) 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 menos oneroso, lo cual trae como consecuencia mayor ganancia, por esta razón se necesita forzosamente que las normas jurídicas del derecho mercantil no obstaculicen los negocios jurídicos para no ocasionar pérdidas económicas al comerciante.

b) Es poco formalista

Para la mayoría de contratos mercantiles y negocios jurídicos no se requieren mayores formalidades, tal es el caso de los de contratos regulados en el Código de Comercio de Guatemala, 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 exige de algunos requisitos rigurosos que impiden 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, pero fuera de estos casos, el derecho mercantil da opción para que las partes en la negociación, es decir los contratantes, puedan negociar como mejor les parezca.

c) La internacionalidad

“Se manifiesta a través de convenios, tratados, acuerdos, convenciones, proyectos, guías jurídicas, principios generales, que están de acuerdo y son aplicables a todos los



sistemas sociales, políticos y económicos con los cuales se dota de agilidad y seguridad a las operaciones comerciales, dichos instrumentos son emitidos por entes internacionales relacionados con la unificación.”⁷

Se comparte la opinión anterior, ya que 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.

La actividad mercantil no tiene fronteras y busca 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 la Organización de 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.

d) Evolutivo

La doctrina establece que el derecho mercantil: “evoluciona constantemente, adaptándose al contexto social, político y económico de cada Estado, actualmente es un área del Derecho privado que regula las relaciones entre particulares y basado no sólo

⁷ Universidad Interamericana para el Desarrollo. **Derecho civil y mercantil**. Pág. 5.

en el comercio, sino en la empresa, las actividades de ésta y los sujetos asociados con ella, teniendo como principal al empresario.”⁸

Esta característica establece que si una persona compra grandes cantidades de bienes para revenderlos, esto es negociar en grandes cantidades, pero si solo compra un producto para uso personal, es una negociación netamente civil. El comercio se encuentra en constante cambio por esta razón debe adaptarse a los nuevos métodos de contratación que hoy en día existen como la contratación electrónica, la firma electrónica o formularios por internet, 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.

1.4. Principios fundamentales

Para hablar de principios es menester saber lo que es un principio, pues generalmente se les conoce como líneas directrices que inspiran a una materia para que se puedan aplicar las normas jurídicas que primero fueron creadas y luego interpretadas. Derivado de lo anterior ya se pueden mencionar algunos principios del derecho mercantil que a continuación se detallan:

⁸ *Ibíd.* Pág. 6.



a) Buena fe guardada

La doctrina expone que: “buena fe subjetiva responde a un estado de conciencia, a un convencimiento acerca de la legitimidad de nuestro derecho o de nuestra posición jurídica, el cual se funda en el propio estado de ignorancia de estar lesionando intereses ajenos tutelados por el derecho, o en la errónea apariencia de cierto acto; en fin, consiste en un estado psicológico y no volitivo. En cuanto concierne a la buena fe objetiva esta se traduce en un deber de comportamiento conforme a los presupuestos del principio, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección, transparencia, diligencia, responsabilidad, consideración del interés del otro.”⁹

Es importante tomar en cuenta que la citada autora hace énfasis en la buena fe objetiva y subjetiva, lo que demuestra la trascendencia de este principio dentro del derecho mercantil, pues desde el punto de vista subjetivo se evidencia que es el pensamiento del comerciante de actuar conforme la ley; pero el aspecto objetivo se refiere a la exteriorización de lo pensado y es aquí donde se pone de manifiesto la honestidad y transparencia que implica este principio fundamental. En otras palabras, el principio obedece al actuar correcto de todo comerciante en cualquier negociación que realice sin importar su esencia.

Este principio está establecido en el Artículo 17 de la Ley del Organismo Judicial, regula: “Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. El cual constituye un mandato general de actuar con buena fe. Dicha norma se complementa

⁹ Nené Villareal, Martha Lucía. *La presunción de la buena fe en el sistema jurídico*. Pág. 68.



con en el Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala, el cual establece: “Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutaran y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.”

Lo cataloga como principio filosófico, donde se deduce que es uno de los principios preponderantes que debe tener el derecho mercantil y que no se debe actuar en contra del mismo, pues el derecho protege a la persona del comerciante para que todo el que hacer de estos se encuadre dentro de la ley sin distinción alguna.

b) La verdad sabida

Este principio en el derecho mercantil se refiere al conocimiento que tienen los comerciantes con anterioridad tanto de las causas que originan el negocio jurídico mercantil o el acto que se celebra como de sus consecuencias, es decir que no pueden realizarse actos encubiertos que tiendan a inducir a error a la otra parte, ambos deben actuar de buena fe.

Principio también regulado en el Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala, establece: “Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutaran y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.” De la misma

manera que el principio de buena fe este principio también es catalogado como principio filosófico, es uno de los principios preponderantes del derecho mercantil del cual no se debe actuar en contra del mismo, pues el derecho mercantil protege a la persona del comerciante con la posibilidad de alegar ignorancia posteriormente de efectuado el negocio jurídico mercantil, únicamente por razón de engaño.

c) Intención de lucro

Este principio hace énfasis en que: “En el actuar del comerciante siempre hay la intención de obtener ganancia que a la postre es la compensación del riesgo corrido en el negocio.”¹⁰ 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. 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.

d) Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación

En todos los países el comercio es el que impulsa la economía, debe existir circulación de las mercancías para darle más certeza jurídica a los negocios mercantiles, dicha

¹⁰ Figueroa. Op. Cit. Pág. 7.



circulación tiene por objeto que las mercancías se muevan de un lugar a otro. Un ejemplo de este principio sería: cuando un comerciante le vende a otro cierta cantidad de zapatos para que éste último los revenda y así ambos obtener un lucro.

1.5. Relación del derecho mercantil con otras ramas del derecho

Para fines didácticos el derecho se divide en ramas o disciplinas jurídicas, pero en realidad el derecho es uno, es decir no pueden las distintas ramas de la sistemática jurídica estar aisladas, porque el estudio de cada una de ellas le sirve a la otra y en algunos casos sirve como un complemento para que esa rama tenga más consistencia, inclusive unas se aplican de forma supletoria cuando hay carencia de regulación; de esta manera, se pretende 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.

a) Derecho constitucional

La relación entre el derecho mercantil y el derecho constitucional es la más importante debido a la jerarquía normativa y la supremacía de la Constitución Política de la República de Guatemala sobre las normas ordinarias, reglamentarias e individualizadas relacionadas con el comercio. Estas no pueden contrariarse porque devienen nulas, de manera que las leyes conexas en materia mercantil deben emanar directamente de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque en ella se encuentra todo el



sustento del derecho mercantil, es decir que dicho cuerpo legal le da los parámetros a esta disciplina jurídica para poder desarrollar sus instituciones.

b) Derecho civil

Tanto el derecho mercantil como el derecho civil pertenecen al derecho privado, que se ocupa preferentemente de las relaciones entre particulares, por lo que se establece una íntima relación entre ambos. Pero el derecho civil antecede en el tiempo al derecho mercantil, respecto a ello la doctrina se pronuncia: “Porque se aplica supletoriamente en todo lo no previsto en el Código de Comercio.”¹¹

La afirmación del autor denota que el derecho civil es fundamental porque los preceptos de esta disciplina jurídica le ayudan al derecho mercantil cuando no hay nada previsto en el Código de Comercio de Guatemala o en una ley especial mercantil; esto se evidencia porque el Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 1 regula: “Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código, y en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil.”

Dicha norma se complementa con el Artículo 694 del mismo cuerpo legal el cual preceptúa: “Sólo a falta de disposiciones en este libro, se aplicaran a los negocios,

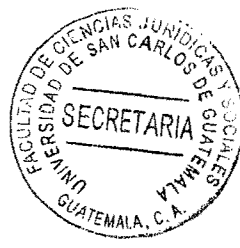
¹¹ *Ibíd.* Pág. 8.



obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil.” Este artículo dejó previsto que se aplicara el derecho civil, pero solo en segundo plano, ya que prevalece el primer cuerpo legal citado.

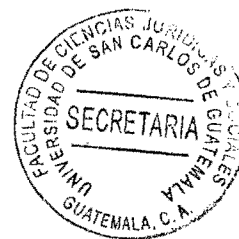
Lo anteriormente expuesto en la norma citada hace énfasis en recordar que el derecho mercantil tiene sus propios principios y estos no deben dejarse a un lado, solo cuando hay ausencia de norma en materia mercantil, se debe acudir al Código Civil para aclarar esos pasajes ambiguos, pero en concordancia 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.

Los principios del derecho mercantil deben aplicarse siempre, sólo cuando haya alguna disposición no prevista materia mercantil, se debe acudir al Código Civil para aclarar esos pasajes ambiguos, como por ejemplo la cantidad necesaria para constituir una sociedad; por esa razón no debe subsumirse la normativa mercantil dentro de la civil, he ahí la íntima relación entre estas dos disciplinas jurídicas. 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 el derecho civil se aplica supletoriamente cuando hay ausencia de regulación en materia mercantil.



c) Con el derecho notarial

La relación entre el derecho mercantil y el derecho notarial estriba en que para la mayoría de actividades que realizan los comerciantes se necesita la intervención de un notario. Tal es el caso de las asambleas de las sociedades mercantiles donde el notario da fe de lo expuesto; en materia de títulos de crédito se necesita la intervención del notario para el protesto de los títulos de crédito; cuando una persona es nombrada como representante legal de una sociedad mercantil el notario formaliza el nombramiento a través del acta notarial de nombramiento de representante legal; y en materia de contratos, para redacción de la escritura de constitución o modificación de sociedades mercantiles que por ser solemnes la ley establece que deben constar en escritura pública, excepto las sociedades de emprendimiento que en ningún caso se exigirá el requisito de escritura pública.



CAPÍTULO II

2. El contrato en general y en el ámbito mercantil

Es importante tratar el tema de la contratación en general por lo que se define el contrato como: “Acuerdo de voluntades anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.”¹²

Lo expuesto implica un acuerdo de voluntades entre las partes, destinado a reglar sus relaciones jurídicas y que no solo es un intercambio de declaraciones, es decir que voluntariamente se obligan al cumplimiento de una prestación determinada, de derechos y obligaciones de contenido patrimonial, que aunque persigan fines distintos deben ser adecuados a la ley y a las buenas costumbres porque de lo contrario sería nulo o anulable según sea el caso.

La definición legal de contrato se encuentra en el Artículo 1517 del Código Civil: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

La definición legal es congruente con la doctrinaria y si bien es cierto comparte algunos elementos con el negocio jurídico, hay que tener presente el aforismo por el cual todos los contratos son negocios jurídicos pero no todos los negocios jurídicos son contratos, ya que dentro del negocio jurídico están comprendidos tanto los actos como los

¹² Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español*. Pág. 329.



contratos, esto demuestra que para la existencia de un contrato debe producirse relaciones jurídicas entre dos o más personas. Su contenido es patrimonial, ya que de manera directa o indirecta siempre tiene contenido patrimonial, el cual debe ser lícito y que no contravenga disposiciones legales prohibitivas o de interés público.

El objeto es crear entre las partes vínculos de derechos y obligaciones, por ello se establece en la actualidad que el contrato es la fuente principal de las obligaciones. En cuanto a los elementos pueden ser esenciales, naturales y accidentales, como veremos más adelante.

