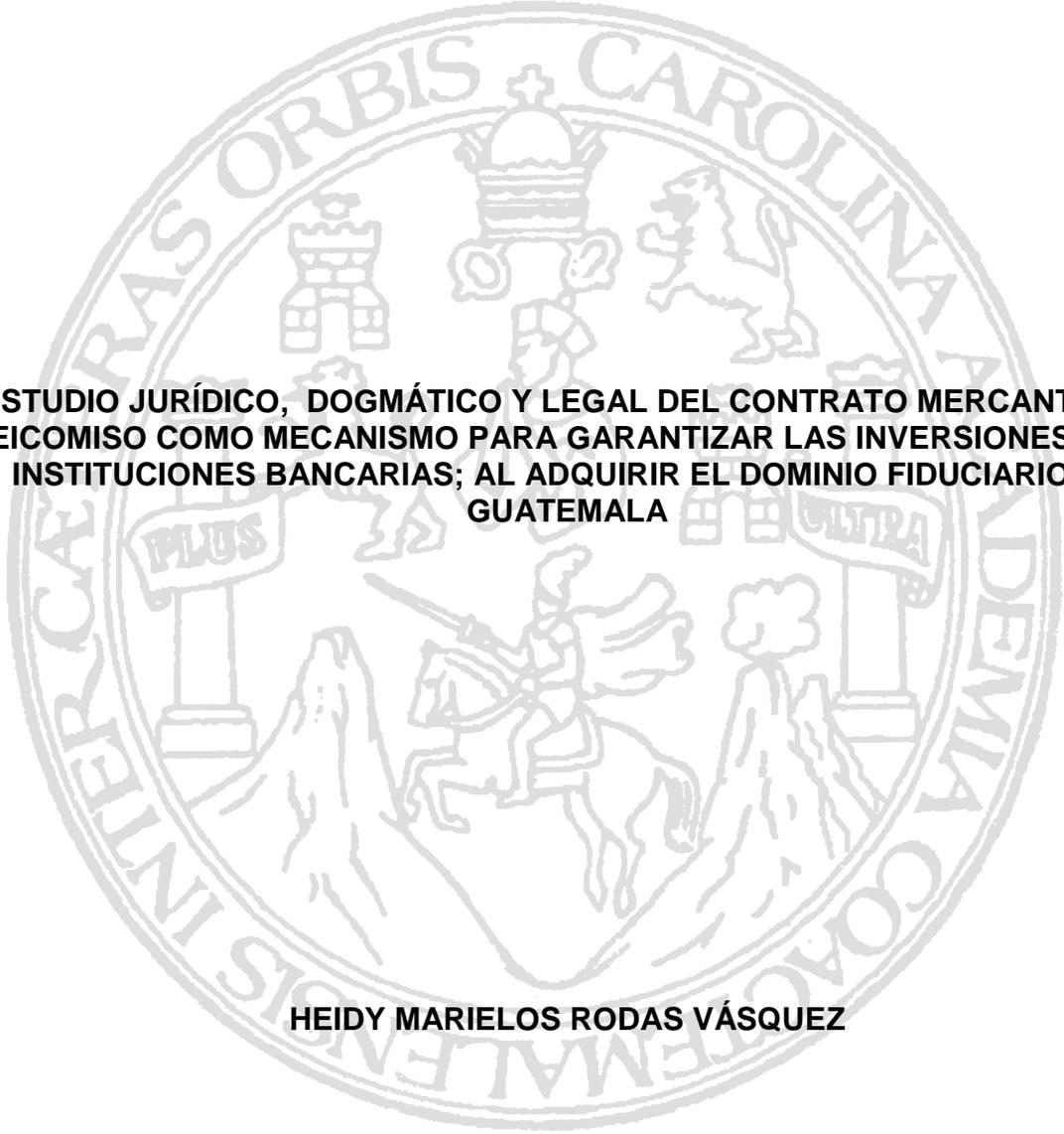


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a knight on horseback, holding a sword and a shield. Above the knight is a crown. The seal is surrounded by Latin text: 'ORBIS CAROLINA' at the top, 'ACADEMIA COACOMATEMALTENSIS' at the bottom, and 'INTER CAS' on the left and 'ULTRA' on the right. There are also two banners with the words 'PLUS' and 'ULTRA' on them.

**ESTUDIO JURÍDICO, DOGMÁTICO Y LEGAL DEL CONTRATO MERCANTIL DE  
FIDEICOMISO COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR LAS INVERSIONES EN LAS  
INSTITUCIONES BANCARIAS; AL ADQUIRIR EL DOMINIO FIDUCIARIO EN  
GUATEMALA**

**HEIDY MARIELOS RODAS VÁSQUEZ**

**GUATEMALA, JULIO DE 2011**

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

**ESTUDIO JURÍDICO, DOGMÁTICO Y LEGAL DEL CONTRATO MERCANTIL DE  
FIDEICOMISO COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR LAS INVERSIONES EN  
LAS INSTITUCIONES BANCARIAS; AL ADQUIRIR EL DOMINIO FIDUCIARIO 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

**HEIDY MARIELOS RODAS VÁSQUEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, julio 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. Mario Ismael Aguilar Elizardi  
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz  
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría  
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. José Dólores Bor Sequen  
Vocal: Licda. Waleska García  
Secretario: Lic. Nicolás Cuxil Güitz

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Juan Carlos López Pacheco  
Vocal: Lic. Victor Manuel Soto  
Secretario: Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco

**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).

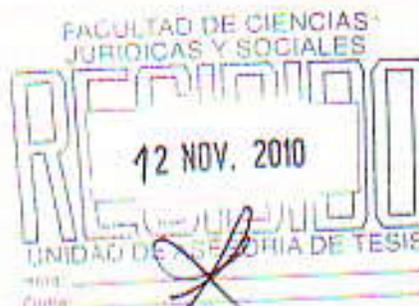
*Lic. Italo Guido Aresti Orellana*  
7ª. avenida 5-10 zona 4 Centro Financiero 6to. Nivel, Torre I  
Tel: 24203000 ext. 1429



Guatemala 12 de noviembre 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 once de octubre del año dos mil diez, me permito informarle que asesoré el trabajo de tesis de la bachiller Heidy Marielos Rodas Vásquez, intitulado: "EL FIDEICOMISO, UN CONTRATO MERCANTIL UTILIZADO COMO MECANISMO DE INVERSIÓN EN UNA INSTITUCIÓN BANCARIA". Me es grato hacer de su conocimiento:

1. La tesis abarca un amplio contenido técnico y científico relacionado con la importancia de analizar el fideicomiso como contrato mercantil, para respaldar el cumplimiento de una obligación con un tercero o con el mismo banco.
2. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, que dio a conocer el derecho mercantil; el sintético, estableció el contrato de fideicomiso; el inductivo, señaló sus características y el deductivo, indicó su regulación legal.
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.



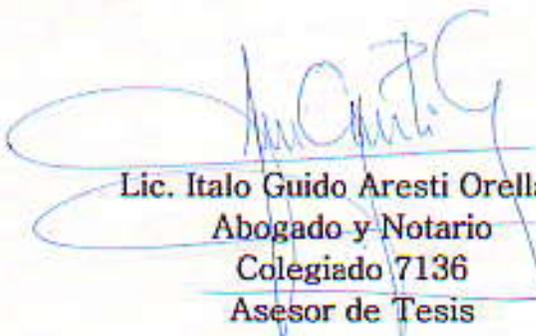
*Lic. Italo Guido Aresti Orellana*  
*7ª. avenida 5-10 zona 4 Centro Financiero 6to. Nivel, Torre I*  
*Tel: 24203000 ext. 1429*

---

5. La tesis contribuye científicamente a la sociedad guatemalteca y señala la importancia del contrato de fideicomiso, como mecanismo de inversión al adquirir el dominio fiduciario de una cosa.
6. Las conclusiones y las recomendaciones se relacionan entre si y con los capítulos de la tesis. Al trabajo de tesis se le hicieron algunas enmiendas, las cuales fueron atendidas por la sustentante. La autora aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios.
7. Los objetivos formulados establecieron que a través del contrato de fideicomiso el banco invierte y obtiene ganancias.
8. La bibliografía empleada es la adecuada y se ajusta perfectamente al análisis del tema investigado. La hipótesis planteada, se comprobó al indicar lo fundamental del estudio de las modalidades del fideicomiso bancario en Guatemala.

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 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente,

  
Lic. Italo Guido Aresti Orellana  
Abogado y Notario  
Colegiado 7136  
Asesor de Tesis

**ITALO GUIDO  
ARESTI ORELLANA**  
Abogado y Notario



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

Atentamente, puse al (a la) LICENCIADO (A) SERGIO ALEJANDRO GIRÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante HEIDY MARIELOS RODAS VÁSQUEZ, Intitulado: "EL FIDEICOMISO, UN CONTRATO MERCANTIL UTILIZADO COMO MECANISMO DE INVERSIÓN EN UNA INSTITUCIÓN BANCARIA".

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 TULLIO CASTILLO LUTÍN  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



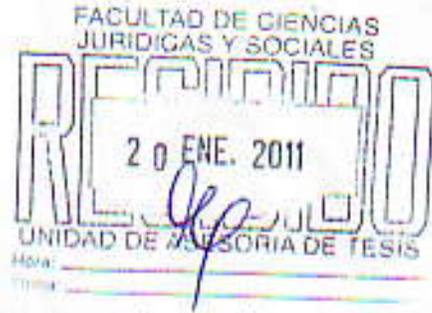
cc.Unidad de Tesis  
MTCL/slh.



**Licenciado  
Sergio Alejandro Girón  
Abogado y Notario**

Guatemala 29 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.**



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 veintitrés de noviembre del año dos mil diez, de la bachiller Heidy Marielos Rodas Vásquez, revisé el trabajo de tesis intitulado: **"EL FIDEICOMISO, UN CONTRATO MERCANTIL UTILIZADO COMO MECANISMO DE INVERSIÓN EN UNA INSTITUCIÓN BANCARIA"**; 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. La bachiller Rodas Vásquez, en el análisis realizado a su tesis, señala claramente la importancia de analizar el contrato de fideicomiso como mecanismo de inversión en una institución bancaria guatemalteca; de conformidad con la legislación mercantil.
3. Se utilizaron los métodos adecuados, siendo mismos los siguientes: método sintético, que se empleó para señalar los contratos mercantiles; el método analítico, dio a conocer su clasificación; el método inductivo, señaló el contrato de fideicomiso y el método deductivo, estableció su importancia.
4. En relación a la contribución científica del trabajo de tesis llevado a cabo, la misma señala la importancia del contrato mercantil de fideicomiso.
5. Los objetivos generales y específicos, fueron alcanzados al ser determinantes en señalar lo fundamental de la existencia de mecanismos de inversión.



**Licenciado  
Sergio Alejandro Girón  
Abogado y Notario**

6. También, la hipótesis se comprobó, al indicar la misma lo esencial de solucionar la problemática existente derivada de la inobservancia del contrato mercantil de fideicomiso en el país.
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 los beneficios de las Inversiones en Guatemala.
9. A la 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. También se cambió el título de la misma, quedando de la siguiente manera: **"ESTUDIO JURÍDICO, DOGMATICO Y LEGAL DEL CONTRATO MERCANTIL DE FIDEICOMISO COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR LAS INVERSIONES EN LAS INSTITUCIONES BANCARIAS; AL ADQUIRIR EL DOMINIO FIDUCIARIO EN GUATEMALA"**.

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 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.

Lic. Sergio Alejandro Girón  
ABOGADO Y NOTARIO

**Lic. Sergio Alejandro Girón**  
**7ª. avenida 5-10 zona 4 Centro Financiero Torre I 6to. nivel**  
**Tels: 24203182-45017842**  
**Revisor de Tesis**  
**Colegiado 6,163**



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, tres de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante HEIDY MARIELOS RODAS VÁSQUEZ, Titulado ESTUDIO JURÍDICO, DOGMÁTICO Y LEGAL DEL CONTRATO MERCANTIL DE FIDEICOMISO COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR LAS INVERSIONES EN LAS INSTITUCIONES BANCARIAS; AL ADQUIRIR EL DOMINIO FIDUCIARIO 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:

Dueño y creador de mi vida, por ser luz en mi caminar, mi flor allá en el cielo, yo aquí tu raíz en la tierra. “Porque todas las cosas proceden de él y existen por él y para él. ¡A él sea la gloria por siempre! Amén.” (Romanos 11:36)

A MI MADRE:

OLGA VIRGINIA VASQUEZ ORELLANA, por su gran esfuerzo, ejemplo de lucha e integridad, por guiarme en el camino del bien, por sus sabias enseñanzas y consejos, por inculcarme valores fundamentales para toda la vida, por su dedicación y apoyo incondicional, es para tí este logro obtenido.

A MIS HIJOS:

GEOVANNA, MARIELOS Y VICTOR MANUEL, quienes son mi razón de ser, quienes me motivan día a día a seguir adelante, sea para ellos un ejemplo de perseverancia y amor y una recompensa al sacrificio del tiempo que nos les brindé.

A MIS HERMANOS:

ANA, HUGO, VERA Y EDGAR, con mucho amor, respeto, por la unidad que siempre nos ha caracterizado. Que mi triunfo sirva como ejemplo por alcanzar los objetivos trazados. KARINA nos vemos al final de mi camino.

A MI FAMILIA:

Con mucho cariño.

A MIS COMPAÑEROS DE  
UNIVERSIDAD, TRABAJO Y  
AMIGOS:

Gracias por su motivación y ayuda durante el tiempo compartido.

A LOS PROFESIONALES DEL  
DERECHO:

Héctor Orozco, Sergio Girón, Italo Guido Aresti, por su confianza, ayuda y orientación y compartir conmigo sus conocimientos.

A:

Distinguida y Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por recibirme en su aulas y darme la oportunidad de formarme profesionalmente.

