

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



**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS CON
RECURSOS PÚBLICOS EN GUATEMALA**

EDNA PATRICIA GARCÍA SANTANA

GUATEMALA, MAYO DE 2010

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

**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS CON
RECURSOS PÚBLICOS EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDNA PATRICIA GARCÍA SANTANA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

GUATEMALA, MAYO DE 2010

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. David Sentés Luna
Vocal: Lic. Pablo Xitumul De Paz
Secretaria: Licda. Alma Judith Castro Tejada

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Aura Marina Chang Contreras
Vocal: Licda. Eloisa Mazariegos Herrera
Secretario: Lic. Ronald Roca Menéndez

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

Licda. Fabiola Patricia Rivera Cruz
13 calle "B" 13-61 Residenciales el Frutal III Zona 5 Villa Nueva, Guatemala
Tel. 66831337



Guatemala, 08 de enero de 2010

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Tengo el agrado de hacer de su conocimiento que conforme al nombramiento de fecha cinco de noviembre del año dos mil ocho, asesoré la tesis de la Bachiller Edna Patricia García Santana, intitulada: **"ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS CON RECURSOS PÚBLICOS EN GUATEMALA"**; manifestándole que:

1. La tesis abarca un contenido jurídico y doctrinario relacionado con la constitución y ejecución de fideicomisos utilizados mediante diversas entidades del Estado guatemalteco.
2. Al desarrollar la tesis se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se determinó la importancia de los recursos públicos de Guatemala; el sintético, estableció la transparencia y eficiencia del gasto público; el inductivo, señaló las características y elementos del fideicomiso y el deductivo, analizó los fideicomisos que se constituyen con recursos públicos.
3. La redacción empleada fue la correcta y las técnicas utilizadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, las cuales sirvieron para la recolección de la información actual y relacionada con el tema.
4. La tesis es de carácter científico, de interés para estudiantes y profesionales y constituye un aporte de importancia para la bibliografía guatemalteca.
5. Los objetivos formulados se comprobaron al determinar los mismos la forma en que se constituyen los fideicomisos con los recursos públicos del Estado de Guatemala.

Licda. Fabiola Patricia Rivera Cruz
13 calle "B" 13-61 Residenciales el Frutal III Zona 5 Villa Nueva, Guatemala
Tel. 66831337



6. La introducción, conclusiones y recomendaciones son acordes al desarrollo de los capítulos. A la Bachiller García Santana le sugerí modificar su introducción, conclusiones y recomendaciones para que tuvieran relación entre sí, encontrándose conforme con su realización.
7. La sustentante durante el desarrollo de la tesis demostró dedicación y bastante interés, empleando para el efecto los métodos y técnicas antes anotadas y de singular utilidad para la elaboración de la tesis.

Debido a lo anotado, la tesis efectivamente cumple con los requisitos legales que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, pudiendo proceder a emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Licda. Fabiola Patricia Rivera Cruz
Asesora de Tesis
Colegiada 6869

Licenciada Fabiola Patricia Rivera Cruz
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, trece de enero de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARCO TULIO ESCOBAR HERRERA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDNA PATRICIA GARCÍA SANTANA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS CON RECURSOS PÚBLICOS EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

Marco Tulio Escobar Herrera
Abogado y Notario



BUFETE PROFESIONAL:
10a. Avenida 7-06, Zona 1
2do. Nivel, Oficina No. 1

TELEFAX:
2238-2648
CEL. 5318-0033

Guatemala 28 de enero de 2010

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín

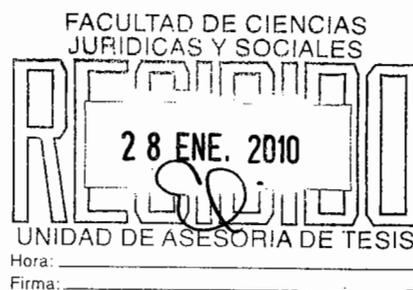
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su Despacho.

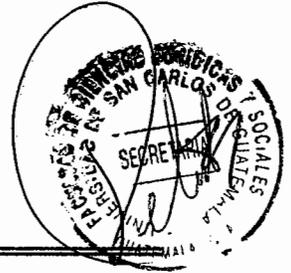
Licenciado Castillo Lutín:



Hago de su conocimiento que en cumplimiento a la resolución de la Unidad de Asesoría de Tesis a su cargo, de fecha trece de enero del año dos mil diez, revisé el trabajo de tesis de la bachiller: Edna Patricia García Santana, quien se identifica con el carné 200211378 y se titula: **"ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS CON RECURSOS PÚBLICOS EN GUATEMALA"**. Después de revisar el trabajo encomendado, me es grato indicarle que:

1. El trabajo de tesis contiene un análisis jurídico amplio y profundo de la importancia del derecho mercantil guatemalteco y de la constitución de fideicomisos con recursos públicos.
2. La redacción que se utilizó para el desarrollo de la tesis fue la adecuada. El procedimiento para la elaboración de la misma incluyó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental con las cuales se obtuvo la información doctrinaria relacionada con el tema investigado.
3. La tesis contribuye científicamente al estudio de la problemática derivada de la constitución de los fideicomisos en el país. Los métodos empleados fueron: analítico, el cual estableció los fideicomisos que se constituyen en Guatemala; el sintético, determinó sus características; el inductivo, indicó su regulación legal y el deductivo, analizó los recursos públicos del Estado guatemalteco y los fideicomisos que se constituyen con los mismos.
4. La bibliografía empleada es la correcta, siendo la introducción, conclusiones y recomendaciones relacionadas entre sí y con los capítulos de la tesis. Durante la revisión de la misma, le sugerí a la sustentante diversas correcciones al

Marco Tulio Escobar Herrera
Abogado y Notario



BUFETE PROFESIONAL:
10a. Avenida 7-06, Zona 1
2do. Nivel, Oficina No. 1

TELEFAX:
2238-2648
CEL. 5318-0033

contenido y al índice, bajo el respeto de su criterio y posición ideológica; encontrándose conforme con llevar a cabo las modificaciones indicadas. Los objetivos determinaron la importancia de la adecuada utilización de los recursos públicos en Guatemala.

5. De manera personal me encargue de orientar a la bachiller García Santana durante las etapas correspondientes al proceso investigativo, utilizando la metodología adecuada, la cual comprueba la hipótesis formulada que determinó los fideicomisos que se constituyen con recursos públicos.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Revisor de Tesis
Colegiado 5521

Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Abogado y Notario
Colegiado No. 5,521



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diez de marzo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EDNA PATRICIA GARCÍA SANTANA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LOS FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS CON RECURSOS PÚBLICOS EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/slh.





DEDICATORIA

- A DIOS: por demostrarme tantas veces su existencia y con ello darme fuerzas para salir adelante, después de cada tropiezo.
- A MI PADRE: (Q.E.P.D.) Héctor Félix García Franco. Aunque ya no esté con nosotros sigue vivo en mis pensamientos y mi corazón.
- A MI MADRE: Martina Santana Ramírez. Por su inmenso amor, comprensión y apoyo incondicional.
- A MIS HIJOS: Héctor José y Dulce María Andrea. Gracias por existir y traer nuevas energías a mi vida, son mi más grande bendición y orgullo.
- A MIS HERMANOS (AS): René, Isa, Tochi, Mirna, Sergio, Eric. Por tenderme la mano en el momento oportuno.
- A MIS SOBRINOS (AS): Heidi, Víctor, Otto, Alba, Vicente, Luisa, Oscar, Kemny, Emilio, Brian, Sergito, Alejandra, Gaby, Diego, Melanie, Erickito, Katherin, Alejandro, Rodriguito, como una



muestra clara de que todas las metas se pueden alcanzar.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Con cariño fraternal.

A:

Lic. CESAR PEREIRA. Gracias por brindarme su apoyo, mi más sincero agradecimiento.

A:

Mis amigos y amigas, por el tiempo compartido, gracias por brindarme su amistad y apoyo moral.

ESPECIALMENTE:

A todas las personas que me brindaron su apoyo incondicional y consejos.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, mi casa superior de estudios, fuente de saber, estoy orgullosa de pertenecer a la familia sancarlista.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por brindarme el conocimiento adquirido y permitir culminar mi meta.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil.....	1
1.1. Definición.....	5
1.2. Materia que norma el derecho mercantil.....	6
1.3. Reseña histórica.....	11
1.4. El derecho mercantil en Guatemala.....	18
1.5. Autonomía.....	22
1.6. Conceptualización.....	26
1.7. Características.....	32
1.8. Principios.....	35
1.9. Fuentes.....	35

CAPÍTULO II

2. Sujetos del derecho mercantil.....	39
2.1. Tipificación de los comerciantes.....	42
2.2. Profesiones que se excluyen del tráfico comercial.....	49
2.3. Personas de derecho público y el tráfico mercantil.....	52

CAPÍTULO III

3. Recursos públicos.....	55
3.1. Incidencia del sistema tributario.....	55
3.2. Ingresos tributarios y no tributarios.....	61



3.3. El gasto público.....	62
3.4. La utilización de recursos públicos y su transferencia.....	62
3.5. Diversas fuentes.....	66
CAPÍTULO IV	
4. Los fideicomisos constituidos con recursos públicos.....	69
4.1. Origen y conceptualización.....	71
4.2. Características, elementos y forma.....	72
4.3. Régimen de los bienes fideicomitidos.....	78
4.4. Clases, nulidad y extinción.....	79
4.5. Fideicomisos que se constituyen con recursos públicos del Estado guatemalteco.....	83
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95

INTRODUCCIÓN



El tema de la tesis se seleccionó debido a la importancia jurídica de estudiar los fundamentos del fideicomiso de conformidad con el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en el que existe un proceso evolutivo de del fideicomiso público, que es una institución que tiene sus orígenes en el derecho privado y se está aplicando actualmente por parte de la administración pública, constituyendo fideicomisos públicos bajo el amparo de una ley de derecho privado debido a que no existe una ley específica que regule su constitución y administración; no obstante, disponiendo de normativas sobre fideicomisos en leyes dispersas, que son débiles para prevenir el riesgo y asegurar la transparencia de los fondos fideicometidos.

Los fideicomisos públicos o estatales son utilizados en Guatemala en diversos proyectos sociales como: préstamos directos, programas de riesgo, reforestación, apoyo comunitario y, principalmente, en infraestructura, los cuales son justificados por el Gobierno para la eficacia del gasto pero en su manejo ha prevalecido la discrecionalidad debido a la misma ambigüedad y fragil normativa existente en las leyes gubernamentales dispersas en relación al fideicomiso público. La intención de publicitar la figura del fideicomiso público, para cumplir con la voluntad del Organismo Ejecutivo relativos a una finalidad social, en beneficio de la población a que se destina, suministros, obras y servicios.



El desarrollo de la tesis se dividió en cuatro capítulos: el primero, señala el derecho mercantil, su definición, materia que norma, reseña histórica, autonomía, conceptualización, características, principios y fuentes; en el segundo, se determinan los sujetos del derecho mercantil, al comerciante individual, comerciante extranjero, cónyuges comerciantes, profesiones que se extinguen del tráfico comercial, comerciantes sociales especiales y el tráfico mercantil; en el tercero, se indica los recursos públicos, su incidencia en el sistema, problemática, debilidad institucional, avances recientes, gasto público, fuentes y usos de los recursos públicos, transparencia en el ejercicio de los mismos y las fuentes de los recursos; el cuarto, señala la importancia de los fideicomisos constituidos con recursos públicos del Estado guatemalteco, origen, conceptualización, características, elementos, forma, régimen de los bienes fideicometidos, clases, nulidad y extinción.

La hipótesis formulada se comprobó al determinar que los fideicomisos que se constituyen con recursos públicos del Estado guatemalteco son inalienables, imprescriptibles e inembargables y con una finalidad social.

Se emplearon las técnicas de investigación documental y de fichas bibliográficas, con las que se obtuvo la información de actualidad y referente al tema de la tesis. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, el cual señaló la importancia de los recursos públicos; el sintético, indicó las características del fideicomiso; el inductivo determinó su regulación legal y el deductivo estableció los fideicomisos constituidos con recursos públicos en Guatemala.

CAPÍTULO I



1. Derecho mercantil

El derecho como ciencia normativa, se encarga de estudiar las formas que la sociedad adopta para imponerle límites a la conducta humana intersubjetiva, sean las mismas de carácter legal, consuetudinarias o de costumbre, jurisprudenciales o contractuales.

Esas limitaciones responden al modo de ser de la sociedad y los intereses que en ella predominan en cada época histórica, lo que viene a constituir la fuente material del derecho.

Cada rama de la ciencia jurídica tiene asignada la función de estudiar una parte de esas relaciones, para dar los principios fundamentales que después van a manifestarse en el derecho vigente. Por ejemplo, los fenómenos delictivos son materia del derecho penal; la función administrativa del poder público es objeto del derecho administrativo; el status común de todas las personas es materia del derecho civil; las relaciones entre los estados compete al derecho internacional público; y así, cada manifestación de la vida del hombre, considerada desde el ángulo de derecho, se ve afectada por una rama jurídica específica, lo cual genera las especialidades de los diversos derechos particulares, sin olvidar que entre ellos existe interdependencia, proveniente de pertenecer a la totalidad del ordenamiento legal.



Lo anotado sirve para determinar cuál es la materia o las relaciones objetivas que se atribuyen al llamado derecho mercantil o derecho comercial, con el fin de estudiarlas y sistematizarlas doctrinariamente y legislativamente.

El autor Roberto Lara Velado da a conocer el origen del derecho mercantil señalando: “En el inicio de esta rama del derecho, su función específica era normar las relaciones en que intervenía un sujeto que profesionalmente era conocido como comerciante, cuyos actos intermediadores consistían en llevar los satisfactores o mercancías del productor o consumidor”.¹

En ese sentido, se consideraba que comercio era únicamente la actividad que realizaba al mercader o comerciante; lo que permitía tener una idea del derecho mercantil y delimitar sus fronteras.

La actividad económica comercial fue evolucionando y volviéndose más compleja, al grado de involucrar en su práctica a sujetos que no eran comerciantes, quienes se convertían en sujetos del mismo.

Luego, aparecieron diversos actos de tráfico mercantil que nada tenían que ver con la intermediación, pero que su importancia económica se cobijaba en este derecho. Entonces, el derecho mercantil, se amplió en su radio de acción y la tradicional

¹ Lara, Velado. Roberto. **Derecho mercantil**, pág. 26.

intermediación. Se convirtió en una de las tantas relaciones que forman de la parte de la materia en estudio.



El derecho mercantil estudia la actividad profesional del comerciante; los medios que facilitan la circulación de las mercancías; los bienes o cosas mercantiles como la empresa, títulos de crédito y mercancías, las reglas del comercio nacional e internacional; la propiedad industrial; los procedimientos para reclamar la solución de un conflicto de intereses; en fin, su contenido amplio es proveniente de actividades sujetas a constante cambio, hace que este derecho sea uno de los más nutridos en experiencias que muchas veces rebasan la previsión del legislador.