2.1. Elementos

Los elementos constituyen circunstancias para que exista una institución, los más comunes del contrato son los siguientes: "1. Los esenciales comunes a todos los contratos, a un grupo de contratos, o a un contrato en particular. Son elementos absolutamente indispensables para la vida del contrato, las partes no pueden renunciarlos ni suprimirlos; 2. Los naturales. Surgen de la creación propia del contrato pero no son indispensables para la existencia del contrato, las partes pueden disminuirlos o renunciarlos, a lo cual se puede referir al tecnicismo en la redacción, o por ejemplo, tal es el caso del saneamiento; 3. Los accidentales. Lo que equivale a decir eminentemente voluntarios, aparecen en el contrato a voluntad de las partes por ejemplo: los plazos." ¹³

¹³ Contreras Ortiz, Rubén. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Pág. 210.



De lo cual se comprende que los elementos antes descritos son los que dan vida jurídica a un contrato y que los mismos por ende tendrán efectos para obligar a las partes que lo suscriben, a su vez su idoneidad para ser inscritos en los debidos registros públicos. Esos elementos son fundamentales porque determinan que el contrato sea un instrumento que comprenda las garantías de aplicación de una manera eficiente y rápida, ayudando así a que tanto el notario encargado de faccionar el instrumento público como las partes tengan la certeza jurídica de lo pactado.

También encontramos los elementos personales, reales y formales, como veremos más adelante, ya que estos difieren según la clase o tipo de contrato.

2.2. Principios

De acuerdo al estudio que se ha generado de las relaciones contractuales, se destacan los siguientes principios de la contratación:

a) Consentimiento

Constituye un principio fundamental de la contratación sin el cual no puede haber contrato, como afirma la doctrina: "sin el consentimiento no puede haber contrato, por cuanto pese a que pudieran existir los requisitos para la validez del acto jurídico, o sea agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma



prescrita por la ley, no existiría contrato, por ser la esencia de este el acuerdo de voluntades, o sea el consentimiento.”¹⁴

Este principio que toma como base la voluntad de las partes, con la finalidad que a través de la misma se pueden crear, modificar o extinguir obligaciones, sin que la misma se adolezca de vicio. El consentimiento es considerado el motor de la contratación y es un elemento complejo formado por la integración de dos voluntades que se concierten. Es un acuerdo de voluntades donde convergen dos intereses que se reúnen y constituyen una voluntad común con la diferencia que lo que para uno es un derecho, para el otro es una obligación, de modo que en una compraventa una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero.

El Artículo 1518 del Código Civil regula: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”

La norma citada es fundamental porque establece claramente en qué momento se perfecciona el contrato, de modo que constituye uno de los principios fundamentales debido a la importancia que reviste este principio de la contratación, se debe determinar el momento y lugar en que se perfecciona el consentimiento, para lo cual, es indispensable saber el régimen jurídico aplicable. En este sentido, el contrato puede celebrarse entre presentes, entre ausentes y por teléfono. La ausencia de la voluntad

¹⁴ Donaires Sánchez, Pedro. **El principio de consensualismo en el derecho de los contratos.** Pág. 8.



constituye vicio en la creación del contrato, lo cual lo haría nulo y por ende insubsistente.

b) La forma

Este principio se basa en que los contratos deben de cumplir con los requisitos establecidos en la ley con la finalidad de que los mismos en primer plano cumplan y sean idóneos para su creación y su inscripción según sea el caso.

Este principio está conterido en el Artículo 1256 del Código Civil, establece: "Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente."

La esencia de este Artículo es que las personas utilicen la forma que crean conveniente cuando no se indique taxativamente la que deba utilizarse. Hay algunos contratos y negocios jurídicos que forzosamente deben constar en escritura pública como el contrato de renta vitalicia, la donación entre vivos, el mandato, el testamento y la donación por causa de muerte; y en materia mercantil deben constar en escritura pública, la constitución de las sociedades mercantiles con excepción de las sociedades de emprendimiento y también debe constar en escritura pública el fideicomiso. Todos estos contratos y negocios jurídicos, si no constan en escritura pública, no tienen validez, por eso son considerados solemnes.



c) Autonomía de la Voluntad

“Es la potestad que tiene toda persona con plena capacidad de ejercicio, para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre albedrío cuyos efectos jurídicos serán sancionados por el derecho. Se encarna en convenios, contratos o declaraciones de voluntad que obliguen como la ley misma, siempre que lo pactado no sea contrario a esta, al orden público, a las buenas costumbres o que afecte derechos de terceros.”¹⁵

Lo que el referido autor quiere dar a entender es que la autonomía de la voluntad le da opción a la persona para que contrate según desee, pero siempre que actúe bajo la ley, de manera que este principio fija que las partes pueden pactar estipulaciones en el contrato que según lo consideren necesario en beneficio mutuo entre las partes, siempre que las mismas a su vez estén revestidas de la legalidad del caso, pero sin este elemento, el contrato deviene nulo.

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 1252 del Código Civil: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente.”

Nótese que la legislación civil le da importancia al principio de autonomía de la voluntad, aparte que también establece que puede ser expresa o tácita, lo que evidencia que hay varias formas en que las partes pueden obligarse, así cuando firman un contrato, se

¹⁵ San Vicente Parada, Aida del Carmen. **El principio de autonomía de la voluntad**. Pág. 17.



obligan a cumplir las estipulaciones del mismo, pero también cuando realizan determinados actos propios del contrato, pues aquí la voluntad es tácita. Hay que hacer mención que los principios antes aludidos son únicamente en materia civil, ya que, en otras áreas del derecho, como el caso de materia de trabajo los mismos están reglados por principios propios de dicha materia.

2.3. Clasificación doctrinaria de los contratos

En la doctrina existe una clasificación generalmente aceptada de los contratos y es la que se detalla a continuación:

- a. "Principales, cuando subsisten por sí solos; Accesorio, cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación." ¹⁶

Es decir que es principal porque tiene entidad propia, no necesita de ningún otro contrato para poder existir, tiene un fin propio e independiente. Y es accesorio porque carece de entidad propia, no tiene un fin propio e independiente, para existir necesita de la existencia anterior o simultánea de un contrato principal, al que puede complementar o servirle de garantía, su existencia, vicisitudes y extinción dependen del contrato principal al que está vinculado, como por ejemplo los contratos de subarrendamiento, indemnización, hipoteca, prenda y fianza.

¹⁶ Alvarado Sandoval, Ricardo. *El notario ante la contratación civil y mercantil*. Pág. 80.



- b. "Conmutativos, cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas determinadas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o pérdida que les causa éste; Aleatorios, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice." ¹⁷

En cuanto a los contratos conmutativos desde un principio aparece determinada la relación existente entre los beneficios y sacrificios que las partes asumen, así ocurre en el contrato de compraventa: el vendedor puede apreciar la disminución patrimonial en especie que sufre y a la vez saber exactamente el incremento en dinero que recibe, a la inversa en el caso del comprador. Y en los contratos aleatorios dicha relación no está determinada, al depender de alguna circunstancia desconocida por las partes o imprevisible, por ejemplo el contrato de lotería: la ganancia está sujeta a la suerte, realizado el sorteo el interesado sabrá cuánto ganó o cuánto perdió, pero aun en el caso de no haber ganado nada el contrato es válido, primero porque el interesado acepto la aleatoriedad y segundo porque lo sujeto, la suerte, no es la validez del contrato, sino únicamente la ganancia o la pérdida que de él pudieran derivarse.

- c. "Unilaterales, cuando la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes; bilaterales, cuando ambas partes se obligan recíprocamente." ¹⁸

¹⁷ **Ibid.**

¹⁸ **Ibid.**

En el contrato unilateral una de las partes queda obligada sin contraprestación a favor, y la otra parte tiene la acreeduría o el derecho de exigencia, es decir el deudor únicamente es deudor y el acreedor únicamente es acreedor, de esta clase de contratos podemos mencionar la promesa unilateral u opción, la donación pura y simple, el comodato y el mutuo. Al contrato bilateral también se le denomina recíproco, es aquel en que ambas partes se obligan en forma mutua, es decir ambas son acreedoras y deudoras recíprocamente de manera tal que lo que constituye acreeduría para una, constituye deuda para la otra y viceversa, las obligaciones de ambas partes nacen al mismo tiempo creando una interdependencia, de esta naturaleza son los contratos de compraventa, arrendamiento, obra, servicios profesionales y transacción.

- d. “Consensuales, cuando basta el consentimiento de las partes para que sea perfecto; Reales, cuando requieren para su perfeccionamiento la entrega material de la cosa; Y solemnes, cuando el cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley constituye un elemento de existencia del contrato.”¹⁹

Contrato consensual es aquel que se constituye o perfecciona con el solo consentimiento de las partes contratantes, aunque ninguna de las cosas o prestaciones se hubiere entregado, el acuerdo de voluntades vincula contractualmente a las partes. Es real el que para constituirse o perfeccionarse necesita además del consentimiento de las partes la entrega material de las cosas como por ejemplo el mutuo y comodato que constituyen excepciones al carácter eminentemente consensualista de los contratos civiles. En cuanto a los contratos solemnes además del consentimiento la ley requiere

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 81.



que conste en escritura pública, de manera que de no observarse esta formalidad el contrato no produce ningún efecto.

e. "Onerosos, cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuitos, aquellos en los que el provecho solamente es a favor de una de las partes." ²⁰

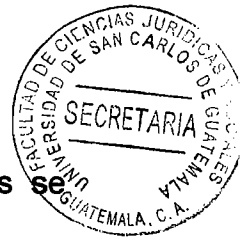
En el contrato oneroso una de las partes concede a la otra una ventaja económica a cambio de alguna utilidad o beneficio, también económico, que ella a su vez obtiene de aquélla, es decir lo que constituye disminución patrimonial para una de las partes contratantes significa incremento o aumento patrimonial para la otra y viceversa. En cuanto al contrato gratuito una de las partes tiene sólo provecho o ganancia sin pérdida alguna, en tanto que la otra únicamente tiene pérdida o detrimento económico, sin ganancia o beneficio correlativo.

f. "De tracto sucesivo, cuando el cumplimiento de las prestaciones se realiza de momento a momento; y de tracto único, cuando el cumplimiento de las prestaciones se realiza de un solo." ²¹

Los contratos de tracto sucesivo son aquellos que se utilizan para establecer relaciones contractuales que se realizan en un periodo de tiempo determinado, es decir, se utilizan para servicios continuados que poseen una determinada duración o permanencia, estos contratos poseen obligaciones periódicas por las dos partes involucradas, estos

²⁰ **Ibid.**

²¹ **Ibid.**



contratos se diferencian de los contratos de tracto único, en que estos últimos producen en un instante concreto, además, en la mayoría de ocasiones se cumplen en el mismo momento en que se realiza el contrato. Para comprender la diferencia existente entre estos contratos es menester mencionar ejemplos: por un lado, un contrato de tracto único podría ser un contrato de compraventa en el que se adquieren unos productos en un momento concreto por un determinado precio, por otro lado, un ejemplo de contrato de tracto sucesivo, sería un contrato de arrendamiento en el que se paga mensualmente o anualmente.

La clasificación mencionada por el autor es la más completa porque engloba todos los contratos regulados dentro del Código Civil, ya que es importante tener presente que cada contrato tiene un efecto diferente para cada una de las partes de la relación jurídica.

