

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

**LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA
DECRETO 2-70 PARA INCLUIR EL CONTRATO DE CAPITAL HUMANO**

ANA EVELYN ALDANA ESTRADA

GUATEMALA, JUNIO DE 2015

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

**LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA
DECRETO NÚMERO 2-70 PARA INCLUIR EL CONTRATO DE CAPITAL HUMANO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ANA EVELYN ALDANA ESTRADA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2015

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

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Pólanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macano
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Héctor David España Pineta
Vocal:	Lic.	Carlos Alberto Godoy Elenán
Secretario:	Lic.	José Luis Portillo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Estuardo Abel Franco Rodas
Vocal:	Lic.	Héctor René Granados
Secretaria:	Lic.	Karin Virginia Romero Figueroa

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



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 01 de septiembre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, JORGE LEONEL FRANCO MORAN
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ANA EVELYN ALDANA ESTRADA, con carné 200721292,
 intitulado LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA DECRETO NÚMERO
2-70 PARA INCLUIR EL CONTRATO DE CAPITAL HUMANO.

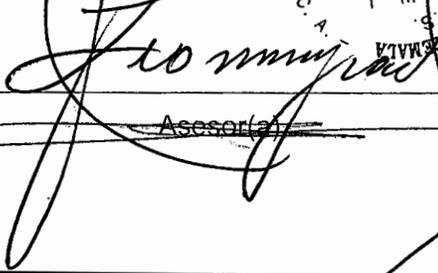
Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


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

Fecha de recepción 30 / 09 / 2014

f) 

 Asesor(a)





Lic. Jorge Leonel Franco Moran

Abogado y Notario

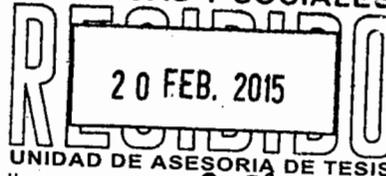
8 avenida 20-22 zona 1 3er nivel Edificio Castañeda Molina
Teléfono: 2238-2796

Doctor:

BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Guatemala, 12 de febrero de 2015

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



Hora: _____

Firma: _____

Estimado Doctor Mejía Orellana:

Atenta y respetuosamente me dirijo a Usted, en atención a la providencia fechada de 1 septiembre del 2014, dictada por la Unidad de Tesis de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que usted atinadamente dirige, en relación al Trabajo de Tesis de la Bachiller ANA EVELYN ALDANA ESTRADA, con carné 200721292, intitulado denominada "LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA DECRETO NÚMERO 2-70 PARA INCLUIR EL CONTRATO DE CAPITAL HUMANO". Razón por la cual y en atención al mandato contenido en la resolución aludida procedí a la asesoría del trabajo mencionado, por lo que rindo a usted mi dictamen en los términos siguientes:

1. Al respecto puedo informar que el trabajo que asesoré, lo hice recomendando en cada capítulo la ampliación de los temas agregando mandatos constitucionales así como otros instrumentos legales relacionados con los contratos mercantiles tipificados en la ley así como aquellos llamados atípicos; estos últimos al no estar regulados en la ley, carecen de tutelaridad y seguridad jurídica necesaria para que este tipos de contratos tengan los suficientes elementos para que surtan plenos efectos en nuestro país y por lo tanto dificulta las formas de utilizar estas formas de contratación.
2. En virtud de lo anterior, es preciso detallar el contenido capitular; en el capítulo uno se desarrolló una explicación y análisis jurídico y doctrinario acerca del negocio jurídico y la contratación, en el capítulo segundo, se realizó un análisis basado en la doctrina jurídica internacional sobre el contrato de capital humano, desde su conceptualización hasta sus formas contractuales, el capítulo tercero, explica como la fiducia mercantil y la titularización funcionan como instrumentos adecuados para la implementación del contrato de capital humano; el capítulo cuarto se establece la necesidad de reformar el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 para incluir el contrato de capital humano, para que este pueda ser utilizado con plena seguridad jurídica en Guatemala.