<b>ÍNDICE</b>		<b>Pág.</b>
Introducción.....		i
<b>CAPÍTULO I</b>		
1.	El derecho mercantil.....	1
	1.1. Definiciones.....	3
	1.2. Características.....	5
	1.3. Principios.....	5
	1.4. Historia del derecho mercantil.....	6
	1.5. Fuentes.....	7
	1.6. Derecho común como subsidiario del derecho mercantil.....	16
	1.7. Jerarquía de las fuentes.....	16
<b>CAPÍTULO II</b>		
2	Obligaciones mercantiles.....	19
	2.1. Derecho de las obligaciones mercantiles.....	21
	2.2. Conceptualización.....	23
	2.3. Características.....	26
	2.4. Cumplimiento.....	31
	2.5. Incumplimiento.....	33
	2.6. Mora.....	33
	2.7. Recursos del acreedor.....	35

		<b>Pág.</b>
	2.8 Garantías.....	36
	2.9 Derecho de retención.....	38
	2.10. Fuentes de las obligaciones mercantiles.....	44
	<b>CAPÍTULO III</b>	
3.	Los contratos mercantiles.....	49
	3.1. Requisitos.....	50
	3.2. Representación mercantil.....	52
	3.3. Contratos mercantiles.....	55
	3.4. Proposición de contrato.....	57
	3.5. Forma de los contratos mercantiles.....	59
	3.6. Efectos.....	62
	3.7. Reserva del contratante definitivo.....	62
	3.8. Interpretación.....	64
	3.9. Clasificación.....	65
	<b>CAPÍTULO IV</b>	
4.	El contrato mercantil de fideicomiso para asegurar las inversiones en las instituciones bancarias en la adquisición del dominio fiduciario.....	71
	4.1. Definición.....	71
	4.2. Naturaleza jurídica.....	71
	4.3. Características.....	73

	<b>Pág.</b>
4.4. Elementos.....	77
4.5. Efectos.....	80
4.6. Clases.....	85
4.7. Patrimonio fideicometido.....	87
4.8. Extinción.....	88
4.9. Estudio jurídico y legal del contrato de fideicomiso para garantizar las inversiones bancarias al adquirir el dominio fiduciario.....	91
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101

## INTRODUCCIÓN

El actual tema de tesis fue elegido para su análisis y estudio debido al hecho de que la realización de los actos necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso sólo se les puede encomendar a bancos o instituciones de crédito de carácter mercantil. La banca es en efecto una de las actividades que atribuyen calidad de comerciante a quienes la ejercen y además, requiere de la existencia de una empresa específica, banco o institución de crédito; sometida a un régimen jurídico especial. Para la determinación de la naturaleza jurídica del fideicomiso es necesario tener en cuenta su configuración como negocio jurídico, como modalidad del derecho de propiedad y su calificación como actividad bancaria.

Los objetivos dieron a conocer que los derechos del fideicomisario no son derechos reales sobre la cosa fideicometida, sino que son derechos personales contra el fiduciario para exigir el cumplimiento del fideicomiso, o contra los terceros detentadores de los bienes fideicometidos; para hacerlos volver a poder del fiduciario. La hipótesis formulada comprobó que el fideicomiso como negocio jurídico, es indudable que cuenta con carácter fiduciario, debido a que se encuentra en presencia del traspaso efectivo de un derecho de una persona a otra; estando de acuerdo en que ese traspaso tiene que servir para fines determinados.

Como actividad bancaria, el fideicomiso no puede considerarse sino como operación bancaria y solamente pueden ser fiduciarios los bancos establecidos en el país y las

instituciones de crédito autorizadas para el efecto. Al desarrollarla se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: documental y de fichas bibliográficas. Los métodos de investigación empleados fueron: analítico, con el que se determinó la importancia del contrato de fideicomiso; el sintético, dio a conocer sus características; el analítico, indicó lo esencial de las inversiones en las instituciones bancarias y el deductivo, estableció su regulación legal.

Se dividió en cuatro capítulos, de los cuales: el primero, indica todo lo que respecta al derecho mercantil, definiciones, características, principios, historia, fuentes y jerarquía de las mismas; el segundo, dio a conocer las obligaciones mercantiles, conceptualización, características, cumplimiento, incumplimiento, mora, recursos del acreedor, garantías, derecho de retención y fuentes de las obligaciones mercantiles; el tercero señala los contratos mercantiles, requisitos, representación mercantil, contratos, proposición de los mismos, forma, efectos, reserva del contratante definitivo, interpretación y clasificación y el cuarto, analiza el contrato de fideicomiso como mecanismo para garantizar las inversiones en las instituciones bancarias; al adquirir el dominio fiduciario en el país.

Con la tesis se contribuye científicamente a la doctrina guatemalteca, al ser la misma de importancia para la ciudadanía guatemalteca, abarcando tanto profesionales como estudiantes del derecho ya que a través de la misma se explica claramente la importancia del contrato de fideicomiso como el medio que asegura la inversión bancaria.

# CAPÍTULO I

## 1. El derecho mercantil

El ordenamiento jurídico mercantil, legisla acerca de los sujetos que ejercen el comercio y las cosas objeto del comercio como las monedas, empresas, títulos de crédito, mercancías y sociedades; con el fin de que todas esas instituciones deriven del poder público para hacerlas efectivas.

El comercio consiste en el conjunto de actividades que llevan a cabo la circulación de los bienes entre productores y consumidores. O sea, es una negociación que se lleva a cabo al vender; comprar o permutar servicios o mercancías.

El derecho de forma general y tradicional se divide en público y privado, y el derecho privado se encuentra formado a su vez por otras disciplinas entre las que se destaca la materia mercantil.

Para atender de forma adecuada el derecho mercantil, es fundamental ubicarlo en el campo de conocimiento, siendo el sentido legal bien claro al determinar el método adecuado para desentrañar dicho sentido.

De esa forma, es necesario tener conocimiento acerca de la esencia del conocimiento que interesa; de forma que el derecho mercantil se encarga de la regulación del comercio.

En relación a los actos de comercio y comerciantes, es importante señalar que su función es esencial dentro del derecho mercantil. El derecho anotado no se agota con el tráfico de mercaderías, en atención a la actividad del comerciante o al mismo; debido a que abarca muchos más elementos como la empresa y la prestación de servicios.

La manera de establecer una distinción adecuada es determinar una función de conceptualización del comercio, desde el punto de vista legal, por lo que le corresponde al derecho positivo precisar su sentido, sin embargo ello no se deja al arbitrio de los legisladores, sino que depende de principios fundamentados por leyes anteriores; los usos y las costumbres.

Al hacer referencia al derecho mercantil conceptualizándolo como derecho del comercio, se comete un error, debido a que el derecho mercantil comprende algo más que las relaciones jurídicas comerciales; y también se encuentra conformado por instituciones jurídicas que de ninguna forma buscan una finalidad comercial.

El derecho mercantil no ha sido obra de legisladores y juristas sino que apareció y se desarrolló de manera empírica, para la satisfacción de las necesidades de las personas que se dedicaban de manera habitual al cambio; resolviendo con ello las deficiencias del derecho común.

En dicho orden de ideas, el mercantil tiene que ocuparse de todo lo relacionado con los principios constitucionales que se refieran a la libertad

mercantil, a la legislación sobre impuestos que graviten sobre el comercio interior y exterior, a las leyes que establecen autoridades, corporaciones o funcionarios encargados de intervenir oficialmente en los distintos ramos de la actividad comercial, a las instituciones no oficiales, aunque si autorizadas, permitidas o reconocidas por la ley, y que se dedican ya a grandes operaciones mercantiles; y a desempeñar funciones reguladoras del comercio o servir de intermediario entre el comercio y el Gobierno o sus agentes.

Es consistente en una rama del derecho privado que se encarga de la regular las relaciones que surgen de todos los actos de comercio.

También, se encarga de la regulación de las relaciones entre comerciantes, relaciones mercantiles, del funcionamiento y de la utilización de los títulos de crédito; así como de la contratación mercantil y todos aquellos actos que sean de naturaleza mercantil.

### **1.1. Definiciones**

A continuación se citan varias definiciones de derecho mercantil, siendo las mismas las siguientes:

“Derecho mercantil es una rama del derecho privado que tiene por objeto regular las relaciones entre los comerciantes y entre aquellas personas que sin ser comerciantes ejecutan actos de comercio”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Benito, Lorenzo. **Derecho mercantil**, pág. 29

“El derecho mercantil es aquel que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de las industrias mercantiles organizadas o actos de comercio propios y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes a los que también se les denomina actos de comercio impropios, que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones”.<sup>2</sup>

“Derecho mercantil es 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”.<sup>3</sup>

“El derecho mercantil es la rama que regula las relaciones nacidas del comercio y de los actos que históricamente se le han asimilado, así como las obligaciones impuestas a las personas que considera comerciantes”.<sup>4</sup>

Derecho mercantil es el conjunto de leyes que reglamentan la libertad de comercio y sus instituciones, no en relación con los derechos privados de los individuos, resultantes de las operaciones mercantiles que practiquen, pues esto pertenece al dominio del derecho mercantil, civil o privado, sino en sus relaciones con el Estado y con los intereses o derechos de la sociedad en su generalidad o conjunto.

---

<sup>2</sup> Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, pág. 50

<sup>3</sup> Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. **Derecho mercantil**, pág. 50

<sup>4</sup> **Ibid**, pág. 60

“El derecho mercantil es aquel que regula especialmente las relaciones que atañen a las personas, los lugares, los contratos y los actos del comercio terrestre y marítimo”.<sup>5</sup>

“Derecho mercantil es aquella parte del derecho privado que tiene principalmente por objeto regular las relaciones jurídicas que surgen del ejercicio del comercio”.<sup>6</sup>

## **1.2. Características**

Sus características son:

- Poco formalista.
- Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar.
- Adaptabilidad.
- Posibilita la seguridad del tráfico jurídico.

## **1.3. Principios**

Consisten en las directrices que inspiran y guían todos los actos que se encuentran regulados en el derecho mercantil. El Código de Comercio determina los principios filosóficos de las obligaciones y contratos mercantiles y además regula en el Artículo 669: “Principios filosóficos. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad

---

<sup>5</sup> Mantila Molina, Roberto. **Derecho mercantil**, pa´g. 42

<sup>6</sup> **Ibid**, pág. 43

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”.

Los principios son los siguientes:

- Verdad sabida.
- Buena fe.
- Toda prestación se presume onerosa.
- Intención de lucro.
- Ante la duda, tienen que favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

#### **1.4. Historia del derecho mercantil**

Las características actuales de la economía imponen una revisión de la historia y de la estructura del derecho mercantil.

Efectivamente, las exigencias de abundante producción y tráfico racionalizado, para la rápida y efectiva satisfacción de las necesidades siempre crecientes y para el abastecimiento de grandes mercados, que caracterizan a la economía guatemalteca, han llevado a cabo un punto menos que es intrascendente para la práctica mercantil, así como para la regulación de los actos de comercio aislados, para centrar su interés en los celebrados de manera masiva o

reiterada, que exigen una articulación legal especial y diversa de los actos aislados.

En la misma, las peculiaridades de éstos quedan relegadas a segundo término, para dar con ello énfasis a la forma repetida o al encadenamiento con que los actos se llevan a cabo.

Dicha regulación masiva de actos requiere de manera indefectible, de una organización especializada y profesional, de una combinación adecuada de los factores de la producción o de la empresa que permita su realización.

Con dicha nueva concepción, el núcleo central del sistema del derecho mercantil desplaza del acto aislado hacia la organización y hacia la empresa en cuyo seno se llevan a cabo actos reiterados o masivos, y en los que destaca mayormente la ordenación que el acto; y la forma o apariencia que la esencia.

“A finales del siglo XX se desarrollaron profusamente las teorías sobre la empresa, con miras a convertirla en el eje central del derecho mercantil, lo cual implica que esta nueva concepción del derecho mercantil comienza a llevarse a la legislación”.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Uría, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil**, pág. 43

- Época de la Edad Antigua: el surgimiento del derecho mercantil, el cual casi nada le debe a la legislación romana, tiene que ser considerado como una creación de los tiempos modernos.

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares, y en los pueblos de mayor antigüedad en donde se pueden encontrar normas aplicables al comercio; así como sucede en los sistemas jurídicos de otros países. Pero, en dichos pueblos solamente se encontraron normas aisladas que se relacionan con determinados actos o relaciones comerciales.

El primer cuerpo de derecho mercantil que señala la historia, son las leyes marítimas de los Roídos. Dichas leyes llegaron a formar parte de un cuerpo de legislación reguladora del comercio marítimo.

Esta legislación debió haber ejercido gran influencia sobre la de los demás pueblos marítimos y muy particularmente en el derecho de los romanos, con quienes los Roídos cultivaron relaciones pacíficas, hasta que la isla fue reducida a provincia romana, pero fuera de los fragmentos que de esa legislación existen en los monumentos del derecho romano; en donde no fue creado ningún otro documento.

- Época de la Edad Media: después de desaparecido el imperio romano de occidente y durante toda la era de las invasiones, la anarquía se

presentó en Europa y ante las nuevas condiciones de vida como el feudalismo, el magistral derecho romano; resultó ser insuficiente. Surgió entonces, un nuevo derecho que se encontró constituido primero por la costumbre, cristalizado después en determinadas leyes escritas, que recibieron el nombre de estatutos, y cuyo conjunto forma el denominado derecho estatutario, que sentó algunas de las bases sobre las cuales se construyó más adelante el derecho mercantil.

La necesidad del sometimiento de las costumbres a las formas precisas del derecho escrito, se dejó de sentir primordialmente en el comercio de mar, y ello explica que a éste se refieran las compilaciones más importantes y de observancia más general que entonces se formaron.

“El Consulado del Mar es un conjunto de reglas a que los cónsules, o sea los jueces en asuntos marítimos debían ajustar sus decisiones; siendo esta compilación la que alcanzó una autoridad célebre. Esta fue una reproducción de las costumbres vigentes en todos los países ribereños del Mediterráneo y por ello fue aplicado por largos años en los puertos del Mediterráneo occidental”.<sup>8</sup>

Para finales de la Edad Media en el siglo XVI un autor desconocido redactó una compilación conocida como el Guidon. Esta obra no es como las anteriores una exposición integral concerniente al derecho marítimo, pues tiene como objetivo especial reglamentar el contrato de seguro, que sin duda había

---

<sup>8</sup> **Ibid**, pág. 49

adquirido un gran desarrollo después de las compilaciones antes referidas; que no lo mencionan.

En España surgieron legislaciones en esta materia a forma de ordenanzas. Ninguna de las compilaciones antes mencionadas tuvo fuerza obligatoria, en cuanto a que no eran sancionadas por el poder público.

El derecho, aunque ya formulado por escrito, sigue siendo consuetudinario, como lo señala la misma forma de redacción de las colecciones.

La principal de ellas es el Consulado del Mar, que solamente contiene definiciones, como obra doctrinal en que se consignan y explican al mismo tiempo los usos existentes. No existe allí ninguna regla con carácter de mandato.