2.4. La contratación mercantil

La doctrina define el contrato mercantil como: “Aquel cuyo objeto es el tráfico comercial de la empresa, su principal característica es el estar concebido para la realización de operaciones en serie. Conteniendo cláusulas generales preestablecidas por lo que puede considerarse un contrato de adhesión, siendo el lucro su principal móvil.”²²

²² Rendón Arana, Tania Janina. **La necesidad de regular legalmente los contratos atípicos de comercialización en Guatemala.** Pág. 21.



Se comparte la opinión de la autora citada, ya que hace énfasis en lo fundamental de la contratación mercantil, puesto que menciona el elemento del lucro, el cual es preponderante dentro del derecho mercantil; también hace énfasis en que sirven para el aumento del tráfico mercantil tanto de una persona individual como jurídica que se dedica al comercio.

El Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala preceptúa: “Los contratos de comercio, no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieren formas o solemnidades especiales.”

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, Artículo 14 del Código de Comercio de Guatemala y Artículo 1576 del Código Civil, estas son la inscripción en los registros y lo más importante es que deben de



constar en escritura pública para que tengan validez, de lo contrario dichos contratos son nulos. 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.

2.4.1. Diferencias con la contratación civil

La doctrina distingue los contratos civiles de los mercantiles por lo siguiente: “Los contratos mercantiles se rigen por el Código de Comercio y leyes mercantiles; se presentan de manera masiva, tiene fines de lucro; son oneroso y gravosos, las partes son comerciantes, son poco formalistas, son dinámicos, y son estrictos para el pago no prórrogas. Los contratos civiles se rigen por el Código Civil, son gratuitos, se presentan de forma esporádica, tiene fines de consumo, se desarrolla con partes particulares, requieren cierta formalidad para su validez, son estáticos y más facilidades para el pago.”²³

Es de hacer notar que los contratos civiles son contrarios a los mercantiles, ya que en los mercantiles se aplican los principios y características del derecho mercantil, los cuales se desarrollaron en su momento, pero la esencia de estos es que haya una forma dinámica de contratación para que no se pierda la esencia de estos, aunque sí deben respetarse los principios de la contratación civil como el consentimiento, la licitud del objeto y la capacidad legal para la suscripción, pues si esto no se da, carecen de validez.

²³ Universidad Interamericana para el Desarrollo. **Contratos en derecho mercantil.** Pág. 10.



2.4.2. Principios de la contratación mercantil

Dentro de la contratación mercantil se deben aplicar los principios generales de la contratación: formulismo, consensualismo y autónoma de la voluntad, pero también hay principios específicos que son: la verdad sabida y la buena fe guardada, los cuales fueron mencionados dentro de los principios del derecho mercantil, pero aquí es necesario recalcarlos porque son los pilares en los que descansa la contratación mercantil. Pretenden la conservación y protección de los deseos e intenciones de los comerciantes, para que no haya interpretaciones arbitrarias por parte de los contratantes.

El Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala, regula, “Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.” Constituye la sustentación legal de estos principios.

2.4.3. Clasificación

Existe una clasificación generalmente aceptada de los contratos mercantiles que es mencionada por la mayoría de partidarios en la doctrina y es la siguiente:

- a. “Contratos de cambio, que realizan la circulación de la riqueza, por medio de los cuales le proporcionan al público bienes o servicios, en la clásica expresión de *du ut des* (La compraventa, la permuta, la cesión de créditos el contrato estimatorio, el suministro y las operaciones de bolsa); y en la de *du ut facies* (dar algo a cambio de un hacer), señalaremos el transporte, el contrato de obra a precio alzado, y la compraventa de cosa futura.”²⁴

En síntesis los contratos de cambio son los que procuran la circulación de la riqueza bienes y servicios. Ya sea dando un bien por otro, como por ejemplo: el contrato de compraventa y suministro; ó ya sea dando un bien a cambio de realizar un servicio como por ejemplo: el contrato de transporte y hospedaje.

- b. “Contratos auxiliares o de colaboración, o sea aquellos en los que una de las partes aporta una cooperación al desarrollo de la actividad empresarial, como en la mediación, la comisión, la edición y la representación de obras.”²⁵

En cuanto a los contratos de colaboración, son aquellos en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra, como por ejemplo los contratos de agencia, corretaje y participación.

²⁴ Gómez Calero, Juan. **Contratos mercantiles**. Pág. 7.

²⁵ **Ibíd.**

- c. “Contratos de previsión, en los que, para prever las consecuencias económicas de la realización de un riesgo, como es el caso del seguro, una parte asume tales consecuencias, mediante la correspondiente contraprestación.”²⁶

Los contratos de previsión de riesgo, son aquellos en los que una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo, como por ejemplo: el contrato de seguro y reaseguro.

- d. “Contratos de guarda o custodia, depósito y el servicio bancario de cajas de seguridad.”²⁷

También llamados de conservación, como por ejemplo: el depósito irregular y depósito en los almacenes generales de depósito y el fideicomiso.

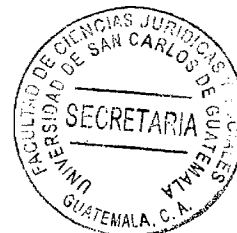
- e. “Contratos de crédito, una de las partes transmite a la otra un valor económico con el aplazamiento de la contraprestación correspondiente, préstamo, la cuenta corriente, la apertura de crédito y la capitalización.”²⁸

Los contratos de crédito son aquellos en los que al menos una parte concede crédito a la otra, como por ejemplo: la apertura de crédito, descuento, reporto y crédito documentario.

²⁶ **ibíd.**

²⁷ **ibíd.**

²⁸ **ibíd.**



f. “Contratos de garantía como la fianza, hipoteca o el fideicomiso de garantía.”²⁹

Los contratos de garantía son los que aseguran el cumplimiento de las obligaciones, como por ejemplo: la fianza y reafianzamiento. La clasificación en referencia es fundamental en materia mercantil es congruente con la esencia de cada contrato mercantil, incluso la naturaleza de cada uno se determina con dicha clasificación, pues se encuadra dentro de los contratos que regula el Código de Comercio de Guatemala.

2.4.4. Modalidades de contratación

Las nuevas modalidades contractuales en el derecho mercantil, ocasionan que se den nuevas formas de contratación diversas a las tradicionales; de modo que en materia mercantil es común encontrar los contratos de adhesión y la contratación electrónica, como una nueva modalidad de contratación por medio de internet y los contratos por internet, estas modalidades se desarrollan a continuación:

a) Contratos de adhesión

Los contratos de adhesión representan una modalidad que se encuentra como afirma la doctrina: “Vinculada a la sociedad de consumo, y ésta a su vez, se encuentra relacionada de manera semejante a la gran empresa y a la tendencia contemporánea de producir en serie bienes y servicios.”³⁰

²⁹ **Ibíd.**

³⁰ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. **Las transformaciones en la contratación mercantil.** Pág. 77.



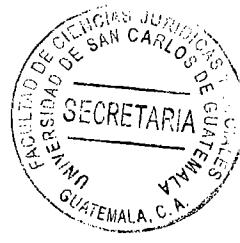
Los contratos de adhesión han proliferado en la actualidad, toda vez que se asocian con el consumo de productos en determinados establecimientos, lo cual es aprovechado por los proveedores para establecer de forma unilateral las condiciones del contrato, pero que las estipulaciones por lo general, benefician a estos y por consiguiente, perjudican a los consumidores quienes constituyen la mayoría de personas, ya que en estos contratos no hay opción a negociar sino que se aceptan o se rechazan todas las estipulaciones.

b) Contratos electrónicos

Esta es una modalidad de contratación mercantil con múltiples beneficios según afirma la doctrina: “Reducir costos de transacción en la fabricación y, sobre todo, comercialización de los bienes y/o servicios, pudiendo prescindir de intermediarios y permitir el acceso instantáneo al servicio del consumo, así como generar una nueva forma de trabajo.”³¹

La particularidad de estos contratos es que se pueden suscribir vía internet, ya que el auge de la tecnología ha contribuido que cada día se den nuevas formas de contratación; estos contratos son generalmente utilizados para comprar productos o para adquirir algún servicio, de modo que aplicando la clasificación del apartado anterior, se dice que estos contratos se parecen a los contratos de cambio, dándole la opción al contratante que pueda negociar en cualquier país del mundo y no tener que apersonarse donde se encuentra el oferente.

³¹ Nieto Melgarejo, Patricia. **El comercio electrónico y la contratación electrónica**. Pág. 58.



CAPITULO III

3. El contrato de fideicomiso

Esta institución es un tanto desconocida en el ámbito del derecho común, más aún entre los particulares, es una figura poco común desde el punto de vista de la contratación civil, por ello es un contrato eminentemente mercantil. Hoy en día esta institución 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.

3.1. Antecedentes históricos

Es importante hacer referencia al surgimiento del fideicomiso: “El fideicomiso tiene sus antecedentes más remotos en la época de los romanos, en la cual se entendía al fideicomiso como un negocio de confianza o de un encargo que deriva de la fe que se tiene en alguien. De esta forma, y particularmente en el campo hereditario, mediante el fideicomiso se lograba la transmisión de bienes a personas que de acuerdo con las leyes no podían heredar, transmitiendo los bienes a una persona con el encargo de retransmitirlos a quienes se quería beneficiar. Apareció como un negocio fiduciario pero sin la intención de burlar la ley o constituirse en un negocio simulado.”³²

³² Guerra Vargas, Gerardo. *El fideicomiso como medio auxiliar de administración*. Pág. 2.



Al hablar de fideicomiso se debe utilizar la palabra clave que es administración, pero en el derecho romano se utilizaba para administrar bienes inmuebles, de donde se desprende que debía existir confianza plena en una persona y que esta va actuar de buena fe, por eso es que esta última es trascendental en todos los contratos mercantiles, ya que las personas no podían arriesgarse a perder sus bienes si se los confiaban a alguien que no tenía la capacidad suficiente para esto, de este modo se podía beneficiar cualquier persona porque podía confiarle plenamente la administración de los bienes a otra.

3.2. Definición

La doctrina define al fideicomiso como: “Una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.”³³

Como se puede apreciar, se hace énfasis que dentro del contrato de fideicomiso debe existir una relación jurídica fiduciaria, cuestión que es acertada, pues se refiere a un nexo que une a determinadas personas: una persona que entrega bienes para un fin determinado llamada: fideicomitente, y otra que se encarga de cumplir ese fin a través de la gestión del patrimonio recibido llamada: fiduciario, a favor de un tercero llamado: beneficiario.

³³ Corzo De la Colina, Rafael. *El fideicomiso, alcances, alternativas y perspectivas*. Pág. 48.



También se define como: “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. Por otra parte, 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.”³⁴

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.”

Lo expuesto demuestra 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.

Para definir adecuadamente el contrato de fideicomiso es oportuno 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

³⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Pág. 164.



contratos denominados de conservación, cuyo objetivo es conservar los bienes que están siendo administrados. 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, transmite bienes a otra persona llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

3.3. Naturaleza jurídica

El fideicomiso es un contrato *sui géneris*, como afirma la doctrina: “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).”³⁵

Es acertada la afirmación de este autor en lo concerniente a la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que hace referencia a un contrato muy particular donde se ponen en juego intereses de terceros respecto de sus bienes, pues los mismos pueden verse afectados si no se designa a una persona correcta para que se encargue de conservar adecuadamente los bienes y en algún momento podría tener repercusiones.

