

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

**ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE INCLUIR EL FIDEICOMISO DE
GARANTÍA COMO CONTRATO MERCANTIL EN EL CÓDIGO DE COMERCIO
VIGENTE EN GUATEMALA**

MANUEL ANTONIO VEGA RODRÍGUEZ

GUATEMALA, MAYO DE 2011

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

**ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE INCLUIR EL FIDEICOMISO DE
GARANTÍA COMO CONTRATO MERCANTIL EN EL CÓDIGO DE COMERCIO
VIGENTE 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

MANUEL ANTONIO VEGA RODRÍGUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2011

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Diaz
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. Otto René Vicente Revolorio
Vocal: Lic. Mariflor Irungaray
Secretario: Lic. Gamaliel Sentés Luna

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Alberto Velásquez
Vocal: Lic. Gamaliel Sentés Luna
Secretaria: Licda. Mirza Eugenia Irungaray

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).

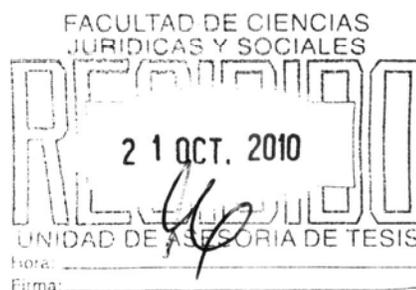


Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

Guatemala 19 de octubre de 2010

Señor

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Su despacho.



Estimado Licenciado Castillo Lutín:

De conformidad con el oficio emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha tres de octubre del año dos mil ocho, me permito informarle que asesoré el trabajo de tesis del bachiller Manuel Antonio Vega Rodríguez, intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE INCLUIR EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO CONTRATO MERCANTIL EN EL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE EN GUATEMALA". Me es grato hacer de su conocimiento:

1. La tesis abarca un amplio contenido técnico y científico relacionado con la importancia de estudiar y analizar el fideicomiso de garantía como contrato, en donde exista la posibilidad de constituir un negocio de garantía; para la maximización de la utilización de los bienes y la potencialización de su valor.
2. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, que dio a conocer los contratos mercantiles; el sintético, estableció la importancia de los mismos; el inductivo, mostró sus características y el deductivo, señaló la importancia de la regulación del fideicomiso de garantía como contrato mercantil.
3. Para desarrollar la tesis fueron utilizadas las técnicas de fichas bibliográficas y la documental, con las cuales se logró obtener la información doctrinaria y legal actualizada.
4. La redacción utilizada es la adecuada y el tema es abordado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina.



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

5. La tesis contribuye científicamente a la sociedad guatemalteca y señala que el contrato de fideicomiso de garantía, posibilita la formulación de garantías flotantes y de créditos rotativos.
6. Las conclusiones y las recomendaciones se relacionan entre sí y con los capítulos de la tesis. Al trabajo de tesis se le hicieron algunas enmiendas, las cuales fueron atendidas por el sustentante. El autor aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios.
7. Los objetivos formulados establecieron claramente, lo esencial de analizar los diversos supuestos de fideicomiso de garantía, en donde existe la garantía de una única obligación a favor de un único acreedor; la garantía de varias obligaciones a favor del mismo acreedor o de varios acreedores y la garantía que combine la gestión de los bienes para la cancelación de las obligaciones garantizadas.
8. La bibliografía empleada es la adecuada y se ajusta perfectamente al análisis del tema investigado. La hipótesis planteada, se comprobó al indicar que es fundamental la regulación del contrato de fideicomiso de garantía.

Es por lo antes mencionado, que considero que el trabajo de tesis llena los requisitos necesarios que establece el Artículo 32 para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para continuar con la tramitación correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

Lic. Otto René Arenas Hernández

Asesor de Tesis

Colegiado 3805

9ª. Avenida 13-39 zona 1

Tel. 22384102

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OSCAR ALFREDO MEDINA BARRIENTOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MANUEL ANTONIO VEGA RODRÍGUEZ, Intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE INCLUIR EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO CONTRATO MERCANTIL EN EL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE 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.



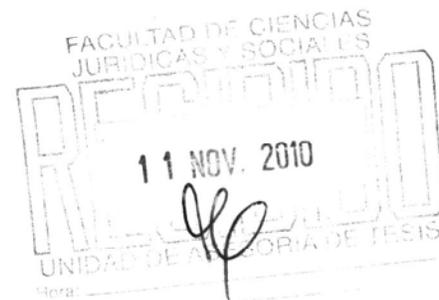


Lic. Oscar Alfredo Medina Barrientos
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 11 de noviembre de 2010

Lic. 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.



Estimado Licenciado Castillo Lutín:

Hago de su conocimiento que en cumplimiento a la designación recaída sobre mi persona, según resolución proferida por la Unidad de Asesoría de Tesis a su digno cargo de fecha cuatro de noviembre del año dos mil diez, del bachiller Manuel Antonio Vega Rodríguez, revisé el trabajo de tesis intitulado: *"ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE INCLUIR EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO CONTRATO MERCANTIL EN EL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE EN GUATEMALA"*; le doy a conocer que la tesis abarca:

1. Un contenido técnico y científico del tema que se investigó. Además, se consultó la legislación y doctrina relacionada, utilizando la terminología jurídica y redacción apropiada y se desarrollaron sucesivamente los diversos pasos del proceso investigativo.
2. El bachiller Vega Rodríguez, en el análisis realizado a su tesis, señala claramente la importancia de que se regule el fideicomiso de garantía como contrato; en la legislación mercantil guatemalteca.
3. Se utilizaron los métodos adecuados, siendo mismos los siguientes: método sintético, que se empleó para señalar el contrato mercantil; el método analítico, dio a conocer sus clases; el método inductivo, señaló el fideicomiso de garantía como contrato y el método deductivo, estableció su importancia.
4. En relación a la contribución científica del trabajo de tesis llevado a cabo, la misma señala los efectos y características del fideicomiso de garantía como contrato.



Lic. Oscar Alfredo Medina Barrientos
ABOGADO Y NOTARIO



5. Los objetivos generales y específicos, fueron alcanzados al ser determinantes en señalar la importancia de los contratos mercantiles y de su debida aplicación.
6. También, la hipótesis se comprobó, al indicar la misma lo esencial de que la legislación guatemalteca regule el contrato en estudio.
7. Se emplearon las siguientes técnicas de investigación: documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se obtuvo de forma ordenada la bibliografía actual y relacionada con el tema investigado.
8. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron clara y sencillamente, y las mismas son constitutivas de supuestos valederos que muestran la importancia del contrato analizado para la legislación mercantil guatemalteca.
9. Al sustentante, le indiqué la necesidad de llevar a cabo varias correcciones a los capítulos de su tesis, introducción y bibliografía, encontrándose de acuerdo en su realización.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que 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 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.

Lic. Oscar Alfredo Medina Barrientos
5^a. calle 3-43 zona 7 Colonia Landívar
Tel: 52055239
Revisor de Tesis
Colegiado 5004



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintidós de febrero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MANUEL ANTONIO VEGA RODRÍGUEZ, Titulado ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE INCLUIR EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA COMO CONTRATO MERCANTIL EN EL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE 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.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS: Toda mi fe en Él.
- A MIS PADRES: Manuel Vega Álvarez (Q.E.P.D.) y María Rodríguez Rojas (Q.E.P.D.), porque sus sueños sean una realidad.
- A MI ESPOSA: Juana Tuez Pérez de Vega, por todos los buenos y malos momentos que la vida nos ha regalado.
- A MIS HIJOS: Ana Patricia y Manuel Antonio, sea mi triunfo un ánimo a seguir adelante.
- A MIS HERMANAS: Marta Rosario y Ana María, por su apoyo permanente a no desmayar.
- A LA FAMILIA: Rodríguez Tuez, por su incansable colaboración para alcanzar este triunfo.
- A LOS LICENCIADOS: René Meyer Del Pozo, Otto Arenas Hernández, Hugo Leonel Samayoa Castro y Oscar Alfredo Medina Barrientos.

A MI MAESTRO Y AMIGO: Ricardo Emilio Rodríguez Barrios, por sus enseñanzas y haber logrado lo que era para mi un sueño.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, templo donde forjé mis caros anhelos.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, orgullosamente tricentenaria.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil.....	1
1.1. Definición.....	2
1.2. El comercio.....	4
1.3. Evolución del derecho mercantil.....	6
1.4. Características.....	10
1.5. Fuentes.....	11

CAPÍTULO II

2. Sujetos del derecho mercantil.....	19
2.1. Comerciante individual.....	22
2.2. Comerciantes extranjeros.....	24
2.3. Cónyuges comerciantes.....	25
2.4. Profesiones que se excluyen del tráfico comercial.....	26
2.5. Comerciantes sociales especiales.....	28
2.6. Personas de derecho público.....	29

CAPÍTULO III

3. Negocio jurídico mercantil.....	31
------------------------------------	----

	Pág.
3.1. Definición.....	31
3.2. Validez.....	32
3.3. Obligación mercantil.....	32
3.4. Clasificación.....	33
3.5. Características de las obligaciones mercantiles.....	35
3.6. Cumplimiento de las obligaciones mercantiles.....	39
3.7. Incumplimiento de las obligaciones.....	40
3.8. Fuentes de las obligaciones mercantiles.....	42

CAPÍTULO IV

4. El contrato mercantil.....	47
4.1. Definición.....	48
4.2. Elementos.....	48
4.3. Forma.....	50
4.4. Interpretación.....	53
4.5. Representación mercantil.....	54
4.6. Libertad contractual.....	57
4.7. Clasificación de los contratos mercantiles.....	59

CAPÍTULO V

5. Necesidad de incluir el fideicomiso de garantía como contrato mercantil.....	63
5.1. Definición del contrato de fideicomiso.....	63

	Pág.
5.2. Partes.....	64
5.3. Elementos.....	67
5.4. Características.....	69
5.5. Fines del fideicomiso.....	70
5.6. Clases de fideicomisos.....	70
5.7. Derechos y obligaciones del fiduciario.....	71
5.8. Derechos del fideicomisario.....	72
5.9. Nulidad del fideicomiso.....	73
5.10. Plazo.....	74
5.11. El fideicomiso como negocio jurídico.....	75
5.12. La importancia de incluir el fideicomiso de garantía como contrato mercantil en la legislación mercantil.....	76
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

La selección del tema de tesis, se debió a la importancia de que se regule en la legislación mercantil guatemalteca el fideicomiso de garantía como contrato mercantil en Guatemala; para que se cumpla con el régimen económico del país fundado en el principio social.

Es obligación del Estado guatemalteco, orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución de la riqueza nacional, por lo que, cuando fuere necesario, el Estado lleva a cabo sus actuaciones complementando la iniciativa y la actividad privada.

Los objetivos formulados, señalaron la importancia de las obligaciones fundamentales del Estado, para que vele por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país, procurando el bienestar familiar, protegiendo la formación del capital, el ahorro y la inversión; así como creando las condiciones adecuadas para la promoción de la inversión de capitales. La hipótesis planteada, comprobó que es preciso contar, dentro del ordenamiento jurídico del país con el fideicomiso de garantía como contrato mercantil, para que el mismo sea capaz de motivar las instituciones financieras del país y así se pueda otorgar financiamiento a los distintos agentes económicos ante el incumplimiento de obligaciones financieras para que los acreedores tengan la certeza de recuperar el capital invertido, en forma ágil; expedita y a un bajo costo.

Se emplearon los métodos siguientes: analítico, que señaló los contratos mercantiles; el sintético, dio a conocer su clasificación; el inductivo, estableció el contrato de fideicomiso de garantía y el deductivo, indicó la necesidad de su regulación en la legislación mercantil de Guatemala. Las técnicas utilizadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se obtuvo la información doctrinaria y jurídica relacionada con el tema investigado.

La tesis se dividió en cinco capítulos: el primero, es referente al derecho mercantil; el segundo, dio a conocer los sujetos del derecho mercantil; el tercero, indica el negocio jurídico mercantil; el cuarto, determina el contrato mercantil; y el quinto señala la necesidad de incluir el fideicomiso de garantía como contrato mercantil.

Debido a lo anotado, es fundamental la regulación del fideicomiso de garantía como contrato mercantil para que las personas que tengan interés en acceder a financiamiento, sin perjuicio de las formas jurídicas de contratación, transmitan el o los bienes a dicho fideicomiso o, en su defecto, lo hagan terceras personas, a efecto de que el fideicomiso, ante el incumplimiento de la obligación proceda a la enajenación de los mismos, para que con el producto de tal enajenación el acreedor reciba el pago del principal, los intereses y demás gastos de los financiamientos otorgados, con lo cual se asegura la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional como un bien jurídico a ser tutelado por el Estado guatemalteco.

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil

El 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.

En términos amplios, es la rama del derecho que regula el ejercicio del comercio, siendo su fundamento el comercio libre.

Una relación se considera comercial, y por tanto sujeta al derecho mercantil; si es un acto de comercio. El derecho mercantil actual se refiere a estos actos, a los que pertenece de manera intrínseca, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante.

Sin perjuicio de ello, existen ordenamientos jurídicos en que el sistema es subjetivo, con base en la empresa, regulando tanto su estatuto jurídico, como el ejercicio de la actividad económica; en las relaciones contractuales que mantienen los empresarios entre ellos y con terceros.

El derecho mercantil es una rama especial del derecho privado, mientras el derecho civil se rige como derecho común.

1.1. Definición

El derecho mercantil tiene dos objetos de regulación, llamados criterio objetivo y criterio subjetivo. El criterio objetivo hace referencia al comercio o a los actos de comercio, mientras que el criterio subjetivo es el que se refiere a la persona que lleva la calidad de comerciante.