La actividad comercial en general es de primera importancia dentro de la vida económica, tanto a nivel interno de un Estado, como en su comercio internacional. La producción de bienes y servicios y ponerlos a disposición del consumidor, constituyen los actos principales de comercio, los cuales han condicionado la existencia de instituciones jurídicas que posibilitan su realización.

En esta era de la civilización, en la que comerciar, y comerciar bien, ya no es sólo interés individual, los estados se preocupan dentro de los grupos regionales o en foros internacionales por crear marcos jurídicos que faciliten la función comercial.

La industria, la intermediación la banca, los seguros, los títulos de crédito, las sociedades, interesan tanto a nivel nacional como internacional. De ahí que, si alguna



rama del derecho tiende a internacionalizarse, es la del derecho mercantil. Esa variedad de fenómenos, objeto de esta materia, no deja de crear preocupación científica en quienes se dedican a cultivarla. Son bastantes los intentos separatistas o fraccionarios que se han pretendido en el derecho mercantil, con el fin de crear unidades aisladas conforme a la sistematización legislativa. Se habla de un derecho bancario, un derecho de sociedades, un derecho de seguros, un derecho bursátil.

Cualquier persona relacionada con el derecho como un jurista, jurisconsulto, juez o un profesor de derecho debiera sentirse científicamente insatisfecho si reduce su conocimiento a un sector que le hiciera olvidar la interrelación que existe entre las diversas ramas del derecho. Y con mayor razón se daría esa insatisfacción, si se pretende ser perito en un derecho como el mercantil, que funciona con ciertas características aplicables a todo su contenido.

Laureano Gutiérrez Falla señala la relación del derecho mercantil con el sistema jurídico positivo señalando que: "El particularismo de la excesiva especialización es opuesto a la unidad orgánica del derecho. Existe necesidad de contemplar la ciencia jurídica como ciencia unitaria que sólo para una fácil investigación se aísla en sus diversas ramas, y que por exigencias de la división del trabajo se estudian por separado sus diversas partes, lo cual ocurre con el derecho mercantil en donde más manifiesta es la



necesidad de coordinación asidua con las demás ramas, más o menos próximas y con el sistema jurídico positivo”.²

La amplitud de las relaciones jurídicas que conforman el comercio y la incidencia que tienen en diversos actos sociales, hacen que el comercio se vea regulado por otras materias con las que el derecho mercantil se relaciona como el derecho penal y el derecho laboral. Entonces, si es obligatorio conocer la relación con estas materias, mucho más lo es entender todo lo que es en materia mercantil.

1.1. Definición

El autor Laureano Gutiérrez Falla señala la definición de derecho mercantil, indicando lo siguiente: “Derecho mercantil es el conjunto de normas relativas a los comerciantes en el ejercicio de su profesión, a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a las relaciones jurídicas derivadas de la realización de estos”.³

Joaquín Garriguez lo define de la siguiente forma: “El derecho mercantil es la rama del derecho privado que regula el ejercicio del comercio, siendo uno de sus fundamentos el comercio libre”.⁴

² Gutiérrez Falla, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil**, pág. 20.

³ **Ibid**, pág. 34.

⁴ Garriguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, pág. 16.



1.2. Materia que norma el derecho mercantil

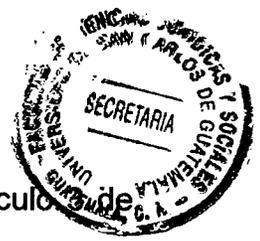
El Artículo 10 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Aplicabilidad. Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se registrarán por las disposiciones de este código y en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil”.

Este Artículo sirve para delimitar el campo de acción de este derecho. El derecho mercantil puede resultar insuficiente para resolver un problema concreto. Ante esa posibilidad, se debe recurrir a su más cercano origen: el derecho civil o derecho común. Ahora bien, en el terreno del derecho vigente, si el Código de Comercio es insuficiente, no se recurre a disposiciones del derecho civil como lo dice el Artículo, sino a disposición del Código Civil, ya que el contexto derecho civil es un marco teórico que no contiene disposiciones. El legislador equivocó los términos expresamente y debió referirse al Código Civil, ya que la fuente unitaria formal del derecho guatemalteco es la ley. Es claro que el jurista entiende el problema y sabe cuál fue la intención; pero la redacción de una norma debe hacerse sobre la base de términos inequívocos. Así también, la última frase no responde a un criterio científico. Dice que la aplicación e interpretación supletoria del derecho civil, se hará de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil. El derecho como ciencia general o en sus manifestaciones particulares, se basa en una serie de principios, generalmente de carácter filosófico, que marcan su concepción sobre lo que tiende a normar. Pero estos principios son



categorías previas a la ciencia y a la ley. La ciencia y la ley lo que hacen es explicitar esos principios que son contenidos de conciencia colectiva. En otras palabras, los principios no los inspira el derecho mercantil; los principios inspiran al derecho mercantil. Esta crítica, si es acertada, demuestra lo difícil que es legislar. Es una actividad que supone un conocimiento científico, filosófico y un adecuado manejo de la regla del idioma castellano. En este caso, la sustitución del Artículo el por la contracción al hubiera significado una norma concordante con un mejor sentido gramatical y con la técnica jurídica.

Establecido lo anterior, es importante desarrollar lo referente a la materia propia del derecho mercantil guatemalteco. En primer lugar, este derecho norma la actividad profesional del comerciante. El comerciante, como sujeto general de derechos y obligaciones, desarrolla otras actividades que tienen relación con otras ramas del derecho y se rige por ellas. De manera que no todo lo que hace el comerciante se regula por la legislación mercantil; ésta únicamente rige aquello que constituye su rol profesional de comerciante. Para ser más explícito, ese rol lo delimita el Artículo 2 del Código de Comercio, en donde se dice que las actividades comerciales, ejercidas en nombre propio y con finalidad de lucro, son: la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios; la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios; el negocio de la banca, los seguros y las fianzas, y, las que sean auxiliares de las anteriores. Este conjunto es el hacer del comerciante y lo que contribuye a delimitar su rol profesional.



En el caso del comerciante social, o sea las sociedades mercantiles, el Artículo de ese código indica que estas son comerciantes por la forma que adoptan, independientemente de la actividad a que se dediquen.

Sin embargo, su actividad debe desarrollarla con intenciones de lucro, conforme al Artículo 1728 del Código Civil, de manera que no se puede organizar una sociedad mercantil para fines benéficos. En materia de negocios jurídicos mercantiles, se comprende todos aquellos actos unilaterales o bilaterales, onerosos por su naturaleza, que están tipificados en la legislación mercantil en general, a los cuales hay que agregar aquéllos que surgen en la práctica nacional e internacional y que se conocen como contratos atípicos, a veces sin un nombre específico o bien nominados por la práctica mercantil, tal el caso de los contratos de Leasing o el de Franquicia, que son atípicos, pero nominados. Estos contratos nacen al amparo del Artículo 1517 del Código Civil, en donde se establece que hay contrato cuando dos o más personas convienen a crear, modificar o extinguir obligaciones, lo cual permite extender el campo del contrato hasta donde llegue la necesidad de obligarse.

En el tema de negocio jurídico mercantil, en el Artículo 5 del Código de Comercio, se contempla como negocio mixto el que se celebre entre un comerciante y un no comerciante, el cual se rige por la ley mercantil. Con esta previsión se puso fin a la duda sobre si, en tal caso, se recurría a la ley civil o a la ley mercantil: en el negocio mixto siempre se aplicará la ley mercantil. En cuanto a las cosas mercantiles, son todos los bienes que integran la esfera patrimonial del tráfico comercial.



Estas cosas son de naturaleza mueble aun cuando la práctica demuestra que ya se principian a movilizar los inmuebles con criterio comercial, enajenándolos en masa con impulsos empresarial como ocurre en el caso de las notificaciones y construcciones de viviendas, lo cual evidencia el expansionismo del comercio hacia las esferas tradicionalmente reservadas al Código Civil. Dentro de las cosas mercantiles el Artículo 40 del Código de Comercio incluye los títulos de crédito como lo son los cheques, letras de cambio, pagarés, etcétera; las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres comerciales, los avisos y anuncios comerciales; la empresa mercantil y sus elementos.

Estos bienes constituyen los objetos de las relaciones comerciales. Se observa a este respecto que el código no contempla expresamente como cosas, las mercancías o mercaderías. Sin embargo, debe tenérseles como tales, ya que son un elemento de la empresa, y siendo que ésta puede ser traficada como unidad o fraccionadamente, la mercadería es cosa mercantil. Todo lo anterior es, pues, la materia que regula el derecho mercantil guatemalteco.

Joaquín Garriguez señala la evolución histórica del derecho mercantil dando a conocer que: "El derecho mercantil, como rama del derecho en general, es reciente y se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Ciencias como la historia, la sociología, o la antropología, nos enseñan que el hombre, en los iniciales estadios de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba



de manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de sus actos creadores o tenía más objeto que llenar necesidades de su núcleo familiar o del reducido grupo al que pertenecía. En otras palabras, producía para su consumo y sin ningún propósito de intercambio”.⁵

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se volvieron complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir el desarrollo de la civilización: la progresiva división del trabajo. Este fenómeno histórico, condiciona las relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil.

Por esa división apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor. Así surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida. Los satisfactores tienen entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto.

En principio, ese intercambio era de producto por producto, por medio del trueque. Pero, cuando apareció la moneda como representativa de valor, se consolidaron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.

⁵ **Ibid**, pág. 19.



1.3. Reseña histórica

Roberto Mantila Molina en lo relacionado a la evolución histórica del derecho mercantil señala lo siguiente: “Las civilizaciones más caracterizadas por la historia hubieron de realizar tráfico comercial y fomentaron costumbres para regirlo. Los egipcios, los fenicios, los persas, los chinos, el mismo hombre americano, comerciaron. Pero, el derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser un lejano antecedente de la materia”.⁶

El mayor aporte de la Grecia clásica a la ciencia jurídica fue el ámbito político; y por lo tanto, la investigación cobra mayor impacto en los derechos que la desarrollan.

No obstante, la proximidad de sus ciudades más importantes al mar Mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para su economía. Con ello se instituyeron figuras que aún ahora ya que existen en el derecho mercantil actual.

El préstamo era, como el contexto lo sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor. En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado, si ocurría un siniestro en

⁶ Mantila Molina, Roberto. **Derecho mercantil**, pág. 26.



alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como antecedente del contrato de seguro.

El autor Roberto Mantila Molina en lo relacionado con la historia del derecho mercantil señala lo siguiente: “La echazón, también se le identifica como aporte griego. Por ella el capitán del buque que podía aligerar el peso de la carga echando las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura. En el derecho mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. También fueron importantes las Leyes Rodias, las que deben su nombre por haberse originado en la Isla de Rodas; y era un conjunto de leyes destinadas a regir al comercio marítimo. Lo anterior denota que este derecho se originó por la actividad del hombre en el mar; y que cuando hubo facilidad para el tráfico terrestre, las instituciones se adaptaron a una nueva vía de comunicación; y señala también cómo el desenvolvimiento material generado por el hombre estimula el cambio constante del derecho mercantil”.⁷

El derecho romano merece un comentario especial. La cultura romana fue creadora de un sistema de alcances insospechados. La vastedad territorial del imperio permitió la aceleración del tráfico comercial; pero no generó un derecho mercantil autónomo. El *ius civile* era un derecho destinado a normar la actividad privada de los ciudadanos, fueran o no de carácter mercantil.

⁷ *Ibid*, pág. 29.



Una de las principales características distintivas era la de ser un derecho esencialmente formalista. Para que los negocios jurídicos cobraran validez se les adornaba con fórmulas sacramentales necesarias para el surgimiento de vínculos jurídicos. Pero sucede que el comercio se ha caracterizado y se sigue caracterizando por desenvolverse en forma rápida, sin mayores formalismos.

Los romanos aplicaban la ley civil al comercio y debían observar las peculiaridades propias del fenómeno comercial. La rigidez de la ley se suplía con la elasticidad de una interpretación especial, fórmula que sirve de antecedente a la idea de que el juez adapte la ley al caso concreto, particularmente en el ámbito del derecho privado.

En resumen, no existió en Roma la división tradicional del derecho privado. No se dio un derecho mercantil en forma autónoma. El *ius civile* era un universo para toda relación de orden privado.

Una de las manifestaciones propias de la Edad Media, sobre todo en lo que respecta a la organización social, es el feudalismo. El titular de un feudo ejercía poder omnímodo en su jurisdicción territorial y todo lo que allí se hacía iba en su propio beneficio, lo que incluía también poder político. Ese poder entraba en conflicto con los intereses de las monarquías. Tradicionalmente la actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían el tráfico comercial porque lo consideraban deshonorosos. Fuera de los feudos, entonces, se formaron las villas o pueblos, en donde se atrincheró la naciente burguesía comerciante.



La irrupción de esta clase social en la composición de la sociedad marca una etapa transformadora en todo lo que le rodea y su poder de inducir cambios radica en la riqueza comercial. La importancia de la burguesía no radicaba en los bienes territoriales, sino en la riqueza monetaria que producía 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.

Los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas corporaciones. Esas corporaciones se regían por sus estatutos, en los que se recogieron las costumbres que ellos mismos habían venido practicando; de ahí que, a este derecho también se le llama derecho corporativo o derecho estatutario, como connotación histórica. Los estatutos no sólo contenían reglas de derecho que regulaban el comercio, los derechos y obligaciones del comerciante, sino también organizaron una jurisdicción propia para la solución de sus controversias.

Esa jurisdicción estaba a cargo de un funcionario llamado cónsul y es el origen de los tribunales propiamente mercantiles que se dan en algunos países. Como aporte importante de esta etapa se señala la letra de cambio, la consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles, fomento del contrato de seguro, inicio del registro mercantil, etcétera.

Pero, lo más importante de todo es que el derecho mercantil se transformó en un derecho autónomo del derecho civil; y aun cuando era un derecho para una clase



especial los comerciantes, la incidencia de las nuevas convicciones sobre el comercio determinó que el derecho mercantil principiara a caminar por sus propios medios, tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil. Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues, a las necesidades reales de la nueva clase comerciante.

El derecho mercantil de la época moderna es de importancia, así como la determinación de los hechos que marcan el curso de la historia humana y que influyen en el derecho mercantil. El descubrimiento de América surte ese efecto, y a su vez, él constituye una consecuencia del expansionismo mercantilista europeo. El descubrimiento no fue un accidente; fue el resultado de las pretensiones de España, Inglaterra, Francia, Holanda, Italia, que buscaban nuevas rutas para nuevos mercados. La principal vía de comunicación siguió siendo el mar, y la legislación mercantil insistió en seguirse dando para ese tráfico. Aunque durante varios años el derecho mercantil moderno continuó conservando su carácter de ser un derecho de la profesión de comerciante, con la legislación de Napoleón, en 1807, sucedieron dos hechos importantes: en primer lugar, se promulgó un código propio para el comercio; y, en segundo, el derecho mercantil dejó de ser una ley clasista para convertirse en un derecho destinado a regir relaciones objetivas que la ley tipifica como comerciales siendo irrelevante que el sujeto de las mismas sea o no un comerciante. Nace así la etapa objetiva del derecho mercantil. La revolución industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo período inspiró a no pocos códigos en el mundo moderno. Por otro



lado, las doctrinas liberales se desarrollaron en nuevas leyes protectoras de los intereses de la industria y del comercio, apuntando el funcionamiento del sistema capitalista.