³⁵ Vásquez Martínez, Edmundo. *Instituciones de derecho mercantil*. Pág. 666.



3.4. Características

La doctrina ha uniformado criterios en lo que respecta a las características del fideicomiso, máxime tantos de un contrato mercantil, no pueden obviarse las que convergen en la mayoría de contratos de esta índole. 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:

- a. "Principal, porque subsiste por sí solo.
- b. Bilateral, en virtud que las partes se obligan recíprocamente.
- c. Oneroso, en virtud que se estipulan provechosos y gravámenes recíprocos.
- d. Conmutativo, porque las prestaciones son ciertas desde que se celebra el contrato, por lo que se deben y conocen desde el principio los beneficios.
- e. De ejecución instantánea, porque se agota en la ejecución inmediata y no en forma diferida.
- f. Solemne porque debe constar en escritura pública."³⁶

³⁶ Ramírez Gaitán, Daniel Ubaldo. **Contrato de fideicomiso en Guatemala**. Pág. 37.

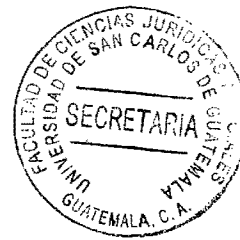


Todas las características enumeradas deben converger para que pueda cumplirse la finalidad del fideicomiso. De esta manera, el contrato objeto de estudio no depende de ningún otro, ya que tiene elementos propios, por eso es principal y los efectos son fundamentales. La onerosidad del contrato es fundamental 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.

La característica de contrato conmutativo es fundamental toda vez que las partes tienen un cúmulo de derechos y obligaciones. Y en lo que respecta a la bilateralidad, 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, de modo que solo en estos casos va a ser unilateral, de lo contrario, deberá ser bilateral, por la concurrencias de más de una persona en la negociación.

3.5. Elementos

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.



a) 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.

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." Fuera de los casos mencionados, nadie más puede ser fiduciario, ya que un particular no puede realizar la labor porque riñe con la legislación, de manera que estaría actuando al margen de la ley.

El fideicomisario 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 establece: "Fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario



sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior.”

En la parte conducente respecto al fideicomisario este Artículo claramente hace alusión a que puede ser cualquier persona que en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo, lo que demuestra que no hay un perfil específico para que alguien pueda ser fideicomisario, situación que es acertada dentro de la ley.

b) Real, objetivo o material

Generalmente en el contrato de fideicomiso se menciona como elemento fundamental el patrimonio fideicometido, como establece la doctrina: “El ámbito del contrato y sus características son: a) versa sobre aspectos patrimoniales que no se extinguen con la muerte.”³⁷

El autor 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.

Al tenor de lo que establece el Artículo 777 del Código de Comercio de Guatemala: “El patrimonio fideicometido, solamente responderá: 1°. Por las obligaciones que se refieren

³⁷ Alvarado. Op. Cit. Pág. 523.



a fin del fideicomiso. 2°. De los derechos que se haya reservado al fideicomitente. 3°. De los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso.”

De lo anterior se infiere que lo imperativo en esta figura es la patrimonialidad, es decir que se refiere a todo un patrimonio son bienes, derechos y obligaciones, 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. 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.

También integran el elemento real la remuneración que debe pagarse al fiduciario, el Artículo 793 del Código de Comercio de Guatemala, establece: “Los honorarios del fiduciario podrán ser a cargo del fideicomitente, del fideicomisario o de ambos; en todo caso, el fiduciario tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de honorarios, créditos y de los gastos del mismo fideicomiso, que tuvieren que hacerse efectivos con los bienes fideicometidos.”

Al tenor del Artículo anterior del mencionado cuerpo legal, se establece que la remuneración debe pagarse al fiduciario, el cual en su parte conducente hace énfasis en que los honorarios del fiduciario podrán ser a cargo del fideicomitente, del fideicomisario o de ambos. El monto y el momento del pago de la remuneración del fiduciario son de los factores más relevantes en el sistema de incentivos creados por el contrato. Existen diferentes tipos de criterios para fijar su cuantía: horario fijo, porcentaje sobre los costos



de obra, porcentaje sobre las ganancias o combinaciones de ellos. Por otra parte los pagos pueden ser realizados en forma regular por ejemplo: mensualmente, o por etapas de obra.

Dentro de los elementos reales del contrato de fideicomiso es oportuno mencionar el consentimiento porque 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, por lo que se debe recordar que los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, tal como lo establece el Código Civil.

c) 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 la doctrina son: "Aquellas formas que por ministerio de ley constituyen un requisito esencial del contrato, su falta, en consecuencia, acarrea la nulidad del mismo."³⁸

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

³⁸ Aguilar Guerra, Vladimir. El negocio jurídico. Pág. 206.



sustancia del contrato, la importancia significa solemnidad y para cumplir con dicha forma es que el Código de Comercio de Guatemala, en el artículo 771 regula: “El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimado de los bienes. Los jueces de Primera Instancia del Rano Civil, a solicitud de parte y con opinión favorable de la Procuraduría General de la Nación, podrán constituir fideicomisos en los casos en que por la ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes. El fiduciario nombrado judicialmente sólo será administrador de los bienes.”

El Artículo anterior es taxativo al 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, a lo que se le conoce como nulidad absoluta, pues no nace a la vida jurídica.

Esta formalidad es para darle mayor certeza jurídica 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. Que conste en escritura pública es el requisito esencial, solo existe una excepción y es el documento privado, pero solo cuando se trate de fideicomiso de inversión.

Tal excepción se encuentra regulada en el Artículo 76 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, el cual establece en la parte conducente: “El documento constituido de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones podrá constar en documento

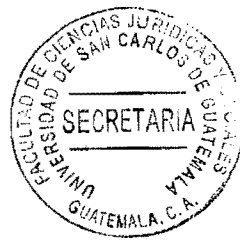


privado; y la emisión y negociación de los certificados fiduciarios a que se refiere el presente artículo estarán sujetas únicamente a los requisitos que esta ley establece para realizar oferta pública de valores emitidos por sociedades mercantiles.”

El Artículo anterior en la parte conducente establece la excepción a la forma solemne, esto se debe a que el sistema financiero moderno en su deseo por garantizar un flujo oportuno y eficiente de recursos hacia distintas áreas de la actividad económica del país, ha propiciado el surgimiento y desarrollo de diversos instrumentos financieros que responden de manera oportuna a las necesidades de los diversos agentes económicos, de esta forma se hace más frecuente la utilización de instrumentos como las carteras de inversión, enfocadas hacia diversas actividades y propósitos específicos.

3.6. Clasificación

Son tres las modalidades o clases más comunes de fideicomiso las cuales son: el fideicomiso de garantía, el fideicomiso de inversión y el fideicomiso de administración, de manera que los estudiosos del derecho mercantil han llegado a la conclusión que estas formas son las más comunes, por lo que se desarrolla cada una de ellas para entender de mejor manera la importancia de este contrato y que sea una fuente de incentivo para quienes quieran hacer uso del mismo y obtengan los beneficios correspondientes, pero se incluye el fideicomiso público porque también es trascendental para las partes.



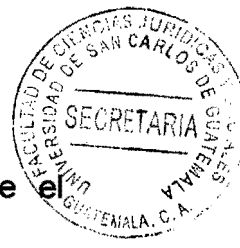
a) Fideicomiso de garantía

Se encuentra regulado en el Artículo 791 del Código de Comercio, el cual preceptúa: "Si se tratare de fideicomisos de garantía, en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario, siendo nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta. Las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilarán a los créditos con garantía real. El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor."

En el Artículo anterior del mencionado cuerpo legal, se expresa una clase de fideicomiso en particular, denominado fideicomiso de garantía, el cual no está definido, si no, indica únicamente las consecuencias que se pueden dar, en caso de incumplimiento del deudor, como lo es la venta de subasta pública de los bienes fideicometidos.

Este fideicomiso se constituye con el fin de adquirir una obligación crediticia, en ellos figura una persona como deudor del un préstamo generalmente, el fideicomitente toma la decisión de entregar los bienes a un fiduciario, también procede a designar como fideicomisario a la persona o personas que serán sus eventuales acreedores.

La especial finalidad de este tipo de negocio, consiste en que los acreedores del fideicomitente se garantizan que en caso de incumplimiento, el fiduciario va a liquidar los bienes que le entregó el fideicomitente. Es decir que con los bienes se pagará



proporcionalmente todas las obligaciones que hayan quedado insolutas y que el patrimonio respalda.

La doctrina afirma: "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." ³⁹

Esta modalidad de fideicomiso es de gran ayuda para los bancos del sistema o las sociedades financieras privadas, pues como fiduciarios, se aseguran que el deudor les pagará la deuda que tienen con las referidas entidades, pero en este caso no hay traslado del bien sino que el banco es quien dispone del bien; algunas personas prefieren el uso de este contrato porque puede hacerse cambio de acreedor sin sustituir la garantía y es independiente del proceso de otorgamiento de crédito, de modo que constituye una forma ágil en caso de incumplimiento de la obligación.

b) Fideicomiso de inversión

La doctrina lo define como: "Aquel en que los bancos como fiduciarios reciben fondos de sus clientes inversionistas para ser invertidos en instrumentos de alta rentabilidad y mínimo riesgo." ⁴⁰

³⁹ Paz Álvarez, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. pág. 108

⁴⁰ Morena, Antonia Anguita. **El fideicomiso en Guatemala**. Pág. 256.



En síntesis la doctrina hace alusión que el fideicomiso de inversión es un contrato mediante el cual los bancos y las sociedades financieras privadas, reciben bienes de los fideicomitentes con el encargo de invertirlos en valores confiables, abonando al fideicomisario, que a su vez puede ser el mismo fideicomitente, el producto de dichas inversiones.

Esta clase de fideicomiso se encuentra regulada en la Ley de Mercado de Valores y Mercancías en el Artículo 76, el cual establece en la parte conducente: "Tanto los bancos y las sociedades financieras privadas, como los fiduciarios delegados, podrán fungir como fiduciarios de fideicomisos constituidos para la inversión en valores que se encuentren en oferta pública. El documento constituido de fideicomiso de inversión, así como sus modificaciones podrá constar en documento privado; y la emisión y negociación de los certificados fiduciarios a que se refiere el presente artículo estarán sujetas únicamente a los requisitos que esta ley establece para realizar oferta pública de valores emitidos por sociedades mercantiles."

El Artículo anterior establece en la parte conducente que esta clase de fideicomiso se constituye 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, de modo que 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.



c) Fideicomiso de administración

La doctrina afirma que: "Bajo esta modalidad el propietario de bienes que por cualquier razón no quiera administrarlos personalmente, confiando en la seriedad, la experiencia y los conocimientos especializados que el fiduciario tiene sobre los negocios y sobre las actividades financieras y bursátiles, se los transfiere, para que este se encargue de su administración."⁴¹

Como se puede apreciar, en esta modalidad de fideicomiso una persona que por cualquier motivo no quiera administrar sus propios bienes, constituye fideicomiso en favor de otra, pero esta solamente podrá ser un banco, de manera que procede a la entrega de sus bienes al banco fiduciario para que éste los administre y entregue sus productos al propio fideicomitente, es decir, al propietario de los bienes, 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.

d) Fideicomiso público

La doctrina lo define como: "Un contrato por medio del cual la administración pública, por intermedio de alguna de sus dependencias, como fideicomitente, transfiere la propiedad de bienes del dominio público o privado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario, para realizar un fin lícito y determinado, de interés público."⁴²

⁴¹ Ramírez. *Op. Cit.* Pág. 71.