- Época de la Edad Moderna: con el descubrimiento de América y el paso hacia las Indias Occidentales, la actividad comercial abandona el Mediterráneo y la prosperidad de las Repúblicas declina rápidamente y los Estados occidentales pasan a ocupar en los vastos dominios del comercio un lugar de primer orden gracias a sus navegantes.

Francia se preocupó con este movimiento de encauzarlo y protegerlo por medio de sus leyes, así lo atestiguan sus ordenanzas principalmente las que comenzaron a regular el comercio terrestre y estas ordenanzas rigieron el comercio marítimo; siendo ambas verdaderas.

Además, trajeron consigo que los demás Estados comenzaran a legislar en materia mercantil, apareciendo de esa forma los primeros pasos firmes de la codificación en este ramo.

La promulgación del Código de Comercio cambió radicalmente el sistema de derecho mercantil porque, inspirado en los principios del liberalismo, lo concibe no como un derecho de una clase determinada, sino como un derecho regulador de una categoría especial de actos: los actos de comercio, o sea que mediante dicho ordenamiento se buscó dar al derecho mercantil una base objetiva; que deriva de la naturaleza comercial intrínseca de los actos a los que se aplica.

A imagen y semejanza del Código francés, los demás Estados europeos promulgaron los respectivos Códigos de Comercio, también sobre una base objetiva. Ese Código Francés fue un código de exportación; como todas las leyes napoleónicas.

### **1.5. Fuentes**

“Por fuente se entiende el lugar donde brota o surge o nace algo. Las fuentes del derecho mercantil son aquellas que buscan el nacimiento de las normas, pero dichas no son exclusivas del derecho mercantil”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, pág. 178

Las fuentes materiales contribuyen a la creación del derecho consistente en la convicción jurídica de los comerciantes, de la tradición, de la naturaleza de las cosas y de otros factores morales, económicos y políticos. Las fuentes formales son la manifestación del derecho positivo.

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

El derecho se manifiesta o por palabras o por actos, o reflexiva e inmediatamente a través del Estado, o espontánea e inmediatamente por la sociedad misma. No existe, pues una diversidad de fuente.

Existe una diversidad de normas contenidas en la ley o en la costumbre mercantil. Las fuentes del derecho mercantil, son los modos o formas peculiares y en efecto las fuentes del derecho 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 y en las relaciones sociales que regulan las necesidades que satisfacen.

- La ley: es la principal fuente formal del derecho mercantil. La norma mercantil es 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 un lado, 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 variados ordenamientos que han venido a regular materias no comprendidas. La legislación mercantil guatemalteca, se encuentra integrada por el Código de Comercio.

La ley mercantil de carácter general, es el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el cual se encarga de integrar los aspectos generales del derecho mercantil, debido a que es dentro de su mismo cuerpo, derecho sustantivo y adjetivo; pero también se encuentra apoyado en una serie de leyes y reglamentos que regulan materias específicas.

- Costumbre: es indudable que en los sistema de derecho escrito, la costumbre ocupa un lugar secundario o limitado en relación a la productividad de normas jurídicas, en relación con la ley; aunque le reconocemos a aquella el carácter de fuente formal autónoma e independiente de ésta.

De 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 es 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 mercantil vigente para el efecto de colmar las lagunas o en prevención de ellas, con alguna frecuencia remite a la costumbre y a los usos; de ello depende que convenga la determinación de que si se trata de conceptos iguales o diversos.

La costumbre tiene la fuerza para crear normas jurídicas mientras que el uso desempeña una función modesta, consistente en suministrar contenido a las normas legales que lo invocan, además la costumbre, en cuanto que constituye una norma jurídica, no se encuentra sujeta a prueba; mientras que el uso integra solamente un elemento del hecho.

Es decir, por un lado, la costumbre es constitutiva de una fuente de derecho paralela a la ley 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.

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

La primera de estas especies, denominada *consuetudo sundum legem*, no da origen a problemas, toda vez que, por tratarse de una costumbre de conformidad con la ley; su aplicación y validez quedan fuera de cualquier duda.

En relación a la *consuetudo practer 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.

Se considera que su aplicación tampoco presenta problemas, debido a que se ha atribuido a la costumbre el carácter de fuente formal y autónoma del derecho; de manera que la norma consuetudinaria nace al lado de la ley y con idéntica jerarquía de ésta.

Por otro lado, 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 también cuando se trata de anular una disposición por desuso.

La legislación guatemalteca señala que el derecho consuetudinario solamente puede formarse, si el comportamiento destinado a regular se encuentra constituido por actos ilícitos o de conformidad al orden público, de forma que toda práctica se encuentra en desacuerdo con una norma escrita que constituye un ilícito, y no puede, consecuentemente; dar lugar a la formación de una costumbre.

Aunque históricamente gran parte de las normas comerciales encuentran su origen en la costumbre, actualmente la importancia de esa fuente ha disminuido de forma sensible, debido a que cada día existe una mayor intervención del legislador en materia de comercio; así como también la

posibilidad de dictar normas que se ajusten de manera eficaz y rápida a las circunstancias siempre cambiantes al comercio.

Pero, ello no significa que no existan algunas costumbres comerciales que regulen casos imprevistos por el legislador y otros de costumbres contrarias a las disposiciones taxativas escritas; que traen como consecuencia su derogación.

#### **1.6. Derecho común como subsidiario del derecho mercantil**

El derecho común es un calificativo que se le da al derecho civil, por ser un derecho general que es considerado el tronco común de las disciplinas correspondientes al derecho privado.

De ello deriva el que sus principios y reglas se apliquen a otras disciplinas, solamente cuando existan lagunas que se colmen con dichos principios civiles.

El mismo, no tiene que ser considerado como fuente del derecho mercantil, y solamente es un derecho de aplicación supletoria, es decir, solamente tiene que aplicarse a falta de disposición expresa de la legislación mercantil.

#### **1.7. Jerarquía de las fuentes**

Ante la presencia de un negocio en concreto, en principio y de manera espontánea, como en todo sistema de derecho escrito, se aplica la norma

mercantil escrita a no ser que la hipótesis no se encuentre prevista en ella, en cuyo caso se estará, a lo dispuesto por la costumbre, de encontrarse previsto el caso en una norma taxativa escrita, pero existiendo una costumbre en contrario se aplicará siempre la norma posterior; ya sea escrita o consuetudinaria.

“De no existir disposición escrita o consuetudinaria aplicable al caso, se tiene que acudir a los usos. Si a pesar de lo anterior no se encuentra norma aplicable al caso concreto, se considera que se debe acudir a la integración por analogía”.

Por ello, el derecho mercantil es un derecho especial, o sea un derecho nacido por circunstancias históricas, que se refiere a cierta categoría de personas, cosas y relaciones, y precisamente por su especialidad es posible su integración por analogía.

Si después de haber recorrido a las reglas anteriores, no es posible encontrar una norma aplicable al caso; la integración se hará recurriendo a los principios generales del derecho.



## CAPÍTULO II

### 2. Obligaciones mercantiles

Los contratos son los instrumentos del tráfico mercantil. Ese tráfico procura la circulación de valores patrimoniales, circulación que asume distintas formas: el disfrute de un bien se traspa de forma definitiva de una persona otra, la cesión del goce es solamente por determinado tiempo o se pasa a gozar de un bien conjuntamente por dos o más personas. Las tres manifestaciones del fenómeno circulatorio son el cambio, el crédito y asociación. Cada una de estas manifestaciones se encuentra bajo la constitución de relaciones obligatorias y el derecho ha estructurado para ellas un régimen jurídico que abarca aspectos generales de las obligaciones y contratos.

El derecho mercantil moderno se encuentra regulado en el Código de Comercio vigente, y se centra en los sujetos que explotan una actividad económica como los empresarios o comerciantes individuales y sociales, en el régimen jurídico del mercado en el que confluyen tales sujetos y en las instituciones que hacen posible, auxilian y limitan la competencia; y además otorgan la entrada al intervencionismo estatal.

La concepción institucional concede mayor importancia a la persona que lleva a cabo la actividad profesional de contenido económico, al medio objetivo instrumentalmente empleado y al régimen general de la actividad llevada a

cabo por el empresario de una empresa; que a los medios jurídicos instrumentales utilizados para la explotación de dicha actividad.

De ello deriva que el contenido contractual del derecho mercantil se haya visto afectado por los tres siguientes fenómenos: el primero, consistente en el predominio del empresario sobre sus instrumentos contractuales; el segundo, relativo a la desaparición de la dicotomía de regulación civil y mercantil de un mismo contrato y su sustitución por un sólo régimen jurídico para cada contrato y el tercero; la permanencia como contratos mercantiles de quienes presuponen necesariamente la condición de empresario mercantil o comerciante en ambas partes o en una sola de ellas.

En el derecho guatemalteco, como respuesta de la dualidad de códigos que se ocupan de los aspectos jurídicos privados, el Código de Comercio al tratar de los contratos lo lleva a cabo partiendo de un conjunto de disposiciones generales referentes a las obligaciones mercantiles en general y regulando en forma especial determinados contratos. Los mismos, los regula de manera exclusiva y tienen en común el hecho de ser contratos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa.

La coexistencia de un Código Civil y un Código de Comercio ha hecho fundamental el establecimiento de los principios específicos de las obligaciones y de los contratos mercantiles y regula los contratos esencialmente mercantiles por lo que hace a las obligaciones y a los contratos mercantiles de una forma coordinada, rigiéndose tal coordinación por la norma general de que solamente

a falta de disposiciones especiales del Código de Comercio, se aplican a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil.

“Para el estudio de los contratos mercantiles se tiene que seguir con el orden que regula el Código de Comercio y consecuentemente el derecho de obligaciones mercantiles, su concepto, caracteres, modalidades, cumplimiento e incumplimiento, fuentes, el negocio jurídico en el derecho mercantil, los principios generales de los contratos mercantiles, su interpretación y clasificación”.<sup>10</sup>

## **2.1. Derecho de las obligaciones mercantiles**

El tráfico mercantil se encuentra integrado primordialmente por las relaciones obligatorias de las cuales se encarga el derecho a través de dos juegos de normas: las contenidas en el Código Civil, que forman el derecho común de las obligaciones y contratos y las comprendidas en el Código de Comercio, que constituyen un derecho especial de las obligaciones y contratos mercantiles.

El derecho civil contiene las normas generales del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil las especiales adaptadas a las exigencias del tráfico comercial.

---

<sup>10</sup> Vivante, César. **Tratado de derecho mercantil**, pág. 64

La circunstancia de que el derecho común de las obligaciones se encuentre contenido en el Código Civil y que el derecho mercantil tenga el carácter de derecho especial, impone la necesidad del establecimiento del carácter de las normas sobre obligaciones comprendidas en el Código de Comercio.

Las normas que el Código de Comercio dedica a las obligaciones mercantiles en general son poco numerosas y cuentan con la particularidad de ocuparse de aspectos especiales que el tráfico mercantil hace necesarios para su correcto desenvolvimiento. Dichas normas son insuficientes por sí mismas para la regulación en toda su integridad de las manifestaciones del tráfico mercantil o del fenómeno circulatorio.

De ello deriva que el Código de Comercio se haya visto precisado al establecimiento de una norma de remisión, a través de la cual se dispone la aplicación subsidiaria del derecho civil.

El Artículo 694 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Normas supletorias. Sólo a falta de disposiciones en este libro, se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil”.

Si se examinan las obligaciones que el Código de Comercio dedica a las obligaciones mercantiles, se puede señalar que existen norma generales para todas las obligaciones mercantiles, normas para las obligaciones mercantiles que revisten una forma específica y normas que se aplican solamente a

determinadas obligaciones mercantiles resultantes de determinados contratos o relaciones jurídicas.

Ello implica que el derecho de las obligaciones mercantiles, se especializa en la medida que sus disposiciones van teniendo un campo menos amplio.

El derecho de las obligaciones mercantiles es constitutivo frente al derecho civil de un derecho especial, en cuanto el mismo afecta solamente a determinados aspectos de los vínculos jurídicos que se crean en el tráfico mercantil y que dan respuesta a las necesidades de éste.

Las obligaciones mercantiles se encuentran sujetas por consiguiente, a un régimen jurídico que se integra con las normas generales que el Código de Comercio establece para las obligaciones mercantiles en general, con las normas especiales con que el referido cuerpo legal regula determinadas obligaciones y con las normas del Código Civil que en caso de insuficiencia de las disposiciones del Código de Comercio; se aplican subsidiariamente.

## **2.2. Conceptualización**

“Obligación significa vínculo jurídico que liga a dos o más personas, en virtud del cual una de ellas queda sujeta a realizar una prestación, a favor de la otra para la satisfacción de un interés de éste; digno de protección y a éste le compete un correspondiente poder para pretender tal prestación”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Cabanellas. **Ob. Cit**, pág. 65

Para el Código Civil, toda obligación resultante de un acto de declaración de voluntad es consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La obligación impone cierto comportamiento o conducta que asume el nombre técnico de prestación, y la misma tiene carácter patrimonial y su contenido puede consistir en un dar, en un hacer o en un hacer.

Ello es aplicable sin reserva alguna al campo mercantil debido a que desde el punto de vista jurídico-estructural no puede existir diferencias entre las obligaciones civiles y las mercantiles.

Fundamentalmente, la nota diferencial entre las obligaciones civiles y las mercantiles radica en que estas últimas son aquellas que aparecen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa.

Jurídicamente las obligaciones mercantiles son el instrumento o vehículo de la circulación de los bienes y de la organización de los elementos de la producción.

La circulación de los bienes, se lleva a cabo a través de instrumentos jurídicos y, concretamente a través de obligaciones que impone el traslado de los bienes económicos de un sujeto a otro bajo la forma de transmisión de una cosa; de realización de una obra y de prestación de un servicio.

Cuando la empresa mercantil tiene por objeto ofrecer al público con propósito de lucro y de forma sistemática, bienes o servicios. El Artículo 655 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula:

“Empresa mercantil. Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro o de manera sistemática bienes o servicios.

La empresa mercantil será reputada como un bien mueble”.

De lo anotado, deriva que se pueda señalar que las obligaciones son el instrumento jurídico mediante el cual la empresa lleva a cabo su objeto y, también que las obligaciones mercantiles por su instrumentalización respecto de la empresa cuenten con determinadas características que la particularizan.

Desde un ángulo conceptual la obligación mercantil acusa un aspecto objetivo e impersonal. Dicha objetividad de las obligaciones mercantiles no es más que una consecuencia de la evolución del concepto de obligación que, abandonando el subjetivismo auténtico del derecho civil, de conformidad al cual se aprecia esencialmente el carácter personal en que el objeto de la prestación no es tanto la actitud de cooperación del deudor, como la prestación en sí, en su consideración objetiva, también es realizable por otros, considerado como para conferir una utilidad típica.