Lic. Jorge Leonel Franco Moran

Abogado y Notario

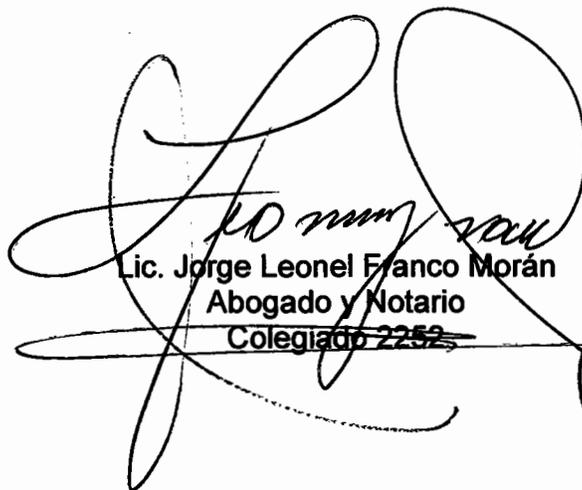
8 avenida 20-22 zona 1 3er nivel Edificio Castañeda Molina

Teléfono: 2238-2796

3. Por su parte, pude observar que las técnicas que el bachiller utilizó, fueron apropiados, siendo los utilizados los siguientes: El método sintético, se empleó para determinar el uso de contratos atípicos mercantiles, dentro del derecho comercial de Guatemala, el método deductivo, para establecer los principios doctrinarios que fundamentaron el trabajo; y el analítico; para establecer cuáles serán los efectos que este contrato se regule dentro de la legislación de Guatemala.
4. Las técnicas que se emplearon en la investigación fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información relacionada con el tema central. Así también el contenido de la presente investigación tiene relación con la conclusión discursiva, siendo la bibliografía empleada la correcta y relacionada con las citas bibliográficas de los capítulos.

En razón de lo anterior, y declarando expresamente que no soy pariente dentro de los grados de ley de la Bachiller Ana Evelyn Aldana Estrada, estimo procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que el trabajo de tesis asesorado reúne los requisitos contenidos en el Artículo 31 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, y en su momento oportuno, debe ser discutido en el examen público de conformidad con las normas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Se suscribe de usted, atentamente,


Lic. Jorge Leonel Franco Morán
Abogado y Notario
Colegiado 2252





USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 09 de abril de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ANA EVELYN ALDANA ESTRADA, titulado LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA DECRETO NÚMERO 2-70 PARA INCLUIR EL CONTRATO DE CAPITAL HUMANO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srs



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS: Por permitirme llegar a este momento.

A MI MAMÁ: Ana Lilian Estrada, como una recompensa a todos sus esfuerzos y por ser mi guía en todo momento.

A MI PAPÁ: Carlos Alfredo Aldana, en su memoria y por ser mi fuente de inspiración.

A MI HERMANA: Karla Aldana.

A MI FAMILIA EN GENERAL: En especial a mis abuelos Concepción López y Rigoberto Estrada por su apoyo incondicional.

A LA FAMILIA: Soberanis Alonzo por su ayuda.

A MIS AMIGOS: Por todo el tiempo que compartimos, en este largo camino.

A: El pueblo de Guatemala, gracias a él tuve la oportunidad de estudiar en esta magnífica universidad.

A: A la Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



PRESENTACIÓN

El tipo de investigación que a continuación se desarrolla es cualitativa, es decir que se describieron las cualidades de un problema que se suscita en la realidad, tal como lo es la falta de regulación en torno al contrato de capital humano, contrato que se lleva a cabo en la práctica dentro de Guatemala pero que no se encuentra en ningún tipo de legislación nacional; para lograr el objeto de la presente investigación, hicimos un análisis profundo del tema a través del estudio intenso de la ley y la doctrina.

El objeto de esta investigación, radica en el estudio de los contratos atípicos mercantiles en general y específicamente el contrato de capital humano, de tal manera de que se concluya que es necesario que este contrato sea regulado dentro del Código de Comercio.