⁴² *Ibíd.* Pág. 76.



Se comparte la definición anterior ya que los fideicomisos públicos son instrumentos jurídicos creados por la administración pública para cumplir con una finalidad lícita y determinada, a efecto de fomentar el desarrollo económico y social a través del manejo de los recursos administrativos por una institución fiduciaria. Asimismo, mediante el contrato de fideicomiso público se da seguimiento a diversos programas y proyectos estatales que persiguen el bien común.

Esta clase de fideicomiso se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Presupuesto, en el Artículo 33, que preceptúa: “Los recursos financieros que el Estado asigne con obligación de reembolso a sus entidades descentralizadas y autónomas para que los inviertan en la realización de proyectos específicos de beneficio social y que produzcan renta que retorne el capital invertido, podrán darse en fideicomiso. Asimismo, los Fondos Sociales podrán ejecutar sus proyectos bajo dicha figura. Los fideicomisos se construirán en cualquier Banco del sistema nacional.”

El Artículo anteriormente citado es la pauta para establecer que en el contrato de fideicomiso público necesariamente deben intervenir:

Como fideicomitente: para las entidades de la administración central el Estado de Guatemala, representado por el Ministro que corresponda, quién actúa como Mandatario del mismo, o una entidad descentralizada o autónoma, a través de su autoridad superior.

Como fiduciario: los bancos del sistema o entidad financiera.



Y como fideicomisario: generalmente es el Estado de Guatemala, la entidad descentralizada o autónoma o algún sector específico beneficiado con los programas y proyectos a ejecutar a través del fideicomiso.

Este tipo de fideicomiso se constituye mediante escritura pública, en la cual se plasma las condiciones que regirán el mismo. De la misma forma prevé que todos los recursos financieros que el Estado asigne con obligación de reembolso se puedan constituir en fideicomiso, y estos sirven para que las entidades puedan realizar algún proyecto en beneficio de la población para velar por el bien común.

3.7. Derechos y obligaciones de los sujetos

A continuación se describen los derechos y obligaciones más importantes de los sujetos que intervienen en el contrato de fideicomiso, es decir, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

a) Derechos y obligaciones del fideicomitente

El Código de Comercio de Guatemala 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 que celebren un contrato, están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por culpa o dolo.” Lo que da a entender la referida norma es que las partes tienen que cumplir todos los derechos establecidos en

el contrato para evitar consecuencias jurídicas, máxime si se trata de un contrato tan importante como el fideicomiso.

En la norma anteriormente citada se encuentran dos principios doctrinarios que son: la relatividad del 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." ⁴³

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

b) Derechos y obligaciones del fiduciario

La doctrina afirma que el fiduciario responde: "Por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es el medio y no el resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan." ⁴⁴

⁴³ Aguilar. Op. Cit. Pág. 418.

⁴⁴ Morena. Op. Cit. Pág. 180.



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 su 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.

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

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



Los derechos en mención, deben respetarse, ya que los bancos y las sociedades financieras privadas, como únicos fiduciarios, tienen facultades que la legislación mercantil les asiste, por lo que el legislador dejó previstas las que se consideran de mayor importancia y una de ellas es lo referente a la defensa del patrimonio y el otorgamiento de mandatos para que puedan cumplir con su función eficazmente.

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

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



Las obligaciones mencionadas también deben de cumplirse especialmente en lo concerniente a cumplir con la debida diligencia, pues la persona ha puesto en el fiduciario la plena confianza y está en juego el patrimonio, de manera que deben ser cuidadosos en brindar protección a este y detallar todos los bienes para evitar pérdidas o deterioro.

c) Derechos y obligaciones del fideicomisario

Es evidente que existen más derechos que obligaciones entre cualquier persona designada beneficiaria de un fideicomiso, estos estarán recogidos en el contrato, pero a continuación se detallan los siguientes derechos a nivel general: exigir el cumplimiento de las disposiciones contempladas en el fideicomiso, impugnar aquellos actos cometidos por parte del usuario en calidad de mala fe o en exlimitación de sus funciones o facultades, exigir al fiduciario la rendición de cuentas siempre y cuando esta facultad no sea exclusiva del fideicomitente e interponer las acciones necesarias para solicitar la remoción del fiduciario.

Al tenor del Artículo 778 del Código de Comercio de Guatemala, se establece: "El fideicomisario tiene los derechos siguientes:

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



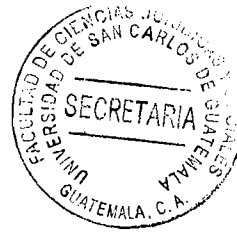
3. Pedir la remoción del fiduciario por las causales señaladas.

4. Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que rijan al fideicomiso y exigir judicialmente que se restituya al fiduciario los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio fideicometido.

5. Revisar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoria.”

Generalmente dentro del contrato existe libertad para que se pueda pactar cualquier derecho u obligación que cumplir, pero en el referido Artículo solo se mencionan algunos que se consideran de gran trascendencia como el caso de la impugnación de actos cuando se evidencie mala fe, donde se deduce que se pone de manifiesto uno de los principios fundamentales de la contratación mercantil para no desvirtuar la naturaleza del contrato.





CAPITULO IV

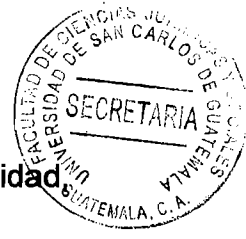
4. Reconocimiento del contrato privado de administración de bienes (*trust*) dentro de la legislación guatemalteca, para la administración en beneficio de terceros

La figura del *trust* es antigua, aunque no tanto como el fideicomiso, pero constituye una alternativa para que las partes puedan administrar sus bienes y romper con el monopolio de los bancos y las sociedades financieras quienes son los únicos permitidos por la ley para actuar como fiduciarios, por lo que se limita la libertad para que personas particulares puedan realizar tal actividad, por ello se analiza el surgimiento, su definición, sus elementos, su clasificación, así como las similitudes y diferencias con el fideicomiso.

4.1. Surgimiento del *trust*

Para comprender el origen del *trust* es necesario conocer las etapas por las que el mismo ha pasado siendo las siguientes:

“De la aparición del *use* hasta principios del siglo XV; aun cuando en esta época no gozaron de protección legal, si se dictaron algunas leyes para evitar las transmisiones en fraude de acreedores (1376) y la transmisión llevada a cabo por el despojante (1377). De principios del siglo XV a la promulgación de la Ley de Usos. Los usos dejaron de ser un mero compromiso de conciencia para convertirse en derecho



indiscutible, recibiendo la protección de la Cancillería a través del derecho de equidad transmisible por cesión o causa de muerte.”⁴⁵

Como se puede apreciar, 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 como se establece, es decir, como un vínculo de equidad, por virtud del cual una persona está obligada a la ejecución de un acto o a la abstención de un beneficio de otra.

“De la Ley de Usos del siglo XVI a finales del siglo XVIII. El *Statute of uses* de 1535 resultante del rechazo de quienes justa e injustamente se sentían lesionados en sus derechos, a partir de entonces consideraron al *cestui que use* como verdadero dueño de los bienes. De fines del siglo XVIII a la época contemporánea. La institución se desarrolló rápidamente y surge la Ley sobre Organización Judicial de 1873, que establecía que en caso de conflicto entre las normas del derecho común o *common law* y las de la equidad *equity law*, prevalecían éstas.”⁴⁶

⁴⁵ Casillas, Carlos. **Características del trust en el derecho anglosajón.** Pág. 9.

⁴⁶ **Ibíd.**



Lo anteriormente expuesto da la pauta para establecer que con el desarrollo de la institución, los sujetos quedan obligados en virtud de su propia voluntad para realizar ese acto, el cual consiste en administrar bienes de otra persona. Y finalmente es menester hacer mención que con el trascurso del tiempo y debido las leyes que se fueron originando se le da mayor prevalencia a la ley de equidad la cual contenía la institución del *use*, ante las leyes de derecho común.

4.2. Definición

La doctrina lo define como: “Una relación jurídica creada por una persona (*settlor*) en virtud de la cual cede una propiedad a otra de su confianza (*trustee*) para que la administre en beneficio de terceros (beneficiarios) o una finalidad específica.”⁴⁷

La definición en referencia denota que debe existir una relación jurídica, entendida como un lazo o nexo que produce derechos y obligaciones y esta se da necesariamente entre dos personas, una que cede parte de sus bienes a otra que se encarga de administrarla, teniendo como punto fundamental la confianza y que se beneficien terceras personas.

4.3. Elementos

En el *trust* se pueden mencionar los elementos que se describen a continuación, personales:

⁴⁷ Cañete, Inma. *El trust, definición y finalidad*. Pág. 1.

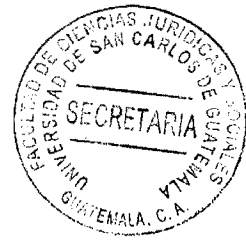


- a. "El *Settlor* o *grantor* es la persona quien crea el *trust*, a quien le pertenece el bien y decide transferirlo. También se le conoce con el nombre de *grantor*, quien crea o transfiere la propiedad por medio de un instrumento escrito.
- b. *Trustee* es la persona que juega el papel dentro del *trust* de poseer la propiedad de los bienes sometidos a este. A falta de designación es nombrado por una corte. El *trustee* puede ser desde un familiar, amigo de confianza, un profesional o una institución.
- c. Beneficiarios porque debe haber al menos uno; los más comunes son su cónyuge e hijos, amigos, organizaciones de beneficencia y organizaciones educativas." ⁴⁸

Los elementos en referencia son fundamentales porque permiten conocer quiénes actúan dentro del contrato de *trust*. De esta manera, el *settlor* o *grantor*, es el equivalente al fideicomitente en el fideicomiso, ya que es la persona que transfiere el bien de su propiedad, este es el sujeto más importante, puesto que sin él, no habrá contrato, porque es quien da el consentimiento.

El *trustee*, es la persona a quien se le entregan los bienes para su conservación, es el equivalente al fiduciario en el contrato de fideicomiso, solo que en el *trust* sí puede ser una persona particular individual o jurídica. El beneficiario quien normalmente es un pariente dentro de los grados de ley, pero también pueden ser instituciones de educación y amigos del contratante principal.

⁴⁸ López, María. **Análisis jurídico comparativo de las figuras del fideicomiso y el trust.** Pág. 42.



4.4. Clasificación

a. "*Express trust* es aquel creado por el *settlor*, quien da a conocer claramente su voluntad de transmitir un bien a una persona con el fin de asegurar a otra las ventajas y provechos derivados del bien afecto. En este caso, el *trustee* tiene la libertad para aceptar o no el encargo conferido. Este tipo de negocios se dividen en *executed trust* (*trust* ejecutado), es aquel que después de haber sido debidamente constituido, no requiere, para producir todos sus efectos, de ningún acto ulterior. En el *executory trust* o *trust* eventual, para cumplir con su objetivo, se requiere de acciones o instrucciones posteriores al momento de su constitución." ⁴⁹

En la primera clasificación se hace referencia al beneficio de asegurar ventajas y provechos a terceras personas, lo cual es fundamental dentro de la negociación mercantil.

b. "*Implied trust* es implícito cuando se funda en la presunta intención del creador, y normalmente es un tribunal quien lo constituye, no por voluntad del *settlor*, sino fundado en una presunta intención de este y, a diferencia del *express trust*, la persona designada como *trustee* no es libre de rehusar su cargo." ⁵⁰

En la segunda clasificación interviene un tribunal competente para la implementación del *trust*, y la persona designada no es libre de rehusar al cargo.