“La naturaleza objetiva e impersonal de la obligación mercantil implica que es un vínculo, no entre dos personas, sino entre dos patrimonios cuyos titulares

pueden cambiar de forma indefinida sin que por ello sufra la estructura de la obligación”.<sup>12</sup>

La obligación concebida como vínculo objetivo e impersonal se adapta de mejor forma a las exigencias del tráfico mercantil, y de ello deriva que la obligación mercantil tienda a ser objetiva, destacando de la personalidad concreta del deudor para convertirse en el elemento patrimonial autónomo; invariable a través de múltiples contratos y que son indiferentes tanto el deudor como el acreedor.

### **2.3. Características**

En general, las obligaciones mercantiles tienen como nota que les caracteriza, además de su tendencia a la objetivación; el ser típicas o uniformes y la necesidad de un cumplimiento exacto.

Dichas características se desenvuelven en algunas regulaciones peculiares que constituyen el régimen de tipo general que para las obligaciones mercantiles señala el Código de Comercio.

a) Solidaridad de los deudores: frente a la norma del Código Civil que señala que la solidaridad no se presume y que la misma tiene que ser expresa por convenio de las parte o por disposición de la ley, así como también el Código de Comercio señala que en las obligaciones mercantiles los

---

<sup>12</sup> Vázquez Martínez, Edmundo. **Derecho mercantil**, pág. 80

codeudores serán solidarios, salvo pacto en contrario y que todo fiador de obligación mercantil, aunque no sea comerciante, será solidario con el deudor principal y con los otros fiadores; salvo que lo estipule en el contrato.

La presunción de solidaridad de los deudores mercantiles tiene su origen en las prácticas comerciales. Su introducción en el Código de Comercio, se justifica debido a que la solidaridad representa una garantía y da mayor seguridad al tráfico jurídico, pues merced a ella no tienen los acreedores que averiguar siempre las condiciones económicas de cada deudor; cuando éstos son muchos y es probable que alguno resulte encontrarse insolvente.

Cuando todas las personas que intervienen en un contrato convienen en el mismo hecho, si son comunes la causa de la obligación y las obligaciones mismas; tampoco tienen que desintegrarse en fracciones la responsabilidad.

El mayor rigor en la ejecución se caracteriza por los contratos mercantiles, la obligación solidaria es más rigurosa y no exige ejercitar tantas acciones como deudores, sino una exclusiva contra el más solvente.

b) Exigibilidad de las obligaciones puras: la legislación mercantil dispone que 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. Dicha regulación es similar a la del Código Civil que establece que si el

negocio no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor; el juez fijará su duración.

La ley no prohíbe la concesión de plazos, por el contrario, si el plazo es consecuencia de la naturaleza del contrato; entonces es procedente que se conceda. En consecuencia, las obligaciones puras o sin plazo son, por regla general, exigibles de forma inmediata, y, si de la naturaleza del contrato es el rápido cumplimiento y, consecuentemente, la exigibilidad de las obligaciones puras no sometidas a plazo, término ni condición expresa, posee un evidente interés en el tráfico económico mayor si cabe que en el civil, por la situación de que la adscripción de bienes que constituyen su objeto a una explotación económica hace que su cumplimiento genere; normalmente mayores perjuicios al acreedor.

- c) Expresividad de la prórroga: al Código de Comercio al establecer en el Artículo 676 que en las obligaciones y contratos mercantiles, toda prórroga tiene que ser expresa; se está prohibiendo la concesión de términos de gracia o cortesía. Se reafirma de esa forma el rigor auténtico de la ejecución de las obligaciones mercantiles consistente en dar seguridad en cuanto al tiempo de cumplimiento de la prestación debida. Los términos dilatorios de la ejecución, son inconciliables con la rapidez y la escrupulosa apreciación del tiempo; propios de la contratación moderna.

- d) Productividad de intereses de pleno derecho: la legislación mercantil guatemalteca admite como una consecuencia de la mora, el principio de la productividad de intereses de pleno derecho, estableciendo que si la obligación tiene por objeto cosa cierta y determinable por su género y cantidad, el deudor moroso pagará por concepto de daños y perjuicios, en defecto de pacto; el interés sobre el valor de la cosa.

El valor de la cosa se fija por las partes en el contrato y a falta de convenio se tiene que tomar en consideración el valor que se tenga el día del vencimiento, el de su cotización de bolsa y a falta de uno y de otro; el que se fije por los expertos. Los intereses se ocasionan como consecuencia del sencillo retraso.

- e) Automaticidad de la mora: la mora o retraso en el cumplimiento de la prestación imputable al deudor, tiene en lo civil como presupuesto la interpelación o requerimiento del acreedor. Frente a esa regla, el Código de Comercio dispone que en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora, sin la necesidad de requerimiento alguno; desde el día siguiente a aquél en que venzan o sean exigibles. Se exceptúan de lo dispuesto los títulos de crédito y las obligaciones y contratos en que expresamente se haya pactado lo contrario.
- f) Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo: para las obligaciones mercantiles que se haya estipulado deben pagarse por tractos sucesivos. El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 693: "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”.

- g) Obligación de entregar mercaderías de calidad media: para el caso de que la prestación de la obligación mercantil sea la entrega de mercaderías cuya especie o calidad no se hayan determinado, la ley dispone que solamente podrá exigirse al deudor la entrega de mercaderías de especie o de calidad media.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 690: “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”.

- h) Restricción de la nulidad: las necesidades del tráfico mercantil imponen no solamente la falta de formalidades, rigor y rapidez en la ejecución, sino también seguridad.

“En resguardo de la seguridad, el Código de Comercio restringe los efectos de la nulidad, de forma que le afecte las obligaciones de una de las partes para que no anule un negocio jurídico plurilateral; cuando el objetivo perseguido por éste puede lograrse sin la subsistencia de dichas obligaciones”.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> **Ibid**, pág. 85

- i) Capitalización de los intereses: otra particularidad de las obligaciones mercantiles es que, a diferencia de las civiles las cuales prohíben la capitalización de intereses; las mismas son permitidas siempre que la tasa de intereses no sobrepase una tasa máxima permitida a los bancos.

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 ponderando que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el período de que se trate”.

#### **2.4. Cumplimiento**

Por cumplimiento de las obligaciones se entiende la entrega de la cosa debida o la prestación del hecho prometido. En otras palabras, consiste en la exacta y completa ejecución de la prestación por parte del deudor. La forma de cumplimiento por excelencia consiste en el pago.

En el ámbito mercantil el cumplimiento se rige por el principio general de la buena fe. Debido a ello, el Código de Comercio, dispone que tiene que obrarse de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a forma de conservación y de protección de las intenciones rectas y de los deseos de los contratantes; sin la existencia de limitación alguna por la interpretación arbitraria.

De esa forma se recoge, por un lado, el valor de la fidelidad, del respeto a la palabra dada, que consiste en el valor fundamental del negocio y de otro, el de la veracidad; que excluye el engaño de la vida obligacional.

Ambos valores fundamentales, la confianza en el comportamiento del otro y la fe en su palabra, son valores sin los cuales es inimaginable un tráfico comercial desarrollado y hasta el mismo intercambio pleno de prestaciones.

El principio de la buena fe, tal como aparece expuesto en la legislación mercantil se concreta a la buena fe objetiva, esto es a la obligación de comportarse de buena forma y no a la buena fe subjetiva o situación psicológica.

La buena fe objetiva constituye un criterio de valoración de hacer, la buena fe subjetiva es un elemento de ciertas situaciones a las que se reconocen determinados efectos.

El hecho de imponer la obligación de obrar recta y honorablemente implica una apertura del derecho a la vida social. Cuando la ley habla de buena fe, de verdad, de rectas y honorables intenciones, es referente a conceptos y criterios valorativos que no se encuentran forjados por el derecho debido a que el mismo los asume y recibe de la conciencia social para lo que se encuentra llamado a hacer valer. Mediante esa apertura el tráfico mercantil mismo y la jurisprudencia tienen que ir introduciendo reajustes al derecho para hacerlo más humano y más justo.

## **2.5. Incumplimiento**

El mismo es contrario al cumplimiento, o sea, consiste en la no entrega de la cosa debida o la no prestación del hecho prometido. Consiste en una infracción o no realización de la prestación.

Existen dos posibilidades de incumplimiento: la primera, consistente en que la prestación debida no se haya llevado a cabo en su totalidad, y la segunda, relativa a que solamente se haya llevado a cabo en forma parcial, o sea; que se haya cumplido.

La legislación civil guatemalteca dispone que el incumplimiento de la obligación por el deudor se presume por la culpa suya mientras no se pruebe lo contrario y además establece que la culpa, es consistente en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia; pero sin el propósito de dañar.

## **2.6. Mora**

La mora consiste en una manera de infracción del deber de prestación y se le ha definido como el retraso en el cumplimiento de la prestación imputable al deudor.

En el ámbito mercantil, la mora es constitutiva debido al sólo vencimiento del plazo, sin que sea necesaria la existencia de requerimiento alguno. El Artículo

677 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Mora. En las obligaciones y contratos mercantiles que incurre en mora sin necesidad de requerimientos, desde el día siguiente a aquel en que venzan o sean exigibles. Se exceptúan de lo dispuesto en este Artículo los títulos de crédito y las obligaciones y contratos en que expresamente se haya pactado lo contrario”.

“Después de constituida la mora, el deudor se encuentra en la obligación de pagarle al acreedor en concepto de daños y perjuicios y en defecto de pago, el interés legal sobre el valor de la cosa fijado por las partes o establecido de conformidad con las reglas”.<sup>14</sup>

El Artículo 678 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Obligación sobre cosa cierta. Si la obligación tuviere por objeto cosa cierta y determinada o determinable por su género y cantidad, el deudor moroso pagará, por concepto de daños y perjuicios, en defecto de pago, el interés legal sobre el valor de la cosa. El valor de la cosa será el fijado por las partes en el contrato y, a falta de fijación: 1º.- El que tenga en plaza el día de vencimiento; y 2º.- El de su cotización en bolsa, si se trata de títulos de crédito; 3º.- A falta de uno u otro, el que se fije por expertos”.

---

<sup>14</sup> Uría. **Ob. Cit**, pág. 49

## **2.7. Recursos del acreedor**

Frente al incumplimiento de la obligación por parte del deudor, la legislación pone a disposición del acreedor, determinados medios o recursos para la obtención de la satisfacción de su derecho.

- a) Acción judicial para exigir el cumplimiento: es el camino adecuado y la más próxima e inmediata protección de la obligación. La legislación establece para el ejercicio de esta clase de acciones los procesos de ejecución tanto individuales como colectivos. Estos procesos se encuentran regulados en el derecho guatemalteco, sin distinción del carácter mercantil o no mercantil de los sujetos.
  
- b) Acción judicial para reclamar la indemnización de daños y perjuicios: consiste en un medio supletorio que es procedente principalmente cuando la prestación y con ella la acción para exigir el cumplimiento se ha hecho imposible.

Dicha acción es distinta de la procedente para el reclamo de la indemnización por retraso, que es a la que se refieren los artículos 678 y 679 del Código de Comercio, mientras que la misma es procedente en todo caso en que haya existido retardo, mientras que la que se funda en el Código Civil, necesita que se haya constituido en mora al deudor y que los daños y perjuicios sean la consecuencia inmediata y directa de la contravención, de conformidad con los artículos 1428 y 1433 del Código Civil.

Es de importancia señalar que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago por el sencillo retardo o por el incumplimiento perfecto, de conformidad con lo regulado en el Artículo 1437 del Código Civil.

- c) Derecho de resolución: la condición resolutoria se lleva a cabo cuando una de las partes, falta al cumplimiento de la obligación en lo que le es referente. El Código Civil dispone que el interesado puede pedir la resolución o reclamar la ejecución y en ambos casos el pago de daños y perjuicios, si los hubiere.

## **2.8. Garantías**

La obligación entraña por un lado el débito o deuda y por el otro lado la garantía o responsabilidad. La responsabilidad señalada es la responsabilidad patrimonial, como elemento secundario del derecho de obligación, y es de carácter subsidiario, complementario y actúa en caso de que no se cumpla con la prestación para alcanzar una equivalencia o satisfacción.

El principio de responsabilidad patrimonial, de conformidad con el cual el patrimonio del deudor es constitutivo de la garantía del derecho de crédito, se encuentra regulado en el Artículo 1329 del Código Civil: “La obligación personal queda garantizada con los bienes enajenables que posea el deudor en el momento de exigirse su cumplimiento”.

“La responsabilidad patrimonial es constitutiva del vínculo de garantía general perteneciente al acreedor sobre todos los bienes del deudor, que tiene por finalidad el conseguir a través de la ejecución; la obtención de lo debido o bien su equivalente en dinero”.<sup>15</sup>

Como esta garantía genérica no es suficiente para la tutela con eficacia del cumplimiento de la obligación y como al derecho le interesa, más que el aseguramiento del cumplimiento forzoso, se tiene que procurar la satisfacción voluntaria normal; para lo cual se han estructurado legalmente diversos medios variados de tutela y de garantía del crédito.

Esos medios de tutela y garantía son de tres categorías: derechos de garantía, encaminados al reforzamiento del vínculo obligatorio y al aseguramiento del acreedor para que cuente con el exacto cumplimiento de la obligación, a través de la constitución de una garantía real o personal u otorgando un crédito que permita preferencia con relación a los demás; medidas conservativas a merced a las cuales el acreedor tiende a impedir que el patrimonio del deudor exista y provoque peligro para los intereses del acreedor, y procura la conservación de derechos y deberes del patrimonio para que vuelvan al patrimonio del deudor los bienes que hayan sido enajenados de forma fraudulenta; y la acción subrogatoria, para que entren en dicho patrimonio los derechos que el deudor se abstenga de ejercitar.

---

<sup>15</sup> Mantila. **Ob. Cit**, pág. 65

Dentro de las garantías propiamente señaladas, pueden ser consideradas: las personales como la fianza, aval, cláusula penal o indemnizatoria y las reales como los depósitos de garantía o caución, arras, prenda, hipoteca, derecho de retención, embargo preventivo y anotación preventiva.

Se consideran también doctrinariamente como medios de garantía del crédito, en cuanto aseguran la satisfacción del mismo y sus privilegios. El privilegio consiste en el beneficio que la ley otorga a determinados créditos para que sean satisfechos, con preferencia a otros; en relación a los bienes del deudor.