El derecho comercial o mercantil es un concepto jurídico no sólo que es, sino que está siendo siempre. No es un derecho estático sino que está en continua evolución adaptándose a las necesidades de los empresarios, del mercado y de la sociedad.

“El derecho mercantil es la parte del derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas al empresario y a los actos que surgen en el desarrollo de su actividad económica”.¹

“El derecho comercial es el ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios en el mercado”.²

“Derecho mercantil es la rama del derecho privado que estudia y regula la actividad de los mercaderes o comerciantes y forma parte del derecho empresarial y también del derecho corporativo”.³

¹ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**, p0ág. 30.

² Garrpiguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, pág. 14.

³ Lara Velado, Roberto. **Derecho mercantil**, pág. 36.

Por tanto, el mismo es la rama o área del derecho que estudia y regula la actividad de las empresas, siendo el conjunto de todas las fuentes del derecho aplicables a dicha rama del derecho”.

En la actualidad el derecho comercial sufre una importante evolución con las nuevas formas de contratación, dando más amplitud a las definiciones de derecho comercial al abarcar otros negocios jurídicos como las compras en línea y otras formas de contratación, como la contratación en masa o en serie, también conocida como contratación en cadena.

En forma general puede afirmarse que el Código de Comercio, delimita la materia mercantil en función de los actos calificados legalmente como actos de comercio.

La mercantilidad de una relación o acto encuentra su fundamento en una noción objetiva consistente en el acto de comercio.

El derecho mercantil ya no es, como lo era en su origen; un derecho de los comerciantes y para los comerciantes en el ejercicio de su profesión.

El derecho mercantil guatemalteco vigente es un derecho de los actos de comercio, de los que son intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante.

Pero, además de regular los actos de comercio, el Código de Comercio contiene

numerosas normas sobre el comerciante y la actividad que éste desarrolla en el ejercicio de su actividad; o sea de su profesión.

Por eso el derecho mercantil puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión.

1.2. El comercio

El comercio en su aceptación económica original, consiste esencialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro.

La conveniente división del trabajo impuso la necesidad de que esa acción mediadora fuera realizada por personas especializadas y llamadas comerciantes.

Así, desde el punto de vista económico, es comerciante la persona que profesionalmente practica aquella actividad de interposición, de mediación, o entre productores y consumidores.

El derecho mercantil nació precisamente para regular el comercio o, mejor dicho, los actos y relaciones de los comerciantes propios de la realización de sus actividades mediadoras.

“En su origen, pues, el derecho mercantil aparece estrechamente unido a la noción económica de comercio y mediante ésta se explicó y determinó el concepto de aquél. El derecho mercantil fue entonces el derecho del comercio”.⁴

Actualmente, sin embargo, es imposible definir el derecho mercantil por medio de una simple referencia al concepto económico original de comercio. El campo de aplicación de las normas mercantiles, o sea la materia mercantil, se ha ampliado más allá de los límites de esta noción.

En efecto, gran parte de los negocios y de los actos regulados en la actualidad por el derecho mercantil no tienen relación con aquel concepto económico del comercio referido.

Son mercantiles simplemente porque la ley los califica de esa manera; independientemente de que tengan o no carácter comercial desde el punto de vista estrictamente económico.

Es preciso abandonar el concepto económico del comercio, porque sobre él no puede basarse una determinación exacta del actual contenido del derecho mercantil. Es verdad que el comercio es el punto de partida histórico del derecho mercantil.

Originalmente este derecho es un derecho para el comercio o, lo que es lo mismo, para los comerciantes en el ejercicio de su profesión.

⁴ Broseta. **Ob. Cit.**, pág. 34.

Pero a lo largo de la historia muchas instituciones jurídicas nacidas en el seno del comercio y para el comercio han enriquecido el campo de la contratación general y en él se aplican los preceptos de las leyes mercantiles que regulan esas instituciones, las cuales, por consiguiente, han dejado de ser peculiares y exclusivas del comercio en sentido económico.

No todo el derecho mercantil es derecho para el comercio, ya que hay sectores enteros del derecho mercantil que se aplican sin consideración a la finalidad comercial de la operación.

Así pues, el ámbito actual del derecho mercantil o derecho comercial, es mucho más amplio del que puede desprenderse de la terminología usada; y no abarca solamente las relaciones que pertenecen al comercio en su sentido económico.

1.3. Evolución del derecho mercantil

Es imposible delimitar la materia mercantil en los sistemas jurídicos de la antigüedad, toda vez que estos carecieron de normas que regularan en forma especial al comercio y los comerciantes.

“Los sistemas vigentes en ese estadio histórico, regularon cuando menos en embrión muchas de las instituciones o actos que hoy se consideran como de comercio, pero también lo es que las condiciones políticas, económicas y culturales de la época no hicieron sentir la necesidad de la existencia de una rama especial para regularlos; de tal

manera que tales actos constituían una especie indiferenciada en la totalidad de los actos jurídicos”.⁵

Las normas reguladoras de los actos considerados ahora como de comercio carecían de autonomía y se encontraban dentro del ámbito de las normas jurídicas generales o, cuando más dentro del derecho privado.

- Edad Antigua: el comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares. Por ello aún en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones a que aquella actividad da origen.

Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no existió un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil.

Es decir, no existió un derecho mercantil como actualmente se entiende; sino tan sólo normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

“Entre esas normas se hace especial mención de las Leyes Rodias, que en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de usos sobre el comercio marítimo. Esas leyes han alcanzado fama a través de su incorporación al derecho romano”.⁶

⁵ Lara. **Ob. Cit.**, pág. 50.

⁶ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 40.

- Derecho romano: no puede hablarse de la existencia de un derecho mercantil especial o autónomo en el sistema jurídico de Roma, en donde no se conoció un derecho mercantil como una rama distinta y separada en el tronco único del derecho privado, entre otras razones, porque a través de la actividad del pretor fue posible adaptar ese derecho a las necesidades del tráfico comercial
- Edad Media: el derecho mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la Edad Media, y es de origen consuetudinario.

El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el derecho común era incapaz de regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio.

El nacimiento del derecho mercantil como tal, se encuentra ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase.

Las corporaciones perfectamente organizadas, no solamente estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que además instituyeron tribunales de mercaderes de jurisdicción consular, que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados; administrando justicia según usos o costumbres del comercio.

Es así que, en el seno de los gremios y corporaciones, principalmente en las florecientes ciudades medievales, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles, normas de origen consuetudinario, que son aplicadas por los cónsules y órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones.

“Las normas consuetudinarias, y las decisiones mismas de los tribunales consulares, fueron recopiladas en forma más o menos sistemática; llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la época”.⁷

- Época moderna: surgió de la importancia de comenzar a comprender y sentir la necesidad reclamada por la actividad del comercio, y con la misma se ha levantado el moderno derecho mercantil, emancipándose completamente el derecho romano, del derecho común y de los derechos forales.

Además, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino que tiende a obtener un carácter de universalidad internacional, llegando su influencia, como es natural, hasta modificar los preceptos del derecho civil, pues el cotejo de los diversos códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen inflexiblemente a correcciones del derecho civil; que tiene que estar en armonía con el derecho mercantil de cada Estado.

⁷ **Ibid**, pág. 46.

Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del derecho mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca.

Sobre todo la materia de la legislación comparada adquirió, como era de esperarse, un gran desarrollo, pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que el derecho mercantil, reflejo de las necesidades del comercio, tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas; esa universalidad de principios que exige el cosmopolitismo del tráfico en sus diversas manifestaciones.

Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el derecho de las distintas naciones; como sucede en lo relativo a las letras de cambio entre muchos otros aspectos.

1.4. Características

Cinco son las características definitorias básicas del derecho mercantil, siendo las mismas las siguientes:

- Es un derecho profesional, creado y desarrollado para resolver los conflictos y la actividad propia de los empresarios.

- Es un derecho individualista, al ser una parte del derecho privado que regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.
- Es un derecho consuetudinario ya que a pesar de estar codificado, se basa en la tradición y en la costumbre de los comerciantes.
- Es un derecho progresivo, debido a que al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.
- Es un derecho global e internacionalizado, en donde las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que el mismo ha tenido que hacerlo también, para lo cual diversos organismos trabajan en su normativización internacional.

1.5. Fuentes

Se entiende por fuente el lugar de donde brota surge o nace algo. Debido a ello las fuentes del derecho mercantil son aquellas que procuran el nacimiento de normas; sin embargo dichas no son exclusivas del derecho mercantil.

Es de importancia partir de la distinción entre fuente material, que es el elemento que contribuye a la creación del derecho consistente en la convicción jurídica de los comerciantes, tradición, naturaleza de las cosas y otros factores morales, económicos,

políticos y de la fuente formal, o sea la forma externa de manifestarse el derecho positivo.

No puede haber en realidad una teoría propia de las fuentes del derecho mercantil, porque este derecho no ofrece formas especiales de manifestación, distintas de las del derecho civil, debido a que tanto uno como otro se exteriorizan en dos fuentes fundamentales que son la ley y la costumbre.

“El derecho se manifiesta o por palabras o por actos, o reflexiva y mediatamente a través del Estado; o espontánea e inmediatamente por la sociedad misma. No hay pues, una diversidad de fuente. Hay una diversidad de normas, debido a que las normas contenidas en la ley o en la costumbre mercantil contienen una expresión equívoca impuesta por la doctrina tradicional”.⁸

No se trata, en efecto, de las fuentes del derecho mercantil como modos o formas peculiares de manifestarse este derecho, sino de las normas legales o consuetudinarias relativas a la materia mercantil.

La ley y la costumbre mercantil, en tanto que fuentes del derecho, en nada se diferencian de la ley mercantil y la costumbre civil. La diferencia está en su respectivo contenido.

⁸ Broseta. **Ob. Cit.**, pág. 36.

- La ley: es la principal fuente formal del derecho mercantil. Se entiende por norma mercantil, toda aquella disposición obligatoria de carácter general y abstracto emanada del Estado y provista de una sanción soberana que regula la materia delimitada como mercantil.

La legislación mercantil se encuentra sumamente dispersa, toda vez que, por una parte, muchas de las materias que originalmente se encontraban reglamentadas en el Código de Comercio, se han segregado de él a virtud de leyes derogatorias; y por la otra, se han expedido múltiples ordenamientos que han venido a regular materias no comprendidas antes en dicho Código.

La ley mercantil de carácter general, es el Código de Comercio, el cual integra los aspectos generales del derecho mercantil, pues es dentro de su mismo cuerpo, que se encuentra el derecho sustantivo y adjetivo.

Pero, además se encuentra apoyado por una serie de leyes y reglamentos que regulan materias específicas a las cuales se les denominan leyes especiales del derecho mercantil.

La contemplación del campo legislativo mercantil descubre un fenómeno interesante, consistente en la abundancia de leyes especiales, que contrasta con la escasez de estas leyes en el derecho civil, como si en el derecho mercantil la tarea codificadora hubiese sido mucho más restringida.

Los nuevos hechos, necesitados de nueva ordenación jurídica, se producen rápidamente y en mayor número en la vida mercantil.

Los códigos de comercio nacen para quedar pronto anticuados y es preciso recurrir a una legislación casuista y complementaria, que la vida civil, desarrollada a un nivel más lento.

Estos hechos son los que han dado lugar a la promulgación de múltiples leyes especiales, que han venido a modificar o a completar la regulación contenida en el código.

- La costumbre: sin lugar a dudas y según se ha asentado, en los sistemas de derecho escrito, la costumbre ocupa un papel secundario o limitado en cuanto a la productividad de normas jurídicas, en relación con la ley, aunque se le reconoce a aquélla el carácter de fuente formal autónoma e independiente de ésta.

Ahora bien, en forma tradicional y unánime se reconoce que son dos los elementos constitutivos de la costumbre, de los cuales uno es materia u objetivo y el otro psicológico, y se define como la repetición constante y generalizada de un hecho, con la convicción de que ese actuar es jurídicamente obligatorio.

La legislación guatemalteca para el efecto de aclarar algunas lagunas o en prevención de ellas, con alguna frecuencia remite a la costumbre y a los usos, de ahí que convenga

determinar si se trata de conceptos iguales o diversos.

La costumbre, tiene fuerza para crear normas jurídicas mientras que el uso desempeña una función más modesta, que consiste en suministrar contenido a las normas legales que lo invocan, además la misma, en cuanto que constituye una norma jurídica, no está sujeta a prueba, mientras que el uso, por integrar solamente un elemento de hecho, precisa probanza.

Es decir, por una parte, la costumbre constituye una fuente de derecho paralela a la ley aunque de menor importancia y por la otra es frecuente que la ley, ante la presencia de lagunas o en prevención de ellas, haga referencia a elementos del hecho que vienen a desempeñar una función integradora o supletoria, es decir; que haga referencia a los usos.

Sin embargo, cabe advertir que el legislador, al referirse a los usos en sentido técnico, emplea en forma indiscriminada este vocablo, pues según parece los considera como sinónimos, de ahí que el intérprete deba tener cuidado al distinguir la costumbre verdadera y real, del uso, o elemento objetivo, cuya función es integradora o de carácter supletorio.

“En relación con la función que la costumbre desempeña frente a la ley, se distinguen tres especies de costumbres, cuya validez conviene analizar: la consuetudo secundum

legem, la consuetudo praeter legem, y la consuetudo contra legem”.⁹

La primera de estas especies, o sea la consuetudo secundum legem, no da origen a problemas, toda vez que, por tratarse de una costumbre conforme a la ley; su aplicación y validez queda fuera de toda duda.

Con respecto a la consuetudo praeter legem, o sea, la costumbre que complementa a la ley colmando lagunas, precisa el sentido de ella en los casos dudosos, o regula instituciones desconocidas, considerando que su aplicación tampoco presenta problemas, pues se atribuye a la costumbre el carácter de fuente formal y autónoma del derecho; de tal manera que la norma consuetudinaria nace al lado de la ley y con igual jerarquía que ésta.