⁴⁹ Casillas. Op. Cit. Pág. 12.

⁵⁰ *Ibíd.*



c. "*Constructive trust* es aquel que, a diferencia de los dos anteriores, nace de una interpretación de *equity*, sin fundarse en la voluntad, ni expresa ni presunta de las partes. Es creado judicialmente en consideración a la conducta de una persona y en razón de satisfacer una demanda de justicia, sin referencia a la intención para ello."⁵¹

Y en la tercera clasificación, se menciona como punto fundamental la equidad de la persona porque se hace énfasis en la intención de la conducta de las partes para que estas actúen de buena fe y de esta manera pueda darse la negociación sin perjudicar a ninguna de las partes.

4.5. Diferencias y similitudes con el fideicomiso

El *trust* y el fideicomiso son figuras que se parecen mucho y en ocasiones tienden a confundirse, pues la diferencia fundamental radica en que dentro del contrato de *trust*, una persona particular puede ser el que administre los bienes, mientras que en el fideicomiso solo los bancos y las sociedades financieras, pero no es la única diferencia, por lo que se necesita estudiar más a fondo estas circunstancias.

En este orden de ideas, la doctrina menciona las diferencias entre ambas figuras: "El *trust* puede ser creado de forma expresa o también por mandato de la ley; el fideicomiso únicamente puede ser creado de forma expresa. El *trust* puede ser creado de forma oral o escrita; el fideicomiso: debe ser de forma escrita, ya que es un elemento esencial para la creación y validez del contrato. El *trust* se da el desdoblamiento de la propiedad; el

⁵¹ *Ibíd.*



fideicomiso se destinan ciertos o todos los bienes del fideicomitente a fines determinados, pero el fideicomitente sigue teniendo la propiedad de los mismos.”⁵²

Se puede apreciar que hay diferencias tanto en la creación como en la aplicación, pues el contrato de fideicomiso se caracteriza por su formalismo en la constitución, el *trust* rompe con este requisito, ya que hasta oralmente se puede pactar, aunque para mayor seguridad de los contratantes es mejor que se formalice en escritura pública, pero el *trust* es un contrato más ágil y benéfico que el fideicomiso. Y la otra diferencia se enfoca en el objeto, pues el *trust* permite mayor desenvolvimiento de la propiedad, lo que fortalece aún más la flexibilidad de este contrato.

Las similitudes son las siguientes: “El fideicomiso es válido aunque no se señale fideicomisario, siempre que el fin sea lícito y determinado, disposición que coincide con el *trust*. En el fideicomiso, el fideicomitente puede designar a varias instituciones fiduciarias para realizar el fideicomiso, y en el *trust* existe esta misma posibilidad. En ambos sistemas jurídicos, los bienes objetos del negocio son los mismos, puede consistirse el fideicomiso por acto entre vivos o por testamento.”⁵³

Se puede apreciar que las similitudes son varias, lo que implica que la figura del *trust*, es de gran ayuda en la actualidad cuando no se confía en las instituciones bancarias ni las sociedades financieras privadas, pues lo que pretende el interesado es que se conserven los bienes, de modo que aquí se menciona otra circunstancia más como lo es

⁵² López. Op. Cit. Pág. 66.

⁵³ *Ibíd.* Pág. 67.



la naturaleza jurídica de ambas instituciones, pues tanto el fideicomiso como el *trust* son contratos de garantía.

4.6. Convenio sobre la ley aplicable al *trust*

Este convenio fue elaborado el uno de julio de 1985 por el Reino de los Países Bajos (Holanda) y entró en vigencia el uno de enero de 1992, el cual cuenta con la estructura siguiente: capítulo I, ámbito de aplicación, del Artículo 1 al 5; capítulo II, Ley aplicable, del Artículo 6 al 10; capítulo III, reconocimiento, del Artículo 11 a 14; capítulo IV, disposiciones generales del Artículo 15 al 22; y capítulo V, cláusulas finales, del Artículo 26 al 32.

Dentro de los aspectos más relevantes del Convenio en referencia se pueden mencionar los siguientes: el Convenio claramente establece una definición de *trust*, pero es aplicable para actos entre vivos o *mortis causa*, lo cual favorece la forma en que se puede llevar a cabo la relación jurídica. Se menciona también en el Artículo 2, una serie de características del *trust*. También se hace alusión a los ámbitos de validez, que aunque no los establezca taxativamente, se infiere que son para los países que han ratificado el Convenio y para bienes que una persona quiera dar en administración, lo que implica que es un ámbito eminentemente privado.

En el apartado de la Ley aplicable, específicamente en el Artículo 6, se hace referencia al predominio de la voluntad de las partes, de manera que al poder estas elegir la Ley por la persona que la constituye, se beneficia a esta persona, con lo cual habría

concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala y los principios y características del derecho mercantil.

En el capítulo relacionado con el reconocimiento, se hace énfasis en que el *trust* recae sobre los bienes que sean distintos del patrimonio personal del *trustee*, es decir, del fiduciario. Pero el Artículo 11 del Convenio es claro en indicar que los bienes del *trust* no forman parte del régimen patrimonial del matrimonio o sucedían del *trustee*, lo cual tiene lógica porque deben protegerse el patrimonio conyugal, así como la sucesión hereditaria.

En el capítulo relacionado con las disposiciones generales, Artículo 15 del Convenio sobre la ley aplicable al *trust*, preceptúa: "El Convenio no obsta a la aplicación de las disposiciones de la ley designada por las normas de conflicto del foro, en la medida en que estas disposiciones no puedan excluirse en virtud de una manifestación de voluntad, en particular en las siguientes materias: a) la protección de los menores e incapaces; b) los efectos personales y patrimoniales del matrimonio; c) los derechos de sucesión testada e intestada y, en particular, las porciones de bienes de que el testador no pueda disponer; d) la transmisión del dominio y de las garantías reales; e) la protección de los acreedores en caso de insolvencia; f) la protección, a otros respectos, de terceros de buena fe. Cuando lo dispuesto en el párrafo precedente impida el reconocimiento del *trust*, el tribunal procurará que surtan efecto los objetivos del *trust* por otros medios jurídicos."



Al tenor de lo que establece el Artículo anterior del mencionado cuerpo legal, se hace énfasis en evitar el conflicto de leyes que pueda surgir en el desarrollo del contrato de *trust*.

Como afirma la doctrina: “La convención no significa una manifestación de voluntad que pueda derogar disposiciones que tengan que aplicarse según las reglas del conflicto del foro.”⁵⁴

Lo que da a entender el autor es que el Convenio no puede ser contrario a la ley interna y la razón es porque se necesita proteger a los menores e incapacitados, el patrimonio conyugal, respeta la sucesión testamentaria e intestada, las garantías reales, a los acreedores en caso de insolvencia y la buena fe de terceros, lo que demuestra que es una normativa que entraría en concordancia con la protección a la propiedad al momento de su ratificación por el Congreso de la República de Guatemala y de esta manera que sea un contrato más dentro de la legislación mercantil porque conlleva múltiples beneficios.

La finalidad del Convenio en referencia es: “Establecer los principios comunes para dirimir los conflictos de leyes en materia de *trusts* y facilitar el reconocimiento del *trust* en los Estados que no tuvieran estos instrumentos. La Convención no se propuso introducir el *trust* en las jurisdicciones que carecían de éste ni tampoco suministrar una ley sustantiva uniforme sobre la figura, sino tender un puente entre los sistemas de

⁵⁴ Rodríguez Azuero, Sergio. **Responsabilidad de fiduciario**. Pág. 107.



common law y de derecho codificado mediante la creación de un conjunto uniforme de reglas sobre conflictos de leyes.”⁵⁵

Se puede apreciar que la primera finalidad hace alusión a que la convención constituye un instrumento fundamental para todos aquellos Estados donde no esté regulado, como el caso de Guatemala, ya que sería de gran ayuda la ratificación de la convención en lugar de crear una ley nueva. Respecto a la segunda finalidad, la convención, como ya se analizó, no entraría en conflicto de leyes, sino que más bien sería un complemento de la legislación mercantil y de beneficio para los comerciantes que desean una mejor administración de sus bienes, cuestión que no pueden brindar a cabalidad los bancos del sistema.

4.7. Legislación comparada

El estudio de la legislación comparada tiene como finalidad dar a conocer los beneficios de otros países que regulan la figura del *trust* y la forma en que lo realizan, para que de esta manera, puedan extraerse los aspectos más importantes y que sirva de sustento para la implementación de dicha figura.

a) Argentina

Podemos decir al mencionar a la nación de Argentina que hablamos tal vez del país en América Latina que hoy cuenta con la jurisprudencia y normativa más rica en la materia.

⁵⁵ Morales Hernández, Alfredo. *La esencia del trust*. Pág. 35.



Muchos de los fallos por jueces de dicho país han sido citados en análisis doctrinarios realizados por abogados como en fallos judiciales emitidos en la región.

Al respecto podemos comenzar mencionando: “El Dictamen N°23 del año 2000 emitido por la Autoridad Fiscal en Argentina, el cual luego fue ratificado por la justicia, y por el cual se entendió que la estructura tipo *Trust* alegada por el imputado, donde este era el *Settlor* – Beneficiario de los activos aportados y donde el mismo era quien administra los bienes como *Trustee*, es legalmente válida pero a su vez es físicamente transparente ya que evidentemente no existía un desprendimiento real del patrimonio a favor del *Trustee*.”⁵⁶

En dicha legislación se hace énfasis en la importancia del beneficiario de los activos aportados, asimismo, se menciona que esta persona tiene como función principal administrar los bienes, ya que es la esencia de este contrato, puesto que es fiscalmente transparente, de modo que debe ser una persona conocida por el interesado, es decir, el dueño de los bienes.

Pero es con seguridad la Reforma Tributaria impulsada en la Argentina a finales del año 2017 y aprobada por la Ley 27.430 la que da mayor luz acerca de este asunto y sienta las bases legales más firmes acerca de la estructura del *trust* y su reconocimiento en dicho país.

⁵⁶ <https://insight-trust.com/el-trust/>. (Consultado: 27 de mayo de 2020).



Situación totalmente distinta en Guatemala donde nunca se ha implementado esta figura, sino que únicamente existe dentro de la legislación una institución similar denominada fideicomiso de administración, pero el inconveniente es que solo los bancos del sistema y las sociedades financieras privadas pueden ser fiduciarios, en cambio la esencia del *trust* permite que las personas particulares pueden ser administradores del patrimonio, debido a la flexibilidad que es un principio que fundamenta dicha institución, en lugar de monopolizar el actuar como administradores únicamente a los bancos y las sociedades financieras.