## **2.9. Derecho de retención**

Al derecho en general le interesa más que todo la satisfacción voluntaria normal del crédito. Al derecho mercantil el interés anotado le es más propio aún, debido a que el tráfico comercial, al procurar la circulación de valores patrimoniales a través de relaciones de carácter obligatorio.

Además, necesita que las mismas se desenvuelvan sin tropiezos, que el cumplimiento sea voluntario y oportuno y que únicamente se acuda al cumplimiento forzado, a través del proceso de ejecución judicial; en casos extremos. Para el facilitamiento del cumplimiento voluntario y oportuno se ha señalado precisamente el derecho de retención, el que es una garantía de crédito.

El derecho de retención es una de las figuras jurídicas de garantía de la obligación que aparece regulada con especialidad por el Código de Comercio. Ello obedece a que dentro de las medidas de garantías es la que mayormente se acomoda a las necesidades del tráfico mercantil por su facilidad y flexibilidad. Ello no acontece con las otras medidas de garantía que requieren de la existencia de determinadas formalidades que se traducen en dilaciones no siempre convenientes en la negociación comercial.

El mismo se encuentra regulado en los artículos 682 al 687 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

El Artículo 682 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “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”.

El Artículo 683 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Obligaciones. El que retiene tendrá las obligaciones de un depositario”.

El Artículo 684 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Cesación. El derecho de retención cesará si el deudor consigna el importe del adeudo, o da garantía suficiente por él”.

El Artículo 685 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Transmisión de bienes. El derecho de retención no cesará porque el deudor transmita la propiedad de los bienes retenidos”.

El Artículo 686 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Embargo de cosa retenida. En caso de que la cosa retenida sea embargada, quien la retiene tendrá derecho: 1º. A conservar la cosa con el carácter de depositario judicial y tomar las medidas necesarias si los bienes pudieren sufrir descomposición o pérdida considerable de su valor. 2º. A ser pagado preferentemente, si el bien retenido estaba en su poder en razón del mismo contrato que originó su crédito, 3º. A ser pagado con prelación al embargante, si la creación del crédito de éste es posterior a la retención”.

El Artículo 687 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Obligaciones derivadas de la retención. El que ejercite el derecho de retención queda obligado a pagar las costas, los daños y perjuicios: 1º. Si no entabla la demanda dentro del término legal. 2º. Si se declara improcedente la demanda”.

“El derecho de retención es la facultad concedida a los acreedores mercantiles para conservar en su poder, hasta que el deudor cumpla su obligación, los

bienes muebles o inmuebles del deudor de que ya se encuentren en posesión”.<sup>16</sup>

La legislación mercantil dispone que el acreedor cuyo crédito sea exigible podrá retener los bienes muebles o inmuebles de su deudor que se encontraren en su poder, o de los que tuviere la disposición por medio de títulos de crédito representativos.

La finalidad del derecho mercantil de retención es procurarle al comerciante en su actividad mercantil, sin más requisitos, la garantía necesaria mediante los objetos que hayan llegado a su poder a raíz de esa misma actividad. El hecho de que el Código de Comercio regule un derecho de retención tiene una significación muy definida. Por un lado se tiene que señalar que el Código de Comercio rige a los comerciantes o empresarios en su actividad profesional, a los negocios jurídicos mercantiles y a las cosas mercantiles.

Los negocios, las obligaciones y los contratos mercantiles se rigen por el Código de Comercio y solamente a falta de disposiciones de éste, por las del Código Civil.

De conformidad con esta sistemática, el derecho mercantil de retención es el que aparece regulado por el Código de Comercio, y le compete solamente al comerciante en su actividad profesional.

---

<sup>16</sup> **Ibid**, pág. 56

Se ha discutido cual es la naturaleza jurídica del derecho de retención. Algunos opinan que es una medida coercitiva, un medio indirecto para influir sobre el deudor a fin de que el mismo cumpla su obligación.

Hay quienes creen que consiste en un derecho personal con eficacia real. Otros consideran que es un derecho legal de garantía, o bien contra derecho, una simple facultad de no entregar la cosa que de no existir ese derecho debería restituirse. Para algunos, la retención de la cosa es aquello que ocurre antes de que se satisfaga el crédito. Consiste en una garantía legal, debido a que la establece de forma expresa la ley, que se desenvuelve en la facultad de no entregar.

El derecho de retención, surge como un medio de defensa que va en contra de la acción real del propietario o contra la personal de aquél a quien la cosa debe ser restituida, y se fundamenta en el principio de la buena fe; que exige que quien demande la cosa se encargue de satisfacer a su poseedor el crédito.

Para que el derecho mercantil de retención funcione es necesaria la concurrencia de determinados requisitos, siendo los mismos:

- a) La existencia de un crédito a ser garantizado: la ley señala que este derecho de retención puede ejercitarlo el acreedor cuyo crédito sea exigible. El crédito tiene que provenir además de un negocio mercantil y ser exigible, esto es que el deudor se encuentra ya en el caso de poder

ser compelido al cumplimiento forzoso de su obligación. Dicho en otras palabras, el crédito tiene que ser de plazo vencido.

- b) La posesión por el acreedor de bienes muebles o inmuebles de su deudor: la ley permite que se ejercite el derecho de retención sobre bienes tanto muebles como inmuebles que sean propiedad del deudor. No existe derecho de retención sobre bienes que sean propiedad de terceros, ni puede aparecer por aplicación del principio de la buena fe. También es necesario que los bienes hayan llegado a posesión del acreedor como consecuencia del ejercicio de su actividad mercantil y que dicha posesión se haya realizado con el consentimiento del deudor.

El derecho de retención es productor de efectos en lo relacionado con el acreedor, frente al deudor y frente a terceros.

El que retiene tendrá las obligaciones de un depositario. O sea, tiene las obligaciones de guardar la cosa y conservarla de forma debida y restituirla. Además, el acreedor mantiene el derecho aún en el caso que el deudor se encargue de transmitir la propiedad de los bienes retenidos. Si la cosa retenida es embargada, tiene el derecho de conservarla con el carácter de depositario judicial, a ser pagado preferentemente si el bien retenido se encontraba en su poder en razón del mismo contrato que originó su crédito, tiene que ser pagado con prelación al embargante, si la creación del crédito de éste es posterior a la retención. El acreedor se encuentra obligado al pago de costas,

daños y perjuicios, si no entabla su demanda dentro del término legal y si se declara improcedente la misma.

Frente al deudor, el acreedor tiene una excepción de retención, ya que el derecho de retención solamente cesa si el deudor consigna el importe del adeudo o da garantía suficiente por él, también tiene un derecho a hacerse pago mediante el objeto retenido.

Es importante tomar en consideración que la ley no le permite al acreedor que retiene hacerse pago con la cosa retenida, así sencillamente por su propia voluntad, sino que para obtener la satisfacción de su crédito tiene que seguir el proceso de ejecución que sea pertinente.

El derecho de retención termina en primer lugar, cuando el acreedor reteniente obtiene el pago del crédito que lo motivó. También cesa cuando el deudor consigna el importe del adeudo que dio origen a la retención o bien si otorga una garantía suficiente por él, de conformidad con el Artículo 684 del Código de Comercio.

## **2.10. Fuentes de las obligaciones mercantiles**

Fuentes de las obligaciones son aquellos hechos en virtud de los cuales éstas se originan o nacen, creando un vínculo jurídico entre acreedor y deudor, o bien, en forma breve; los hechos jurídicos que tienen como efecto el nacimiento de las obligaciones.

Los hechos jurídicos consisten en los fenómenos o sucesos acaecidos en la realidad, y que son independientes de la voluntad humana. Además, son productores de una modificación de una situación jurídica.

Los actos jurídicos o hechos exteriores como también se les denomina, son procedentes de la conducta humana y son producidos por la voluntad consciente y pueden ser lícitos o ilícitos.

Los negocios jurídicos son los actos humanos voluntarios, conformes con la legislación y dirigidos a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica determinada.

La legislación guatemalteca relacionada con las obligaciones tiene su punto de partida en la disciplina del negocio jurídico y no contiene un precepto general que establezca las fuentes y se estructura admitiendo que existen obligaciones provenientes de contrato, obligaciones provenientes de hechos lícitos sin convenio y obligaciones procedentes de hechos y actos ilícitos.

Las obligaciones mercantiles pueden nacer tanto de hechos jurídicos voluntarios o involuntarios, como de actos y de negocios jurídicos. De ello deriva, que se haya establecido que las obligaciones que se engendran en el tráfico jurídico nacen de negocios jurídicos o bien de una conducta social típica, o de una imposición del poder público.

Para el derecho mercantil tienen singular importancia las obligaciones provenientes de contrato y las que se originan en hechos lícitos sin convenio, tales como el enriquecimiento sin causa y la declaración unilateral de voluntad. Por ende, el Código de Comercio los regula en aquellos aspectos en que el tráfico hace necesaria una disciplina distinta de la del Código Civil.

En la actualidad tiene una gran importancia como fuente de obligaciones la conducta social típica y la imposición del poder público.

Entre las fuentes de las obligaciones mercantiles se encuentran:

- a) Imposición del poder público: el fenómeno de la vida moderna consiste en la ingerencia del poder público en el ámbito de la autonomía privada y concretamente en la autonomía contractual.

Las formas de ingerencia son variadas como la sustitución de la voluntad de las partes, la determinación del contenido del contrato y el alcance de las obligaciones. Existen autores que hablan de contrato forzoso, otros de contrato impuesto, imperativo o dictado, pero es obvio que si la esencia del contrato se encuentra en el consentimiento, no se puede hablar de contrato donde falte el consentimiento.

Si no existe contrato y si hay obligaciones, se tiene que indagar de donde proceden éstas y es claro que se originan de la falta de imposición del poder público. Dicha imposición puede referirse a uno o ambos contratantes, pero

realmente la imposición suele afectar solamente a una de las partes, precisamente a la que el poder público considera como más necesitada de protección.

Las manifestaciones de imposición del poder público en el derecho mercantil guatemalteco, son aquellas que obligan a todas las empresas a contratar con cualquiera que solicite sus productos o los servicios que prestan, observando con igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores, las que imponen: contenido de los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, las que permiten solicitar la rectificación del contrato si no concuerda con la solicitud que lo motivó y aquellas que obligan a la compra o a la venta de ciertos productos a determinado precio y en condiciones fijadas por el Gobierno.

- b) Conducta social típica: es aquella especial manera de actuar a la cual la ley atribuye un significado tal que engendra una situación jurídica que por sí misma genera determinadas obligaciones.

La ley crea situaciones sociales que son típicas y que han engendrado obligaciones parecidas a las contractuales, por lo que jurídicamente son tomadas en consideración como si se encontraran fundadas en un contrato al que le faltase algún requisito esencial y es de esa forma que falta frecuentemente una adecuada declaración de voluntad contractual.

El derecho reconoce la existencia de obligaciones contractuales sin la existencia de una previa estipulación de contrato, o al menos sin la conclusión válida de un contrato.

Son relaciones obligatorias nacidas de la conducta social a cuya ejecución se aplican las normas sobre relaciones contractuales, pero a las que son inaplicables las normas sobre la conclusión de los contratos que sencillamente su nacimiento no presupone ningún contrato.

## **CAPÍTULO III**

### **3. Los contratos mercantiles**

El sistema guatemalteco estructura el derecho de obligaciones sobre la figura del negocio jurídico, de la cual se ocupa el Código Civil que se coordina con el derecho mercantil a través de la norma general de remisión y por la circunstancia de que el Código de Comercio contiene solamente unas pocas normas generales sobre las obligaciones mercantiles y trata especialmente a los contratos que presuponen de forma necesaria la condición de empresario o comerciante en los dos sujetos o en uno solo.

En segundo lugar, el Código de Comercio al disponer sobre su aplicabilidad señala que se rigen por sus disposiciones los comerciantes en su actividad profesional y los negocios jurídicos mercantiles, y además enumera las actividades cuyo ejercicio en nombre propio y con fines de lucro califican al comerciante o empresario, y determina que cuando en un negocio jurídico regido por él intervengan comerciantes y no comerciantes se aplican las disposiciones vigentes.

Regula a la empresa mercantil como el instrumento para el ejercicio de la actividad profesional de los comerciantes y concreta su contenido contractual a los actos jurídicos que lleva a cabo el comerciante o empresario con el designio de servir o realizar la finalidad peculiar de su empresa.

Ese complejo de disposiciones permite considerar a los negocios jurídicos mercantiles como actos jurídicos llevados a cabo por un empresario o comerciante en la actividad que despliega en su empresa o que resulten del ejercicio de su actividad profesional.

“Negocio 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 económica social que caracteriza su tipo”.<sup>17</sup>

El negocio jurídico puede ser unilateral y plurilateral, entrando en la segunda categoría el contrato y el acto conjunto. La importancia del estudio de los contratos mercantiles radica en que el contrato sigue siendo la forma típica del negocio jurídico mercantil y la fuente principal de obligaciones.

### **3.1. Requisitos**

Para la validez del negocio jurídico, es necesario que se den requisitos de diverso carácter, siendo los mismos: la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

En cuanto a la capacidad, el principio establecido legalmente según el Artículo 1254 del Código Civil, señala que toda persona es legalmente capaz para

---

<sup>17</sup> Boneo Villegas, Eduardo. **Contratos modernos**, pág. 53

hacer declaraciones de voluntad en un negocio jurídico; salvo aquellas a quienes la ley declare específicamente incapaces.

El consentimiento o manifestación de voluntad, puede ser expreso o tácito, de conformidad con el Artículo 1252 del Código Civil, y tiene que ser libre, esto es, sin vicios; debido a que caso contrario el negocio jurídico resultante sería anulable. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, dolo, simulación y violencia.

Por lo que hace al objeto o materia del negocio, la ley requiere que sea lícito, es decir, que no sea prohibido. También se tiene que considerar su especial aptitud en relación a cada tipo de negocio.

Por último, toda declaración de voluntad precisa de una manera o medio de exteriorización. La regla general, contenida en el Código Civil consiste en que cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente; tal y como lo estipula el Artículo 1256 de la normativa señalada.

Entre los requisitos, se pueden enumerar los requisitos generales, a los que hay que atender también respecto de otros actos jurídicos, o sea, los requisitos propios de cada tipo de negocio y los elementos establecidos por los particulares en cada negocio concreto.