El derecho, como totalidad, refleja los intereses y los conflictos de la estratificación social. Pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo es en el derecho mercantil. Este derecho está vinculado, en la forma más caracterizada, con el sistema capitalista. Sus crisis, sus renovaciones, la complejidad de sus contradicciones se manifiesta en el contenido de sus normas. Algunos autores lo tipifican como el derecho del sistema capitalista, aunque a veces los términos se usan con poca propiedad.

“En principio puede decirse que el derecho mercantil se ha desarrollado con fortaleza a la luz de la doctrina liberal de comercio. Sin embargo, en la primera mitad del siglo XX y ya para finalizar la segunda, se practicó la idea de limitar la autonomía de la voluntad, base esencial de la libre contratación, y de hacer que el Estado interviniera como sujeto de actividades comerciales. En algunos casos se hizo en forma absoluta, como en los llamados países socialistas, y en otros regulando la intervención del Estado en ciertos renglones de la economía. Para aquellos estados que no llegaron a ser expresiones de una economía socialista en su totalidad, fue común encontrarlos como banqueros, como transportistas, como prestadores de servicios, etc. Esto influyó en el derecho mercantil, al grado de tenerse la impresión de que este derecho estaba destinado a desaparecer, para convertirse a un derecho administrativo mercantil, para el día en que el Estado fuera el único sujeto que practicara el comercio. Sin embargo, a partir de la



desintegración del bloque de países socialistas, ocurrida principalmente con la exención de la Unión Soviética, la teoría y la práctica del derecho mercantil se replantea sobre la base de sujetarse a algunos puntos guías de la actividad comercial y de las leyes y costumbres que lo rigen”.⁸

Cuando se pretende que el Estado reduzca su intervención en la economía particularmente en el mundo del comercio, no debe considerarse esa intención como una receta universal. Si una sociedad, como sucede en países considerados con atraso económico y social, existe con evidentes desigualdades, no es válida la tesis de convertir al Estado en un arbitro de los intereses que expresan la existencia humana.

Existen áreas de la vida de los ciudadanos en donde es una necesidad la intervención del Estado, tal el caso de la educación, la salud, la seguridad, la vivienda mínima; pero no se justifica en actos de comercio; no deber ser acto de gobierno comercializar productos lácteos o granos básicos, transportar personas o cosas.

Sin embargo, debe estarse también a los fines del comerciante, sea éste individual o social. Es propio de su interés desarrollar actividades comerciales con el pensamiento puesto sólo en la ganancia. De ahí que deba existir una legislación que, entre otras protecciones, garantice lo siguiente: prohibir los monopolios y los privilegios porque niegan la base de la actividad comercial que es la libertad de competencia.

⁸ Lara. **Ob. Cit.**, pág. 34.



Establecer normas imperativas, limitantes de la libertad jurídica del comerciante, con la finalidad de proteger al consumidor. Por ejemplo, no debe permitirse que se induzca al consumo de bienes y servicios carentes de calidad; o que se capten ahorros por parte de sociedades mercantiles inadecuadas para ello por su forma.

Y si bien es cierto que el comercio debe ser fluido, el ordenamiento jurídico que lo rija debe garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y la satisfacción de las necesidades de las personas que en ella intervengan.

1.4. El derecho mercantil en Guatemala

Guatemala, al igual que el resto de los dominios españoles en América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli. La Recopilación de Leyes de Indias, las Leyes de Castilla, las Siete Partidas y la Ordenanza de Bilbao, para citar las más conocidas, contenían normas destinadas al comercio. La Capitanía General del Reino de Guatemala estaba sujeta al Virreynato de la Nueva España; de esta cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la Capitanía, se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por Real Cédula del 11 de diciembre de 1773. En esa cédula se dispuso que rigieran las ordenanzas de Bilbao, que era entonces el Código de más aceptación en la Metrópoli. La cédula que creó el Consulado importó la separación de la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a jueces especiales el conocimiento de



los negocios del comercio; esa misma cédula prestó el servicio de dar leyes propias y adecuadas a su naturaleza.

El autor Manuel Roseta Pont señala la importancia del derecho comercial al dar a conocer que. “El derecho comercial contenido en esas leyes servía más a los intereses de la Corona. La política económica del Estado Español en las Indias estuvo inspirada por las doctrinas mercantiles imperantes en la época de los grandes descubrimientos en el nuevo continente. Esta política se basaba en dos principios: el exclusivismo colonial y la llamada teoría de los metales preciosos”.⁹

El gráfico comercial en estas colonias no favorecía en mayor grado el desarrollo económico de la región.

Manuel Roseta Pont en lo relacionado a la historia del comercio señala lo siguiente: “Al suceder la independencia política de Centro América no se dio como consecuencia una legislación propia. Las leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años. En el gobierno del doctor Mariano Gálvez se hizo el intento de modernizar las leyes del país, sustituyéndolas leyes españolas por los llamados Códigos de Livingston, que eran un conjunto de normas redactadas para el Estado de Luisiana, por el jurista Eduardo Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones referentes al comercio.

⁹ Roseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**, pág.



El hecho de haberse formulado esos códigos para pueblos de idiosincrasia diferente, dio como resultado una resistencia de los destinatarios, lo que les restó positividad¹⁰.

Aunado a ello, la llegada del gobierno conservador de Rafael Carrera, significó el estancamiento de la evolución legislativa, ya que se volvió a la legislación española, al grado de que los estudios facultativos de derecho se hacían sobre las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Como consecuencia, se volvió al Consulado de Comercio y se introdujeron algunas variantes de procedimiento, advirtiéndose que la vigencia de ese régimen era temporal; pero, la verdad es que rigió durante todo el gobierno carrerista y se prolongó hasta la renovación legislativa impulsada por la Revolución de 1871. Especial atención merece el Código de la Revolución Liberal. En el año de 1877, al promulgarse los nuevos códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una ley especial de enjuiciamiento mercantil.

La comisión no determina que su proyecto sea original. En materia de legislación, y principalmente de legislación comercial muy poco o nada puede decirse de nuevo. La comisión lo que ha hecho es examinar las necesidades y las tendencias del comercio de la República, y buscar entre los códigos más reputados de Europa, y particularmente de América, los principios y reglas que mejor satisfagan las necesidades que mejor correspondan a esa tendencia. No ha desatendido tampoco la comisión en sus trabajos los usos establecidos en el comercio de la República, porque ha considerado que éstos son generalmente el resultado de una necesidad legal; o el signo de un progreso y ha

¹⁰ *Ibid*, pág. 19.



conservado todos aquellos que deben respetarse por su tendencia a facilitar las transacciones comerciales y a mantener la buena fe que siempre debe presidirlas.

De la fecha anterior llegamos hasta 1942, oportunidad en que promulgó un nuevo Código de Comercio contenido, en el Decreto número 2946 del Presidente de la República. Este código es calificado por el profesor guatemalteco Edmundo Vásquez Martínez, como una mejor sistematización de las instituciones de 1877, a la vez que reunió en un mismo cuerpo una serie de leyes dispersas; y sobre todo, las convenciones internacionales en materia de letra de cambio, pagaré y cheque.

En 1970 se promulgó el Decreto 2-70 del Congreso de la República, que contiene el actual Código de Comercio de Guatemala, el que pretende ser un instrumento moderno, adaptado a las nuevas necesidades de tráfico comercial de Guatemala, tanto en el aspecto nacional como internacional. Para su elaboración se tomaron en cuenta otros códigos de Centroamérica, sobre todo el de Honduras; ello con la idea de buscar una unificación legislativa que hiciera viable el movimiento comercial que generaría el llamado Mercado Común Centroamericano.

El Código de Comercio de Guatemala, vigente en la actualidad, incorporó instituciones nuevas y mejoró la sistematización de la materia jurídica mercantil. Es importante señalar la creación del Registro Mercantil, pues tal función, en forma limitada, la cumplía el Registro Civil.



En materia de títulos de crédito se incorporó la factura cambiaria. Se trasladaron aquellos contratos que, considerados mercantiles, como el fideicomiso o los que se refieren a la edición, radiodifusión o representación escénica, formaban parte del Código Civil.

A este código se le ha hecho modificaciones, en cuanto al procedimiento de inscripción de sociedades nacionales y extranjeras, principalmente. Sin embargo, por lo dinámico que es el comercio y sus formas de manifestarse, es indudable que debe estar sujeto a constante revisión.

El derecho mercantil guatemalteco, en su expresión legal, no se agota en el Código de Comercio, pues existen una serie de leyes sobre materia comercial, no codificadas, las que deben tenerse como integrantes del ordenamiento jurídico mercantil del país: leyes bancarias, de seguros, de auxiliares de comercio; y en su parte adjetiva, la reciente ley de arbitraje comercial, que forma parte de las normas que regulan la justicia mercantil.

1.5. Autonomía

El problema de la autonomía del derecho mercantil pareciera que por haberse superado en gran medida, ya no tiene importancia mayor plantear las dificultades que se presentan en la aplicación del derecho privado en general. En cuanto a su desenvolvimiento histórico, no siempre existió un derecho mercantil autónomo; un derecho mercantil como rama especializada dentro de las subdivisiones tradicionales



del derecho. No es sino hasta la Edad Media en que se principia a gestar la separación del derecho privado en dos ramas: derecho civil y derecho mercantil.

Cuando se creía que la división del derecho privado era un hecho consagrado, surgió la idea de hacer un solo código que reuniera las dos materias por el desarreglo científico del derecho mercantil, que se encontraba a media distancia entre el empirismo de la práctica y las doctrinas tradicionales consagradas por el derecho civil, bloqueándose en la impotencia jurídica de los contratos *sui generis*.

Esa fusión es un deber de quien estudia y de quien enseña. Un deber científico y didáctico, porque la ciencia y la escuela deben tender a construcciones instrucciones; y también es un deber judicial porque la magistratura no puede cumplir su función social si no tiende hacia el equilibrio de los intereses y hacia la unidad de las reglas dictadas para su tutela.

Esa posición unificadora del derecho privado fue abandonada. Sus argumentos tenían validez teórica y acaso práctica en alguna medida, la realidad demostraba que los cambios operados en las formas del tráfico comercial obligaban a hacer del derecho mercantil un derecho con características muy especiales. Por otro lado, había que tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- El origen de la codificación varía del derecho civil al derecho mercantil. La ley mercantil siempre deviene de lo empírico, de lo fáctico, de las prácticas comerciales que preceden al concepto teórico. En cambio, el derecho civil



civil, pero con la dependencia que impone la comunidad de origen y la substancial analogía.

O sea que la separación, siendo necesaria por la materia que cada uno regula, no debe olvidar que el abolengo científico e histórico de la legislación civil hace que ella sirva para auxiliar a la mercantil cuando sus disposiciones resultan insuficientes para dar una solución ante un caso práctico. El estudio coordinado de las dos ramas vale, pues, el terreno de la docencia, de la investigación o de la jurisprudencia.

La legislación guatemalteca consagra la separación del derecho sustantivo, aunque tiene unificado el derecho adjetivo. Existe un Código Civil y un Código de Comercio que operan por separado; y, a su vez, hay un Código Procesal Civil y Mercantil. En el derecho sustantivo el Código de Comercio se encarga de establecer la interdependencia entre la ley civil y la ley mercantil, pues el Artículo primero regula la supletoriedad del primero para con el segundo, bajo la estricta observancia de los principios del derecho mercantil.

Por último, en cuanto al derecho procesal, si bien está unificado, hay que hacer la salvedad de que, para la pretensión procesal en el terreno mercantil, el Código de Comercio señala las vías más rápidas para dar soluciones jurisdiccionales: juicios sumarios, ejecutivos o arbitrales. En pocos y muy especiales casos está prevista la vía del juicio ordinario. Esto en obsequio a la característica de rapidez del derecho



mercantil. El comercio exige soluciones prontas para sus conflictos y por eso se prescriben los cauces más expeditos.

1.6. Conceptualización

El concepto del derecho mercantil no tiene uniformidad en la doctrina, porque para elaborarlo se han tomado en cuenta diferentes elementos que se encuentran en las relaciones del comercio y que caracterizan la forma se desarrollan.

El sujeto comerciante, los actos objetivos de comercio, la organización empresarial, la cantidad de negocios jurídicos mercantiles que se dan el tiempo y en el espacio, han servido de base para presentar diferentes conceptos de este derecho.

El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional. En el desenvolvimiento histórico de esta materia, que en la época medieval la normatividad comercial estaba destinada única y exclusivamente para los comerciantes. Principió siendo un derecho que delimitaba un fuero especial, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo. Por esta razón, la idea que se da desde este ángulo, se le conoce como concepto subjetivo, ya que el elemento principal a tomar en cuenta es el sujeto que interviene en el movimiento comercial. Advirtiéndose que el término se usa como sinónimo de grupo profesional, se ha dicho que el derecho mercantil principió siendo un derecho de clase; se ha dicho que el Derecho Mercantil principió siendo un



derecho de clase; y aún en la época moderna no pocos códigos están referidos a la esencia al sujeto comerciante.

Pero el comercio se fue volviendo muy complejo y muchas de sus manifestaciones no dependen de que intervenga un sujeto que tenga la calidad de comerciante. Por ejemplo, un cheque lo puede girar cualquier persona y la naturaleza mercantil de ese título no está referida a la calidad del sujeto librador. El cheque siempre estará sometido al régimen legal mercantil. Por otro lado, contribuyó a la ineficacia de este concepto el hecho de que, ni doctrinaria ni legalmente se diera un concepto único de lo que debe entenderse por comerciante. Se ha dicho que es la persona que realiza actos de comercio en forma habitual; otros piensan que la nota que debe tomarse en cuenta es tener un establecimiento abierto al público; y, hay quienes exigen como elemento definitorio el registro mercantil.

Guillermo Cabanellas en lo relacionado con la definición de derecho mercantil señala lo siguiente: "El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen los actos objetivos de comercio. Este concepto es un aporte del Código de Napoleón. Como se decía que el derecho mercantil era un derecho de clase, este se liberalizó la función de la ley y se estableció un nuevo punto de referencia conceptual: el acto objetivo de comercio. La ley mercantil ya no funcionaría en torno a los sujetos destinatarios, exclusivamente, sino que se refería a



una serie de relaciones jurídicas tipificadas por el código como mercantiles, cualquiera fuera el sujeto que resultara dentro de las mismas”.¹¹

Los actos o negocios que la ley califica como mercantiles venían a ser la materia jurídica mercantil. El concepto del derecho mercantil encontró la misma dificultad: precisar una idea sobre lo que es un acto de comercio. Las legislaciones se inclinaron en dos sentidos:

- Elaborar una lista de actos que debían considerarse mercantiles. Casi nunca la enumeración podía agotar el infinito mundo del comercio y siempre resultaba insuficiente; y
- Se establecían elementos que debían concurrir en un acto o negocio para deducir que se estaba ante un acto objetivo de comercio. Estos elementos eran: que fuera a título oneroso; que fuera sobre bienes inmuebles; y, que hubiera especulación. La exigencia de la especulación no siempre se da en una negociación mercantil, ya que muchas veces el comerciante vende el costo con el fin de salir de un lote de mercaderías.