En el Artículo 71 numeral d), de la Reforma Tributaria aprobada por la Ley 27.430, preceptúa: “Las ganancias obtenidas por *trust*, fideicomisos, fundaciones de interés privado y demás estructuras análogas constituidos, domiciliados o ubicados en el exterior, así como todo contrato o arreglo celebrado en el exterior o bajo un régimen legal extranjero, cuyo objeto principal sea la administración de activos, se imputarán por el sujeto residente que los controle al ejercicio o año fiscal en el que finalice el ejercicio anual de tales entes, contratos o arreglos.”

Considerando los casos antes mencionados y la normativa citada anteriormente podemos concluir que en Argentina hay un reconocimiento a la figura de los *trusts* y que existen ciertos principios al respecto que es menester mencionarlos: los *trusts* revocables o irrevocables son una forma válida de estructurar el patrimonio, el *trust* irrevocable donde el *Settlor* no mantiene el control no estará sujeto a impuestos en dicho país, los beneficiarios van a pagar impuestos recién cuando reciban beneficios del



trust, no debiendo estos ni siquiera incluir los activos del *trust* en su declaración de impuestos.

El siguiente párrafo del mencionado Artículo, establece: “Se entenderá que un sujeto posee el control cuando existan evidencias de que los activos financieros se mantienen en su poder y son administrados por dicho sujeto comprendiendo entre otros los siguientes casos: i) cuando se trate de *trusts*, fideicomisos o fundaciones, revocables; ii) cuando el sujeto constituyente es también beneficiario; y iii) cuando ese sujeto tiene poder de decisión.”

No cabe duda que Argentina es uno de los países de Latinoamérica en los que se regula la figura del *trust* con mayor protección para las partes de la negociación, inclusive posee jurisprudencia al respecto, lo que evidencia que el máximo tribunal constitucional de ese país ha mostrado preocupación por los contratantes, pues también se hace énfasis en una Ley Tributaria en la que se menciona el *trust*, pues ya con ello se puede formar una idea de lo avanzado de la legislación, al grado de establecer diversas normas que hagan alusión al contrato en referencia.

b) Uruguay

A diferencia de lo que sucede en Argentina, en Uruguay no existe una regulación tan específica respecto de las figuras de los *trusts* como son concebidos por el derecho anglosajón, si existe la Ley 17.703 que regula los fideicomisos en el Uruguay, pero la cual les da a estos un enfoque más tendiente a los negocios y no al *trust* como una



forma de planificación patrimonial familiar. Por lo tanto, hay que ceñirse a lo que establece la normativa uruguaya respecto a los impuestos, más específicamente al Impuesto a la Renta de las Personas Físicas, Título 7 Texto Ordenado de 1996, y aplicar dicha normativa en lo referente a las jurisdicciones de nula o baja tributación.

La Ley de Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas en el Artículo 7° ter del Título 7, preceptúa: “A los efectos de lo dispuesto en el presente Título se entenderá por países, jurisdicciones o regímenes especiales de baja o nula tributación a aquellos países o jurisdicciones que no cumplan los requerimientos de la tasa mínima efectiva de tributación o de niveles de colaboración y transparencia que determine el Poder Ejecutivo.”

En cuanto a esta normativa cabe hacer mención que tiende a sectorizar a determinados países o jurisdicciones que no cumplan con los requerimientos necesarios que la ley establece, referente a la tributación, el mencionado Título es reglamentado por el Decreto 148/007. En cambio en la legislación guatemalteca no existe normativa que vaya dirigida a sectorizar, determinado régimen especial, relacionado a los beneficios o ganancias que se obtienen de las figuras jurídicas de fiducia.

El Reglamento de la Ley de Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas, establece en el Artículo 6 BIS. “Las utilidades y dividendos determinados por las entidades no residentes de conformidad a lo dispuesto en los incisos primero y segundo del Artículo 7° bis del Título 7 del Texto Ordenado 1996, serán asignados a las personas físicas residentes que participen en su capital, en la proporción correspondiente a su



participación en el patrimonio. Quedan comprendidas en la presente disposición, las rentas obtenidas por entidades residentes que verifiquen la condición de beneficiarios actuales de fideicomisos, fondos de inversión o entidades similares, no residentes. En caso de no existir beneficiario actual, las rentas se asignarán al fideicomitente hasta tanto no sean percibidas por el beneficiario.”

El Artículo anterior del mencionado reglamento, expresa la regla de transparencia fiscal para las entidades BONT, se conoce por la sigla BONT a las jurisdicciones declaradas por el Estado Uruguayo como de (Baja o Nula Tributación), o entidades de régimen especial, por la cual las rentas de capital e incrementos patrimoniales serán automáticamente asignadas a las personas físicas que participen de su capital, expandiendo dicha regla a las entidades residentes y también personas físicas que verifiquen la condición de beneficiarios actuales de fideicomisos no residentes, incluso el Artículo abarca la posibilidad de que no existan beneficiarios actuales en los fideicomisos no residentes, estableciendo que en ese caso las rentas se asignaran al fideicomitente *settlor* hasta tanto no sean percibidas por el beneficiario.

En cambio en la legislación guatemalteca debido a la falta de reconocimiento del contrato *trust*, suele surgir conflicto cuando los beneficiarios de los fideicomisos no sean residentes de la República de Guatemala, o que alguno de los sujetos que intervienen en el fideicomiso no sea residente.

“En base a lo establecido en la normativa mencionada anteriormente, siempre que un *trust* se incorpore en una jurisdicción BONT, es decir, que su *trustee* sea considerado



BONT, se aplicara la regla de la transparencia fiscal para los beneficiarios de dicho *trust* quedando éstos obligados fiscalmente ni bien la entidad perciba rentas de capital o incrementos patrimoniales y que en caso de que los beneficiarios sean discrecionales quien asumirá la obligación fiscal hasta tanto los mismos reciban efectivamente los beneficios del *trust* será el *settlor*.⁵⁷

Concluyendo entonces, por oposición a las reglas aplicadas para las entidades BONT o entidades de régimen especial, que los *trusts* incorporados en jurisdicciones no BONT tendrán un tratamiento similar al de las personas jurídicas uruguayas, difiriéndose entonces las ganancias obtenidas por el *trust* hasta tanto las mismas sean efectivamente distribuidas a sus beneficiarios. En cambio en la legislación guatemalteca debido a que no reconoce la institución del *trust*, es imposible encuadrarla en la normativa tributaria y fiscal que rige el país.

Aun cuando resulte paradójico, el *trust* ha tenido una influencia importante en los países latinoamericanos, quienes a pesar de contar con una legislación de origen romano, lo han venido incorporando en su normatividad ajustándolo a sus preceptos de derecho privado, no obstante las diferencias conceptuales de las legislaciones romana y anglosajona. La tipificación del *trust* con raíces anglosajonas en materia mercantil, en los países latinoamericanos, obedece a las bondades de tipo patrimonial que ofrece y la diversidad de operaciones que se pueden realizar, permitiendo al cliente tener la certeza que el fiduciario desplegará toda su diligencia para conseguir la finalidad perseguida.

⁵⁷ *Ibíd.*



Para lograr una mayor comprensión de esta institución, se efectúa el siguiente análisis comparativo de los elementos personales y patrimoniales del fideicomiso guatemalteco y del *trust*:

Partiendo del análisis de la propiedad de una y otra legislación, tal es así que, mientras en el *trust* el interés o beneficio económico que reporta el bien es lo importante; en el fideicomiso guatemalteco, prima la cosa sobre la cual recae el derecho, circunstancia que impide una doble titularidad sobre un mismo bien, sin embargo las legislaciones latinoamericanas al introducir el *trust* en su normatividad han adoptado y aplicado a la fiducia la separación patrimonial y la afectación de los bienes transferidos desarrollada en el derecho anglosajón. En consecuencia el patrimonio fideicometido ha recibido varias acepciones, dependiendo la naturaleza jurídica que cada país le atribuye, principalmente: patrimonio autónomo, patrimonio de afectación, patrimonio especial o separado.

Otro hecho diferenciador del *trust* es la transferencia definitiva e irrevocable que el dueño del bien *settlor* o *trustor*, realiza al *trustee* desapareciendo de la relación fiduciaria; en cuanto al derecho guatemalteco el dueño del bien, denominado fideicomitente, transfiere la propiedad a la fiduciaria permaneciendo vinculado al fideicomiso hasta su terminación.

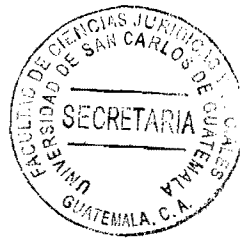
La tendencia en Guatemala, respecto de la calidad del fiduciario en el fideicomiso ha sido, por regla general, la de una persona jurídica del sector financiero especializada y autorizada por el Estado, profesionalizando de esta forma la función fiduciaria. En



cambio en el *trust* se permite tanto a las personas naturales como las personas individuales desempeñar dicha función. En razón a lo anterior, el fideicomiso latinoamericano, siempre es remunerado a diferencia del *trustee* individual que puede ser gratuito.

En cuanto a la posibilidad que el beneficiario exista o no al momento de constituirse el *trust* o el fideicomiso, coinciden en ambos. Pero sin embargo en el *trust* público puede ser indeterminado o no identificable el beneficiario, circunstancia que no es posible en el fideicomiso guatemalteco, pues siempre debe ser determinado o debe poderse identificar.

Frente a las obligaciones que adquiere el fiduciario en Guatemala, la generalidad es que ellas son de medio y no de resultado, respondiendo por culpa leve, en cambio en el *trust*, el *trustee* responde como un administrador diligente recurriendo al modelo mercantilista es decir con prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, es decir que el *trustee* debe de actuar con diligencia en el desempeño de sus funciones, por lo tanto para excusarse del incumplimiento debe demostrar que no obstante haber ejercido todos los procedimientos no pudo obtener la finalidad, de lo contrario toma los riesgos del *trust*, en tal caso se origina un *resulting trust* hasta que se lleve a cabo la restitución de los bienes correspondientes.



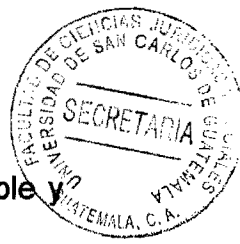
4.8. Beneficios de su ratificación

A continuación se hace referencia a las razones fundamentales para que en Guatemala, se regule el contrato *trust*, por medio de la ratificación del Convenio sobre la ley aplicable al *trust*, por lo que se mencionan los beneficios más importantes.

a) Protección a la propiedad

La propiedad privada es un derecho fundamental regulado en el Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: "Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos."

De la norma constitucional se desprende que es indispensable que el Estado garantice la propiedad privada como un derecho propio de todas las personas, ya que el mismo es útil para su desarrollo, como el de sus familias, que también tiene encomendado proteger, por lo que dicho derecho únicamente puede ser limitado cuando surjan justificados intereses generales que superen los individuales de lo contrario no puede limitarse. Por lo anterior, para el ejercicio del derecho de propiedad, el Estado está obligado a garantizar a todos sus habitantes la libre disposición de sus bienes,



realizado con arreglo a la legislación vigente y dentro de un marco confiable, estable y predecible.

El Artículo 464 del Código Civil preceptúa: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes.”