### **3.2. Representación mercantil**

Los negocios jurídicos se realizan por la misma persona que tiene interés en ellos. Sin embargo, existe la posibilidad de que una persona que no sea a la que le corresponden los intereses en juego, ponga su actividad al servicio de dichos intereses, realizando en orden a los mismos; un negocio por cuenta de la persona a quien pertenecen.

En el campo de la actividad mercantil esa sustitución es frecuente. El empresario tanto individual como social, tiene que desdoblarse, de forma que pueda efectuar negocios jurídicos mercantiles en masa y en distintos lugares. La actividad de sustitución de personas en la conclusión de negocios jurídicos es lo que constituye la representación.

El concepto de representación es perteneciente al derecho civil, y también al derecho mercantil. En un sentido amplio se puede señalar que la representación es en el tráfico económico un proceder jurídico para que una persona representante intervenga en actos o negocios declarando su misma voluntad, para que ésta surta sus efectos en la esfera personal o patrimonial de otra.

La representación puede ser de dos clases: mediata, que es aquella en la cual el representante lleva a cabo el acto o negocio jurídico en nombre propio, aunque por cuenta o interés del representado, los efectos se producen en el representante y el mismo los traslada a su representado directa o

inmediatamente, en la cual el representante realiza el acto o negocio en nombre del representado; siendo sus efectos los que se producen de forma inmediata en la esfera personal o patrimonial del representado.

A la representación directa se le reserva el nombre técnico de representación, se confiere unas veces mediante poder y otras implícita al cargo que la persona desempeña.

La característica fundamental de la representación mercantil es que ante todo se protege a los terceros que contratan con el representante. Ello, es tan así que el Código de Comercio dispone que quien haya dado lugar con actos positivos u omisiones graves a que se crea, de conformidad a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como su representante; no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe.

La protección al tercero de buena fe tiene un doble sentido que le permite confiar en la subsistencia de las facultades del representante mientras sus poderes no hayan sido revocados con la debida publicidad y en que todo cuanto haga el representante dentro de ciertos límites, señalados por la ley independientemente del poder concreto; obliga a su representado.

Derivadas de los principios básicos anteriores son las especialidades que informan a la representación mercantil:

- a) Publicidad obligatoria de toda clase de representación directa: debido a que la ley impone la prescripción en el Registro Mercantil del nombramiento de administradores de sociedades, de factores y el otorgamiento de mandatos por cualquier comerciante para operaciones de su empresa y la revocación o la limitación de las referidas designaciones y mandatos.
  
- b) Tendencia hacia la representación de carácter rígido e ilimitado predeterminado por la ley: a este respecto el Código de Comercio reconoce el principio de que por razón del cargo que se desempeña dentro de la empresa, los poderes del representante abarcan todas las operaciones y contratos propios del objeto de la empresa en cuestión y, en consecuencia, los terceros tienen derecho a suponer que las facultades del representante no han sido limitadas por el principal a casos concretos o tiempo determinado y, si dichas limitaciones existen no afectan a casos terceros de buena fe. Este principio se aplica en el caso del factor de los administradores o gerentes de las sociedades mercantiles.

El Artículo 266 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Facultades del factor. El factor que careciere de mandato con representación otorgado por el comerciante, siempre estará facultado por ministerio de la ley para realizar todas las operaciones y para celebrar los contratos corrientes relacionados con el objeto de la empresa y de las operaciones que realice en esas condiciones, obligarán al comerciante ante

terceros de buena fe, aún cuando el factor haya infringido las instrucciones del principal o haya cometido abuso de confianza.

Las limitaciones a las facultades del factor, aunque estén inscritas en el Registro Mercantil, no producirán efectos contra terceros de buena fe.

El factor necesitará facultad especial para enajenar a gravar bienes inmuebles de la empresa, contratar préstamos, representar judicialmente al comerciante y para, en general, ejecutar actos que no sean pertinentes a las actividades normales de la empresa.

Tratándose de sociedades, se estará a lo dispuesto en el Artículo 47 de este Código”.

- c) Independencia de la representación respecto del negocio causal que motivó su otorgamiento: como ejemplo de esta independencia cabe mencionar el caso del factor cuya calidad no termina, ni se interrumpe, al comerciante.

### **3.3. Contratos mercantiles**

El derecho civil es la disciplina jurídica que otorga los lineamientos generales para el concepto del contrato mercantil. El Código de Comercio se limita al establecimiento de algunas reglas generales que son aplicables a todos los contratos mercantiles y a disciplinar determinados contratos.

El Artículo 1517 del Código Civil regula que existe contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación. Doctrinariamente se ha definido al contrato como la declaración de voluntad coincidente de dos o más partes que se enfrentan, para la producción de una consecuencia unitaria.

“El contrato es una categoría del negocio jurídico y constituye junto con los títulos de crédito el género de los instrumentos del tráfico comercial. El instrumento contractual, por el que las partes actuando en su propio interés, determinan el punto de encuentro de intereses opuestos o concurrentes y representa el medio más adecuado para la obtención del ideal de la colaboración voluntaria y por ello, se puede señalar que es el vehículo relevante que expresa el dinamismo de la vida colectiva, que se desarrolla; mediante acuerdos entre los sujetos”.<sup>18</sup>

De conformidad con la sistemática del derecho privado guatemalteco, los contratos mercantiles son aquellos que aparecen regulados exclusiva y especialmente en el Código de Comercio.

La razón por la que estos contratos son disciplinados por el Código de Comercio no es otra que el hecho de que los mismos suponen de forma necesaria la condición de empresario mercantil o comerciante en una o ambas partes. Solamente tienen regulación dicotómica, es decir, tanto civil como mercantil, aquellos contratos de compraventa; fianza y depósito.

---

<sup>18</sup> **Ibid**, pág. 84

Los contratos en general y los mercantiles en particular, se perfeccionan a través del simple consentimiento de las partes, a excepción cuando la ley establece otra forma. Los mismos obligan desde su perfeccionamiento, siempre que estén dentro de las disposiciones legales relativas al negocio jurídico celebrado.

El Artículo 671 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Formalidades de los contratos. Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera 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, requieran formas o solemnidades especiales”.

#### **3.4. Proposición de contrato**

Una de las formas que se lleva a cabo un contrato es a través de la proposición y de la oferta que una persona lleva a otra para su celebración. La oferta o proposición es constitutiva de un acto prenegocial.

“La oferta es la declaración unilateral de voluntad por la que una de las partes ofrece a la otra la celebración de un contrato, de tal modo que la conclusión de éste sólo depende de la aceptación de la otra parte. La oferta o proposición

obliga al proponente hasta la expiración del plazo por él fiado y si no hay plazo queda desligado si la aceptación no se hace de inmediato”.<sup>19</sup>

Para que la oferta pueda producir efectos, es necesario que contenga las condiciones del contrato y se encuentre hecha en términos precisos y concretos. La respuesta se da lisa y llanamente. Si a la oferta es a persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación dentro del plazo de la oferta.

La cosa o hecho sobre que recae la obligación es lo que recibe el nombre de objeto del contrato. La ley exige que el objeto del contrato tiene que reunir ciertos requisitos.

a) Por lo que hace a las cosas, estas deben:

- Existir en la naturaleza o que se espere su existencia.
- Estar determinadas, al menos en cuanto a su género, o ser determinables.

El Artículo 1538 del Código Civil regula: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

---

<sup>19</sup> **Ibid**, pág. 50

La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes”.

b) En lo referente a los hechos, deben ser:

- Posibles.
- Determinados.
- Lícitos.
- Que en su cumplimiento tengan interés los contratantes.

### **3.5. Forma de los contratos mercantiles**

Al estudiar la forma del negocio jurídico, se puede establecer que lo rige el principio de que cuando la ley no impone una forma específica, los interesados pueden utilizar la que consideren conveniente.

Ese mismo principio lo acoge el Código de Comercio al señalar que los actos de comercio no se encuentran bajo la sujeción para tener validez, a formalidades especiales.

Cualquiera que sea la forma y el idioma en que los celebren las partes quedan obligadas de la forma y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.

Dentro del principio de la libertad de forma se incluye todo lo relacionado con la cláusula compromisoria y con el compromiso arbitral, tanto de derecho como de equidad, de forma que los mismos serán válidos aunque no se encuentren consignados en escritura pública.

La extensión de la libertad de forma a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, son constitutivos de una excepción frente a la norma contenida en el Código Procesal Civil y Mercantil que exige para dichos actos la formalidad de la escritura pública.

El Código de Comercio, en atención a la tendencia mercantil, se encarga de uniformar determinados contratos a través de la utilización de formularios con la finalidad de brindar protección a quien se encargue de contratar con el comerciante que utilice tal sistema.

Los contratos celebrados en formularios se interpretarán en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario, y cualquier renuncia de derecho solamente será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que el resto del contrato y las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario; aún cuando las mismas no hayan sido dejadas sin efecto.

Dichas reglas son aplicables a los contratos de prueba y consisten en una póliza, factura, orden, pedido o cualquier otro documento parecido que haya sido suscrito por una de las partes.

Para hacer fluida la contratación mercantil, la ley establece los casos en que la forma de contratar sea un documento escrito por una de las partes que, y si la otra parte encuentra que dicho documento no concuerda con su solicitud, deberá pedir la rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días que sigan a aquél en que lo recibió, y se considerarán aceptadas las estipulaciones de ésta, si no se solicita la mencionada rectificación y 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 rectificación solicitada.

El Artículo 673 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala 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 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”.

### **3.6. Efectos**

Los efectos de carácter general de los contratos tanto civiles como mercantiles se encuentran reducidos a la producción del vínculo obligatorio. Dicho vínculo o fuerza obligatoria del contrato, no se encuentra sujeto en lo mercantil a las reglas particulares y rige en consecuencia el principio establecido en el Código Civil de que los que celebren un contrato, se encuentran bajo la obligación de concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios que resulten de la inejecución o contravención por culpa o dolo. Por ende, la regla es la irrevocabilidad del contrato.

Fuera del efecto general de producir el vínculo obligatorio, existen efectos particulares que se derivan de la especial naturaleza de cada uno de los contratos y del contenido específico de la voluntad de las partes.

### **3.7. Reserva del contratante definitivo**

Los sujetos de la obligación se encuentran determinados en el momento de la celebración del contrato. El Código de Comercio introduce la figura del contrato en la cual una parte se reserva la facultad de poder designar posteriormente a la persona que será considerada como contratante definitivo.

La regulación legal de dicha forma de contratar es escueta, y se limita al establecimiento de que la designación del contratante definitivo tiene que llevarse a cabo dentro del término fijado por las partes y a falta del mismo de los tres días de celebrado el contrato.

La declaración de designación, consiste en un acto unilateral que tiene que acompañarse de la aceptación de la persona que haya sido nombrada; debido a que la aceptación definitiva de dicha persona depende de la validez de la designación. Si transcurre el plazo legal o convencional sin que se lleve a cabo la designación del contratante definitivo, o si hecha fuera inválida; el contrato produce sus efectos entre los contratantes primitivos. Hecha de forma válida la designación, la persona nombrada adquirirá todos los derechos y asumirá todas las obligaciones que sean derivadas del contrato; desde el momento en que el mismo fue concluido.

Dicho efecto retroactivo se produce también cuando la validez del contrato se contraiga a los contratantes originarios.

Es de importancia señalar que la brevedad del plazo dentro del cual deba llevarse a cabo la designación del contratante definitivo, obedece a razones fiscales en las que lo que se busca es evitar que si el contratante, teniendo a su disposición un término más amplio, se valga del mecanismo antes descrito, para hacer la adquisición y después, mediante la declaración del nombramiento, hacer realizar otra adquisición a otra persona, la cual sería, en realidad; un segundo y posterior contratante.

### **3.8. Interpretación**

Para cumplir o ejecutar un contrato es esencial fijar su sentido, o sea, interpretarlo. En el momento de la celebración de un contrato, las partes se encuentran de conformidad en relación con todos los aspectos del mismo.

Pero, durante el cumplimiento o ejecución pueden aparecer cuestiones dudosas que hubieren necesitado una reglamentación en el mismo contrato, sobre las que no obstante las partes nada han dispuesto; debido a que no pensaron en absoluto en ellas o porque no estimaron necesaria una reglamentación expresa. De ello deriva que la ley se haya visto en la precisión de determinar las reglas a que la interpretación de los contratos tenga que sujetarse. Dichas reglas vienen dadas en términos generales en el Código Civil.

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.

Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.

La primera especialidad es referente a la importancia que se concede a la buena fe. A este respecto la ley establece que los contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de la verdad sabida y la buena fe guardada. Ello implica que cada uno tiene que guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella,

suponiendo conducirse como cabe esperar de quienes intervienen en el tráfico comercial.

Además, tienen que conservarse y protegerse las rectas y honorables intenciones de los contratantes, sin limitar con interpretaciones arbitrarias sus efectos naturales. El contrato tiene que ser interpretado tomando en consideración la finalidad económica que las partes han pretendido y lo que es usual en el ambiente o medio comercial o industrial.

Otra particularidad es la relacionada con los contratos que se documentan en formularios o cuyo medio de prueba sea consistente en una póliza, orden, pedido u otra forma redactada por una de las partes. Para dichos casos la regla es que se interpretarán en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.

### **3.9. Clasificación**

Es de importancia sistematizar el estudio de los contratos mercantiles, tomando en consideración que al igual que los contratos civiles, se clasifican de la siguiente forma:

- a) Unilaterales y bilaterales: los primeros son aquellos en los que la obligación recae solamente sobre una de las partes; y los segundos son aquellos en los que las partes se obligan de forma recíproca.

El Artículo 1587 del Código Civil regula: “Los contratos son unilaterales, si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratante; son bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente”.

- b) Consensuales y formales: los primeros se perfeccionan por el sencillo consentimiento de las partes, y los segundos son aquellos que para su perfección se necesita la entrega de la cosa.

El Artículo 1588 del Código Civil regula: “Son consensuales cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos; y reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa”.

- c) Principales y accesorios: los primeros son aquellos que subsisten por sí solos, y los segundos tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación.

El Artículo 1589 del Código Civil regula: “Son principales, cuando subsisten por sí solos; y accesorios, cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación”.

- d) Onerosos y gratuitos: los primeros, son aquellos que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y los segundos son aquellos en donde el provecho es únicamente para una de las partes.

El Artículo 1590 del Código Civil regula: “Es contrato oneroso aquél en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y gratuito, aquél en que el provecho es solamente de una de las partes”.

- e) Conmutativos y aleatorios: los primeros, son aquellos contratos que se celebran cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebre el contrato, y los segundos son aquellos en que la prestación depende de un acontecimiento incierto que determina la pérdida o ganancia.