Por el contrario, la consuetudo contra legem implica problemas de extrema delicadeza, tanto si se trata de una costumbre visiblemente contraria a las disposiciones de derecho escrito y tienda a derogarlas; como cuando se trata de anular una disposición por desuso.

La legislación de Guatemala señala que la costumbre solamente puede formarse, si el comportamiento destinado a regular está constituido por actos lícitos o conformes al orden público, de tal manera que toda práctica en desacuerdo con una norma escrita constituye un ilícito y no puede, por ende; dar lugar a la formación de una costumbre.

⁹ Mantila Mollina, Roberto. **Derecho mercantil**, pág. 16.

Ello, en virtud del principio según el cual contra la observancia de la ley no se admite desuso; costumbre o práctica en contrario.

Sin embargo la realidad cotidiana indica lo contrario, tal es el caso de los menores, carentes de capacidad de ejercicio, que a diario realizan por sí mismos actos jurídicos patrimoniales de poca monta u operaciones de crédito en pequeña escala.

Esos actos son tan simples como la compraventa de un periódico, contratos de transporte, actos y operaciones que de conformidad con la ley civil, obviamente resultan nulos, pero que por el reducido monto de ellos o la condición social del menor, la costumbre los admite como válidos; de tal manera que no se estiman anulables.

Ello, en aplicación de lo señalado al derecho mercantil, aunque históricamente gran parte de las normas comerciales encuentran su origen en la costumbre, en la actualidad la importancia de esta fuente ha disminuido sensiblemente, debido a la frecuente intervención del legislador en materia de comercio y la posibilidad de dictar normas que se ajusten en forma eficaz y rápida a las circunstancias siempre cambiantes del comercio.

Sin embargo, esto no quiere decir que no existan algunas costumbres comerciales que regulen casos imprevistos por el legislador y otros de costumbres contrarias a disposiciones taxativas; o sea aquéllas que obligan a los particulares en todos los casos independientemente de su voluntad.

Las fuentes del derecho mercantil consisten en todo aquello que se origina en su aspecto objetivo de norma o regla obligatoria de conducta y constituyen, por lo tanto, el modo o forma especial como se desarrolla y desenvuelve esa rama del derecho.

La ley consiste en el ordenamiento con el cual se a va regular el derecho mercantil y es un derecho especial, por lo que en el caso de ausencia de una norma específica, regirá el derecho común; que en este caso es el civil.

La costumbre es la repetición constante y uniforme de actos obedeciendo a las convicciones jurídicas que consisten en la certeza de que ellos pueden ser objeto de una sanción legal o judicial; exceptuando a la costumbre los usos comerciales.

La jurisprudencia es una interpretación de la ley y es realizada por los órganos jurisdiccionales, y se considera fuente del derecho mercantil porque es referente a temas de comercio.

CAPÍTULO II

2. Sujetos del derecho mercantil

Al analizar el concepto subjetivo del derecho mercantil, se puede establecer la problemática representativa de la búsqueda de un concepto único del sujeto comerciante; debido a que el mismo es el destinatario del régimen jurídico del derecho mercantil.

Por ello, no es conveniente insistir en la formulación de un concepto con pretensiones de generalidad, y por el contrario debido a tratarse de una exégesis del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala; se tiene que buscar en la ley los elementos descriptivos para tomar en consideración una idea que permita su identificación.

“Originalmente, tiene que señalarse que en la conciencia común se tiene la idea de que un comerciante es aquella persona, que con la finalidad de lucro compra para posteriormente vender, desarrollando para el efecto una actividad intermediadora entre productor y consumidor de bienes y servicios”.

Pero, la idea legal y doctrinaria rebasa el sencillo intermediario, para después señalar una visión más amplia sobre la concepción del comerciante.

Existen dos clases de comerciantes, siendo los mismos: individuales y sociales. Los

comerciantes individuales que su profesión consiste en el tráfico comercial; y los segundos que son las sociedades mercantiles.

El Artículo 2 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Comerciantes. Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren 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. La banca, seguros y fianzas.
4. Las auxiliares de las anteriores”.

A continuación se señalan los tres supuestos jurídicos que contiene la norma transcrita, y con los mismos se determina la certeza de la existencia de un profesional comerciante en Guatemala:

- Ejercer en nombre propio: mediante el ejercicio se determina la actuación en el tráfico comercial y la misma tiene que llevarse a cabo en nombre propio. Ello significa, actuar para sí y no en beneficio de otro. Esa es la diferencia con el auxiliar del comerciante, quien no actúa en nombre propio; sino en nombre de otra persona.
- Con una finalidad de lucro: el comerciante no es una persona que lleva a cabo sus actuaciones con finalidades benéficas. El mismo, al realizar sus actuaciones

de tráfico mercantil tiene la finalidad de lucro o ganancia; con lo que aumenta su fortuna personal.

- Tiene que dedicarse a actividades calificadas como mercantiles: siendo esas actividades las anotadas en el Artículo anteriormente citado y en donde se califica a la industria como un acto de carácter mercantil.

La industria puede ser en el ámbito de la producción de bienes o en la prestación de servicios. En este último aspecto, se señala la industria turística y la industria hotelera, las que caen dentro del campo del servicio industrial, debido a que no existe labor intermediadora, pero debido a disposiciones legales es un profesional comerciante.

Dentro del segundo inciso también se clasifica como comercio a la intermediación de la circulación de bienes y a la prestación de servicios. En ese inciso se le otorga la función tradicional del comerciante original o sea la persona colocada entre el consumidor y el productor. De esa forma, también la función de los bancos, de las afianzadoras y de las aseguradoras; consisten en actividades mercantiles. En el inciso cuarto, se señala que las actividades auxiliares de las anteriores son de carácter mercantil. Se tiene que tomar en consideración que la ley se refiere a los actos auxiliares y no a los auxiliares de los comerciantes.

El Artículo citado tipifica de forma genérica al comerciante, de forma que sus efectos tienen aplicabilidad tanto para el comerciante individual como también para el social. Pero, es de importancia señalar que en el caso del comerciante social, su calidad de

comerciante no se define por iguales elementos concurrentes en el comerciante individual; sino debido a una formalidad.

Efectivamente, el Artículo 3 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la Republica de Guatemala señala que las sociedades organizadas bajo las formas preestablecidas en el mismo; tienen la calidad de comerciante no importando su objeto.

Cuando una sociedad adopta en su constitución una de las formas que ley califica como mercantiles: sociedades colectivas y anónimas, comandita simple, comandita accionada y responsabilidad limitada, entonces esa sociedad es un comerciante, a pesar que su objeto no sea precisamente lo que se estipula en el Artículo 2 del Código de Comercio antes citado.

2.1. Comerciante individual

Para ser comerciante, uno de los requisitos que el sujeto individual tiene que llenar, además de los expuestos al citar el Artículo 2 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, es que tiene que ser hábil para obligarse de conformidad con las disposiciones del Artículo 6 del mismo Código: “Capacidad. Tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil son hábiles para contratar y obligarse”.

La ley es referente de forma específica a la capacidad de ejercicio que implica la de ser sujeto de derechos y obligaciones. La persona tiene que encontrarse en posibilidades

de actuar dentro del ámbito de lo jurídico; siendo esa la posibilidad que se adquiere con la mayoría de edad.

“El patrimonio de los menores de edad o el de los interdictos es aconsejable no comprometerlo en actividades comerciales. Pero puede suceder que un menor de edad reciba una empresa mercantil por herencia o donación, o bien que a un comerciante capaz se le declare en estado de interdicción”.¹⁰

Debido a esos hechos y haciendo efectivo el principio de conservación de la empresa, el juez que conoce el caso puede tomar la decisión, con dictamen de experto, si la empresa prosigue o no, tomando en consideración las posibilidades favorables del negocio; así como también el beneficio que va a resultar de su conservación. Cuando el juez tome la decisión de lo primero, existe la excepción al requisito de la capacidad como condición fundamental para ser comerciante, en el entendido de que la actuación de estas personas se tiene que llevar a cabo mediante sus representantes legales. Ahora, cuando la empresa se ha adquirido mediante donación o por herencia y en la declaración unilateral de voluntad el donante o el testador recomendaron la continuidad de la empresa, se tiene que respetar su disposición, a pesar de que ello no es un deber absoluto, debido a que si se ocasionan más inconvenientes que provechos económicos, entonces el juez puede tomar la decisión que señala el Artículo 7 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: “Incapaces o interdictos. Cuando un incapaz adquiera por herencia o donación una empresa mercantil o cuando se declare en interdicción a un comerciante individual, el juez

¹⁰ Vivante, César. **Tratado de derecho mercantil**, pág. 26.

decidirá con informe de un experto, si la negociación ha de continuar o liquidarse y en qué forma, a no ser que el causante hubiere dispuesto algo sobre ello, en cuyo caso se respetará la voluntad en cuanto no ofrezca grave inconveniente, a juicio del juez”.¹¹

De esa forma, la normativa guatemalteca sigue la corriente que aconseja la continuidad de la empresa en el menor y en el incapaz. Para un menor de edad, sus representantes no pueden abrir una empresa mercantil.

2.2. Comerciantes extranjeros

Anteriormente los extranjeros podían dedicarse al ejercicio del comercio de manera profesional, siempre que con anterioridad obtuvieran el estado de residentes y la autorización del Ministerio de Economía, y cuando su intención era la de llevar sus actuaciones como auxiliares de comercio, debido a su relación de dependencia; también era necesario exigir la autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Actualmente, los extranjeros se encuentran facultados para el ejercicio del comercio como comerciantes individuales o como representantes de personas jurídicas, cumpliendo con el requisito de inscribirse en el Registro Mercantil, de la misma manera en la que se inscribe un guatemalteco; como mandatario del comerciante o como auxiliar del comerciante.

¹¹ **Ibid**, pág. 30.

Después de obtenida la inscripción correspondiente, se tienen iguales derechos y obligaciones que los guatemaltecos; a excepción de los casos que determinen las leyes especiales.

Debido a ello, se puede observar, que la reforma simplificó la posibilidad de que los extranjeros puedan dedicarse al comercio, debido a la exigencia anterior de una inscripción en el Registro Mercantil.

2.3. Cónyuges comerciantes

La legislación vigente no dispone de ninguna restricción para que el cónyuge ejerza el comercio. Los casados pueden dedicarse de manera aislada o en conjunto al comercio y si así lo hacen, los dos son considerados comerciantes; a menos de que uno de ellos sea auxiliar del otro.

Comerciante es aquella persona física o jurídica, nacional o extranjera, que se dedica habitualmente a la comercialización de bienes, entendida como una etapa intermedia entre la de producción y la de consumo, suponiendo el traspaso de la propiedad de los bienes de un sujeto a otro.

El Artículo 11 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “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”.

2.4. Profesiones que se excluyen del tráfico comercial

En Guatemala, el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala excluye determinadas actividades productivas, del tráfico comercial. A ello es referente el Artículo 9 del mismo: “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”.

“Tradicionalmente se entiende como profesiones liberales las que ejercen los graduados universitarios. Como sustitutos de los títulos nobiliarios, la burguesía liberal encontró en los grados académicos de licenciaturas y doctorados la base de una distinción social”.¹²

Por ello es que, lo que un profesional universitario cobra por sus servicios se denomina honorarios; término que se utiliza para elevar semánticamente el trabajo profesional. A ese respecto, se tiene que advertir que dentro del significado de profesiones liberales se

¹² Vásquez Martínez, Edmundo. **Derecho mercantil**, pág. 37.

tienen también que incluir las carreras previas a ingresar a la universidad, cuando mediante las mismas se puede trabajar de manera autónoma; o sea a través de la prestación de un servicio sin ninguna dependencia administrativa o laboral.

En relación a las labores agropecuarias y similares de las mismas, la tendencia moderna se encuentra orientada en el sentido de que incluye la actividad agropecuaria dentro del ámbito del comercio, pero de conformidad con el Artículo 9 antes citado, el agricultor no es un comerciante; siempre y cuando su tráfico sea en relación a los productos que cultiva y transforma en su empresa agrícola.

“Cualquier comercialización de productos agropecuarios cae dentro del terreno comercial si los bienes y servicios que se prestan, provienen de otra organización empresarial”.¹³

En cuanto a los artesanos, el derecho mercantil al ser un derecho de una etapa capitalista de producción, los toma en consideración en el sentido literal de la palabra, en donde ellos desarrollan una labor precapitalista de producción y consecuentemente se señala que se les tiene que excluir de la profesión de comerciante; pero ello no es referente a todo artesano.

Para que exista esa exclusión, la misma tiene que contar solamente con aquellos que laboran por encargo o que no tienen una tienda o un almacén para el expendio de sus productos.

¹³ **Ibid**, pág. 40.

Es fundamental para toda ley la exposición de motivos, lo que se comprueba con los códigos vigentes, debido a que cualquier persona tiene a la mano todo el historial relacionado con la redacción y con los motivos que se dieron para estructurar tal o cual norma es la correcta aplicar y conocer también el sentido de la misma.

Pero, con el Código de Comercio sucede que la misma no tiene exposición de motivos, debido a que el informe que la comisión legislativa rindió al Congreso de la República como dictamen para que el pleno conociera y aprobara; no deja de ser un alegato de carácter general sin aporte alguno para la comprensión 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 ello; se tiene que suponer una base científica para el conocimiento del sentido legal.

“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 tiene que formar parte de la legislación comercial, debido a que las labores productivas del campo, juzgadas de forma objetiva; se desarrollan con características que son propias del tráfico mercantil”.¹⁴

2.5. Comerciantes sociales especiales

El Artículo 12 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de

¹⁴ Garríguez. **Ob. Cit.**, pág. 66.