Existen diversas clases de actos mercantiles, siendo algunos de los mismos solamente por su propia naturaleza; y otros se están bajo la dependencia del sujeto que los lleva a cabo.

¹¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 250.



El derecho mercantil es el derecho que rige una serie de relaciones de relevancia jurídica, cuya característica especial es que se dan en masa; en grandes cantidades.

Una de las características relevantes del tráfico comercial era que los actos en que se manifiesta se dan en grandes actividades; no son actos aislados como los del tráfico civil. Una persona vende un inmueble y probablemente muera sin volver a vender otro; en cambio, en el comercio las negociaciones se dan con un volumen y una rapidez que exigen un derecho con mecanismos especiales en su manifestación fáctica. El número es entonces importante para un comercio de resultados positivos.

Un porcentaje considerable de las relaciones civiles se redactan en escrituras públicas; en cambio, en lo mercantil, el contrato prerredactado en formularios es la forma más expedita de formalizar un negocio. Y así, se encuentran suficientes casos de negocios jurídicos en los que la forma casi es irrelevante.

El derecho mercantil consiste en el conjunto de principios y normas que rigen las empresas dedicadas al comercio. Este concepto caracteriza al comercio moderno y se genera en organizaciones que planificadamente impulsan el tráfico mercantil; y esas organizaciones son las empresas. Se ha criticado diciendo que la empresa es materia de la ciencia económica; no es jurídica; y que lo único que se hace es sustituir al comerciante por la empresa. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en el comercio de hoy, cualquier acto productivo del hombre tiene éxito si se desarrolla organizadamente; y para eso se ha estructurado toda una teoría sobre la empresa,



tanto desde el ángulo económico como jurídico. La empresa, tanto desde el ángulo económico como jurídico. La empresa, es claro, no es propia del comercio. Hay empresas administrativas, civiles, agrarias, según sea la actividad que se organice; pero, al menos en el derecho guatemalteco, es la ley mercantil la que mejor define lo que debe entenderse como tal y sin ningún equívoco. Pero la define como un objeto del tráfico comercial, y no como sujeto de esa función.

No basta la observación de que las relaciones jurídicas que provoca el comercio se realicen en masa; o, que ellas se gesten dentro de una organización empresarial. Los dos fenómenos deben coordinarse para tener una visión completa de lo que el derecho mercantil tiene como materia. Por eso el derecho mercantil está destinado a regular un tráfico masivo que se desarrolla por medio de organizaciones empresariales.

La actividad económica comercial no se rige únicamente por el derecho mercantil. Ella se ve afectada por otras ramas del saber jurídico. Pero, lo que interesa aquí es la ley mercantil; aunque es necesario repetir que el Código de Comercio no agota el derecho mercantil vigente, sino que éste se integra por otras leyes ordinarias como la Ley de Bancos, la Ley de Almacenes Generales de Depósito, la Ley de Empresas Aseguradoras, etcétera.

A pesar de lo profuso que es la legislación en esta materia, un concepto de derecho mercantil encuentra su materia en el Código de Comercio, ya que de su contenido se pueden extraer elementos generales para integrarlo.



El autor Benito Lorenzo señala la finalidad del derecho mercantil dando a conocer que “El derecho mercantil se ha preocupado más en adaptarse a la práctica cambiante, al modo de comerciar, que en crear elementos teóricos que sí existen en el campo civil”.¹²

El derecho civil no ha tenido esa insuficiencia porque ancestralmente ha sido el resultado de doctrinas bien definidas, en donde la lógica del concepto hace gala del contenido y estructura. Un concepto de derecho civil basta con inferirlo de la sistemática de cualquier código.

Todo Código Civil divide sus normas en derecho de las personas, derecho de los bienes, derecho de las obligaciones y contratos y derecho de las sucesiones. Los autores del Código de Comercio de Guatemala, terminaron con la gastada polémica entre conceptos subjetivistas y objetivistas, y diagramaron un ordenamiento idéntico al del Código Civil, suprimiendo únicamente el libro de las sucesiones, ya que dicha materia seguirá siendo civil mientras el derecho exista.

El Código de Comercio de Guatemala norma la actividad profesional de los comerciantes, las cosas mercantiles y los negocios jurídicos mercantiles. Estos parámetros, acertadamente planteados en forma genérica, son la materia del derecho mercantil guatemalteco.

¹² Benito, Lorenzo. **Derecho mercantil**, pág. 60.



Lorenzo Benito define el derecho mercantil señalando lo siguiente: “El derecho mercantil guatemalteco es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil”.¹³

1.7. Características

Las características de toda rama del derecho devienen de la materia trata. En el caso del derecho mercantil, el comercio, que es su materia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente en los modos de operar, exige rapidez en las formas de negociar, se desenvuelve a nivel nacional e internacional. Estas particularidades inciden en las características que se le señalan al derecho mercantil, encontrándose entre las más específicas, las siguientes:

a) Poco formalista: la circulación para que sea fluida, exige que la formalidad esté relegada a la mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan en simples formalidades sólo explicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera. La representación en lo civil exige un contrato de mandato; en cambio, la representación en materia de títulos de créditos se da por un sencillo endoso en procuración.

¹³ *Ibid*, pág. 62.



Así también, el simple acto de abordar un autobús, pagar el valor del pasaje boleto, configura un contrato de transporte entre el usuario y el propietario del medio de transporte, representado entre el usuario y el propietario del medio de transporte, representado a la vez por el piloto, quien ejerce una representación sin mandato expreso. Estos dos casos sirven para demostrar cómo el derecho mercantil tiende a ser poco formalista, para adaptarse a las peculiaridades del tráfico comercial.

b) Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar: el poco formalismo comentado se relaciona con la agilidad del tráfico comercial. El comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible. Al mismo tiempo vive imaginando fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar.

Ello obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que se le presenta. Un juez, por ejemplo, no podría negarse a resolver un conflicto de intereses en el campo comercial pretextando que un negocio no está regulado por el derecho vigente, ya que si en algún campo el contrato atípico se da con suma facilidad, es en el mundo del hacer comercial.

c) Adaptabilidad: esta característica se explica señalando que el comercio es una función humana que cambia día a día. Por diversos motivos políticos, científicos y culturales las formas de comerciar se desenvuelven progresivamente. De ello resulta que la legislación siempre va en zaga de la práctica. Entonces, una característica de



este derecho para tomarse en cuenta es que, en su contexto general, debe ser adaptado para tomarse en cuenta del mismo fenómeno comercial.

d) Tiende a ser internacional: la producción de bienes y servicios no es exclusivamente para el comercio local de una sociedad organizada políticamente. Se produce para el mercado interno; para el mercado internacional.

Ello obliga a que las instituciones jurídicas tiendan a ser uniformes porque así se permite la facilidad del intercambio a nivel internacional.

El mundo moderno ha visto logros importantes en este aspecto y un ejemplo de ello es la uniformidad que se ha dado en materia de títulos de crédito. Todos los países, en menor o mayor escala, tienden a abarrotar el mercado extranjero con sus mercancías; y de ahí que organismos internacionales, como Naciones Unidas, fomenten el estudio y sistematización del derecho mercantil internacional. Esta característica es más sensible ahora que ha surgido el fenómeno de la globalización de las economías.

e) Posibilita la seguridad del tráfico jurídico: el valor seguridad jurídica lo explica la filosofía del derecho como la observancia de mecanismos consagrados para el surgimiento de la normatividad, dentro de los cuales se encuentra la forma de contratar.



Es fundamental la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.

1.8. Principios

Las características y principios deben funcionar conjuntamente para una correcta interpretación del derecho vigente. Enumerados, pueden considerarse los siguientes:

- La buena fe;
- La verdad sabida;
- Toda prestación se presume onerosa;
- Intención de lucro; y
- Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

1.9. Fuentes

El término fuentes del derecho significa origen, fenómeno de donde proviene. Las fuentes formales del derecho mercantil son: la costumbre, la jurisprudencia, la ley, la doctrina y el contrato. La exposición siguiente explicará someramente el alcance de cada una de ellas.



La costumbre: es la primera fuente formal del derecho mercantil, ya fuera como práctica general de los comerciantes o como usos del comercio. Generalmente son éstos últimos los que funcionan en la práctica mercantil, los que pueden ser locales o internacionales; generales o especiales; y normativos o interpretativos. El párrafo segundo del Artículo 2º. De la Ley del Organismo Judicial, da categoría de fuente al derecho a la costumbre, y por lo mismo al uso, en defecto de ley aplicable al caso y siempre que no sea contraria a la moral y al orden público y que resulte probada. En el Código de Comercio se encuentra que se permite a los usos para resolver un problema legal en ausencia de una norma específica, tal es el caso de fijar el precio de una compra-venta en que se omitió establecer tal prestación. Los usos, sean locales o internacionales, generales o especiales, pueden servir para normar una situación mercantil que la ley no contempla; y en el caso de los interpretativos, se utilizarían en los términos que permite el Artículo 10 de la misma Ley del Organismo Judicial.

La jurisprudencia: se encuentra regulada en Guatemala, según lo expresa el primer párrafo del Artículo 2º de la Ley del Organismo Judicial, como fuente complementaria. En ese orden lo es del derecho mercantil, no obstante lo limitado de su efecto vinculante.

De acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, cuando se producen cinco fallos reiterados en juicios sometidos al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, por medio del recurso de casación, se genera la doctrina legal que puede citarse como fundamento de pretensiones similares. Sin embargo, si se trata de



interpretar la ley que ya existe, estos fallos no están generando nuevas normas, lo mismo no son fuentes directas de lo normativo.

Cuestión distinta sucede cuando hay ausencia de norma para el caso concreto y se falla en observancia de los Artículos 10 y 15 de la Ley del Organismo Judicial, porque en tal caso sí se está produciendo una norma, con la particularidad de ser individualizada para el caso concreto, con imposibilidad de traerla a cuenta para solucionar un caso similar.

La ley: conforme a los Artículos 2º y 3º de la ley del Organismo Judicial, la ley, o la legislación con más propiedad, es la fuente primaria del derecho. En el caso de Guatemala, la normatividad mercantil se integra a partir de su Constitución Política, cuyos preceptos mercantiles se desarrollan en el Código de Comercio y demás leyes y reglamentos que norman la actividad de los comerciantes, las cosas y los negocios mercantiles.

La doctrina: a la doctrina algunos autores le niegan calidad de fuentes del derecho. Sin embargo, en el derecho mercantil sucede algo especial. Por el lento proceso legislativo, es indudable que la doctrina planteada por los científicos del derecho va adelante del derecho vigente. La doctrina corre pareja con la práctica; lo que no sucede con la ley. Entonces, para que este derecho sea viable tácticamente, los principios estudiados, y que son doctrinarios, son fuente coadyuvante en la interpretación del contexto legal, por disposición del Artículo 1º. del Código de Comercio. Pero, no debe considerársele una



fuente aislada y que produzca efectos ella sola. La doctrina puede funcionar como usos: coadyuvar al esclarecimiento del derecho vigente, con la diferencia de que por su solidez científica, juega un papel preponderante en el conocimiento de los problemas que tiene que resolverse dentro del contexto del derecho mercantil.

El contrato: ha sido considerado como fuente del derecho sobre todo en el campo del derecho privado. Contienen una serie de convenios propios de cierto tipo de negocios o bien regulan características del comercio local, nacional o internacional.

Si en algún campo del derecho privado se dan modalidades muy especiales al celebrar un contrato, en el terreno mercantil existen y por ello se tiene que considerar como una fuente. Sin embargo, el contrato ha sido definido como ley entre las partes; y en ese sentido viene a ser una fuente muy particular, que sólo tiene radio de acción para los sujetos que en él hayan intervenido como partes; pero no genera disposiciones de observancia general.

Sin embargo, en la práctica mercantil existe el contrato normativo, el contrato tipo, el contrato por adhesión, que de cierta manera norma obligaciones de más de un contrato singular.

Es fundamental el estudio del derecho mercantil para la determinación de la normativa que se relaciona con los comerciantes en el ejercicio de su profesión, de los actos de comercio de las relaciones jurídicas que se derivan de la realización de esos actos.



CAPÍTULO II

2. Sujetos del derecho mercantil

Al estudiar el concepto subjetivo del derecho mercantil, se presentan las dificultades de la búsqueda de un concepto único del sujeto comerciante, no obstante ser el destinatario de este régimen jurídico.

En principio, debe establecerse que en la conciencia común se tiene la idea de que un comerciante es aquella persona que, con intenciones de lucro, compra para revender, colocándose o desarrollando una actividad intermediada entre productor y consumidor de bienes y servicios. Pero, la idea doctrinaria y la legal rebasa al simple intermediario, para dar una visión más amplia sobre la concepción del comerciante.

Hay dos clases de comerciantes: comerciantes individuales y comerciantes sociales. Los primeros, son las personas individuales cuya profesión es el tráfico comercial; y los segundos, las sociedades mercantiles.

El Artículo dos del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala que: "Comerciantes. Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refieran a lo siguiente:



1. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
2. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.
3. Banca, seguros y fianzas.
4. Las auxiliares de las anteriores”.

Para tener la certeza de que se está ante un profesional comerciante, deben existir los siguientes elementos:

- a) Ejercer en nombre propio: el ejercicio es la actuación en el tráfico comercial y debe ser en nombre propio. Esto último es el supuesto. Actuar para sí; no para otro. Ser el sujeto de imputación de las relaciones jurídicas que devengan de su tráfico. Esa es la diferencia con el auxiliar del comerciante, que no actúa en nombre propio, sino en nombre de otro.
- b) Finalidad de lucro: el comerciante no es una persona que actúa con fines benéficos. Cuando realiza actos de tráfico mercantil su finalidad es obtener ganancia o lucro, lo que aumenta su fortuna personal.
- c) Debe dedicarse a actividades calificadas como mercantiles: la industria puede ser en el campo de la producción de bienes o en la prestación de servicios. En este último la industria turística cae dentro del terreno del servicio industrial. El industrial, pues, no hace labor intermediadora, pero por disposición legal es profesional comerciante. Como comercio se clasifica a la intermediación en la circulación de bienes y en la prestación de servicios. Existe la tradicional función del comerciante original o sea la persona colocada entre el productor y el consumidor. Así también, la



función de los bancos, de las aseguradoras y de las afianzadoras, son actividades típicamente mercantiles.

El Artículo dos del Código de Comercio tipifica genéricamente al comerciante, de manera que sus efectos son aplicables tanto al comerciante individual como al social.

Pero en el caso del comerciante social, su calidad de comerciante no se define por los mismos elementos concurrentes del comerciante individual, sino por una formalidad. En efecto, el Artículo tres del Código establece que las sociedades organizadas bajo las formas preestablecidas en el mismo, tienen la calidad de comerciante, cualquiera que sea su objeto.