El Artículo anteriormente citado es la pauta para establecer que el derecho de propiedad es un poder individual, exclusivo, perfecto y perpetuo; es individual ya que directamente va encaminado a la utilidad y provecho individual, exceptuándose ello únicamente por las exigencias del bien común; es exclusivo ya que no puede aplicarse a remediar las necesidades de muchos individuos a la vez, por esa razón no son bienes apropiables los llamados de uso inagotable que existen en cantidades sobrantes para todos como el aire, el mar, la luz solar entre otros; es perfecto porque puede recaer sobre la sustancia misma de la cosa, sobre su utilidad o sobre sus frutos, es decir disponer plenamente de su utilidad y no puede ser perturbado en ella, sino defenderlo por los medios legales; y finalmente perpetuo porque no existe un término establecido para dejar de ser propietario.

Por lo que regular el contrato de *trust*, es necesario para que se cumpla lo establecido tanto en la norma constitucional como en la norma ordinaria, para que los bancos o las sociedades financieras no limiten este derecho, ya que si en algún momento incumplen los términos del contrato quien resultaría perjudicado es el fideicomitente y el



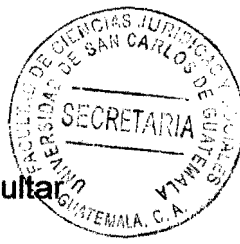
fideicomisario, pues siendo los bienes lo que constituye la esencia del contrato, es oportuno que se protejan estos.

b) Garantiza la libertad de forma

La libertad de forma contribuye a que los negocios mercantiles se lleven a cabo de forma rápida, lo cual es congruente con el derecho mercantil; y una de las diferencias entre el *trust* y el fideicomiso es precisamente la agilidad con que el primero se lleva a cabo, pues no necesita el rigorismo de la escritura pública para su formalización, de modo que siendo el *trust* un contrato mercantil, la aplicación de dicha figura contribuye al adecuado desarrollo del comercio gracias a la libertad de forma, lo que sí es indispensable es que se realice por escrito para que queden plasmados los derechos y obligaciones de los contratantes.

c) Cumplimiento de la autonomía de la voluntad

En el caso de los bienes de menores, incapaces o ausentes, el contrato *trust* es fundamental, como afirma la doctrina: "Cuando se desea beneficiar y proteger patrimonialmente a un menor, una persona discapacitada o simplemente a un ser querido en cuyas facultades gestoras no se confía, es deseable poder mantener el control sobre los bienes transmitidos, encomendar la administración de los bienes a una persona distinta del beneficiario y diferir la adquisición de la propiedad de los bienes por



éste último. Pero estas medidas, a pesar de ser de gran ayuda, pueden no resultar suficientes para proteger patrimonialmente al beneficiario.”⁵⁸

La afirmación del referido autor es acertada porque demuestra que se deben de proteger los intereses de los menores e incapacitados, que como es sabido, pueden tener bienes a su nombre pero por su condición, no los pueden administrar, de manera que es indispensable el resguardo de estos, pero en este caso los representantes legales de ellos deben otorgar su consentimiento, de manera que la autonomía de la voluntad se configura a través de estos.

La autonomía de la voluntad es uno de los principios indispensables dentro de la negociación mercantil, ya que es la manera en que se desarrolla el consentimiento de los contratantes. De esta manera, al ratificar el Convenio sobre la ley aplicable al *trust*, se asegura el beneficio en la negociación mercantil porque dicho instrumento internacional es partidario que el consentimiento sea la pieza fundamental para las partes.

Todo lo expuesto denota que la ratificación del Convenio sobre la ley aplicable al *trust*, es la vía más factible porque ya están establecidas las condiciones, requisitos, ventajas y beneficios para los contratantes; además es un Convenio con grandes alcances para la aplicación de este contrato y esto se fortalece aún más con los beneficios analizados, de lo que se deduce que es importante su aplicación en Guatemala, así favorecer los intereses de los contratantes.

⁵⁸ Santiesteban, Sonia. *La figura del trust en los Estados Unidos de América*. Pág. 26.



Es importante que los intereses de los contratantes se encuentren debidamente protegidos, toda vez que el *trust* es un contrato mercantil y por tal motivo, no puede perderse la esencia de garantizar la rapidez que caracteriza a este tipo de contratos, la buena fe y la verdad sabida con que actúan las partes, pues tomando en consideración, que existen intereses del propietario de los bienes, que estos no deben perderse ni deteriorarse, sino que deben cumplir con su objetivo determinado, por lo que se considera más conveniente que estén en manos de personas particulares de confianza, ya que el Convenio propone que los bienes formen parte de un patrimonio que no se confunde con el patrimonio personal del administrador, y no que esté en manos una entidad bancaria o financiera privadas, ya que se corre el riesgo de que se ocasionen perdidas para los propietarios de los bienes debido a la incertidumbre de la estabilidad del sistema bancario y financiero porque ambos solamente velan por los intereses propios y no por los intereses de las partes.

Al ratificarse el Convenio sobre la ley aplicable al *trust*, pasará a ser parte del ordenamiento jurídico guatemalteco y podrá aplicarse sin ningún problema, y sin que sufra reforma el Código de Comercio de Guatemala, evitando así conflictos en la interpretación de figuras jurídicas de origen extranjero pero que cada día es más común encontrarnos en el desarrollo del derecho en Guatemala, debido a la globalización que ha derribado las murallas que separaban los mundos físicos, pero esto supone también el derribo o al menos la adaptación de los mundos jurídicos, con el fin de profundizar en el conocimiento y desarrollo del ordenamiento propio.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El derecho mercantil, se caracteriza por su poca formalidad, en aras de favorecer el tráfico del comercio; sin embargo actualmente existe una problemática que se hace latente, debido a que las normas mercantiles vigentes no responden en su totalidad a la realidad originada por la globalización y es que cada día es más común encontrarnos con uno o varios elementos de la extranjería en el desarrollo del derecho en Guatemala.

Es así que cobra gran importancia regular el contrato privado de administración de bienes *trust*, ya que al no estar regulado deja de haber progreso e impide atraer inversión extranjera, toda vez que el único contrato de administración de bienes que regula el Código de Comercio de Guatemala, es el fideicomiso de administración, por el cual solo los bancos y las sociedades financieras pueden ser fiduciarios, restringiendo dicha función a las personas particulares individuales o jurídica, y con lo cual se corre el riesgo, debido a la incertidumbre respecto a la estabilidad del sistema bancario y el temor de que estos factores conduzcan a ocasionar pérdidas para los interesados.

Por lo expuesto, es necesario que el Congreso de la Republica de Guatemala, ratifique el Convenio sobre la ley aplicable al *trust*, ya que este contrato posee una estructura simple, ágil y flexible, que permite cumplir múltiples funciones y ajustarse en cada momento a las circunstancias personales y patrimoniales de los contratantes, permitiendo que una persona individual o jurídica, pueda actuar como fiduciario y de esta manera atraer mayor inversión en beneficio de la población y que con ello darle realce al comercio a través de la administración de bienes privados.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El negocio jurídico**. Guatemala: 5ª ed. Ed. Serviprensa S.A., 2006.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias Gonzales. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. Guatemala: 4ª ed. Ed. Feniz, 2011.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Las transformaciones en la contratación mercantil**. Colombia: 1ª ed. Ed. Themis, (s.f.).
- CABANELLAS DE TORRE, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Argentina: 19ª ed. Ed. Heliasta, 2008.
- CASILLAS, Carlos. **Características del trust en el derecho anglosajón**. México, DF: 1ª ed. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.
- CAÑETE, Inma. **El trust, definición y finalidad**. México: (s.e), 2007.
- CONTRERAS ORTIZ, Rubén. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Guatemala: 1ª ed. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2004.
- CORZO DE LA COLINA, Rafael. **El fideicomiso, alcances, alternativas y perspectivas**. Colombia: Ed. Themis, 1993.
- DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro. **El principio de consensualismo en el derecho de los contratos**. Colombia: (s.e.), 2012.
- FIGUEROA ORELLANA, Héctor Fernando y Olga Elizabeth Vásquez Mérida. **Fase privada, derecho mercantil**. Guatemala: 1ª ed. Ed. Foto publicaciones, 2013.
- GUERRA VARGAS, Gerardo. **El fideicomiso como medio auxiliar de administración**. México: Tesis de posgrado. Universidad Autónoma de Nuevo León, 2002.
- <https://insight-trust.com/el-trust/>. (Consultado: 27 de mayo de 2020).
- GÓMEZ CALERO, Juan. **Contratos mercantiles**. México: 1ª ed. Ed. Universitaria, 2000.
- SANTIESTEBAN, Sonia. **La figura del trust en los Estados Unidos de América**. España: Ed. Indret, 2009.
- SAN VICENTE PARADA, Aida del Carmen. **El principio de autonomía de la voluntad**. México: 1ª ed. Ed. Instituto de investigaciones jurídicas, 2009.



LÓPEZ MONZÓN, María Fernanda. **Análisis jurídico comparativo de las figuras del fideicomiso y el trust.** Guatemala: Tesis de grado. Universidad del Istmo, 2016.

MORALES HERNÁNDEZ, Alfredo. **La esencia del trust.** Venezuela: Ed. Universitaria, 2016.

MORENA, Antonia Anguita. **El fideicomiso en Guatemala.** España: 1ª ed. Ed. Marcial pons, 2010.

NENÉ VILLAREAL, Martha Lucía. **La presunción de la buena fe en el sistema jurídico.** Colombia: 3ª ed. Ed. Universitaria, 2009.

NIETO MELGAREJO, Patricia. **El comercio electrónico y la contratación electrónica.** España: 2ª ed. Ed. Foro jurídico, 2016.

PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Negocio jurídico mercantil.** Guatemala: 4ª ed. Ed. Fénix, 2010.

PINEDA MEJÍA, Raúl Antonio. **Escritura de constitución de las sociedades de capital variable.** El Salvador: Tesis de grado. Universidad Francisco Gavidia, 2008.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** España: 1ª ed. Ed. Pirámide, 1976.

RAMÍREZ GAITÁN, Daniel Ubaldo. **Contrato de fideicomiso en Guatemala.** Guatemala: 1ª ed. Ed. Litografía MR, 2015.

RENDÓN ARANA, Tania Janina. **La necesidad de regular legalmente los contratos atípicos de comercialización en Guatemala.** Guatemala: Tesis de grado. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2005.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Responsabilidad de fiduciario.** Colombia: 1ª ed. Ed. Rosalitas, 1997.

Universidad Interamericana para el Desarrollo. **Contratos en derecho mercantil.** México: 1ª ed. Ed. UID, 2013.

Universidad Interamericana para el Desarrollo. **Derecho civil y mercantil.** México: 1ª ed. Ed. UID, 2013.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Guatemala: 1ª ed. Ed. Serviprensa, 1976

VIVANTE, César. **Derecho mercantil.** México: 1ª ed. Ed. Porrúa, 2000.



Legislación:

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

Ley del Organismo Judicial. Decreto Número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1990.

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

Código Civil. Decreto Ley Número 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley Número 107, Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código de Notariado. Decreto Número 314 del Congreso de la República de Guatemala, 1947.

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

Ley Orgánica del Presupuesto. Decreto Número 101-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1998.

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

Convenio sobre la ley aplicable al trust. De la Conferencia de la Haya que contribuye a la armonización del Derecho Comercial, 1985.

Ley de Impuesto a las Ganancias. Reforma Tributaria Ley 27.430 del Congreso de la Nación de Argentina, 2017.

Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas. Decreto 148/007 del Presidente de la República de Uruguay, 2007.