Guatemala señala: “Bancos, aseguradoras y análogas. Los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y demás análogas, se registrarán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento por lo que dispone este Código en lo que no contravenga sus leyes y disposiciones especiales.

La autorización para constituirse y operar se registrará por las leyes especiales aplicables a cada caso”.

El comerciante social se constituye mediante las sociedades mercantiles. Dentro de esas sociedades existe la sociedad anónima. Existen sociedades que en su totalidad se rigen por el Código de Comercio y otras que, además de éste, se rigen por su ley especial, siendo las siguientes: sociedades anónimas bancarias, sociedades anónimas de seguros, sociedades anónimas financieras y sociedades anónimas para almacenes generales de depósito.

Debido a que se rigen por una norma especial, se les denomina comerciantes sociales especiales; ya que se encuentran bajo la sujeción de derechos y obligaciones que no tienen existencia para las sociedades anónimas comunes y ordinarias.

2.6. Personas de derecho público

Debido a la disposición contenida en el Artículo 13 del Código de Comercio, del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, las personas jurídicas que

pertenecen a organizaciones centralizadas o descentralizadas del Estado guatemalteco; no son sujetos de derecho mercantil. Pero, pueden llevar a cabo actividades típicamente mercantiles y además se sujetan a los efectos de las normas jurídicas de la materia mercantil sin ser comerciantes, a menos que una norma especial señale lo contrario. De esa manera, una entidad descentralizada puede llevar a cabo actividades comerciales; pero no es comerciante.

Las prestaciones de servicio y las 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 una dura crítica al funcionamiento de las empresas mercantiles estatales.

CAPÍTULO III

3. Negocio jurídico mercantil

Consiste en todo acto de carácter voluntario y lícito llevado a cabo de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad específica y directa la conservación, creación, modificación; transferencia y extinción de derechos y obligaciones dentro del ámbito del derecho privado. En el sistema jurídico mercantil vigente en Guatemala, se concreta el contenido contractual del negocio jurídico a todos aquellos actos que lleva a cabo el comerciante o empresario con el designio de realizar la finalidad peculiar relativa a su empresa.

El negocio jurídico mercantil puede ser unilateral y plurilateral, entrando dentro de la segunda categoría el contrato y el acto conjunto. El contrato consiste en la forma típica del negocio jurídico mercantil y la fuente primordial de las obligaciones.

3.1. Definición

“Negocio jurídico mercantil es el acto en virtud del cual, el comerciante en su actividad profesional regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros, y al cual el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico social que caracteriza su tipo”.¹⁵

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 58.

3.2. Validez

Para su validez, el negocio jurídico requiere de capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, de consentimiento que no adolezca de vicio y de un objeto lícito; de conformidad con lo regulado en el Artículo 1251 del Código Civil.

Cualquier declaración de voluntad necesita de la existencia de una forma o de un medio de exteriorización. La norma general que se encuentra contenida en la legislación civil de Guatemala, señala que cuando la norma no declare una forma determinada para la realización de un negocio jurídico, los interesados pueden utilizar la que consideren más conveniente; según el Artículo 1256 del Código Civil.

3.3. Obligación mercantil

“Las obligaciones mercantiles son una relación jurídica en virtud de la cual una persona para satisfacer intereses privados, puede exigir de otra una determinada prestación, que en caso de ser incumplida; puede hacerse efectiva sobre el patrimonio de ésta”.¹⁶

El Código Civil regula en el Artículo 1319: “Toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

No existe diferencia entre las obligaciones civiles y las obligaciones mercantiles, debido a que en ambos casos se constituye un vínculo jurídico entre acreedor y deudor. Pero,

¹⁶ Vivante. **Ob. Cit.**, pág. 32.

se puede establecer que una obligación tiene carácter mercantil; cuando la misma sea el resultado de un acto comercial.

La obligación a la que se obliga el deudor puede ser consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa en beneficio del acreedor.

3.4. Clasificación

La clasificación de las obligaciones en el derecho mercantil comercial es igual a la del derecho civil, debido a que como en aquel pueden ser: genéricas y específicas, alternativas, puras, condicionales y a término, con cláusula penal, divisibles e indivisibles, mancomunadas y solidarias.

La obligación genérica, es la denominación que se atribuye a la de otorgar una cantidad de cosas; en las que el deudor cuenta con la facultad de que sean las mismas y es específica cuando se atribuye otorgar cosa cierta.

Las obligaciones alternativas son aquellas en las que situados varios objetos en la obligación se puede escoger para el momento del pago a uno de ellos; quedando todos los demás libres.

Obligaciones puras son las que no se encuentran sujetas en su eficacia a circunstancia alguna que pueda ser limitante de sus efectos. O sea que su cumplimiento no se encuentra bajo la dependencia de ningún plazo o condición.

“Las obligaciones condicionales son aquellas cuya eficacia se encuentra bajo la dependencia de la realización de un acontecimiento futuro o incierto. Debido a sus efectos, las condiciones se dividen en suspensivas y en resolutorias”.¹⁷

La condición es suspensiva, cuando se subordina la eficacia del negocio jurídico a la realización del acontecimiento que es determinante de la condición. Y es resolutoria, cuando terminan los efectos del negocio; desde el momento en que se verifica el acontecimiento.

Las obligaciones a término o a plazo, son aquellas cuya eficacia total se determina en el momento en que tiene que ocurrir el hecho futuro; sin que se establezca o no el día en que tiene que verificarse.

“Obligación con cláusula penal es aquella convención accesoria penal añadida a una obligación, por cuya virtud se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria; para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla de forma irregular lo prometido”.¹⁸

Las obligaciones divisibles son aquellas que tienen por objetivo una prestación susceptible de ser cumplida por partes, sin que se altere la esencia de la obligación y las obligaciones indivisibles, son aquellas cuya prestación no puede ser verificada por las partes sin alterar su esencia.

¹⁷ Vásquez. **Ob. Cit.**, pág. 69.

¹⁸ Gutiérrez Falla, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil**, pág. 20.

Las obligaciones mancomunadas, son aquellas en las que existen diversas personas al lado del crédito o del lado de la deuda y las mismas pueden ser simples o solidarias.

“La obligación mancomunada simple a prorrata, es aquella en la que cada acreedor no puede pedir, ni cada deudor tiene que prestar, nada más que la que le corresponda, apareciendo desconectadas las exigencias y las responsabilidades”.¹⁹

En las obligaciones mancomunadas solidarias, cada acreedor puede pedir o cada deudor tiene que prestar el contenido total de la obligación; teniendo aquellos una titularidad total de cobro y éstos una obligación absoluta de pago.

3.5. Características de las obligaciones mercantiles

Las características de las obligaciones mercantiles son las siguientes:

- Solidaridad de deudores: el Artículo 674 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Solidaridad de deudores. En las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios, salvo pacto expreso en contrario. Todo fiador de obligación mercantil, aunque no sea comerciante, será solidario con el deudor principal y con los otros fiadores; salvo lo que se estipule en el contrato”.

¹⁹ **Ibid**, pág. 24.

De conformidad con la disposición jurídica citada, la solidaridad de los deudores se presume; salvo pacto en contrario. Ello significa, que cuando existe pluralidad de deudores cualquiera de ellos tiene que pagar el contenido completo de la obligación y esa obligación solidaria es extensiva a los fiadores.

- Prohibición de gracia y cortesía: dentro de los contratos y obligaciones mercantiles, cualquier prórroga tiene que ser expresa, de conformidad con el Artículo 676 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: “Prórroga. En las obligaciones y contratos mercantiles, toda prórroga debe ser expresa”.

- Exigibilidad de las obligaciones puras y simples: de conformidad con el Artículo 675 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: “Obligación sin plazo. Son exigibles inmediatamente las obligaciones para cuyo cumplimiento no se hubiere fijado un término en el contrato, salvo que el plazo sea consecuencia de la propia naturaleza de éste”.

Las obligaciones puras, son las que no se encuentran sujetas en su eficacia a circunstancia alguna que pueda limitar sus efectos, o sea; que su cumplimiento no depende de ninguna condición ni de ningún plazo o término. Por ende, las obligaciones puras se cumplen de manera inmediata, a excepción de que el plazo sea consecuencia de la misma naturaleza de éste.

- Automaticidad de la mora: es referente al retardo en el cumplimiento de la prestación, por parte del deudor. En las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora, sin la necesidad de requerimiento alguno; desde el día siguiente a aquel en que venzan o sean exigibles. De ello se exceptúan los títulos de crédito, las obligaciones y los contratos en que expresamente se haya pactado lo contrario, de conformidad con el Artículo 677 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.
- Anatocismo: consiste en la capitalización de intereses y el Artículo 691 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Capitalización de intereses. En las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses, siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el período de que se trate”.

En la capitalización de intereses o anatocismo, los intereses vencidos y no pagados a su vez devengan intereses. En materia civil se prohíbe la capitalización de intereses, pero ello es permitido en las obligaciones mercantiles; y ello es constitutivo de una gran desventaja para el deudor.

- Restricción de la nulidad en los negocios jurídicos plurilaterales: existe nulidad absoluta de un negocio jurídico, cuando su objeto es contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas y debido a la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolecen de

nulidad absoluta, no producen efecto ni tampoco son revalidables por confirmación.

El Código Civil regula en el Artículo 1301: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.

Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto si son revalidables por confirmación”.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala se refiere a la nulidad en el Artículo 689: “Nulidad. La nulidad que afecte las obligaciones de una de las partes no anulará un negocio jurídico plurilateral, salvo que la realización del fin perseguido con éste resulte imposible, si no subsisten dichas obligaciones”.

- Obligación de entregar mercaderías de calidad media: el Artículo 690 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Calidad de mercaderías. Si no se hubiere determinado con precisión la especie o la calidad de las mercaderías que habrán de entregarse, sólo podrá exigirse al deudor la entrega de mercaderías de especie o calidad medias”.

- Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo: el Artículo 693 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula:

“Falta de pago. Cuando se haya estipulado que la obligación ha de ser pagada por tractos sucesivos, salvo pacto en contrario, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación”.

3.6. Cumplimiento de las obligaciones mercantiles

Por cumplimiento se entiende la completa y absoluta realización en la vida de lo convenido por las partes, en el momento de contraer la obligación. Dicho argumento tiene validez, debido a que no tendría sentido alguno que la obligación apareciera a la vida jurídica para no ser cumplida.

La manera más común de cumplimiento de la obligación consiste en el pago y el mismo tiene que llevarse a cabo en la forma, plazo y lugar convenido.

“El pago es el cumplimiento de la obligación, y debe realizarlo el deudor en el plazo o término convenido, en el lugar establecido y entregando la prestación estipulada. El pago extingue la obligación”.²⁰

El Artículo 675 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Obligación sin plazo. Son exigibles inmediatamente las obligaciones para cuyo cumplimiento no se hubiere fijado un término en el contrato, salvo que el plazo sea consecuencia de la propia naturaleza de éste”.

²⁰ Cabanellas. **Ob. Cit.**, pág. 116.

El Artículo 669 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Principios filosóficos. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”.

El cumplimiento de la obligación mercantil, se fundamenta en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, lo que quiere decir una actitud correcta del obligado para llevar a cabo el acto principal en que consista la obligación y que ese acto de tipo principal se lleve a cabo al tenor de la obligación, en el tiempo; lugar y manera convenida.

3.7. Incumplimiento de las obligaciones

Cuando el deudor no cumple de forma voluntaria con la obligación mercantil, entonces el acreedor cuenta con tres alternativas; siendo las mismas las siguientes:

- Exigir la ejecución forzosa para que el poder público haga efectivo el cumplimiento de la obligación. Para el efecto, dispone de las acciones judiciales que determina el Artículo 1039 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: “Vía procesal. A menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones a que de lugar su

aplicación, se ventilarán en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje

En los juicios de valor indeterminado y en aquellos cuya cuantía exceda de dos mil quetzales Q.2,000.00 procederá el recurso de casación en los términos establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil.

En materia mercantil, son títulos ejecutivos, las copias legalizadas del acta de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto”.

- Se tiene que exigir la reparación de daños y de perjuicios, en el momento en el que el acreedor no opta por la ejecución de una forma directa, o cuando la misma no es posible, o ha habido un retraso en el cumplimiento de la obligación; entonces puede demandar el pago de daños y perjuicios.

En los contratos mercantiles, generalmente las partes aseguran el pago de daños y perjuicios para el caso de incumplimiento; a través de la cláusula penal.

- Se tienen que llevar a cabo determinadas acciones para la conservación del patrimonio del deudor. Además, el acreedor tiene el derecho a retener los bienes muebles o inmuebles de su deudor, como lo estipula el Artículo 682 del Código de Comercio: "Derecho de retención. El acreedor cuyo crédito sea exigible podrá retener los bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallaren en su

poder, o de los que tuviere la disposición por medio de títulos de crédito representativos”.

De ello deriva, que el acreedor puede pedir la nulidad de los actos celebrados por el deudor en perjuicio de aquel y las acciones de los acreedores en caso de quiebra de un comerciante; a través del concurso voluntario o necesario de los acreedores.

3.8. Fuentes de las obligaciones mercantiles

“Las fuentes de las obligaciones son aquellos elementos, por cuya virtud una persona aparece constreñida a realizar una determinada prestación”.²¹

Es de importancia señalar la clasificación civil tradicional de las fuentes de las obligaciones, siendo la misma la siguiente:

- La ley: consiste en las obligaciones legales. El vocablo anotado es referente a la ley, stricto sensu, y consecuentemente; no puede ser susceptible de ser incluido dentro de otras fuentes legales como la costumbre.

- El contrato: es relativo a las obligaciones contractuales y es la fuente de mayor importancia de las obligaciones.

²¹ Vivante. **Ob. Cit.**, pág. 36.