El Artículo 1591 del Código Civil regula: “El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice”.

- f) Condicionales y absolutos: los primeros se realizan o subsisten dependiendo de un suceso incierto o ignorado por las partes, y los segundos; si su realización es independiente de toda condición.

El Artículo 1592 del Código Civil regula: “Son condicionales los contratos cuya realización o cuya subsistencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes; y absolutos, aquellos cuya realización es independiente de toda condición”.

- g) Típicos e innominados: los primeros, se encuentran regulados de forma específica, e innominados cuando la ley no los regula.

De conformidad con los contratos mercantiles en particular, solamente puede ser útil como criterio de clasificación el que se fundamente en la función económica correspondiente a cada uno de ellos. Este criterio responde a la circunstancia de que el contrato es el principal instrumento de la circulación, para el hecho de que los contratos mercantiles se caracterizan en el tráfico moderno por ser contratos de empresa, ya que son empleados instrumentalmente contra la exteriorización y realización de la actividad empresarial. En consideración a la función económica que cumplen, los contratos mercantiles pueden agruparse de la siguiente forma:

- a) 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.
- b) Contratos de colaboración: tanto asociativa como simple, en los mismos una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra.
- c) Contratos de conservación: también se les denomina de custodia, y entre ellos se encuentran el depósito irregular, los contratos mercantiles

por su función económica, depósito en almacenes generales y el fideicomiso.

- d) Contratos de crédito; en los mismos una parte concede crédito a la otra y entre ellos se encuentra la apertura de crédito, el descuento, la cuenta corriente, la carta de orden de crédito, la tarjeta de crédito y el crédito documentario.
- e) Contratos de prevención de riesgo: en ellos una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo. Entre ellos se encuentra el contrato de seguro y reaseguro.
- f) Contratos de garantía: aseguran el cumplimiento de las obligaciones. Entre los mismos se encuentran los contratos de fianza y reafianzamiento.



## CAPÍTULO IV

### **4. El contrato mercantil de fideicomiso para asegurar las inversiones en las instituciones bancarias en la adquisición del dominio fiduciario**

El fideicomiso se introdujo en el sistema jurídico guatemalteco en la Constitución Política de la República de Guatemala, al regular en el Artículo 28 que: “Se autoriza el establecimiento de fideicomisos cuyo término no exceda de veinticinco años, en todo caso deberán ser ejercidos por un banco o institución de crédito facultados para hacer negocios en la República”.

#### **4.1. Definición**

“El fideicomiso es el negocio jurídico por el cual una persona denominada fideicomitente, afecta ciertos bienes a fines determinados, transmitiéndolos a otro llamado fiduciario que, mediante una remuneración se obliga a realizar únicamente los actos necesarios para cumplir dichos fines”.<sup>20</sup>

#### **4.2. Naturaleza jurídica**

La naturaleza jurídica del fideicomiso ha tratado de ser explicada por diversas teorías. Ha sido considerada como un contrato *sui generis* cuya esencia es un mandato, patrimonio sin titular, desdoblamiento del derecho de propiedad, transmisión de los derechos de los que es titular el fiduciario,

---

<sup>20</sup> Batiza, Rodolfo. **Las sociedades de inversión**, pág. 50

afectación de bienes, operaciones bancarias, servicios bancarios, instituciones, negocios fiduciarios, negocios indirectos y negocios jurídicos de estructura compleja.

La posición aceptada es la del negocio fiduciario, siendo esta teoría parte de un concepto del negocio fiduciario, que lo entiende como aquel en virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y, consecuentemente de dicha finalidad, a retransmitir esos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos en beneficio del transmitente.

Desde el ámbito del derecho de propiedad, el fideicomiso quiere decir la creación de un régimen nuevo al lesionar determinados bienes y derechos a fines establecidos y trasladarlos con ese objeto al fiduciario. Además, se constituye un patrimonio autónomo. El fiduciario es titular de ese patrimonio, el que no se confunde con su masa patrimonial; sino que se mantiene separado y afectado a los fines instituidos por el fideicomitente.

El fiduciario es titular jurídico del patrimonio fideicometido, titulares económicos son el fideicomitente y el fideicomisario debido a que a ellos van encaminados los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluir el fideicomiso.

El Artículo 768 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Honorarios. 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”.

#### **4.3. Características**

Las notas que caracterizan el fideicomiso son las que a continuación se señalan:

- a) Es un negocio típico: debido a que el derecho se encarga de predisponer para él mismo, un esquema particular que se encuentra constituido.
- b) Es un negocio jurídico nominado: el Código de Comercio lo designa con el término fideicomiso, palabra que deviene del latín *fideicommissum*, que se encuentra compuesta de *fides fe*, y *commissum*, confiado, comisión, encargo, o sea encomendado a la realidad o confianza de alguien.
- c) Es un negocio unilateral y bilateral: lo primero si es testamentario y lo segundo si es contractual.

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”.

El Artículo 771 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “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”.

- d) Es un negocio formal: debido a que la ley exige para el fideicomiso testamentario las formalidades de los testamentos y para el contractual las de escritura pública.
- e) Es un negocio de ejecución continuada: debido a que sus efectos no se agotan en un momento único, sino que se determina un vínculo continuo en virtud del que el fiduciario tiene que llevar a cabo los actos exigidos para cumplir con los fines del fideicomiso.

El Artículo 783 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Derechos de 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 que contenga el documento constitutivo.
2. Ejercitar todas las acciones que puedan ser necesarias para la defensa del patrimonio fideicometido.
3. Otorgar mandatos especiales con representación en relación con el fideicomiso.
4. Percibir remuneración 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 regula: “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 causas graves que deberán ser calificadas por un juez de primera instancia.

3. Tomar posesión de los bienes fideicometidos, en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad.
  4. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones y rendir cuenta e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requieran.
  5. Las demás inherentes a la natural, de su cargo”.
- f) Consiste en un negocio oneroso: debido a que el fiduciario se encuentra bajo la obligación de llevar a cabo los actos necesarios para cumplir con los fines del fideicomiso a cambio de una remuneración por sus servicios.
- g) Es un negocio patrimonial: debido a que tiene por fin constituir un patrimonio afectado a fines determinados, el cual se rige por una disciplina jurídica específica.

El Artículo 777 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Patrimonio fideicometido. 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”.
- h) Es un negocio traslativo: en el que al lado a la relación real de transmisión de bienes y derechos al fiduciario, existe un vínculo obligatorio. Se tiene que aclarar que al transmitirse al fiduciario determinados bienes y derechos, no se transmite el derecho de propiedad. Se constituye un patrimonio autónomo, separado, que no se pasa a agregarse al patrimonio del fiduciario.
- i) Es un negocio mercantil que se encuentra reservado como actividad a los bancos e instituciones de crédito autorizadas: ello se lleva a cabo a determinadas empresas. Además, como actividad bancaria se incluye dentro de las operaciones neutras y más bien dentro de los servicios bancarios.

#### **4.4. Elementos**

Los elementos del fideicomiso pueden ser personales y reales. A continuación se explican.

- a) Elementos personales: son el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario
- Fideicomitente: es la persona que mediante contrato o testamento separa determinados bienes y derechos de su patrimonio, afectándolos a determinados fines y constituyéndolos en un patrimonio autónomo. Debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes. Por los menores, incapaces o ausentes pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con la autorización judicial. Se encuentra regulado en el Artículo 767 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala antes citado. En el caso de que por el fideicomitente actúe un apoderado, el mismo necesita facultad especial.
  - Fiduciario: es la persona obligada en llevar a cabo los actos exigidos para el cumplimiento de los fines del fideicomiso. Solamente pueden ser fiduciarios los bancos establecidos en el país y las instituciones de crédito que hayan sido especialmente autorizadas para ello por la Junta Monetaria. Se encuentra regulado en el Artículo 768 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala antes citado.

El fiduciario no se convierte en propietario de los bienes fideicometidos, sino que es simple titular de dichos bienes y derechos, en la medida que ello sea establecido por el acto constitutivo o determinado por los fines del fideicomiso.

El fideicomisario es la persona que tiene derecho a beneficiarse del fideicomiso, pudiendo ser cualquiera, a excepción del fiduciario. El único requisito que la ley le impone al fideicomisario es que, en el momento en que le corresponda entrar a beneficiarse del fideicomiso, tenga capacidad de adquirir derechos. Se encuentra regulado en el Artículo 769 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

En el derecho guatemalteco, el fideicomisario es un elemento esencial del fideicomiso, debido a que no es necesario que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior. Además, cuando no haya fideicomisario determinado, corresponde al Ministerio Público el ejercicio de los derechos propios de aquél.

- b) Elementos reales: son los bienes y derechos que se afectan a fines determinados, transmitiendo su titularidad al fiduciario y las obligaciones que surjan del fideicomiso como negocio jurídico.

En relación a los bienes y derechos es de importancia señalar que pueden fideicomitarse todos aquellos que pertenezcan al fideicomitente sin limitación alguna. Los bienes y derechos fideicomitados forman el patrimonio del fideicomiso.

#### **4.5. Efectos**

Los efectos del fideicomiso son los siguientes:

- a) Efectos contra terceros: los bienes fideicometidos no pasan a acrecentar el patrimonio del fiduciario, sino que forman un patrimonio autónomo, en relación del cual solamente pueden ejercitarse los derechos y acciones que se refieran a los fines del fideicomiso y los que se haya reservado el fideicomitente. De ello, deriva que sus acreedores no puedan perseguir tales bienes.

En relación a los acreedores del fideicomisario, la ley establece que los derechos que el fideicomisario pueda tener en relación al fideicomiso no son embargables, pero sí los son los frutos que el mismo perciba.

El Artículo 782 del Congreso de la República de Guatemala, 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 lo 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. Cuando se trata de bienes no registrables, tiene que comunicarse la preferencia al

fiduciario y el mismo tiene que extender constancia de enterado para tenerlo presente en el momento de la liquidación.

El fideicomiso surte efecto en relación a terceros desde:

- La presentación del documento constitutivo al Registro de la Propiedad, cuando se trate de bienes inmuebles o derechos reales inscribibles.
- El perfeccionamiento de la traslación de conformidad con el documento constitutivo de la obligación o de la ley, cuando sea en relación a créditos u obligaciones no endosables.
- La fecha del endoso o registro, en su caso, si se trata de títulos a la orden o nominativos, o de bienes muebles sujetos a registro o inscripción.
- La fecha del documento constitutivo del fideicomiso, cuando se trata de bienes muebles no sujetos a registro.
- La tradición manual si se trata de títulos al portador.
- La fecha de publicación de un edicto en el Diario Oficial, notificando el fideicomiso a los interesados, si se trata de empresas industriales, comerciales o agrícolas.

- b) Efectos en relación al fideicomitente: como los bienes fideicometidos se separan del patrimonio del fideicomitente para formar el patrimonio autónomo del fideicomiso, lo único que el fideicomitente tendrá en su patrimonio, en relación con dichos bienes, serán los derechos que expresamente se haya reservado, y el derecho a la reversión al extinguirse el fideicomiso.

Entre los derechos que puede reservarse el fideicomitente destaca el de revocar el fideicomiso. Un derecho inderogable que le confiere la ley al fideicomitente es el de requerir del fiduciario rendición de cuentas e informes y de recibirlos por lo menos una vez al año, sin necesidad de requerimiento.

El fideicomiso se rige por la voluntad del fideicomitente manifestada en la fijación de sus fines y en la regulación jurídica, que haya de regirlo.

- c) Efectos en relación al fiduciario: siendo los mismos los que a continuación se indican.

- Derechos: se encuentran regulados en el Artículo 783 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala antes citado. A través de los mismos, se ejercitan las facultades y se hacen las erogaciones que se necesitan para el cumplimiento del fideicomiso, a excepción de las limitaciones de la ley y del documento constitutivo, accionar en defensa del patrimonio fideicometido, otorgar mandatos especiales con representación en lo relacionado con el

fideicomiso, se percibe la remuneración por sus servicios y se cobra preferentemente de los ingresos del fideicomiso y los demás que sean necesarios para el cumplimiento del fin del fideicomiso.

El Artículo 784 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Inversiones. Salvo autorización expresa, en contrario, dada por el fideicomitente en el documento constitutivo, el fiduciario únicamente podrá hacer inversiones en bonos y títulos de crédito de reconocida solidez, emitidos o garantizados por el Estado, las entidades públicas, las instituciones financieras, los bancos que operen en el país y las empresas privadas cuyas emisiones califique como de primer orden la Comisión de Valores”.

- Obligaciones: se encuentran reguladas en el Artículo 785 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala antes citado. Son consistentes en ejecutar el fideicomiso de conformidad con su constitución y fines, desempeñando el cargo con la diligencia debida y renunciarlo solamente por causas graves calificadas por un Juez de Primera Instancia, tomar posesión de los bienes fideicometidos de conformidad al documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad, llevar cuenta detallada de su gestión en forma separada de sus demás operaciones, rindiendo cuentas e informes a quien corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requiera, y las demás propias a la naturaleza de su encargo, inclusive la declaración de su calidad en todos los actos del

fideicomiso. El Artículo 781 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Fiduciario debe identificarse. El fiduciario debe declarara que actúa en esa calidad, en todo acto o contrato que otorgue en ejecución del fideicomiso”.

- d) Efectos en relación al fideicomisario: el fideicomisario llamado esencialmente a recibir todos aquellos beneficios del fideicomiso no cuenta con obligaciones, a excepción que le fueren determinadas en el acto constitutivo. En cambio, es de la naturaleza misma de su posición el que tenga los derechos que se le asignen al constituirse el fideicomiso y los que la ley le otorgue.

El Artículo 778 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: “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 al fideicomiso y exigir judicialmente que se

restituyan 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”.

Se tiene que exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso, se pide su remoción por las causales de ley, la impugnación de los actos de mala fe del fiduciario o que infrinjan el régimen jurídico del fideicomiso, se exige judicialmente la restitución al fiduciario de los bienes que como consecuencia de tales actos hayan salido del patrimonio fideicometido, así como revisar en cualquier tiempo o por medio de las personas que designe, los libros, cuentas y comprobantes del fideicomiso y mandar a practicar auditoría.

#### **4.6. Clases**

Las variedades de fideicomiso son ilimitadas, sólo se encuentran condicionadas a la amplitud y flexibilidad de la ley, a la inventiva humana y a la densidad de las relaciones económicas y jurídicas de la sociedad.