En otras palabras, si una sociedad adopta en su constitución una de las formas que la ley califica como mercantiles (sociedades anónimas, colectivas, comandita simple, comandita accionada o de responsabilidad limitada), entonces esa sociedad es comerciante, aunque su objeto no sea precisamente lo que estipula el Artículo segundo. Las sociedades son comerciantes por su forma.

El autor René Villegas Lara en lo relacionado al lucro señala lo siguiente: “En cuanto al lucro suelen organizarse sociedades mercantiles para fines benéficos, y no por eso dejan de ser comerciantes. Esto no podría darse en Guatemala, como ya se apuntó anteriormente, porque los socios ponen bienes en común para dividirse las ganancias.



Su calidad de comerciante surge de la forma adoptada; pero, su objeto social debe ser lucrativo”.¹⁴

2.1. Tipificación de los comerciantes

a) Comerciante individual: uno de los requisitos que el sujeto individual debe llenar para ser comerciante, además de lo expuesto en el Artículo 2 del Código de Comercio es que sea hábil para obligarse de conformidad con las disposiciones del Artículo 6 del Código Civil. La ley se refiere expresamente a la capacidad de ejercicio que implica la de ser sujeto de derechos y obligaciones. La persona debe estar en posibilidades de actuar en el campo del orden jurídico, posibilidad que se adquiere con la mayoría de edad que precisa el derecho común.

El comercio es riesgoso y se corre el peligro de perder o ganar en el tráfico. En esa virtud, el patrimonio de los menores de edad o el de los interdictos es aconsejable no comprometerlo en actividades comerciales.

Pero puede suceder que en un menor de edad reciba una empresa mercantil por herencia o donación; o bien que un comerciante capaz, por las causas que establece la ley civil, se le declare en estado de interdicción.

¹⁴ Villegas Lara, René. **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 34.



Ante esos hechos y haciendo efectivo el principio de conservación de la empresa, el juez que conozca el caso puede decidir, con dictamen de experto, si la empresa continúa o no, tomando en cuenta las posibilidades favorables del negocio y el beneficio que va a resultar de su conservación.

Si el juez decidiera lo primero, existiría una excepción al requisito de la capacidad como condición necesaria para ser comerciante; en el entendido de que la actuación de estas personas se haría por medio de sus representantes legales.

Ahora, si la empresa se ha adquirido por herencia o donación y en la declaración unilateral de voluntad el testador o donante recomendó la continuidad de la empresa, debe respetarse su disposición aunque no es un deber absoluto, porque si ello ocasiona más inconvenientes que provechos económicos, el juez puede decidir lo contrario conforme al Artículo 70 del Código de Comercio. La norma aconseja la continuidad de la empresa en el menor o el incapaz; pero, no el inicio de la misma. Para un menor de edad, sus representantes no podrían abrir una empresa mercantil.

b) Comerciantes extranjeros: antes de emitirse el Decreto 62-95 del Congreso de la República, los extranjeros podían dedicarse a ejercer el comercio en forma profesional, siempre que previamente obtuvieran la categoría de residentes y autorización del Ministerio de Economía; y cuando su intención era la de actuar como auxiliares de comercio, por su relación de dependencia, se exigía autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.



El Artículo uno del citado Decreto, al modificar el Artículo 8 del Código de Comercio establece un cambio que elimina los pasos burocráticos que había de dar el extranjero para dedicarse al comercio o representar a una persona jurídica comerciante.

En la actualidad, los extranjeros están facultados para ejercer el comercio como comerciantes individuales o como representantes de personas jurídicas, cumpliendo nada más el requisito de inscribirse en el Registro Mercantil, del mismo modo que se inscribe un guatemalteco, como comerciante, como auxiliar del comerciante o como mandatario de comerciante.

Al obtener la inscripción, se tienen los mismos derechos y obligaciones que los guatemaltecos, salvo los casos que determinen leyes especiales. La reforma simplificó la posibilidad que los extranjeros puedan dedicarse al comercio, pues la exigencia previa sólo es una inscripción en el Registro Mercantil.

c) **Cónyuges comerciantes:** en el código derogado se establecían una serie de normas tendientes a regular la actividad comercial de los cónyuges; y se daba la impresión de querer hacer énfasis en la situación jurídica del cónyuge.

El código actual no dispone ninguna restricción para que la cónyuge ejerza el comercio; y si lo hacen juntos, los dos son considerados comerciantes, a menos que uno de ellos sea auxiliar del otro como dependiente o agente de comercio.



La única posibilidad legal de limitar el derecho de la mujer a ejercer el comercio se encuentra estipulada en el Artículo 113 del Código Civil, en donde se dispone que las actividades fuera del hogar, si causan perjuicio al cuidado de los hijos y a la atención del mismo, la mujer estaría imposibilitada de ejercer el comercio. Fuera de esa potencial limitación, la mujer es sujeto de la libertad de comercio e industria, tal y como lo regula el Artículo 11 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: “Cónyuges comerciantes. El marido y la mujer que ejerzan juntos una actividad mercantil, tienen la calidad de comerciantes, a menos que uno de ellos sea auxiliar de las actividades mercantiles del otro”.

La limitación anotada ha sido acusada de discriminatoria y de violar la garantía constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer. El Artículo 113 del Código Civil señala que la mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique el interés y cuidado de los hijos ni de las demás atenciones del hogar, ello cuando no perjudique el interés y cuidado de los hijos ni las demás atenciones del hogar. Al analizar el Artículo, se advierte que no contiene ninguna prohibición para que la mujer desempeñe un trabajo; por el contrario, es un precepto positivo que faculta a la mujer para desempeñar las actividades que enumera; sin embargo, ningún derecho puede tener carácter absoluto, sino que está sujeto a determinadas limitaciones.

En el caso concreto, el derecho contenido en el Artículo 113 debe ejercitarse en armonía con los fines inherentes al matrimonio. Efectivamente, el matrimonio es una



institución social que reconoce derechos e impone obligaciones y, entre ellas se encuentran las de educar y alimentar a los hijos prevista en el Artículo 78 del Código Civil, en concordancia con el Artículo 47 de la Constitución que organiza la familia sobre la base legal del matrimonio y la paternidad responsable, y el Artículo 52 de la Constitución determina que la maternidad tiene la protección del Estado, que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella deriven.

El autor René Villegas Lara señala que: “Tanto el marido como la mujer tienen ineludibles obligaciones frente a los hijos menores que procrean, pues no se trata solamente de engendrar descendencia, sino de ser responsable de atender a los hijos”.¹⁵

Este tipo de obligaciones no significa que prestar atención a los hijos menores sea excluyente y, en realidad de la vida, prácticamente en todos los hogares o en su gran mayoría, la mujer se desenvuelve en los diferentes campos de la actividad social, como obreras en las fábricas, secretarias, oficinistas o jefas en las oficinas del sector público o privado, en las diferentes profesiones, en la docencia, en la judicatura o magistratura, en cargos ejecutivos del Estado, en el campo de la política y en otros.

En todo caso, corresponde a cada esposa atender sus actividades de trabajo y cumplir con las responsabilidades de madre que le impone el matrimonio. Eliminar la obligación

¹⁵ *Ibid*, pág. 36.



de velar por la atención y cuidado de los hijos constituiría un acto contrario a los derechos del niño y del adolescente que garantiza el Artículo 51 de la Constitución.

En consecuencia la norma impugnada no trasgredía las disposiciones constitucionales porque no es restrictiva de la libertad e igualdad; de la libertad de acción, del derecho al trabajo; ni de optar a cargos públicos y participar en actividades políticas que, respectivamente, garantizan los Artículos 4º, 5º, 101 y 102 inciso a), y 136 incisos d) y e) de la Constitución. Se impugna también el Artículo 114 del Código Civil que regula que el marido puede oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del hogar, siempre que suministre lo necesario para el sostenimiento del mismo y su oposición tenga motivos suficientemente justificados. El juez resolverá de plano lo que sea procedente. Esta norma impugnada está estrechamente vinculada al Artículo 113 del Código Civil.

En efecto, el Artículo 113 en armonía con los fines inherentes al matrimonio y con los derechos y obligaciones derivados de la maternidad, establece la obligación de que, cuando la mujer desempeñe un empleo, profesión, industria, oficio o comercio, no perjudique el interés y cuidado de los hijos y las demás atenciones del hogar; el Artículo 114, por su parte, legitima al marido para oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del hogar, siempre que suministre lo necesario para el sostenimiento del mismo y que su oposición tenga motivos justificados, en cuyo caso compete al juez resolver de plano al respecto. Confrontados ambos Artículos, se evidencia lo siguiente: las actividades de la mujer fuera del hogar, a las que el marido puede oponerse



conforme al Artículo 114 del Código Civil son las que se refieren al desempeño de un empleo, una profesión, industria, oficio o comercio, previstas en el Artículo 113 del mismo Código; la única persona legitimada por el Artículo 114 para dicha oposición, es el marido, siempre que se den dos condiciones: que aquel suministre lo necesario para el sostenimiento del hogar y que tenga motivos justificados; esta justificación debe referirse evidentemente a que las actividades fuera del hogar, por parte de la mujer, perjudican el interés y cuidado de los hijos o las demás atenciones del hogar que, conforme a la ley, competen a la mujer como esposa y como madre, además, no basta la mera oposición del marido, sino que se refiere el acuerdo de los cónyuges en armonía y solamente en caso de desavenencia se puede someter a la decisión del juez competente; a este último respecto, vale considerara que el juez no es un extraño, porque la actividad jurisdiccional existe precisamente para resolver conflictos y, en este caso, para limitar cualquier eventual arbitrariedad por parte del marido y para determinar que los motivos por él argumentados se refieren a la protección de los hijos y al cumplimiento de las obligaciones legalmente atribuidas a la esposa y madre; o sea, en armonía con los fines inherentes al matrimonio previstos en el Artículo 78 del Código Civil, en concordancia con el Artículo 47 de la Constitución y con las obligaciones derivadas de la maternidad, cuyo estricto cumplimiento está garantizado en el Artículo 52 de la Constitución.

d) Comerciantes sociales especiales: el comerciante social se constituye por las sociedades mercantiles. Dentro de estas sociedades existe la forma conocida como sociedad anónima. Hay sociedades que en su totalidad se rigen por el Código de



Comercio; y hay otras que, además de éste, se rigen por su ley especial, siendo ellas: sociedades anónimas bancarias, sociedades anónimas de seguros, sociedades anónimas financieras, sociedades anónimas para almacenes generales de depósito. En síntesis, por regirse por una ley especial como la Ley de Bancos, Ley de Empresas Aseguradoras, etc., se les llama comerciantes sociales especiales.

2.2. Profesiones que se excluyen del tráfico comercial

El Código de Comercio de Guatemala excluye algunas actividades productivas, de tráfico comercial. A eso se refiere el Artículo 9 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: “No son comerciantes:

- 1°. Los que ejercen una profesión liberal.
- 2°. Los que desarrollen actividades agrícolas, pecuarias o similares en cuanto se refiere al cultivo y transformación de los productos de su propia empresa.
- 3°. Los artesanos que sólo trabajen por encargo o que no tengan almacén o tienda para el expendio de sus productos”.

Las profesiones liberales son las que ejercen los graduados universitarios. Como sustitutos de los títulos nobiliarios, la burguesía liberal encontró en los grados académicos, en las licenciaturas y doctorados la base de una distinción social. Por esta razón es que, lo que un profesional universitario cobra por sus servicios se llama honorarios, término que se utiliza para elevar semánticamente el trabajo profesional.



En otras palabras, lo que hace un profesional, no es tráfico comercial. A este respecto, se tiene que advertir que dentro del significado de profesiones liberales deben incluirse también las carreras previas al ingreso a la universidad: peritos contadores, peritos agrónomos, etc., cuando por medio de ellas se puede trabajar en forma autónoma o sea prestando un servicio sin ninguna dependencia laboral o administrativa.

El autor César Vivante señala las actividades que deben incluirse en el ámbito comercial y determina que: “La tendencia moderna se orienta en el sentido de incluir a la actividad agropecuaria en el campo del comercio; pero, conforme el agricultor no es comerciante, siempre y cuando su tráfico sea sobre productos que cultiva y transforma en su empresa agrícola”.¹⁶

A *contrato sensu*, cualquier comercialización de productos agropecuarios cae dentro del terreno comercial si los bienes y servicios que se prestan, provienen de otra organización empresarial. Por ejemplo, no sería comerciante el agricultor que produce panela, si ésta es resultado de la caña que cultiva en su propiedad; pero, si para producir esa panela tiene que comprarle la materia prima a otros agricultores, entonces se le tienen como comerciantes.

Bajo el supuesto que el derecho mercantil es un derecho de una etapa capitalista de producción, se considera que el artesano, en el sentido literal de la palabra, desarrolla

¹⁶ Vivante, César. **Tratado de derecho mercantil**, pág. 46.



una labor precapitalista de producción y por ello se dice que debe excluirse de la profesión de comerciante.

Pero, no se trata de todo artesano. Para esta exclusión cuentan únicamente aquellos que sólo trabajan por encargo o que no tengan almacén o tienda para el expendio de sus productos.

Lo importante que es para toda ley, la exposición de motivos; lo que se comprueba con los Códigos Civil y Procesal Civil y Mercantil vigentes, ya que cualquier persona tiene a mano todo el historial de su redacción y los motivos que se dieron para estructurar tal o cual norma y conocer su sentido.

Pero, con el Código de Comercio sucede un hecho negativo: no tiene exposición de motivos, ya que el informe que la comisión legislativa rindió al Congreso de la República como dictamen, para que el pleno lo conociera y aprobara, no deja de ser un alegato muy general, sin ningún aporte para la comprensión última de las instituciones.

Además, una exposición de motivos es materia de los autores primarios de una ley, quienes siempre son profesionales cultivadores de la materia que se trata; y por eso, su opinión, que supone una base científica, es tomada en cuenta para conocer el sentido de la ley.



En otros códigos no existe la disposición del Artículo 9 del Código de Comercio de Guatemala. El industrial, considerando como comerciante, tiene lugar de fábrica, aunque no tenga lugar de expendio.

En lo que se refiere a las personas que se dedican a labores agropecuarias o similares se ha considerado que se ubican mejor en el derecho agrario, y no en el derecho mercantil. Pero también este campo debe formar parte de la legislación comercial, aun cuando fuera objeto de un capítulo especial, ya que las labores productivas del campo, juzgadas objetivamente, se desarrollan con características que son propias del tráfico mercantil. Ello le daría agilidad a las transacciones agropecuarias, las que de otro modo se sujetaran al derecho común.

2.3. Personas de derecho público y el tráfico mercantil

Por disposición del Artículo 13 del Código de Comercio, las personas jurídicas que forman parte de la organización centralizada o descentralizada del Estado, no son sujetos de derecho mercantil. Pero, pueden realizar actividades típicamente mercantiles y se sujetan a los efectos de las leyes de la materia, sin ser comerciantes; a menos que una ley especial diga lo contrario. En esa forma, una entidad descentralizada se puede traficar en el campo del comercio; pero no es comerciante.