El criterio de que el contrato es la fuente de mayor importancia de las obligaciones responde a la soberanía del principio de la autonomía de la voluntad; que ha tenido categoría de axioma hasta la época moderna.

- El cuasi contrato: consiste en las obligaciones cuasi contractuales. Son aquellos hechos lícitos y puramente voluntarios de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una relación recíproca entre los interesados.
- Actos y omisiones ilícitas: son aquellas en las que interviene cualquier género de culpa o de negligencia y se les denomina obligaciones delictuales y cuasi-delictuales. La teoría de mayor aceptación, es aquella que reduce las fuentes de las obligaciones a la voluntad legal.
- Relaciones contractuales fácticas: son las relativas a las relaciones contractuales fácticas, que tratan lo que se relaciona con la conducta social típica; con la imposición del poder público y con el negocio jurídico.

En cuanto a las relaciones fácticas, el moderno tráfico en masa, que caracteriza al derecho mercantil, permite en la mayoría de casos; que se engendren diversas obligaciones sin que haya mediado la correcta declaración de voluntad contractual. En lugar de la declaración, existe una oferta de orden público relativo a la prestación y a la efectiva aceptación del público de la prestación que haya sido ofrecida; pero ninguna constituye una declaración de la voluntad sino que es representativa de una conducta

que por su significado social produce iguales consecuencias que si hubiese mediado un contrato.

En Guatemala existen diversas relaciones contractuales fácticas, en aquellas obligaciones que nacen debido a la prestación de los servicios de luz, agua y teléfono, en donde no se ha celebrado de forma válida un contrato; pero el usuario se encuentra bajo la obligación al pago del servicio.

“Dentro de las obligaciones nacidas por la imposición del poder público, ya en la economía liberal, reflejada en los códigos civiles y de comercio del siglo XIX, se advertían ejemplos de relaciones contractuales no voluntarias, sino impuestas o forzosas”.²²

La otra fuente de las obligaciones mercantiles es el negocio jurídico, o sea el acto de autonomía privada al que el derecho le atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas entre los particulares y los negocios jurídicos cuando se llevan a cabo en el ámbito del derecho mercantil y son oferentes de características y tipos singulares.

Tomando en consideración el punto de vista del sujeto, las relaciones jurídicas se dividen en unilaterales y plurilaterales y éstos últimos en contratos; acuerdos colectivos y deliberaciones colegiales.

²² Vásquez. **Ob. Cit.**, pág. 78.

“El negocio jurídico unilateral es aquel que produce efectos por virtud de una sola declaración de voluntad y aunque en esta declaración concurren varias personas, siempre que la voluntad sea única”.²³

“Los negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales son aquellos en los que las partes representan intereses distintos y dentro de los mismos se distingue el contrato del acuerdo colectivo”.²⁴

Hay contrato, cuando existen intereses divergentes que se armonizan debido a un convenio y habrá acuerdo debido a la presencia de intereses paralelos o que convergen hacia un determinado fin.

²³ **Ibid**, pág. 79.

²⁴ Villegas. **Ob. Cit.**, pág. 58.

CAPÍTULO IV

4. El contrato mercantil

“El contrato es uno de los conceptos más fundamentales del derecho en el actual siglo de sentido individualista y liberal; y nada de extraño tiene que el contrato constituyera la figura central para explicar todo género de instituciones jurídicas”.²⁵

Desde la creación misma del Estado, justificada por el contrato social o por la imposición de la pena, aceptada por quien tenía que cumplirla, hasta la organización del mundo internacional, regulado por tratados de esencia contractual, y desde el matrimonio fundado en el consentimiento de los contrayentes, hasta los derechos reales; el contrato lo era todo.

La sociedad moderna se distingue primordialmente de aquellas que le precedieron debido al gran puesto que en ella ha obtenido el contrato. Consiste en la materia de contratos de mayor importancia en el derecho de obligaciones, que es trascendental para la vida social y económica.

No existe esencialmente una diferencia entre los contratos civiles y los mercantiles, debido a que en los dos existe un acuerdo de voluntades, en donde se crean; modifican y extinguen obligaciones.

²⁵ Bolafio, León. **Derecho mercantil**, pág. 61.

No es fácil justificar desde el punto de vista legislativo la distinción entre contrato mercantil y el contrato civil. Sin embargo, los contratos se califican en mercantiles cuando están incluidos en el Código de Comercio, para que un contrato sea mercantil se requiere de la intervención de un comerciante y la destinación al comercio.

4.1. Definición

“Contrato es aquella convención jurídica manifestada de forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer”.²⁶

“El contrato es un acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”.²⁷

El Artículo 1517 del Código Civil regula: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

4.2. Elementos

El contrato consiste en la forma típica del negocio jurídico mercantil, así como también es la fuente primordial de las obligaciones mercantiles, y por ello es esencial hacer

²⁶ **Ibid**, pág. 64.

²⁷ Gutiérrez. **Ob. Cit.**, pág. 29.

referencia a los elementos que le otorgan validez jurídica y que se encuentran anotados en el Artículo 1251 del Código Civil.

En relación a la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, el Artículo 8 del Código Civil señala: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”.

En relación al segundo elemento, es fundamental que el consentimiento se emita de una forma racional y consciente; no estando afectado por ningún vicio que destruya esa cualidad. Esos vicios, pueden quedar referidos o a la falta de convivencia denominada error, o bien a la inexistencia de libertad denominada violencia. Cuando un negocio adolece de algún vicio del consentimiento, entonces puede ser anulado.

“El objeto del contrato, funciona como un elemento esencial, debido a que no es posible concebir un contrato sin una referencia material sobre la que coincidan las declaraciones de voluntad emitidas por las partes. Este objeto en última instancia, es una cosa del mundo exterior o la actividad de una persona, y ha de reunir siempre como condiciones indispensables, las de ser determinado, posible y lícito”.²⁸

²⁸ **Ibid**, pág. 34.

4.3. Forma

El Artículo 1256 del Código Civil antes citado, señala que cuando la ley no determine una forma para la realización del negocio jurídico; entonces la partes pueden utilizar la que consideren conveniente.

El Código Civil regula en el Artículo 1574: “Toda persona puede contratar y obligarse:

- 1º. Por escritura pública;
- 2º. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar;
- 3º. Por correspondencia; y
- 4º. Verbalmente”.

El Artículo 1576 del Código Civil regula lo siguiente: “Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública.

Sin embargo, los contratos serán válidos y las partes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública, si se establecieren sus requisitos esenciales por confesión judicial del obligado o por otro medio de prueba escrita”

El Código Civil regula en el Artículo 1577: “Deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez”.

La forma, consiste en el modo de presentarse el negocio frente a los demás en la vida de relación. En ese sentido todos los contratos son formales, debido a que todos necesitan de una cierta forma oral o escrita; para darse a conocer en la vida de relación. La distinción entre contrato formal y no formal, se fundamenta en la posición que adopta la ley en relación a la autonomía de las partes para la elección de una forma.

Cuando la ley niega la autonomía señalada e impone al contrato una forma determinada, se señala que el contrato es de carácter formal.

Si el contrato, deja a los interesados en libertad en relación a la forma, entonces se tiene que señalar que el contrato no es formal. De ello, deriva que la distinción que se trata; se convierta en la de contratos de manera libre y de contratos con forma impuesta.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 671: “Formalidades de los contratos. Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.

Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieren formas o solemnidades especiales”.

A la disposición anterior se encuentran vinculados los artículos 672 y 673 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

El Artículo 672 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Contratos mediante formularios. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas:

1. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario;
2. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato;
3. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario aún cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto”.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 673 regula: “Contratos mediante pólizas. En los contratos cuyo medio de prueba consista en una póliza, factura, orden, pedido o cualquier otro documento similar suscrito por una de las partes, si la otra encuentra que dicho documento no concuerda con su solicitud, deberá pedir la rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días que sigan a aquel en lo que lo recibió, y se considerarán aceptadas las estipulaciones de ésta, si no se solicita la mencionada rectificación.

Si dentro de los quince días siguientes, el contratante que expide el documento no declara al que solicitó la rectificación, que no puede proceder a ésta, se entenderá

aceptada en sus términos la solicitud de este último.

Los dos párrafos anteriores, deben insertarse textualmente en el documento y si se omiten, se estará a los términos de la solicitud original.

Son aplicables a los contratos a que se refiere este Artículo, las reglas establecidas en el anterior”.

4.4. Interpretación

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la Republica de Guatemala regula en el Artículo 669 antes anotado, la interpretación, ejecución y cumplimiento de los contratos mercantiles de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada.

El Artículo 1593 del Código Civil regula: “Cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”.

En relación a la interpretación de los contratos mercantiles, los mismos se tienen que interpretar de conformidad con los términos en que fueron hechos y redactados. Posteriormente, para ejecutar un contrato es indispensable su interpretación.

La aplicación del principio de buena fe como norma de interpretación y ejecución del

contrato supone que hay que atender en primer lugar a los términos que el contrato fue hecho y redactado, la prohibición de tergiversar el sentido recto, propio y usual de las palabras y restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad.

Si se termina con un contrato que liga a las partes y se presupone la existencia de una propuesta y una aceptación, entonces se termina con el acuerdo o con la perfección del pacto. De esa forma, las partes tienen la certeza de lo pactado y que ello tiene que cumplirse.

Pero, existen contratos a través de formularios y de pólizas que se elaboran por una de las partes contratantes, y debido a ello puede surgir la duda en relación a la interpretación del contenido, pero en esos casos lo correcto es que la interpretación se lleve a cabo en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario o póliza.

4.5. Representación mercantil

Dentro del campo de la actividad de comercio, la representación mercantil es bastante frecuente, debido a que el comerciante delega funciones en sus auxiliares, sea que los mismos actúen de manera independiente o dependiente al llevar a cabo los actos y contratos mercantiles.

“Lo normal es que los negocios jurídicos se realicen por la misma persona que tiene

interés en ellos. Sin embargo, es posible que una persona que no sea aquella a la que corresponden los intereses en juego, ponga su actividad al servicio de tales intereses, realizando en orden a los mismos, un negocio por cuenta de aquella persona a quien pertenecen”.²⁹

La esencia de la representación anotada, es consistente en que la persona que lleva a cabo el negocio representativo no busca como finalidad del acto, la existencia de un interés propio; sino ajeno.

Ese fenómeno de la cooperación ajena, puede llevarse a cabo de dos formas: la primera, consistente en tratar de forma externa el interés ajeno como propio en donde la separación de los intereses permanece oculta y el agente actúa en nombre propio, debido a lo que se puede hablar de la representación mediata, que satisface múltiples necesidades o conveniencias en el comercio; y la segunda relativa a que cuando el representante obra en nombre del representado hace de esa forma visible la gestión de un interés extraño a través del empleo del nombre ajeno, siendo esta la representación directa; que anuda los derechos y obligaciones resultantes de la gestión del representante a la persona del representado.

El derecho mercantil, en cualquier caso lo que tiene que perseguir al regular la representación mercantil; consiste en proteger a los terceros que contratan con el representante del comerciante.

²⁹ Bolafio. **Ob. Cit.**, pág. 66.

El Artículo 670 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Representación aparente. Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como un representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe”.

De conformidad con la citada disposición jurídica y debido al antiformalismo y sencillez de la generalidad de los contratos mercantiles, el representante mercantil no necesariamente tiene que acreditar la personería para poder concluir un negocio jurídico en nombre del comerciante; sino debido a la función que desempeña dentro de la empresa que se presume que actúa en nombre del comerciante. De ello, deriva que se le denomine doctrinariamente representación indirecta.

En la representación directa, que es el nombre técnico de la representación mercantil, el representante del comerciante, se encuentra ligado a éste por un contrato de mandato o por un nombramiento, que le permite llevar a cabo sus actuaciones en nombre y en interés de su representado; de forma que el negocio jurídico se considere como una realización nacida de aquel negocio.

Dicha representación, para que surta sus efectos jurídicos tiene que llenar, además de los requisitos formales anotados, el requisito de publicidad, o sea; que tienen que inscribirse en los registros respectivos.

4.6. Libertad contractual

“El principio de la autonomía de la voluntad preside todo el desarrollo de la vida contractual, concediendo a los individuos un amplio margen de actuación. Este margen afecta tanto a las personas, posibilitándolas para obligarse o dejar de hacerlo, como a las cosa, permitiendo la contracción de vínculos sobre prestaciones más variadas; excepto aquellas que el orden público no permita”.³⁰

En el principio de autonomía de la voluntad, auténtico del derecho civil, tienen aplicabilidad los negocios jurídicos mercantiles; en donde la libertad contractual es uno de los principios sobre los que se tiene que constituir el sistema del derecho de carácter privado.

Pero, las exigencias de seguridad del tráfico, en determinadas ocasiones, impiden desde el primer momento que esa libertad contractual pueda mantenerse en toda su pureza, imponiendo determinadas formalidades y limitando en otras ocasiones la autonomía de la voluntad en la contratación mercantil; pero también establece limitaciones cuando los convenios son contrarios a la ley.

El Artículo 16 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Solemnidad de la sociedad. La constitución de la sociedad y todas sus modificaciones, incluyendo prórrogas, aumento o reducción de capital, cambio de razón social o denominación, fusión, disolución o cualquiera otras reformas o

³⁰ **Ibid**, pág. 74.

ampliaciones, se harán constar en escritura pública. la separación o ingreso de socios en las sociedades no accionadas también se formalizarán en escritura pública.

Salvo en las sociedades por acciones, la modificación de la escritura constitutiva requerirá el voto unánime de los socios. Sin embargo, podrá pactarse que la escritura social pueda modificarse por resolución tomada por la mayoría que la propia escritura determine, pero en este caso, la minoría tendrá derecho a separarse de la sociedad”.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 222 regula: “Sociedades con fin ilícito. Las sociedades que tengan fin lícito serán nulas, aunque estén inscritas. La nulidad podrá promoverse en juicio sumario y ante un Juez de Primera Instancia de lo Civil, por cualquier interesado o por el Ministerio Público y tendrá como consecuencia la disolución y liquidación de la sociedad”.