- a) El fideicomiso de garantía: se encuentra regulado en el Artículo 791 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. En el mismo para asegurar el cumplimiento de una obligación se entregan determinados bienes en fideicomiso a un banco,

el que, como fiduciario, puede promover la venta de los bienes fideicometidos en el caso de incumplimiento del deudor.

Dicha venta se lleva a cabo en pública subasta ante un notario y es nulo todo pacto que autorice al fiduciario a entregar los bienes al acreedor en forma distinta. El fiduciario en esta clase de fideicomiso debe ser distinto del acreedor. Las operaciones bancarias con garantía de fideicomiso, se asimilan a los créditos con garantía real.

- b) Fideicomiso para la creación de certificados fiduciarios: en el mismo los bienes fideicometidos pueden ser muebles o inmuebles, y el fiduciario es el encargado de la creación de los títulos y éstos circulan como valores de inversión.

Otras clases de fideicomisos son los siguientes: los de administración que tienen por finalidad que el fiduciario maneje el patrimonio fideicometido en provecho del fideicomisario, los de inversión cuya finalidad es que el fiduciario realice operaciones en las cuales puede obtener beneficios el fideicomisario, los de herencia, que tienen por objetivo evitar las molestias de los juicios sucesorios, permitiendo que el fideicomitente al tener el mismo tiempo el carácter de fideicomisario, reciba mientras viva los productos del patrimonio fideicometido y a su muerte el fiduciario titula y entrega los bienes fideicometidos a las personas designadas en el acto constitutivo.

#### **4.7. Patrimonio fideicometido**

El fideicomitente al afectar determinados bienes y derechos a fines determinados y trasladarlos con ese objeto al fiduciario, constituye un patrimonio autónomo. El patrimonio consiste en una situación unitaria en que se encuentran un conjunto de relaciones jurídicas de carácter económico al asignarles el derecho de una determinada titularidad, que constituye por una parte un ámbito de poder sobre esas relaciones y por otra un ámbito de responsabilidad de la misma. El patrimonio puede ser autónomo, si al separarse un determinado núcleo de bienes de otro patrimonio, se constituye una nueva situación unitaria, con finalidades propias y sobre la cual son incidentes derechos y obligaciones propias.

En el fideicomiso, el fideicomitente lo que hace justamente es separar ciertos bienes y derechos de su patrimonio, integrándolos en una situación unitaria a la que atribuye fines determinados, y sobre la cual inciden derechos y obligaciones propios.

Para que ese patrimonio pueda cumplir con los fines que el fideicomitente le ha señalado, éste le transmite al fiduciario su titularidad, esto es, la cualidad jurídica que le confiere la posibilidad de ejercitar el poder y la responsabilidad que el mismo implica y que delimitan los fines del fideicomiso. La titularidad del fiduciario no implica la propiedad.

El patrimonio fideicometido puede estar formado por bienes y derechos e inclusive por los derechos sobre los bienes. Como masa de responsabilidad la ley protege al patrimonio fideicometido disponiendo la inembargabilidad de los derechos que el fideicomisario pueda tener en el fideicomiso y estableciendo que solamente responde por las obligaciones a las que se refieran al fin del fideicomiso, de los derechos que se haya reseñado el fideicomiso y de los que para él se deriven del fideicomiso, de los derechos adquiridos legalmente por terceros, ya sean fiscales o laborales y los derechos adquiridos por el fideicomisario con anterioridad o durante la vigencia del fideicomiso.

#### **4.8. Extinción**

El fideicomiso termina por realizarse su fin o hacerse imposible, por cumplimiento de la condición resolutoria, si es que se dio este caso, por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario, por revocación del fideicomitente, si se reservó este derecho en el acto constitutivo, por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario, si no fuere posible su sustitución, por el transcurso del plazo y por sentencia judicial.

El Artículo 787 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Extinción, del fideicomiso. 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 del 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, a menos que el fideicomisario sea incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social.
8. Por sentencia judicial”.

Al extinguirse el fideicomiso, se produce como efecto la obligación del fiduciario de entregar los bienes que tenga en su poder a quien sea correspondiente de conformidad con el documento constitutivo o sentencia judicial, si se diere el caso, y en su defecto al fideicomitente o sus herederos si se hizo imposible la realización de los fines del fideicomiso, si habiendo condición resolutoria y ésta se cumplió, si hubo convenio expreso con el fideicomisario; si se revocó

válidamente el fideicomiso y si al darse uno de los casos de falta de fiduciario no haya sido posible sustituirlo.

El Artículo 788 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Efectos de la extinción. 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., 6º., del Artículo 787 de este Código y al fideicomisario, en los casos señalados en los incisos 1º. Y 7º., del mismo Artículo”.

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”.

La ley prohíbe los fideicomisos secretos y aquellos que dispongan que sus beneficios otorguen de manera sucesiva a distintas personas, que tienen que

sustituirse por muerte, a excepción de que la sustitución se efectúe en beneficio de personas vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

#### **4.9. Estudio jurídico y legal del contrato de fideicomiso para garantizar las inversiones bancarias al adquirir el dominio fiduciario**

La primera ley ordinaria que reguló el fideicomiso fue el Código Civil de 1963 y lo trató fundamentalmente como una forma de propiedad. Después, el Código de Comercio de 1970 incluyó al fideicomiso dentro de los contratos mercantiles en particular y deroga en esa materia al Código Civil.

Tanto el Código Civil como el Código de Comercio mantuvieron básicamente los lineamientos que las constituciones habían señalado al fideicomiso, tales como el plazo máximo de veinticinco años y la reserva de su ejercicio con exclusividad a los bancos y a las instituciones de crédito autorizadas para operar en el país. El fideicomiso aceptado en la legislación guatemalteca es el anglosajón, pero el mismo tiene las bases y características propias que se le dieran al transplantarlo a los medios jurídicos.

“El trust es una institución original del sistema jurídico inglés, dentro del cual se le ha definido como una relación en la que una persona llamada el trustee se obliga como propietario legal, a detentar un patrimonio en beneficio de otra persona, llamada el beneficiario”.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Zuleta Torres, Bernardo. **El contrato de fideicomiso**, pa'g. 38

El mismo, al desarrollarse se despoja de las características propias del derecho para llevar a cabo una actividad exclusivamente bancaria.

El régimen jurídico del fideicomiso se encuentra regulado en el Código de Comercio. En el mismo se señalan los elementos para un concepto legal del fideicomiso. El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados y el fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso.

Además, el mismo se reserva el papel de fiduciario a los bancos e instituciones de crédito autorizadas para el efecto.

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 su 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 768 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Fiduciario. Sólo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Las instituciones de crédito podrán asimismo actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la Junta Monetaria”.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 769: “Fideicomisario. 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. El fideicomitente podrá designarse a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso”.

Doctrinariamente se ha señalado que se encuentran en el fideicomiso un aspecto real, ya que el fideicomitente transmite la propiedad de determinados

bienes al fiduciario, y un aspecto de carácter obligacional interno que es limitante de las facultades dominicales del fiduciario, debido a que se encuentra en la obligación de realizar solamente los actos que son exigidos por las finalidades pactadas.

En una descripción aplicable al derecho guatemalteco y tomando en consideración que se trata de una nueva y compleja institución, que es el producto de una adaptación del trust anglosajón a las legislaciones latinas, se puede establecer que el fideicomiso es el negocio jurídico mediante el cual el fideicomitente se encarga de la constitución con toda clase de bienes y derechos, de un patrimonio autónomo, que destina a fines lícitos y determinados, y cuya titularidad transmite a una institución fiduciaria para que la misma lleve a cabo dichos fines estimados por el fideicomitente, o en su caso, por autoridad judicial o por la ley.

El fideicomiso puede cumplir con una variada función económica, de conformidad con los fines que se le determinen, los cuales únicamente tienen por limitación la licitud.

Entre las finalidades prácticas del fideicomiso se encuentran: la conservación de determinadas propiedades para después entregarlas al fideicomisario una vez cumplida la condición a que se sujete, la administración de un patrimonio para entregar sus frutos y ventas al fideicomitente o al fideicomisario para señalar que puede instituirse en lugar de una fundación con las limitaciones del caso; la constitución de garantías, mediante la transmisión de bienes al

fiduciario con las limitaciones del caso; la constitución de garantía, transmitiendo al fiduciario para que el mismo se encargue de asegurar con ellos el cumplimiento de las obligaciones que asuma el fideicomitente; la emisión de certificados fiduciarios que pueden incorporar el derecho a una parte alícuota de los productos de los bienes fideicometidos, a la propiedad sobre dichos bienes o sobre el precio que se obtenga en la venta de los mismos y a la propiedad sobre una parte determinada del bien inmueble fideicometido.

El Artículo 609 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Certificados fiduciarios. Sólo pueden emitirse certificados fiduciarios como consecuencia de fideicomisos constituidos con esa finalidad”.

El Artículo 611 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Derechos. Los certificados fiduciarios tendrán el carácter de títulos de crédito y atribuirán a sus titulares alguno o algunos de los siguientes derechos:

1. A una parte alícuota de los productos de los bienes fideicometidos.
2. A una parte alícuota del derecho de propiedad sobre dichos bienes, o sobre el precio que se obtenga en la venta de los mismos.

3. Al derecho de propiedad sobre una parte determinada del bien inmueble fideicometido”.

Finalidades tales como las de garantía, de aseguramiento de una renta para el pago de educación de menores y de pensiones alimenticias, programas de beneficencia a través de la designación de beneficiarios genéricos o estatales, la creación o mantenimiento de hospitales, asilos y en general instituciones de beneficencia y de cultura son algunas de la variadas formas en las que se puede tener como instrumento adecuado el fideicomiso. Por ello se ha dicho que puede servir para todo objeto que no sea contrario a la moral o a la ley y cambiar con ventajas a otros encargos como la administración de una herencia, en vez de entregarla al tutor.

La forma que hace al fideicomiso una institución apta para la realización de la diversidad de finalidades que a título de ejemplo se han enumerado, es indudablemente la afectación de determinados bienes a fines determinados y la obligación que asume la entidad fiduciaria de llevar a cabo los actos esenciales para el cumplimiento de tales fines, siendo el primordial asegurar las inversiones en las instituciones bancarias al adquirir el dominio fiduciario.

## CONCLUSIONES

1. Las actuaciones como fiduciario no son forma alguna de intermediación lucrativa del crédito, sino que son una actividad llevada en conexión con esa actividad principal y por ello obtienen también una finalidad de lucro; siendo su incumplimiento el que no permite que se perciban los honorarios.
2. El fiduciario no ejerce su cargo dentro de las limitaciones del contrato o del acto constitutivo y ello permite el abuso de sus facultades de enajenación, de bienes fideicometidos y la presencia de daños y perjuicios de la negociación y por ende no se alcanza el cumplimiento de las formalidades exigidas.
3. La inexistencia de una empresa no permite la realización del fideicomiso, ya que la misma es necesaria para la determinación de su naturaleza de servicio bancario y de las instituciones de crédito; encargadas del aseguramiento de las inversiones para la adquisición del dominio fiduciario.
4. No se determina que el banco o institución de crédito tienen que llevar a cabo sus actuaciones como fiduciarios para que tengan en general las obligaciones y derechos que devienen del acto constitutivo del fideicomiso, de los fines del mismo y de la limitación genérica de la

realización de actos exigidos, y ello no permite el cumplimiento de dichos fines.

5. No se garantizan las inversiones en las instituciones bancarias cuando se adquiere el dominio fiduciario en el país debido a que el contrato de fideicomiso, no es utilizado como el mecanismo que permita el adecuado alcance de la estabilidad económica en Guatemala.

## RECOMENDACIONES

1. Las sociedades mercantiles a través de sus administradores, tienen que señalar que las actuaciones de los fiduciarios no tienen que tener intermediaciones lucrativas de crédito, siendo su actividad aquella que debe llevarse en conexión con dicha actividad principal por lo que también obtiene beneficios y así demostrar que el no cumplir con la misma no permite poder percibir honorarios.
2. El Registro General de la Propiedad mediante los gerentes de las sociedades mercantiles, tiene que señalar que el fiduciario no puede ejercer su cargo dentro de las limitaciones del contrato, para así evitar el abuso de facultades de enajenación; de bienes fideicometidos y la presencia de daños y perjuicios en la negociación y de esa forma cumplir con las formalidades que se tienen que exigir legalmente.
3. Los juzgados de primera instancia, tienen que señalar que la falta de empresas no permite cumplir con el contrato de fideicomiso, para poder determinar la naturaleza del servicio bancario; así como también indicar las instituciones de crédito que se tienen que encargar de asegurar las inversiones para lograr adquirir el dominio fiduciario.
4. La Junta Monetaria, tiene que indicar que el banco debe llevar sus actuaciones como fiduciarios para establecer los derechos y las obligaciones que puedan provenir del acto constitutivo del fideicomiso; de sus fines y de la limitación genérica para la realización de los actos exigidos.

5. Que el Gobierno guatemalteco a través de la Junta Monetaria, tiene que señalar la falta de garantía de las inversiones en las instituciones bancarias al adquirir el dominio fiduciario ya que el contrato de fideicomiso no se puede utilizar como la forma que permita el correcto alcance de la estabilidad económica del país.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBANO, Oscar. **La modernización de la gestión pública en Guatemala.** Guatemala: Ed. Universitaria, 2000.
- ALONSO, Carlos. **Reflexiones en torno al fortalecimiento financiero de los gobiernos locales.** Guatemala: Ed. Mimeo, 1999.
- BATIZA, Rodolfo. **Las sociedades de inversión.** México, D.F.: Ed. Astrea, 1999.
- BENITO, Lorenzo. **Derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Reus, 1984.
- BONEO VILLEGAS, Eduardo. **Contratos modernos.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrotto, 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1977.
- CABRERA, Manuel. **Sistema financiero y políticas antiflancionarias.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1996.
- COLE, Julio. **Dinero y banca.** Guatemala: Ed. Piedra Santa, 2001.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** México, D.F.: Ed. Editar, 1989.
- MANTILA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1986.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1979.
- URÍA, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil.** Guatemala: Ed. Aguirre, 1989.
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil.** Guatemala: Ed. Serviprensa, 1988.

VIVANTE, César. **Tratado de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1982.

ZULETA TORRES, Bernardo. **El contrato de fideicomiso**. Bogotá, Colombia: Ed. Italgaf, 1982.

### **Legislación:**

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

**Código de Comercio**. Decreto número 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.

**Ley Monetaria**. Decreto número 17-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

**Ley Orgánica del Banco de Guatemala**. Decreto número 16-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

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