El autor César Vivante la problemática de la sociedad guatemalteca en lo relacionado a los empresarios señala que: “El problema del Estado en cuanto a los empresarios tanto



en su administración centralizada como descentralizada, es discutido en la actualidad con apasionado interés. Se habla insistentemente del Estado, significando con ello el retiro de aquellas actividades comerciales en que se involucró, bajo la idea del intervencionismo del poder público en la vida económica y con el fin de lograr el bienestar general de la sociedad”.¹⁷

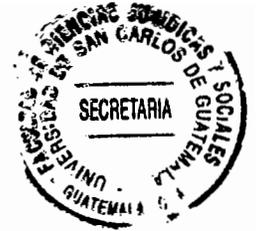
Sin embargo, las prestaciones de servicios o la de proporcionar satisfactores por parte de entes públicos, no ha sido exitosa, la burocratización y la corrupción en el manejo del patrimonio público, ha generado prestaciones de servicios o la de proporcionar satisfactores por parte de entes públicos, no ha sido exitosa, generando una dura crítica al funcionamiento de empresas mercantiles estatales. Pero, este cuestionamiento se traslada al debate político; y es allí donde se encuentra la solución que más convenga a la sociedad en general.

Es de importancia la determinación de los diversos sujetos del derecho mercantil para el preciso establecimiento de las actividades comerciales y de las sociedades mercantiles en Guatemala.

¹⁷ *Ibid*, pág. 47.



CAPÍTULO III



3. Recursos públicos

El estudio de los recursos públicos del Estado guatemalteco es fundamental, así como su modernización en la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), el desempeño del sistema tributario, y la calidad de personal, lo cual es de importancia para acelerar la modernización de la SAT.

El gasto tributario en Guatemala calcula los sacrificios fiscales o los ingresos que el gobierno guatemalteco deja de percibir por las exoneraciones, exenciones, deducciones y otros privilegios. El análisis del costo fiscal de los gastos tributarios es fundamental.

3.1. Incidencia del sistema tributario

El sistema actual tributario no es progresivo, sino es proporcional y no favorece los sectores con menos recursos. Es fundamental prestar más atención a las necesidades sociales y las posibilidades de reducir las desigualdades y la pobreza a través de las finanzas públicas.

Guatemala es un país de muchas contradicciones; es un país con un clima y un pueblo sumamente atractivo; un país de turismo y de cultura; las posibilidades de crecimiento económico son considerables y desde varios puntos de vista, el país es competitivo.



El Gobierno guatemalteco no impone una carga tributaria demasiado pesada. La carga tributaria es inclusive menor que en cualquiera de sus vecinos. Las tasas impositivas tampoco son altas, sino, competitivas.

La intervención del Gobierno en la economía es mínima y el nivel de proteccionismo industrial no es mayor que aquel de otros países vecinos o más ampliamente, de América Latina. A pesar de esta potencialidad y la poca intervención del sector gubernamental, el país sufre de una alta tasa de pobreza.

El crecimiento económico en Guatemala no ha sido suficiente para elevar significativamente los ingresos per cápita en la última década y la pobreza no se ha visto reducida.

A pesar de tener el segundo ingreso más alto per cápita de los cuatro países más pobres de Centroamérica, Guatemala tiene la incidencia más alta de pobreza y extrema pobreza.

Los datos de ingresos y analfabetismo son alarmantes. Es claro que la causa de la pobreza en Guatemala no son solamente los bajos ingresos, sino que tiene raíces profundas originadas en las desigualdades históricas e institucionales.

Es bien sabido que la desigualdad, pobreza y baja calidad física de vida han sido, en parte, una causa primordial de la guerra civil y la aguda violencia en el país. Esta



violencia a su vez, ha sido una causa primordial de la poca participación de inversionistas extranjeros en oportunidades ofrecidas por Guatemala.

Con respecto a la falta de despegue económico, hay varios vestigios que se deben aliviar. El régimen de inversión extranjera todavía restringe la participación en varios sectores. A los extranjeros no se les permite invertir en seguros, transporte terrestre o aéreo, y algunas profesiones como bufetes legales o de contabilidad.

Todos los minerales son del Gobierno y no se puede explotar sin alguna participación del sector público. Es dudoso que estas restricciones impongan una barrera limitante en la economía guatemalteca, pero una liberación adicional al régimen puede inyectar algún dinamismo adicional.

Más problemático aún, es la baja estabilidad y lo poco previsible que es el tratamiento legal y la protección de la propiedad. El proceso para esforzar contratos a través el sistema judicial es menos transparente y más engorroso que en otros países.

El tiempo requerido para recibir dictámenes en disputas comerciales es largo y las leyes no permiten que los partidos interesados procedan a la arbitración hasta que terminen con todo el proceso legal.

Los procesos burocráticos son vagos y abiertos a coerción oficial o toman mucho tiempo y gastos financieros para cumplir trámites que deberían ser fáciles o superables.



Ignacio Viteri en lo relacionado al sector informal en la sociedad guatemalteca señala lo siguiente: “El sector informal es grande en Guatemala y eso no se debe a que los impuestos sean altos, sino a que los procesos para el registro, la formalización y la participación en el sector formal sean altamente engorrosos”.¹⁸

El gobierno heredó una situación fiscal en senda de mejorarse. El déficit fiscal se iba reduciendo, la carga tributaria se incrementaba, y el gasto social prioritario no es el adecuado.

Desde la toma de oficina del gobierno actual, el gasto social prioritario se ha tratado de mantener y la carga tributaria se ha subido ligeramente. El logro más importante del gobierno ha sido reducir el déficit fiscal continuamente. Este logro ha sido hecho al costo de la inversión pública.

El autor Ignacio Viteri “El gasto público es un mecanismo importante en la redistribución de los recursos hacia los pobres y los sectores rurales o sea, menos desarrollados. Es obvio que en Guatemala, este mecanismo ha sido poco aplicado para estos efectos”.¹⁹

El nivel de recursos públicos dedicados a la educación en Guatemala comparado con los países vecinos es significativamente bajo y también comparado con toda la región de América Latina y el Caribe.

¹⁸ Viteri, Ignacio. **Recursos públicos**, pág. 19.

¹⁹ *Ibid*, pág. 22.



Aunque desde la firma de los acuerdos de paz y el pacto fiscal, esta cantidad algo, tomará mucho tiempo para cerrar esta brecha comparativa. Guatemala únicamente para alcanzar los niveles de los países vecinos que de por sí no son muy altos, debe dirigir una proporción de su producto aún más grande que ellos. Eso todavía no se ha logrado.

En el gasto público para el sector salud una cuestión que se debe investigar es ver quiénes gozan de los beneficios del gasto público. En el caso de Guatemala, no se sabe. Se ha determinado que en los países en vía de desarrollo o transición el gasto en educación no beneficia a los necesitados.

El programa del Gobierno tiene los siguientes objetivos:

- Estabilidad macroeconómica y cambiaria.
- Reducir el déficit fiscal.
- Racionalizar el gasto público sin descuidar el sector social.
- Impulsar un proceso continuo de reforma y adecuación tributarias que permita incrementar los ingresos fiscales, para financiar el gasto compatible con un déficit fiscal razonable.
- Aumentar la recaudación tributaria.

No se puede discrepar con las intenciones de estabilizar la economía, siendo fundamental dar solución a los problemas de pobreza, inequidad, y subdesarrollo de los



sectores rurales en Guatemala. El presupuesto es el mejor mecanismo para enfrentar estos problemas.

Ignacio Viteri plantea las soluciones que debe llevar a cabo el Gobierno guatemalteco al establecer lo siguiente: “El Gobierno de Guatemala debe enfrentar directamente el gran dualismo en el país para aliviar la pobreza, la falta de desarrollo y las potenciales causas de conflictos futuros. Una manera de enfrentar este problema es a través la política fiscal”.²⁰

Es posible aumentar el gasto público, tanto corriente como de inversión, sin hacer daño al objetivo laudable de reducir el déficit y sin subir la carga tributaria de una manera perjudicial.

Se debe investigar cómo mejorar el gasto público y su enfoque y no solamente concentrarse en subirlo. Adicionalmente, la estructura de los impuestos no es suficientemente progresiva.

Se tienen que reducir gastos tributarios, empezando con el impuesto sobre la renta (ISR) de personas naturales, eliminando la exención de ISR de las remuneraciones pagadas por recursos externos provenientes de donaciones e incluyendo en la renta imponible los aguinaldos y bonificaciones.

²⁰ **Ibid**, pág. 24.



Es de importancia incluir los salarios y sueldos de los diplomáticos guatemaltecos trabajando en el exterior, así como eliminar la exención de las empresas estatales y municipales del ISR de personas jurídicas, siguiendo con la modernización de la SAT, incluyendo:

- La finalización de la cuenta corriente de los contribuyentes.
- Implementando la selección de auditoría en base del análisis de riesgos..
- Fortaleciendo la fiscalización aduanera ex post.
- Estableciendo la una unidad específica, dedicada al combatir contra el fraude interno en la SAT.
- Estableciendo la unidad de delito fiscal en la SAT para darle seguimiento desde adentro de la SAT hasta el Ministerio Público y las cortes.

3.2. Ingresos tributarios y no tributarios

Los ingresos tributarios son aquellos que el Estado obtiene haciendo uso de su poder soberano y que se funda en la obligación que tiene el ciudadano de contribuir para el financiamiento del gasto público estatal.

El autor Rafael Cuevas del Cid señala la integración de los ingresos tributarios y determina que: "Asimismo los ingresos tributarios se integran por impuestos, derechos y otras contribuciones. Los impuestos son las prestaciones en dinero o en especie que se tiene derecho a percibir. Los derechos se definen como las contribuciones establecidas



en la ley que las autoridades locales perciben de la prestación de servicios públicos a su cargo”.²¹

Los ingresos no tributarios son aquellos que el Gobierno percibe como consecuencia de la explotación de sus bienes patrimoniales, los que se derivan de ejercer la facultad coactiva.

Los fideicomisos se relacionan con los recursos públicos debido a su incidencia con el sistema tributario vigente para combatir la debilidad institucional y alcanzar la modernización del mismo en Guatemala.

3.3. El gasto público

Se tiene que investigar la incidencia de los varios programas del gasto público, con enfoque especial en la educación y salud, Dirigiendo mayor parte del gasto e inversión del gobierno hacia las zonas rurales, subiendo el gasto público social en forma consistente con los aumentos contemplados en la recaudación tributaria.

3.4. La utilización de recursos públicos y su transparencia

El gobierno, como máximo rector de las instituciones públicas tiene el compromiso de atender las diversas demandas de la población priorizándolas para darles respuesta

²¹ *Ibid*, pág. 17.



puntual, generando mayores niveles y oportunidades de bienestar, a través de servicios de educación, salud, alimentación, vivienda, seguridad, comunicación y preservación del medio ambiente, así como de promoción a la actividad productiva, entre otras; cumplir con esta responsabilidad, implica necesariamente, que éste deba contar con fuentes estables de ingreso y con perspectivas de crecimiento reales.

El autor Rafael Cuevas del Cid señala que: “El federalismo fortalece la democracia como régimen de convivencia social, genera bienestar a la población y una mejor comunicación entre autoridades y ciudadanos”.²²

Es por tanto, imprescindible e inaplazable la consolidación del proceso de coordinación en un marco de autonomía, de fortaleza, de respeto y concertación de los tres niveles de gobierno, con una clara delimitación de atribuciones, de responsabilidades y con una mayor capacidad de gestión pública para las autoridades estatales y municipales para atender de manera oportuna y pertinente los desafíos que plantea el desarrollo.

La mayor parte de los recursos con que cuenta el Estado provienen de la recaudación nacional dentro del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.

Los ingresos más importantes son las participaciones fiscales, las aportaciones y las transferencias y subsidios federales; una proporción menor representa los ingresos propios e ingresos extraordinarios, recaudados por las autoridades locales. En su

²² Cuevas del Cid, Rafael. **El capital, los socios y la administración**, pág. 17.



conjunto, se destinan a atender las prioridades estatales y municipales definidas de los comités de planeación del desarrollo.

Los incrementos de recursos transferidos como resultado del proceso de descentralización de programas, funciones y recursos, han sido importantes más no suficientes para abatir los rezagos estructurales de nuestra economía y nuestro desarrollo social.

Se necesita de cuantiosos recursos para impulsar el desarrollo sustentable y ante las rigideces y restricciones de las fuentes de ingresos es necesario impostergable concretar una reforma hacendaria que permita, además de contar con una disponibilidad financiera mayor para la creación de obras de infraestructura y gasto en desarrollo social, gozar de atribuciones en la asignación y aplicación de los recursos.

Es necesario el incremento de todos los medios necesarios para incrementar los ingresos propios y, los recursos derivados de la coordinación hacendaria, promoviendo la actividad económica, fomentando la inversión en los sectores público y privado, en proyectos social o económicamente rentables; dictando medidas para evitar la elusión y evasión de impuestos, incorporando en forma gradual al sector informal al esquema tributario, mejorando el servicio y la administración tributaria, promoviendo una distribución más adecuada de las cargas tributarias entre sectores, empresas e individuos y al mismo tiempo impulsando una descentralización cuidadosa de facultades fiscales.



Esto evita situaciones que puedan generar desequilibrios en las finanzas públicas que impactarían negativamente en la atención de las necesidades prioritarias de una población creciente y altamente demandante.

Lo anterior, pretende que la actividad financiera del Estado se desarrolle en un escenario de finanzas públicas sanas, sólidas y equilibradas, procurando que las cargas tributarias sean asumidas positivamente por la sociedad, con la certeza de que el producto de éstas se utilizará en la generación de condiciones para su desarrollo y que sus demandas se atenderán bajo esquemas de planeación estratégica que determinen objetivamente las prioridades.

La transparencia en la asignación y ejercicio de los recursos públicos es fundamental en la política de gasto. El Gobierno estatal informará oportuna y objetivamente sobre el particular a través de los medios de comunicación para que la ciudadanía conozca la fuente y el uso de los recursos.

Esto ayuda a incrementar la confianza y por consiguiente, el grado de cumplimiento fiscal de los contribuyentes y en consecuencia se logran mayores volúmenes de ingresos propios; paralelamente a lo anterior, se tiene previsto capacitar más y mejor a los servidores recursos para profesionalizar la función pública y que esto sirva de base para incrementar el poder de negociación con el gobierno en la búsqueda de más recursos.



La precisión con que se realicen las acciones de recaudación permitirá obtener mayor certidumbre la disponibilidad de los ingresos, fortaleciendo así las actividades de planeación, programación, presupuestación e integración del gasto público, así como la orientación que tengan los recursos a los diferentes programas y proyectos que desarrolla el Gobierno.

3.5. Diversas fuentes

El financiamiento del gasto público es una cuestión esencial que debe atenderse para el funcionamiento de los diversos organismos públicos que integran el gobierno del Estado, ya que trasciende en obras, bienes y servicios que benefician a los ciudadanos.