El Artículo 20 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Tutor y guardador. El tutor y el guardador no pueden constituir sociedad con sus representados, mientras no haya terminado la minoría de edad o la incapacidad y, estén aprobadas las cuentas de la tutela y canceladas las garantías”.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 663: “Prohibición de concurrencia. Quien enajena una empresa debe abstenerse, durante los cinco años siguientes a la transmisión, de iniciar una nueva que por su objeto, ubicación y demás circunstancias, pueda desviar la clientela

de la empresa mercantil transmitida, constituyendo una competencia desleal, salvo pacto en contrario.

En casos de usufructo o de arrendamiento de una empresa, la prohibición de concurrencia es válida frente al propietario o el arrendante, por el tiempo que dure el usufructo o el arrendamiento”.

4.7. Clasificación de los contratos mercantiles

Los contratos mercantiles se clasifican de la siguiente forma:

- Contratos unilaterales y bilaterales: los primeros son aquellos en los que la obligación recae únicamente sobre una de las partes contratantes; y son bilaterales si ambas partes se obligan de forma recíproca.

- Contratos consensuales, reales y formales: los primeros, son aquellos para los que basta su perfección; son reales, cuando se necesita para su perfección de la entrega de la cosa y los formales o solemnes, como también se les denomina existen cuando la ley determina una forma o solemnidad especial para que tengan validez, como es el caso de los contratos que tienen que inscribirse o anotarse en los registros correspondientes; y cualquiera que sea su valor tiene que hacerse constar en escritura pública.

Además, los contratos calificados como solemnes tienen que constar en escritura

pública; sin cuyo requisito esencial no tienen validez.

- Contratos principales y accesorios: los primeros, subsisten por sí solos, y los segundos cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación, o sea que; presuponen la existencia de otro contrato o de una obligación principal a la que generalmente sirve de garantía.
- Contratos onerosos y gratuitos: los primeros, estipulan provechos y gravámenes recíprocos para los contratantes, y los contratos gratuitos son aquellos que establecen provecho solamente para una de las partes.
- Contratos conmutativos y aleatorios: los contratos onerosos, se clasifican en conmutativos y en aleatorios. Los contratos onerosos conmutativos, son aquellos en los que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se lleva a cabo la celebración del contrato, de manera que ellas pueden apreciar de forma inmediata el beneficio o la pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice, y los contratos son aleatorios; cuando la prestación debida está bajo la dependencia de un acontecimiento jurídico que determina la ganancia o la pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se lleve a cabo.
- Contratos condicionales y absolutos: los primeros, son los contratos cuya realización o subsistencia se encuentra bajo la dependencia de un suceso

ignorado o incierto por las partes y son absolutos; aquellos cuya realización es independiente de toda condición.

- Contratos de adhesión y de igual a igual: los contratos de adhesión son aquellos en los que las condiciones regulan el servicio ofrecido al público y se establecen únicamente por el oferente y su perfección ocurre cuando la persona que utiliza el servicio acepta las condiciones impuestas, las tarifas y normas de estos negocios previamente aprobadas por el ejecutivo, para que pueda actuar la persona o la empresa que hace la oferta; incurriendo en responsabilidad en caso contrario. Si la variación de las circunstancias en las que se autorizó un servicio de carácter público hace demasiado onerosas las normas y tarifas aceptadas, el Ministerio Público o el Representante de la Municipalidad puede pedir la revisión de las condiciones impuestas. En los contratos de igual a igual, las partes llevan a cabo sus discusiones de forma libre; de conformidad con el contenido y con las condiciones del contrato.

- Contratos típicos y atípicos: los primeros son aquellos en los que la ley se encarga de estructurar sus elementos esenciales y aparecen en el listado de la ley; los segundos, son aquellos que no se encuentran regulados ni denominados legalmente. Además, el principio de la autonomía privada les permite a los interesados prescindir completamente de los moldes legales, o modificarlos o crear nuevas figuras contractuales.

- Contratos instantáneos y de tracto sucesivo: los primeros, son aquellos en los que las prestaciones que se deben las partes se ejecutan de forma inmediata, en un mismo momento y en los contratos de tracto sucesivo, las prestaciones se van repitiendo a intervalos de tiempo; o sea que las prestaciones de una o de las dos partes contratantes son de cumplimiento reiterado.

- Contratos de cambio, de colaboración, conservación o custodia, crédito, prevención de riesgo y de garantía: los contratos de cambio, son los que procuran la circulación de la riqueza, ya sea dando un bien por otro, o dando un bien a cambio de un hacer o servicio; los contratos de colaboración, son los asociativos y los simples en donde una parte coopera con su actividad al desarrollo de la actividad económica de la otra; los contratos de conservación o custodia, son los de depósito irregular y depósito en los almacenes generales y fideicomiso; los contratos de crédito, son aquellos en los que al menos una parte concede crédito a la otra; los contratos de prevención de riesgo, son aquellos en los que una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo y los contratos de garantía, son los que aseguran el cumplimiento de las obligaciones.

CAPÍTULO V

5. Necesidad de incluir el fideicomiso de garantía como contrato mercantil

Fideicomiso viene de la palabra fideicommissum, del latín fides que significa fe y comisión. Significa el acto por el cual el testador transmitía sus bienes a un heredero, que a su vez adquiriría la obligación de transmitirlos a un tercero.

El fideicomiso existe cuando una persona denominada fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra denominada fiduciario, quien se obliga a ejecutarla en beneficio de quien se designe en el contrato y al transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

5.1. Definición del contrato de fideicomiso

“El fideicomiso es un contrato por el cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”.³¹

“El contrato de 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”.³²

³¹ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. **Derecho mercantil**, pág. 99.

³² **Ibid**, pág. 102.

5.2. Partes

Las partes en el contrato de fideicomiso son las siguientes:

- Fideicomitente: es la persona que mediante testamento o contrato transfiere bienes para un fin específico.

Esa persona puede ser individual o jurídica y debe tener la capacidad necesaria para enajenar sus bienes.

El Artículo 766 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Características. El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados.

El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso”.

El Artículo 767 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Fideicomitente. El fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes, y el fideicomisario, para adquirir el provecho del fideicomiso.

El que no puede heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario.

Por los menores, incapaces y ausentes pueden constituir fideicomiso por

representantes legales con autorización judicial. Puede también constituirse por apoderado con facultad especial”.

El Artículo 770 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Constitución. El fideicomiso puede constituirse por contrato o instituirse por testamento”.

- Fiduciario: es la persona a quien se le confían los bienes fideicometidos y se les encarga darles el destino previsto en el instrumento constitutivo. Conforme el Artículo 768 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala se señala: “Sólo podrán ser fiduciarios los bancos constituidos en el país. Las instituciones de crédito podrán actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria”.

El fiduciario es quien recibe los bienes en fideicomiso y se compromete a cumplir con el encargo y a darles el destino que determine el fiduciante en el contrato.

Las obligaciones legales de los fiduciarios son las siguientes:

- Ejercer la propiedad fiduciaria en el beneficio de quien se designe en el contrato.
- Rendir cuentas.
- Transferir los bienes cuando finalice el fideicomiso.
- Iniciar las acciones necesarias para la conservación de los bienes.
- Disponer o gravar cuando lo requieran los fines del fideicomiso.

Los derechos de los fiduciarios son los siguientes:

- Retribución.
- Determinar las responsabilidades.

El dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso; para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato o la ley.

“Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutivo; para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.³³

- Fideicomisario: es la persona física o jurídica que tiene el derecho a beneficiarse del fideicomiso. Puede ser cualquier persona capaz, menos el fiduciario.

El Artículo 769 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponda entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior.

³³ Batiza, Rodolfo. **El fideicomiso**, pág. 39.

El fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso”.

El fideicomisario cuenta con dos acepciones, siendo las mismas las siguientes:

- Amplia: es cualquier destinatario.
- Estricta: es el destinatario final que no es ni fiduciante ni beneficiario.

5.3. Elementos

Los elementos del contrato en estudio son los siguientes:

- Reales: consisten en todo lo que pueda transmitirse y que puede ser materia del fideicomiso. En consecuencia, pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos. Los bienes pueden ser: muebles o inmuebles.

El Artículo 772 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Inventario y avalúo. Reconocida la legitimidad de un testamento en que se establezca fideicomiso, se efectuará inventario y avalúo de los bienes fideicometidos con intervención del fiduciario”.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 777: “El patrimonio fideicometido solamente responderá:

1. Por las obligaciones que se refieren al fin del fideicomiso;
2. De los derechos que se haya reservado el fideicomitente;

3. De los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso;
4. De los derechos adquiridos legalmente por terceros, inclusive fiscales, laborales y de cualquier otra índole;
5. De los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso”.

El Artículo 782 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Inembargabilidad. Los derechos que el fideicomisario pueda tener en fideicomiso no son embargables por sus acreedores; pero sí son los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso.

Podrá anotarse los bienes fideicometidos con el objeto de gozar de preferencia sobre los derechos de las personas que consigna el Artículo 788 de este Código al extinguirse el fideicomiso. Cuando se trate de bienes no objeto de registro, el fiduciario deberá extender constancia de enterado para tenerlo presente en el momento de la liquidación”.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 793: “Los honorarios del fiduciario podrán ser a cargo del fideicomitente, del fideicomisario o de ambos; en todo caso, el fiduciario tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de honorarios, créditos y de los gastos del mismo fideicomiso, que tuvieren que hacerse efectivos con los bienes fideicometidos”.

- Formal: el fideicomiso tiene que constituirse en escritura publica, sea a través de contrato o por testamento; de conformidad con el Artículo 771 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: “Contrato de fideicomiso. El contrato de fideicomiso debe constar en escritura pública en el acto de suscribirse, debiendo constar la aceptación del fiduciario en el mismo acto y consignándose en el documento el valor estimativo de los bienes.

Los Jueces de Primera Instancia del ramo civil, a solicitud de parte y con opinión favorable del Ministerio Público podrán constituir fideicomisos en los casos en que por ley pueden designar personas que se encarguen de la administración de bienes. El fiduciario nombrado judicialmente será administrador de los bienes”.

5.4. Características

Las características del contrato de fideicomiso son las siguientes:

- Es un negocio nominado.
- Puede ser unilateral, si es testamentario y bilateral, si es contractual.
- Es oneroso.
- Es de tracto sucesivo.
- Es formal o solemne.
- Es un negocio traslativo de bienes pero no en propiedad.
- Es un negocio típicamente bancario.
- Es un contrato de conservación.

5.5. Fines del fideicomiso

El fideicomiso puede constituirse para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. El fideicomiso se constituye para administrar bienes y también para que estos puedan ser invertidos.

5.6. Clases de fideicomisos

- Fideicomiso de garantía: se ha usado como sustantivo de la hipoteca. En un contrato de mutuo, se garantiza la devolución del préstamo con una finca para evitar el juicio hipotecario, en donde la finca se entrega en fideicomiso a un banco. En este caso suele señalarse que se traslada el dominio de la finca al banco fiduciario para que si el fideicomitente deudor no paga, el banco proceda a la venta de finca y haga el pago al fideicomisario acreedor. En realidad no hay traslado de dominio, puesto que la finca no entra al patrimonio del fiduciario, sino que se atribuye a este el poder jurídico de enajenar la cosa en los términos y condiciones que en el acto constitutivo del fideicomiso se ha extendido a otros tipos de crédito.

- Fideicomiso de administración: se usaba también el fideicomiso para evitar las molestias de los juicios. Una persona de edad avanzada constituye fideicomiso y entrega sus bienes al banco fiduciario, para que el mismo los administre y entregue sus productos al propio fideicomitente, que tendrá el carácter de

fideicomisario, y para que a la muerte del mismo; se titulen los bienes fideicometidos a las personas que en el acto constitutivo se designen.

- Fideicomiso de inversión: por medio del fideicomiso se han formados fondos fiduciarios comunes para la creación de certificados de participación. Se constituye un fideicomiso en que se atribuye al fiduciario titularidad de un inmueble, para que el fiduciario emita certificados de copropiedad y se venden al público los certificados como valores de inversión. El banco aparecerá en el Registro de la Propiedad como titular del inmueble y se encargará de los servicios comunes del edificio; pero en el mismo Registro constará la situación de fideicomiso en el que la finca se encuentra.

5.7. Derechos y obligaciones del fiduciario

De conformidad con el Artículo 783 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala; los derechos del fiduciario son los siguientes: “Derechos del fiduciario. El fiduciario tiene los derechos siguientes:

1. Ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso salvo las limitaciones que establece la ley o que contenga el documento
2. Ejercitar todas las acciones que puedan ser necesaria para la defensa del patrimonio fideicometido.
3. Otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso.

4. Percibir renumeraciones por sus servicios, cobrar preferentemente su renumeración de los ingresos del fideicomiso.
5. Los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso”.

El Artículo 785 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala son obligaciones del fiduciario: “El fiduciario tiene las obligaciones siguientes:

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

5.8. Derechos del fideicomisario

El Artículo 778 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Derechos del fideicomisario. El fideicomisario tiene los derechos siguientes:

1. Ejercitar los que se deriven del contrato o acto constitutivo.

2. Exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso.
3. Pedir la remoción del fiduciario por las causales señaladas en el Artículo 786 de este Código.
4. Impugnar los actos que el fiduciario realice de mala fe o en infracción de las disposiciones que rijan el fideicomiso y exigir judicialmente que se constituyan al fiduciario los bienes que como consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio fideicometido.
5. Revisar en cualquier tiempo, por sí o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso, así como mandar a practicar auditoría”.