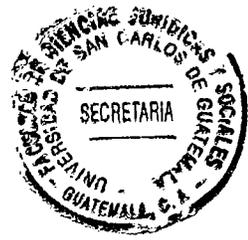
Por lo anterior, el Gobierno debe estar en constante búsqueda de mecanismos y procedimientos que le permitan regular y fortalecer las fuentes de recursos, evitando recurrir en recortes imprevistos del gasto público o a financiamientos onerosos, que provocarían desajustes en programas y proyectos y atentarían contra la estabilidad de las finanzas públicas.

Es fundamental realizar acciones tendientes a aumentar los ingresos, en primer término de fuentes propias, realizando campañas de información donde se dé a conocer en qué son utilizadas las recaudaciones, ampliando el padrón de contribuyentes y llevando a cabo acciones de fiscalización.



Ello permite comprobar el cumplimiento de las obligaciones tributarias; en segundo término, se tiene que fortalecer la participación de coordinación para incrementar los ingresos propios, así como las aportaciones y subsidios, tomando en consideración que el Estado tiene estrechos márgenes de fuentes impositivas.





CAPÍTULO IV

4. Los fideicomisos constituidos con recursos públicos

No existe unanimidad en la doctrina para indicar cuál es el antecedente directo del fideicomiso que se practica en los países de derecho latino. Unos lo encuentran en el antiguo derecho romano, mientras otros, en el derecho anglosajón.

El autor Laureano Gutiérrez Falla señala los antecedentes de los negocios fiduciarios indicando lo siguiente: “En el derecho romano antiguo se señalan como negocios fiduciarios el llamado *fideicommissum*, que era un acto por el cual el testador transmitía sus bienes a un heredero que a su vez adquiría la obligación de transmitirlos a un tercero. Esto obedecía al hecho de que este tercero, por limitaciones en su capacidad de adquirir, no podía aparecer como parte en un contrato de enajenación. El acto se basaba en la confianza que existía entre las partes, de ahí que el mismo nombre del negocio se forme del latín *fides* que significa fe y *commissus* que indica comisión”.²³

El negocio estuvo en principio fuera de las normas vigentes del derecho romano; pero al irse asentando como práctica jurídica y presentarle conflictos de intereses debido al incumplimiento de la comisión, se determinó el funcionamiento de un pretor específico para velar por la efectividad del *fideicommissum*. Existieron también los llamados pactos fiduciarios que se basaban siempre en la confianza entre las partes, con la diferencia de

²³ Gutiérrez Falla, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil**, pág. 10.



que eran realizados entre vivos. La *fiducia cumers ditore*, era un pacto por el que se transmitía un bien para garantizar una obligación; si ésta no se cumplía, el bien podía ser retenido o vendido para pagar la deuda. Por su lado, la *fiducia cum amico* permitía trasladar el dominio sobre el bien, en forma parecida al depósito o al comodato, con el fin de que fuera devuelto oportunamente. Por lo regular se recurría a este pacto cuando se temía perder la propiedad por disposiciones del poder público.

La forma testamentaria de constituir el fideicomiso de garantía o el de administración, encuentran sus raíces en esos pactos que viene desde el derecho romano.

Laureano Gutiérrez Falla señala que: “En el derecho anglosajón se ha conocido el negocio denominado trust, considerado como el antecedente más directo del fideicomiso que se practica en Latinoamérica, incluyendo el de Guatemala. El trust no debe ser confundido con lo que significa desde la perspectiva de la ciencia económica; no se trata de una concentración de empresas con finalidad monopolística. Trust para los efectos del estudio del fideicomiso, significa un negocio que, basado en la buena fe, da como resultado la transferencia de un bien en beneficio de un tercero. El Instituto de derecho norteamericano ha definido al trust como una relación fiduciaria relativa a bienes, que obliga a la persona que los detenta a deberes de equidad para administrarlos en beneficio de otra, y que nace como resultado de una manifestación de la intención para crearlo”.²⁴

²⁴ *Ibid*, pág. 12.



La idea del trust es esencialmente simple y conforme a ella una persona posee en calidad de dueño y administra bienes determinados para el beneficio económico de otra. Este concepto operacional permite situar al trust como antecedente del fideicomiso.

4.1. Origen y conceptualización

El fideicomiso surgió en Guatemala con la Constitución de 1945; y posteriormente se legisló en forma ordinaria sobre el mismo y se le situó en el Decreto Ley 106, Código Civil.

Al emitirse el Decreto 2-70 del Congreso, Código de comercio, se le trasladó al terreno mercantil por considerar que es un negocio bancario; por lo mismo, del derecho mercantil. El argumento es aceptable; pero, debe recordarse que el fideicomiso encierra una modalidad de propiedad que se sale de los esquemas tradicionales; y si bien su régimen en general es conveniente que figure en el Código de Comercio, también es necesario que en el Código Civil figuren normas que delimiten esta modalidad especial de propiedad cuyos alcances veremos más adelante.

Del contenido del Código de Comercio de Guatemala en sus Artículos 766 y 793 se establece que el fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.



Al formular el anterior concepto, se utiliza el término negocio jurídico por ser genérico, ya que el fideicomiso se puede constituir por testamento o por contrato.

4.2. Características, elementos y forma

A continuación se señalan las características del fideicomiso, siendo las mismas las siguientes:

- Es un negocio que puede presentarse como acto unilateral (por testamento) o como acto bilateral (por contrato);
- Es un negocio oneroso. Esta característica deviene de la misma naturaleza mercantil del fideicomiso y se regula en el Artículo 793 del Código de Comercio, en donde se prescribe que el fiduciario tiene derecho a honorarios en compensación por sus servicios, los que serán por cuenta del fideicomitente, del fideicomisario y de ambos a la vez. Para el efecto, el fiduciario tiene preferencia frente a otros acreedores en resguardo de su derecho.
- Es un negocio nominado legislativamente.
- Es un negocio típico mercantil.
- Es de forma ad solemnitatem. Debe de constar necesariamente en escritura pública en las dos formas de presentarse la constitución. La ausencia de esa formalidad, hace inexistente el vínculo.
- Es de tracto sucesivo porque la consumación del negocio se prolonga en el tiempo. Así el Artículo 787 inciso 7 del Código de Comercio establece que el fideicomiso tiene un plazo máximo de veinticinco años, salvo que se pacte a



favor de un incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social en donde no opera dicho límite. Puede suceder que en el instrumento se establezca un límite mayor, en esa circunstancia el vínculo comercial existe, pero el plazo se reduce al límite legal.

- Es consensual cuando se formaliza mediante contrato. Esta característica no tiene razón de ser cuando proviene de una declaración unilateral de voluntad.

Sus elementos son los siguientes:

Elementos personales: dada la especialidad de este negocio, se expone el status jurídico de cada uno de los sujetos que en el interviene: Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario.

a) El fideicomitente, es la persona que mediante testamento o contrato, transfiere bienes con un fin específico. La declaración de voluntad la puede hacer por sí o por medio de apoderado con facultades especiales para constituir fideicomisos. Como es un acto de disposición patrimonial, la ley exige que el fideicomitente tenga capacidad para enajenar. En el caso de los menores, incapaces y ausentes, sus representados, siempre que medie autorización judicial.

b) El fiduciario es a quien se le confían los bienes fideicometidos y se le encarga darles el destino que se previó en el instrumento constitutivo, se le llama fiduciario. Únicamente los bancos o instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria,



pueden desempeñarse como fiduciarios. En el caso de los bancos, actuar como fiduciarios significa una operación neutra que reporta beneficios en concepto de honorarios. El fiduciario nunca puede tener la calidad de fideicomisario del fideicomiso en que intervenga como tal. Cuando el fideicomiso se organiza mediante contrato, la figura del fiduciario aparece suscribiendo el contrato, según lo convenido en la policitud del negocio. Pero, cuando es por testamento puede suceder que se omita quien va a tener esa calidad. En este caso la ley establece que el juez competente, a propuesta, hará la designación correspondiente y actuarán conjunta o sucesivamente según lo previsto en el instrumento constitutivo.

Como el servicio del banco o de la institución de crédito no es gratuito, el fiduciario tiene los siguientes derechos: ejercitar las facultades y efectuar las erogaciones necesarias para el cumplimiento del fideicomiso, con las limitaciones que le imponga la ley o el instrumento constitutivo; accionar en defensa de los bienes fideicometidos, otorgar mandatos especiales, con representación, delegando su actuación como fiduciario; y percibir la remuneración que le corresponda por el servicio que presta, la que podrá deducirse de los ingresos del fideicomiso y con preferencia sobre otros acreedores. Como consecuencia de esos derechos se le atribuyen las siguientes obligaciones: ejecutar el fideicomiso de acuerdo a la voluntad de quién lo instituyó; desempeñarse con diligencia y no renunciar al cargo sino por causa grave calificada por Juez de Primera Instancia; tomar posesión de los bienes fideicometidos y velar por su conservación y seguridad; y, llevar control contable del fideicomiso, por separado de los



demás negocios que se atienden, debiéndose rendir cuentas del mismo por lo menos una vez por año o cuando sea requerido por el fideicomitente o el fideicomisario.

Joaquín Garriguez señala la remoción del fiduciario al señalar que: “El fiduciario puede ser removido de su cargo si incumple las obligaciones antes delatadas. Asimismo, procede la remoción si surgen intereses antagónicos entre el fiduciario y el fideicomiso, a menos que resulte insustituible según las circunstancias estipuladas en el instrumento constitutivo”.²⁵

c) El fideicomisario, es la persona que resulta beneficiada con motivo de la ejecución del fideicomiso, se le denomina fideicomisario. La ley requiere que tenga capacidad para adquirir derechos y su designación puede aparecer en el instrumento constitutivo o por lo menos darse los parámetros que servirán para determinarlo.

El fideicomisario tiene los siguientes derechos: ejercitar los que le confiere la ley y el instrumento constitutivo, exigir el cumplimiento del fideicomiso; pedir la remoción del fiduciario por las causas anteriormente expuestas; impugnar los actos realizados por el fiduciario con manifiesta mala fe o con infracción de las reglas del fideicomiso, exigiendo la restitución de los bienes que hubieren salido del patrimonio fideicometido como consecuencia de los actos impugnados, y , revisar por sí por medio de apoderado, los libros, cuentas y comprobantes sobre las operaciones del fideicomiso y mandar a practicar auditoría. Ahora bien, como puede suceder que el fideicomiso este

²⁵ Garriguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, pág. 20.



funcionando y no exista aún fideicomisario, mientras éste es designado, corresponde al Ministerio Público el ejercicio de los derechos apuntados.

En cuanto a la forma del fideicomiso es fundamental señalar que: puede instituirse por medio de testamento o por contrato. En ambos casos, por mandato del Código de Notariado y del Código de Comercio, es necesaria la escritura pública para que se considere que el vínculo existe como declaración unilateral o bilateral de voluntad. Si se hace por testamento, el fideicomiso surte efectos hasta que se declara la legitimidad de aquel, oportunidad en que se hará inventario y avalúo de los bienes para luego entregarlo al fiduciario, quien interviene en estas diligencias. Cuando se constituye por contrato debe comparecer el fiduciario y en el mismo se detallan los bienes debidamente justipreciados.

La constitución contractual del fideicomiso puede provenir también de una decisión judicial. En efecto, la ley faculta al Juez de Primera Instancia para proceder de esa manera si interviniendo en un juicio o diligencia que tenga que ver con la protección de menores, incapaces y ausentes, considera que el fideicomiso es la forma apropiada de administrar los bienes de las personas en dichas situaciones y siempre que la ley lo faculte para nombrarles un administrador. Por esa razón el fiduciario nombrado tiene la calidad de administrador de bienes, por lo que se trataría de un fideicomiso de administración.



El fideicomiso instituido por testamento o contrato, afecta a terceros en una u otra forma.

En consecuencia, la ley establece que el negocio surte efectos frente a terceros en

siguiente forma:

- Desde el momento en que se presenta el testimonio de la escritura al Registro de la propiedad, cuando afecta bienes o derechos registrables.
- Desde que la traslación se perfeccione de acuerdo con el documento constitutivo de la obligación o en virtud de la ley, si se trata de créditos u obligaciones no endosables.
- Desde la fecha del endoso o registro, según se trate de títulos a la orden o nominativos, o bienes muebles sujetos a registro.
- Desde a fecha de la escritura pública de constitución cuando se trate de bienes no sujetos a ningún requisito de publicidad registral.
- Desde que se efectúa la tradición si se tratare de títulos al portador.
- Desde que se efectúe la publicación de un edicto en el Diario Oficial, notificando a los interesados si se trata de una empresa industrial, comercial o agrícola.

Los casos anteriores, extraídos del Artículo 776 del Código de Comercio, merecen un comentario las literales c) y f). En la c) esta repetida la alusión a los muebles sujetos a registro, pues están previstos en el primer caso. En la f) existe error conceptual porque la ley no clasifica a las empresas agrícolas, comerciales o industriales. Si hay actividad para el mercado, la empresa se sujeta al Código de Comercio, independientemente de que se trate de una actividad productiva, de intermediación o transformación de productos agropecuarios.



Por otro lado, si se transmitiera una empresa por medio de un fideicomiso, debe tomarse en cuenta lo establecido en el Artículo 656 del Código de Comercio.

Debe tomarse en cuenta con relación a la forma del fideicomiso, que de conformidad con el Artículo 792 del Código de Comercio, el documento y la traslación de los bienes del fiduciario están libres de impuestos; extensión que también abarca la devolución de los bienes al fideicomitente al finalizar el plazo. Sin embargo, no cubre el traspaso de bienes inmuebles al fideicomisario o a terceros, quienes deberán tributar conforme los impuestos vigentes al momento de la enajenación. Si se tratare de fideicomisos testamentarios, el impuesto sobre inmuebles se liquidará atendiendo al grado de parentesco entre el fideicomitente y el fideicomisario, según las reglas de la Ley, de herencias, legados y donaciones.

4.3. Régimen de los bienes fideicometidos

El fiduciario tiene el poder sobre los bienes fideicometidos de naturaleza especial. La especialidad consiste en que únicamente puede realizar los actos que sean necesarios para cumplir con los fines para los cuales se instituyó. Por ello, y aunque el término carece de una significación precisa en la doctrina, se prefiere decir tutelaridad para no recurrir al término propiedad. El fiduciario entonces, va a desarrollar su función según los términos de la escritura y de la ley. No puede vender, donar o gravar los bienes si carece de facultades específicas. Si necesita realizar un acto fuera de su poder, debe solicitar la autorización judicial. Si hay extralimitación o abuso de su función, se le



puede reclamar daños y perjuicios, pedir su remoción y que se impongan las sanciones relacionadas con las circunstancias. No obstante, cuando se trata de invertir valores, si la escritura no dispone de algo en especial, el fiduciario puede adquirir títulos valores creados por el Estado, entidades públicas, instituciones financieras, bancos o empresas privadas cuya emisión haya sido calificada de primer orden por la Comisión de Valores.