5.9. Nulidad del fideicomiso

Son nulos los fideicomisos constituidos en forma secreta y aquellos en los cuales el beneficio se otorgue a diversas personas, sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior; salvo que la sustitución se efectúe a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

El Artículo 789 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Nulidad del fideicomiso. Son nulos los fideicomisos:

1. En forma secreta;
2. Aquellos en los cuales el beneficio se otorgue a diversas personas, sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo que la

sustitución se efectúe a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente”.

5.10. Plazo

El plazo máximo del fideicomiso es veinticinco años, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social. Los fideicomisos constituidos por un plazo mayor de veinticinco años serán válidos, pero su plazo se entenderá reducido al máximo legal. Cuando se designe fideicomisario a una entidad estatal, o una institución de asistencia social, cultural, científica o artística con fines no lucrativos o a un incapaz o a un enfermo incurable, el plazo del fideicomiso podrá ser indefinido.

En relación a la extinción del fideicomiso, el Artículo 787 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “El fideicomiso termina:

1. Por la realización del fin para el que fue constituido.
2. Por hacerse imposible su realización.
3. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.
4. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.
5. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho en el documento constitutivo.
6. Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible sustituirlo.

7. Por el transcurso del plazo máximo de veinticinco años al menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social.
8. Por sentencia judicial”.

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

Los efectos de la extinción del contrato de fideicomiso se encuentran regulados en el Artículo 788 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: “Al terminar el fideicomiso los bienes del mismo que tenga en su poder el fiduciario, deberán ser entregados a quien corresponda, según las disposiciones del documento constitutivo o sentencia judicial, en su caso; y, en su defecto, al fideicomitente o sus herederos, en los casos señalados en los incisos 2º., 3º., 4º., 5º. y 6º., del Artículo 787 de este Código y al fideicomisario, en los casos señalados en los incisos 1º. y 7º., del mismo Artículo”.

5.11. El fideicomiso como negocio jurídico

El negocio o acto jurídico contractual o testamentario, es aquel a través del cual una persona se encarga de transmitir o se obliga a transmitir la propiedad de uno o más bienes a otra, para que los mismos sean destinados a una finalidad determinada.

El negocio por actos entre vivos comprende al contrato de fideicomiso ordinario y fideicomiso financiero, y el negocio por causa de muerte al testamento. La transferencia de la propiedad que existe lo distingue del resto de los negocios fiduciarios. Además, el encargo de confianza consiste en el destino que el fiduciario tiene que darle a los bienes que le han transmitido.

La transferencia fiduciaria no es el fin último del fideicomiso. Además, consiste en un medio para el otorgamiento de mayores seguridades jurídicas a negocios subyacentes; en donde las mayores seguridades las brinda el patrimonio separado.

En el negocio subyacente oneroso, el fiduciario es quien construye por su propia cuenta. Como resultado el fiduciario transmite en propiedad las unidades funcionales, al beneficiario y al fideicomisario. En el negocio subyacente gratuito, el fiduciante transmite el dominio del inmueble al fiduciario.

5.12. La importancia de incluir el fideicomiso de garantía como contrato mercantil en la legislación mercantil

Es fundamental incluir el contrato de fideicomiso de garantía como contrato mercantil en la legislación mercantil de Guatemala, al ser el fideicomiso anotado el que constituye un sistema contractual de garantía que se caracteriza por sus caracteres de garantías preferidas, por la posibilidad de formular una garantía flotante y de garantizar créditos rotativos. Además, es un negocio de garantía autónoma y no accesoria que se

constituye por una garantía autoliquidable y que se encarga de maximizar la utilización de los bienes y potenciar su valor.

El fideicomiso de garantía, consiste en la transmisión de bienes muebles, inmuebles o derechos que hace el fideicomitente, transmitiendo su propiedad a un fideicomiso, en el que al fiduciario se le encomienda la realización de un fin y destino específico de dichos bienes, para el otorgamiento de la garantía fiduciaria; en relación a sus obligaciones a una o más personas físicas o morales.

Todos los negocios implican riesgos, y el contrato de fideicomiso de garantía los minimiza debido a que por su naturaleza otorga certeza jurídica a las partes y al ser de estricta aplicación por una institución fiduciaria autorizada y supervisada, otorga la tranquilidad de que las cosas que se instruyeron sucederán. Es un instrumento jurídico y financiero tan versátil que se adapta a las necesidades de los negocios de cada cliente.

En el tratamiento contable y fiscal del contrato de fideicomiso, se tiene que incorporar el activo del fiduciario y contabilizar como un pasivo al sujeto a un plazo o conducción. Además en el mismo no existe personería jurídica pero sí personalidad fiscal, debido al criterio de la realidad económica del deudor y beneficiario que ocupa el bien como comodatario. Cuando el fiduciario desarrolla el rol activo, el fideicomiso tributará los impuestos que graven a la actividad que desarrolla.

Los mismos pueden ser constituidos por las instituciones de crédito y las empresas financieras no bancarias en relación al tipo de operaciones que lleven a cabo. Las afianzadoras son las únicas que pueden realizar fideicomisos de garantía que estén o no vinculados con las fianzas que emitan.

Las afianzadoras deberán cumplir con los requisitos de capitalización, solvencia y profesionalismo aun más estrictamente que los de la misma banca debido a que los delegados de los fiduciarios tienen responsabilidades legales en lo personal ante el público y ante las propias autoridades.

Las consecuencias de la crisis política, económica y social generada en Guatemala, generan la presencia del fenómeno de la desnaturalización del sistema bancario, lo cual se manifiesta, mediante la falta de crédito y en encarecimiento del mismo.

Por ello, es fundamental la búsqueda de otras alternativas de financiamiento, con la finalidad de la obtención de recursos para la reactivación de las actividades productivas, debido a que toda economía necesita del crédito para funcionar, siendo la figura del fideicomiso de garantía, la que permite de alguna forma subsanar la crisis financiera que hasta el momento no ha sido aprovechada en relación a las potencialidades que puede brindar.

El fideicomiso en garantía constituye una innovación de importancia que permite el acceso de capitales a las grandes empresas, siendo sus atributos de mayor flexibilidad y escasez de requisitos formales, su simplicidad y la inclusión del concepto de

patrimonio de afectación que excluye los bienes fideicomitidos del patrimonio de los partícipes del contrato.

Además, constituye un medio ideal de financiación a bajo costo, debido a que el acreedor puede llevar a cabo la ejecución extrajudicial evitando con ello los costos que la vía judicial implica.

El contrato anotado es esencial, debido a la tendencia a favor de una regulación orientada a dar certeza jurídica en los contratos mediante los cuales se formaliza el otorgamiento de financiamiento, para la diversidad de actividades económicas, como un mecanismo de importancia en la facilitación de las negociaciones financieras, que le asegure seguridad a los acreedores y deudores.

La función que desempeñan las garantías se basa en el supuesto de que, ante el incumplimiento de una obligación financiera, por parte del deudor, el acreedor pueda recuperar el crédito o su inversión con agilidad, facilidad y al menor costo posible, a través de la venta en forma directa, o de cesión de pago, de los activos o bienes que garantizan una obligación.

Lo que se busca es integrar entre el acreedor o fideicomisario y el deudor o fideicomitente a un tercero denominado fiduciario, que tiene que encargarse de proteger y hacer que se enajene, en el momento oportuno la garantía ofrecida por el deudor prevista en el contrato en estudio.

Todos los componentes que integran el marco de operaciones financieras, tienen que guardar relación con la protección del acreedor. Pero, realmente quienes son protegidos son los ahorrantes en el sistema financiero, debido a que las garantías cuentan con utilidad al reducir el riesgo crediticio, o sea un menor riesgo en el crédito que es ofrecido y que determina una mayor seguridad para los ahorrantes, debido a que la mayor parte de los recursos que se conceden en préstamo y que son propiedad de los mismos, y por ello si los ahorrantes tienen la posibilidad de tener derecho sobre los activos dados para garantizar un crédito, lo que les asegura es que, en caso de incumplimiento de un préstamo, sus ahorros no se verán afectados.

La captación y colocación de recursos financieros por parte de las entidades autorizadas para realizar intermediación financiera, constituye la fuente de mayor importancia de financiamiento y el motor de la economía, que incide en el crecimiento económico sostenible, el desarrollo integral y la generación de bienestar humano, a través de la generación de empleo y la disposición oportuna de bienes y servicios necesarios en la sociedad.

La efectiva protección del derecho de propiedad, asegurando la propiedad de los acreedores, ante el incumplimiento de obligaciones financieras contraídas por los deudores, constituye el sistema crediticio, promoviendo un crédito más profundo, estable y accesible.

Debido al incumplimiento de las obligaciones que se contraen, se tiene que prever un mecanismo ágil, expedito y de bajo costo, que faculte al ente que actúa como fiduciario

a la enajenación de los bienes fideicometidos; para que con el producto de la enajenación se proceda al pago del financiamiento concedido. En caso que el fiduciario no logre vender el bien fideicometido, lo tiene que ceder en pago al fideicomisario.

En el contrato anotado, la inspección y vigilancia debido a la naturaleza de las operaciones que se tienen que regular y tomando en consideración las entidades participantes, las mismas tienen que encontrarse a cargo de la Superintendencia de Bancos.

La mejora en la protección de los derechos de propiedad, específicamente de los recursos otorgados por los acreedores, genera incentivos a la actividad crediticia; y propone el fortalecimiento el ahorro nacional como un bien jurídico a ser tutelado por el Estado de Guatemala.

El objetivo del contrato en mención, es velar por el cumplimiento del fideicomiso de garantía, para los entes sujetos a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos que realizan operaciones de intermediación financiera, y las entidades que le presten servicios al fiduciario.

Fideicomiso de garantía es el contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que, en cumplimiento de un plazo o condición, le de el destino convenido.

Se tiene que poner atención en la notación de encargo, en el sentido de que el fiduciario debe ejecutar ciertos actos en interés del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario o de los tres en su conjunto, de conformidad con las modalidades del negocio y de los términos del pacto de fiducia o contrato de fideicomiso.

El dominio que posee el fiduciario sobre los bienes no es perpetuo, debido a que trata de una propiedad cuya duración en el tiempo se encuentra sujeta a una condición o un plazo resolutorio. Por ende, el fiduciario no puede incluir los bienes fideicomitados en su contabilidad ni considerarlos entre sus activos propios, sino que tiene que llevar una contabilidad separada por cada fideicomiso que se constituya.

La transmisión de la propiedad del bien a título de confianza quiere decir que no lo recibe a título oneroso ni a título gratuito. El contrato en análisis, es un contrato consensual, o sea, queda concluido para la producción de sus efectos propios, desde el momento en que las partes hubiesen de forma recíproca manifestado su consentimiento.

El aspecto de mayor importancia es que se tiene que reconocer por separado el patrimonio del fiduciante y del fiduciario, siendo una unidad patrimonial autónoma afectada a la finalidad perseguida en el contrato.

Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tiene el derecho de reembolso de los gastos y a una retribución. Cuando esta no haya sido estipulada en el contrato, la tiene que fijar el juez tomar en consideración la importancia de los deberes que tiene que cumplir.

Los bienes tienen que ser determinados, y susceptibles de individualización o cuya descripción de requisitos o características pueda hacerse a la fecha de la celebración del fideicomiso.

Debido a ello, se produce una transmisión de bienes al fiduciario, asumiendo éste la obligación de afectar los mismos a un fin determinado. El patrimonio fiduciario constituido con los bienes fideicomitidos se integra con los frutos de los mismos, o con los que resulten de actos de disposición de tales bienes que realice el fiduciario.

El patrimonio fiduciario constituido con los bienes fideicomitidos se integra además con los frutos de los mismos, o con los que resulten de actos de disposición de tales bienes que lleve a cabo el fiduciario.

La constitución separada del patrimonio viabiliza la realización de negocios de securitización, en los que los bienes fideicomitidos respaldan títulos emitidos para su colocación. Después de finalizado el fideicomiso, ya sea por el incumplimiento del plazo o de la condición a que se hubiera sometido, o por el vencimiento del plazo legal por la revocación del fiduciante o por cualquier otra causal prevista en el contrato, el fiduciario se encuentra obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario, o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales correspondientes.

En el fideicomiso de garantía se transmite al fiduciario bienes que afectan en garantía de obligaciones a cargo del fiduciario o a cargo de terceros para que en caso de

incumplimiento de la obligación garantizada proceda a su venta o entrega en propiedad los bienes al beneficiario, o al tercero acreedor, según se haya estipulado en el contrato. De esa forma, se evita la ejecución forzada que debería realizarse si se adoptaran otras figuras de garantía tales como prenda o hipoteca.

Se trata de la lucha existente entre el cumplimiento de una obligación y la frustración de la relación, o sea del compromiso que asumen los particulares de forma voluntaria frente al riesgo que puede conllevar el incumplimiento de la obligación. La finalidad del fideicomiso de garantía, consiste en asegurar el cumplimiento de la obligación.

Son aquellos mediante los cuales se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor a cuyo favor se ha constituido, cancelando total o parcialmente la deuda.

Se trata de un medio para proteger bienes y en caso de mora ejecutarlos extrajudicialmente de conformidad con el procedimiento establecido por las partes en el acto constitutivo; y en consecuencia la actividad del fiduciario se encontrará signada para ese fin.

Normalmente en el fideicomiso de garantía puro, el fiduciante, deudor de una obligación, entrega los bienes propios al fiduciario, con el encargo de que si a su vencimiento, el deudor no cumple con el pago, el fiduciario procederá a realizarlos y con su producido

paga la deuda al acreedor beneficiario.