Los bienes fideicometidos se sustraen a la persecución de los acreedores con el objeto de que se puedan cumplir los objetivos del negocio, de manera que no se puede ser embargada la cuota que sobre los mismos tenga el fideicomisario, aunque si están afectos los frutos a que tenga derecho, según el caso, ya que habría que establecer si no están comprometidos dentro de los renglones no embargables que estipulen otras disposiciones legales. Lo que si puede lograrse sobre el patrimonio fideicometido es una anotación, a fin de que al finalizar el fideicomiso y proceder a devolver a adjudicar los bienes, se puedan hacer valer las acreedorías; prevención que puede hacerse valer aun ante bienes no sujetos a registro, haciéndole saber tal circunstancia al fiduciario, quien deberá extender constancia de enterado y tenerla en cuenta al momento de liquidar el fideicomiso.

4.4. Clases, nulidad y extinción

Las clases de fideicomiso no son un problema de legislación. En la doctrina se señalan tantas clases de fideicomisos como fines se pretende lograr con el. Existe suficiente



consenso sobre tres: fideicomiso de garantía, fideicomiso de administración y fideicomiso de inversión.

El fideicomiso de garantía es el fideicomiso que se instituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. En este caso suele recaer sobre bienes inmuebles y cumple una función accesoria a la obligación garantizada. Substituye a la hipoteca y a la prenda porque es más sencillo el procedimiento para ejecutar la garantía. Este fideicomiso se encuentra previsto en el Artículo 791 del Código de comercio, y en el se establece que si hay incumplimiento de la obligación garantizada, se promueve la venta en pública subasta ante notario para saldar la obligación. El fiduciario no puede ser el acreedor beneficiado con la garantía.

El fideicomiso de administración es aquel en que el fiduciario administra los bienes fideicometidos: otorga contratos de arrendamiento, cobra rentas, paga impuestos, toma medidas de conservación de los bienes, etcétera, en beneficio del fideicomisario. Por ejemplo, una persona que no quiere administrar personalmente sus bienes, en lugar de dárselos a su mandatario, los somete a un fideicomiso de administración, con un fiduciario solvente y organizado que garantiza la efectividad de los beneficios que va a recibir el fideicomisario.

Joaquín Garriguez explica el fideicomiso de inversión al señalar lo siguiente: “El fideicomiso de inversión es el que se da cuando el fideicomitente transfiere bienes destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso. Por lo general el fideicomitente



es fideicomisario; y el fiduciario se encarga de conceder préstamos con los bienes fideicometidos, aunque no necesariamente son operaciones de mutuo las que se van a ejecutar. Estos fideicomisos se han usado en Guatemala para la construcción de viviendas y son los que, a nuestro juicio, permiten la creación de Certificados Fiduciarios. En síntesis, por esta modalidad lo que persigue el fideicomitente es encargar al fiduciario operaciones de inversión con el bien fideicometido, a efecto de obtener una ganancia”.²⁶

De conformidad con el Artículo 789 del Código de comercio, son nulos los fideicomisos constituidos en forma secreta. Estos se darían en el caso de que se prescindiera de la escritura pública, o sea que se constituyeran en documento privado. También son nulos aquellos en que el beneficio se otorgue a diversas personas que se irán constituyendo sucesivamente por fallecimiento del anterior, salvo que la institución se hiciera entre personas vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente. Por ejemplo, que se instituyera dos fideicomisarios en el entendido de que el primero disfrutará cinco años, y el segundo otros cinco años en un plazo de diez. La nulidad de la sustitución por muerte ha sido prevista para evitar la vinculación de bienes.

Los casos en que termina el fideicomiso, tal como aparecen en le Artículo 787 del Código de Comercio, son los siguientes:

- Por realizarse el fin para el que fue constituido.
- Por hacerse imposible su realización.

²⁶ *Ibid*, pág. 22.



- Por haberse realizado la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.
- Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.
- Por revocatoria cuando el fideicomitente se haya reservado ese derecho en el instrumento constitutivo.
- Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo.
- Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años, salvo que se refiera a la excepción que establece la ley.
- Por sentencia judicial.

Si el plazo establecido en el instrumento es menor de veinticinco años, es factible prorrogarlo, siempre y cuando no se pase del límite máximo que permite la ley.

Al extinguirse el fideicomiso, los bienes se entregarán a la persona que según el documento constitutivo deba recibirlos; o bien a quien indique la sentencia judicial si fuere el caso. En su defecto, le serán entregados al fideicomitente a sus herederos si se extinguió por lo que indica el Artículo 787 en sus numerales 2,3,4,5 y 6; y al fideicomisario si se extinguió por lo indicado en los numerales 1 al 7 del mismo Artículo. En el caso de la extinción por sentencia judicial, se supone que ésta indicará la persona a quien deben entregársele los bienes.



4.5. Fideicomisos que se constituyen con recursos públicos del Estado guatemalteco

La utilización de los fideicomisos por parte del Estado para la ejecución de programas y proyectos con destino a fines sociales, es un medio utilizado en Guatemala para que la afectación y el destino de los recursos públicos sea responsabilidad del fiduciario, compartida con el fideicomitente y que los servicios de la entidad fiduciaria, no sean solamente de contabilización.

El Artículo 121 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: “Bienes del Estado. Son bienes del Estado:

- a) Los de dominio público;
- b) Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley;
- c) Los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas o autónomas;
- d) La zona marítima-terrestre, la plataforma continental y el espacio aéreo, en la extensión y forma que determinen las leyes o los tratados internacionales ratificados por Guatemala;



- e) El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales, así como cualesquiera otras sustancias orgánicas o inorgánicas del subsuelo;
- f) Los monumentos y las reliquias arqueológicas;
- g) Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter privativo que las leyes asignen a las entidades descentralizadas y autónomas; y
- h) Las frecuencias radioeléctricas”.

El Ministerio de Finanzas Públicas establece que los ingresos tributarios comprenden los originados en el ejercicio del poder de imperio que tiene el Estado para establecer gravámenes con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines. Los recursos de tesoro constituyen los recursos de la administración central originados en la recaudación tributaria.

El Código Civil, Decreto Ley 106 regula en el Artículo 461: “Aprovechamiento de bienes nacionales. Los bienes de uso común son inalienables e imprescriptibles. Pueden aprovecharse de ellos todos los habitantes, con las restricciones establecidas por la ley, pero para aprovechamientos especiales se necesita concesión otorgada con los requisitos que establecen las leyes respectivas”.

El Artículo 1 de la Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto 101-97 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Objeto. La presente ley tiene como finalidad normar los sistemas presupuestarios de contabilidad integrada gubernamental, de tesorería y de crédito público a efecto de: realizar la programación, organización, coordinación,



ejecución y control de la captación y uso de los recursos públicos bajo el principio de legalidad, economía, eficiencia, eficacia y equidad para el cumplimiento de programas y de los proyectos de conformidad con las políticas establecidas”.

La Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 regula: “Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales, evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado”.

El Artículo 4 del la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto 89-2002 regula: “Sujetos de Responsabilidad. Son responsables de conformidad de las normas contenidas en esta ley y serán sancionados por el incumplimiento o inobservancia en el país, todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas especialmente:

a) Los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular, nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo presten sus servicios en el Estado, sus organismos, los municipios, sus empresas y entidades descentralizadas autónomas”.



Los fideicomisos del Gobierno central nacen con la emisión de un Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, para lo cual se encuentra facultado siempre que no altere el espíritu de la ley.

La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 183 incisos e y q: “Funciones del Presidente de la República. Son funciones del Presidente de la República:

- e) Sancionar, promulgar, ejecutar y hacer que se ejecuten las leyes, dictar los decretos para los que estuviere facultado por la Constitución, así como los acuerdos, reglamentos y ordenes para el estricto cumplimiento de las leyes, sin alterar su espíritu.
- c) Administrar la hacienda pública con arreglo a la ley”.

La Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 27: “Atribuciones generales de los ministros. Además de las que asigna la Constitución Política de la República y otras leyes, los Ministros tienen las siguientes atribuciones:

- j) Suscribir los acuerdos gubernativos y decretos emitidos por el Presidente de la República en Consejo de Ministros de conformidad con la ley y refrendar las iniciativas de ley presentadas al Congreso de la República y los decretos, acuerdos o reglamentos dictados por el Presidente de la República, relacionados con su despacho”.



En la actualidad en la gestión de fideicomisos públicos, los Comités Técnicos que coadministran con las entidades fiduciarias y aprueban la ejecución del patrimonio fideicometido, parecen convencidos que esta figura se encuentra revestida para el cumplimiento de las leyes gubernamentales, tan solo por que los fiduciarios como los bancos y las sociedades financieras del sistema, se rigen a través de normas de carácter financiero, pero los recursos fideicometidos en ningún momento dejan de ser propiedad del Estado, por lo que le son aplicables las leyes que rigen el proceso de manejo e inversión de los fondos públicos, cualquiera que sea la forma que dichos recursos adopten.

El Artículo 35 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Ministerio de Finanzas Públicas. Al Ministerio de Finanzas Públicas le corresponde cumplir y hacer cumplir todo lo relativo al régimen jurídico hacendario del Estado, incluyendo la recaudación y administración de los ingresos fiscales, la gestión del financiamiento interno y externo, la ejecución presupuestaria y el registro y control de los bienes que constituyen el patrimonio del Estado, para ello, tiene a su cargo las siguientes funciones:

- r) Gestionar la constitución, en cualquiera de las instituciones del sistema bancario nacional, de los fideicomiso, fondos y otros instrumentos financieros y la ejecución de los programas del Gobierno Central, así como reglamentar, registrar y controlar su operación. Para el efecto deberá de coordinar conjuntamente con las instituciones responsables del sector".



El Artículo 156 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula la obligatoriedad de órdenes ilegales. Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito”.

En la emisión de Acuerdos Gubernativos, fraccionamiento de Escrituras de Constitución de Fideicomisos y Reglamentos operativos de los mismos, los funcionarios se arrogan facultades y potestades que no les corresponden y que de acuerdo a la ley, están obligados únicamente al Congreso de la República de Guatemala.

Los fondos con los cuales se constituyen los fideicomisos públicos, son recursos públicos propiedad del Estado de Guatemala, los cuales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, lo que señala que el Estado pasa a la titularidad de dichos recursos, no así la propiedad que conlleva un proceso de privatización, concesión o enajenación que tiene que ser aprobado por el Congreso de la República.

Toda sociedad por medio de su órgano competente, ha creado un marco jurídico, compuesto de leyes, lo que constituye un Estado de Derecho, la ciudadanos deben de comprometerse en respetar y observar, es por ello que se han definido principios jerárquicos o de primacía de la ley, en donde se establecen el orden de aplicación de las leyes.



En la constitución y ejecución de los fideicomisos con recursos públicos se actúa en forma ilegal en la emisión de acuerdos gubernativos que reglamentan la compra, venta, contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieren el fideicomiso, no importando el monto de los mismos y la aplicación de las leyes correspondientes, atribuyéndose estos la facultad de legislar que es competencia del Organismo Legislativo.

Es fundamental el debido manejo de los fideicomisos constituidos con recursos públicos en Guatemala para el adecuado manejo de fondos públicos para que exista transparencia en la ejecución del presupuesto público.

Actualmente existen los más variados tipos o variantes de fideicomiso y así muchos investigadores realizan cada uno su clasificación; sin embargo, todos tienen puntos comunes, los cuales surgen partiendo de las modalidades más representativas de los negocios de fideicomiso.

Conviene destacar que la importancia del fideicomiso es función de la situación económica de cada país, de ahí que en unos este más desarrollado y activo que en otros, dando las características fundamentales del negocio que permiten precisamente encuadrarlos en determinados tipos. Adicionalmente, el alto costo del dinero y la competencia ha conducido a una reducción progresiva de los márgenes reales de beneficio y ha obligado a los bancos, particularmente, a incentivar los ingresos derivados de la prestación de servicio. Ante esas circunstancias los bancos



encuentran en este negocio la posibilidad de ampliar los servicios y desarrollar actividades que, de suyo, no corresponderían propiamente a las permitidas por objeto, pero que son de recibo cuando corresponden al cumplimiento de encargos recibidos de sus clientes.

Entre las modalidades de este negocio jurídico se encuentran los fideicomisos de administración, de inversión, de garantía, testamentarios, de desarrollo y prestacionales.



CONCLUSIONES

1. El Estado guatemalteco obtiene recursos públicos a través de la recaudación de tributos, donaciones, impuestos, préstamos, venta de activos y de toda clase de ingresos utilizando sus órganos competentes; los cuales son utilizados para el alcance de sus fines.
2. El fideicomiso público encuentra su justificación social en la actividad central del Estado, la cual se materializa mediante las necesidades sociales y económicas para la efectiva solución de los programas del Gobierno, siempre que el fideicomitente transmita bienes y derechos al fiduciario con limitaciones en la realización de actuaciones lícitas, posibles, realizables y determinadas.
3. La ejecución y constitución de fideicomisos con recursos públicos utilizados por distintas entidades del Estado ha ocasionado la incursión de ilegalidades en el manejo de fondos públicos que por ser recursos estatales se controlan mediante la aplicación de normas que se relacionan con la debida ejecución del gasto público.
4. La importancia económica de la figura del fideicomiso constituido con recursos públicos y su creciente aplicación en el Estado de Guatemala, es de importancia debido a que determina las ilegalidades en que se incurre en la ejecución de los

mismos derivada del manejo discrecional y de la falta de transparencia en la ejecución del gasto público.





RECOMENDACIONES

1. Se debe proponer un proyecto de ley, por parte de los entes que tienen dicha iniciativa, que regule la creación y funcionamiento del fideicomiso con fondos públicos para ser aplicado por la administración pública Guatemalteca, por la evidente carencia y necesidad de la misma en nuestro país.
2. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, legisle sobre la creación de un ordenamiento jurídico que regule el uso de la figura de los fideicomisos constituidos con recursos públicos, en la cual se norme su constitución, funcionamiento, campo de aplicación, prohibiciones, medios de control y las sanciones en que se incurren por la no aplicabilidad de los mismos y para que este sea más transparente.
3. Al ser creado el ordenamiento jurídico, que regule el uso de la figura de los fideicomisos constituidos con Recursos Públicos, también es necesario que el Ministerio de Finanzas Públicas modifique y actualice el procedimiento para la constitución de fideicomisos públicos, para que este sea un instrumento que apoye y desarrolle el ordenamiento jurídico que se va a crear.



BIBLIOGRAFÍA



BENITO, Lorenzo. **Derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1989.

BORJA, Rodrigo. **Enciclopedia de la política**. México, D.F: Ed. Fuerza, 1998.

BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Tecnos, S.A., 1971.

BRUNETTI, Antonio. **Tratado de derecho de las sociedades**. Buenos Aires, Argentina: Ed. UTEHA, 1970.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2005.

CUEVAS DEL CID, Rafael. **El capital, los socios y la administración**. Guatemala: Ed. Vile, S.A., 1980.

GARRIGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Impresiones, 1974.

GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Nacional S.A., 1981.

LARA VELADO, Roberto. **Derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.

MANTILA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1979.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil**. Guatemala: Ed. Serviprensa, 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.

VITERI, Ignacio. **Recursos públicos**. Guatemala: Ed. Sociedades, 1993.



VIVANTE, César. **Tratado de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1993.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106.

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

Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Ley de Contrataciones del Estado. Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas. Decreto 31-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos. Decreto 89-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.