Si la deuda es pagada, o si una vez llevado a cabo existe un sobrante, los bienes o su remanente tienen que ser entregados al fiduciante, o al fideicomisario. Las partes pueden definirse como deudor y acreedor de la deuda garantizada, de la que el fideicomiso es accesorio como en toda garantía.

El fiduciante se tiene que mantener en la posición natural del deudor, quien mantiene la transmisión fiduciaria, entregando sus propios bienes en garantía. El fiduciario es la persona a quien se le transmite el dominio fiduciario y quien detenta el bien como propietario, con un dominio imperfecto. La función del mismo es excedente de cualquier otra concebida, debido a que no es un mero depositario o administrador, y se desempeña como un gestor patrimonial.

El beneficiario puede ser una persona física o jurídica a la que el fiduciario cancela con el producido de los bienes, en caso de que el deudor no cumpla con su obligación. Normalmente tiene que ser el acreedor quien asegura el fideicomiso de garantía.

El fideicomisario es un cuarto sujeto a quien se le tiene que entregar los bienes una vez terminado el fideicomiso. También, se puede designar con esa finalidad al mismo beneficiario.

En relación al carácter de la garantía que reviste la propiedad fiduciaria en relación a la obligación principal, la función de la misma se determina que es cautelar, siempre que

el deudor cumpla la obligación garantizada, y a falta de cumplimiento; su función será satisfactoria. Los bienes, entonces tienen que responder por el pago de la deuda y el fiduciario es el realizador de la garantía.

Sobre el patrimonio de afectación, constituido en fideicomiso, al ser de carácter autónomo, el mismo no puede ser agredido por las deudas del fiduciante, por las personas del fiduciario, por las del beneficiario ni por las del fideicomisario. Este patrimonio es prenda común de los acreedores del fideicomiso.

La autonomía no es la única ventaja con la que cuenta esta herramienta, también lo es el hecho de que sea autoliquidable, lo que significa esencialmente que se puede alcanzar la satisfacción de los derechos del acreedor.

Si el crédito ha sido perfectamente determinado, después de abonada la deuda se extingue la propiedad fiduciaria y el fiduciario transmite la propiedad plena de los bienes a quien se hubiera designado en el contrato. Ello, conlleva a que el evento que resolverá el fideicomiso será el pago de la deuda.

Pero, también el fiduciario puede ser autorizado a aplicarlos al pago de la deuda constituida por prestaciones periódicas, en cuyo caso no hay solo función de garantía sino también de cumplimiento. En el supuesto de incumplimiento, el fiduciario se encuentra facultado a vender privadamente el asiento de la garantía, sin acudir a la ejecución judicial. Ello es de importancia para el fiduciante que se encuentra interesado

en la realización del mayor precio posible, como así también de los medios por los cuales llevará a cabo este procedimiento.

Los entes sujetos a la vigilancia y a la inspección de la Superintendencia de Bancos, que realizan operaciones de intermediación financiera, de común acuerdo con los sujetos de crédito, sin perjuicio de optar por otra forma de contratación de financiamiento, tienen que sujetarse a los financiamientos que se otorguen, y en donde el contrato documenta las relaciones jurídico financieras que se inicien entre los entes y los deudores, siendo esa circunstancia la que tiene que quedar consignada, y en donde el deudor tiene que manifestar su voluntad de aceptar todas y cada una de las estipulaciones, derechos y obligaciones que se deriven de la escritura pública de la constitución del fideicomiso de garantía.

La entidad privada se tiene que encontrar constituida como una sociedad anónima, con autorización de la Junta Monetaria, previo dictamen de la Superintendencia de Bancos y tiene como objeto único, el ser fiduciaria en un fideicomiso de garantía y se debe encontrar sujeta a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, a quien por dichos servicios le pagará una cuota que se señala por la Junta Monetaria, a propuesta del referido órgano de inspección y vigilancia.

El capital social de la referida entidad se tiene que encontrar dividido y representado por acciones, las que tienen que ser nominativas. Además, el monto mínimo de su capital tiene que se fijado por la Superintendencia de Bancos con base en el mecanismo aprobado por la Junta Monetaria.

El ente que actúe como fiduciario en el fideicomiso tiene los derechos de ejercitar las facultades y efectuar todas las erogaciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso de garantía; ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido; otorgar mandatos especiales con representación respecto del fideicomiso de garantía; percibir remuneración por sus servicios y lo necesario para el cumplimiento del fin de fideicomiso de garantía.

Por su parte, los fiduciarios del fideicomiso de garantía tienen las obligaciones de ejecutar el fideicomiso de conformidad con su constitución y finalidades; desempeñar su cargo con la diligencia debida; tomar posesión de los bienes fideicometidos en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad; llevar cuenta detallada de su gestión de manera separada de sus demás operaciones y las inherentes a la naturaleza de su cargo o establecidas en el documento constitutivo.

Los fideicomisarios del fideicomiso de garantía, deberán tener derecho al ejercicio del contrato de constitución del fideicomiso de garantía, a exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso de garantía, a impugnar los actos que el fiduciario lleve a cabo de mala fe o en infracción de las disposiciones legales y exigiendo judicialmente que se restituya al fideicomiso los bienes que como consecuencia de tales actos, hayan salido del patrimonio fideicometido y a revisar en cualquier tiempo por sí o por medio de las personas que se designen, las cuentas del fideicomiso de garantía; así como mandar a practicar auditorias.

Los fideicomitentes pueden conservar la posesión y el uso de el o de los bienes

fideicometidos, en cuyo caso tienen que asumir las obligaciones propias de un depositario, de conformidad con la legislación vigente y solamente ante el incumplimiento de la obligación financiera en relación al fideicomisario, quien perderá esos derechos y dará lugar a la enajenación de los mismos en la manera prevista en la ley. En dicho caso, el fideicomitente tiene que desocupar el bien fideicometido.

De no ser producida la desocupación, el fiduciario tiene que solicitarle a un Juez de Primera Instancia del ramo civil, que le fije al fideicomitente un plazo para la desocupación del inmueble, bajo el apercibimiento de ordenar el lanzamiento.

El fiduciario del fideicomiso de garantía deberá extender a nombre de los fideicomisarios, constancias de afectación en donde se haga constar que los bienes transmitidos al fideicomiso de garantía han sido registrados, para así garantizar el cumplimiento de la o las obligaciones financieras correspondientes.

El fideicomisario, ante el incumplimiento de una obligación financiera por parte del fideicomitente deudor, tiene que dar aviso por escrito al fiduciario del incumplimiento señalado.

El fiduciario tiene que enajenar de manera directa el bien de que se trate a un precio que en ningún caso tiene que ser menor al avalúo comercial que se practique. Además, deberá otorgar la escritura pública traslativa de dominio del bien.

Además, el fiduciario del producto de la enajenación, tiene que deducir los gastos

documentalmente comprobados en que hubiere incurrido con motivo de la enajenación realizada. Después de hecha la deducción, el fiduciario tiene que cubrir al fideicomisario en lo relacionado con el saldo de la obligación financiera incumplida. Si queda algún remanente, después de cubiertos los conceptos relacionados, el fiduciario tiene que trasladarlo al fideicomitente.

Cuando el fiduciario después de su actuación no logre enajenar el o los bienes fideicometidos, previo pago por parte del fideicomisario en lo relacionado con sus honorarios, así como de los gastos documentales comprobados en que hubiere incurrido, como consecuencia de los actos llevados a cabo para la enajenación correspondiente, sin más trámite tiene que ceder al fideicomisario en pago de obligaciones financieras incumplidas, el o los bienes correspondientes.

Después de que se otorgue la escritura pública por medio de la que se formalice la cesión, y de que el fideicomisario se encuentre en posesión del o de los bienes correspondientes, éste deberá trasladarle al fideicomitente la diferencia entre el valor del o de los bienes, de conformidad con el avalúo que sirvió de fundamento en el momento en el que el fiedicomisario otorgó el financiamiento, y el monto de la obligación financiera incumplida, más los intereses y demás gastos documentalmente comprobables.

El fideicomitente o la persona que el mismo indique, tendrá el derecho de rescatar de la enajenación, el o los bienes fideicometidos, siempre y cuando no se haya otorgado la escritura traslativa de dominio. En ese caso, se tendrá que pagar de forma íntegra al

fideicomisario el saldo del financiamiento otorgado, así como también los gastos documentales comprobados en que se hubiere incurrido.

Además, el fideicomisario, después de haber recibido el pago del saldo de la obligación financiera incumplida por parte del fideicomitente, tiene que otorgar a favor del fideicomiso de garantía el finiquito correspondiente.

Sin perjuicio de lo anotado, cualquier persona individual o jurídica se podrá encargar de garantizar en todo o en parte, la obligación financiera del deudor de cualquier ente sujeto a la vigilancia y a la inspección de la Superintendencia de Bancos, para la realización de operaciones de intermediación financiera.

Cuando el fideicomitente deudor cumpla con pagar la obligación financiera contraída con el fideicomisario, el mismo tiene que pagarla obligación financiera contraída con el fideicomisario, teniendo que comunicarlo por escrito al fiduciario del fideicomiso de garantía, a efecto de que el fiduciario, realice los trámite correspondientes a la cancelación de la inscripción registral.

Para la cancelación referente es suficiente con la legalización de la firma del notario, puesta por el representante legal del fiduciario, con facultad para ello, al pie del instrumento por el que el fideicomitente transmita los bienes al fideicomiso.

El contrato de fideicomiso de garantía tiene como finalidad permitir que los entes jurídicos sujetos a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos realicen

operaciones de intermediación financiera y adquieran la calidad de fideicomisarios ante el incumplimiento de obligaciones financieras por parte de sus deudores, recuperando de manera ágil y con un bajo costo; mediante la enajenación de el o los bienes fideicometidos los intereses y demás gastos de los financiamientos que hayan sido otorgados.

CONCLUSIONES

1. No existe en Guatemala una debida formación del capital, del ahorro y de la inversión debido al inadecuado desarrollo del mercado financiero relacionado con la garantía de los derechos de propiedad; que no se encuentra acorde a los contratos para la formalización de los financiamientos y por la falta de legislación del contrato de fideicomiso de garantía.
2. La inexistencia del contrato de fideicomiso de garantía, no permite la mejora de la protección del crédito que es otorgado por las entidades de intermediación financiera, ya que no existe el establecimiento de mecanismos ágiles, expeditos y de bajo costo, para los financiamientos que se otorgan debido a que no se ofrecen beneficios al sistema en su conjunto y no se genera confianza entre los ahorrantes para que dispongan de fondos en sus inversiones y se les faciliten los mecanismos de financiamiento.
3. La falta de un crédito profundo, accesible, estable y regulado en la legislación mercantil del país no permite la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Bancos para que lleve a cabo las operaciones de intermediación financiera para la recuperación en forma ágil y a bajo costo, de los intereses y gastos efectuados en los financiamientos concedidos.

4. No hay mejoras en la protección de los derechos de propiedad debido a que no se encuentra regulado el contrato de fideicomiso de garantía, y por ende los recursos otorgados por los acreedores no generan incentivos a la actividad crediticia para el fortalecimiento del ahorro nacional, como un bien jurídico que sea tutelado por el Estado de Guatemala.

5. La no regulación del contrato de fideicomiso de garantía en la legislación mercantil guatemalteca no permite la existencia de un crédito profundo, que se extienda a la mayoría de la población en el sentido que los usuarios puedan disponer del mismo en cualquier tiempo, para que se eliminen las características de temporalidad y estacionalidad y para que se ofrezcan mayores recursos en el sistema; para el ofrecimiento al mercado financiero reduciendo el costo de formalización financiero.

RECOMENDACIONES

1. La Junta Monetaria, tiene que señalar que no existe en el país una adecuada formación del ahorro, del capital y de la inversión, ya que no se cuenta con un debido desarrollo del mercado financiero que se relacione con la garantía de los derechos de propiedad al no ser acorde a los contratos para formalizar los financiamientos; debido a la falta de regulación del contrato de fideicomiso de garantía en la legislación mercantil.
2. El Banco de Guatemala, tiene que señalar que la no regulación del contrato de fideicomiso de garantía no permite mejorar la protección del crédito otorgado por las entidades de intermediación financiera y no deja que exista el establecimiento de mecanismos ágiles, expeditos y de bajo costo, para financiar y beneficiar el sistema económico en su conjunto para generar confianza entre los ahorrantes para que puedan disponer de fondos en sus inversiones y facilitar sus mecanismos de financiamiento.
3. Que el Organismo Legislativo, señale que la falta de un crédito accesible, profundo, estable y que esté regulado en la legislación mercantil guatemalteca no permite la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, para llevar a cabo las operaciones de intermediación financiera y así recuperar ágilmente y a escaso costo los intereses y gastos efectuados en los financiamientos a conceder.

4. El Congreso de la República de Guatemala, tiene que establecer la falta de mejoras para proteger los derechos de propiedad, debido a que no existe regulación del contrato de fideicomiso de garantía y consecuentemente los recursos otorgados por los acreedores no pueden generar incentivos a la actividad crediticia; para fortalecer el ahorro nacional como un bien jurídico tutelado por el Estado guatemalteco.

5. La Superintendencia de Bancos, debe dar a conocer que la no regulación del contrato de fideicomiso de garantía en la legislación mercantil del país no ha permitido que pueda existir un debido crédito que se extienda a la mayoría de la población, para que los usuarios puedan disponer del mismo; para eliminar las características de temporalidad y estacionalidad y ofrecer mayores recursos en el sistema al mercado financiero del costo de la formalización financiera.

BIBLIOGRAFÍA

BATIZA, Rodolfo. **El fideicomiso**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1985.

BOLAFIO, León. **Derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1985.

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

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

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. México, D.F.: Ed. Herrero, S.A., 1973.

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

GARRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Aguirre, 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, 1979.

MANTILA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1979.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1986.

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

VIVANTE, César. **Tratado de derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Reus, 1987.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

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

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