El principal aporte de la investigación, se circunscribe en comprender mediante de un análisis jurídico doctrinario, el objeto, características, modalidades, elementos, ventajas y desventajas así como las incidencias de este tipo del contrato de capital humano así como la necesidad imperante de modificar el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República para incluir este contrato dentro de este cuerpo jurídico.



HIPÓTESIS

Para incluir el contrato de capital humano es necesario reformar el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, debido a que dicho contrato actualmente carece de legislación dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, lo que produciría que las partes en determinado momento puedan dejar de cumplir con alguna de sus obligaciones generando violación a derechos, de igual manera pueden perjudicar a la otra parte sin responsabilidad alguna debido a la carencia de fundamento legal, también es preciso normar este contrato ya que es muy difícil determinar un procedimiento para poder ejecutar al profesional que incumple con la obligación de pagar a la persona jurídica o individual que le otorgo el dinero para los estudios a nivel superior.

La persona jurídica o individual que beneficia económicamente a la otra parte, es decir al estudiante, puede abusar por no tener reglado el monto de intereses a cobrar y en qué momento de la relación contractual se deben cobrar. Por lo tanto, cualquiera de las partes pueden violar los derechos de la otra al no existir legislación vigente que proteja a ambas.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En la presente investigación, se pudo comprobar la hipótesis planteada, debido a que se determinó que el contrato de capital humano posee todos los elementos para ser válido y por lo tanto debe de ser incluido dentro del Código de Comercio, Decreto 2-70, debido a que las partes en determinado momento por falta de legislación puedan dejar de cumplir con alguna de sus obligaciones y violar derechos. También es necesario que se regule, para que sean conocidas las vías judiciales en las cuales se puede exigir el cumplimiento del contrato, con el objeto de evitar fraudes e incumplimientos por cualquiera de las partes.

Por lo tanto, la hipótesis propuesta no solo es viable sino que también se comprobó válida en cuanto es posible que se incluya la figura contractual de capital humano dentro del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. La hipótesis se comprobó válida gracias a la utilización del método científico, en donde se observó un problema, se formuló una hipótesis, se analizó el tema y se comprobó la hipótesis planteada utilizando para este caso, los métodos deductivo, inductivo y sintético.

ÍNDICE



Introducción	I
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico	1
1.1. Definición de negocio jurídico	5
1.2. El negocio jurídico mercantil	9
1.3. El contrato	11
1.3.1. La evolución del contrato	14
1.3.2. Definición de contrato.	16
1.4. Sistemas de contratación.....	17
1.5. Características de las obligaciones mercantiles.....	19
1.5.1. Solidaridad de deudores	19
1.5.2. Exigibilidad de las obligaciones sin plazos	20
1.5.3. Mora mercantil.....	21
1.5.4. Derecho de retención	22
1.5.5. Capitalización de bienes	23
1.5.6. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo	24
1.6. Contrato mercantil.....	24
1.4.1. Principios que rigen la contratación mercantil.....	25
1.7. Características de los contratos mercantiles.....	26
1.7.1. Representación mercantil.	27
1.7.2. Formas de contrato Mercantil.	27
1.7.3. Clausula compromisoria.	28
1.7.4. Contratos mediante formularios; mediante pólizas o por adhesión.....	28
1.7.5. Omisión fiscal.	30
1.7.6. Libertad de contratación.	30
1.7.7. Clausula rebús sic stantibus.....	31



	Pág.
1.8. Clasificación de los contratos.....	31
1.8.1. Unilaterales y bilaterales	31
1.8.2. Onerosos y gratuitos.	32
1.8.3. Consensuales y reales.	32
1.8.4. Nominados e innominados.....	32
1.8.5. Principales y accesorios.....	33
1.8.6. Conmutativos y aleatorios.....	33
1.8.7. Típicos y atípicos.....	33
1.8.8. Formales y no formales.....	34
1.8.9. Condicionales y absolutos.....	34
1.8.10. Tracto único y tracto sucesivo.....	34

CAPÍTULO II

2. Contrato de capital humano.....	37
2.1. Consideraciones generales	37
2.2. Origen del contrato de capital humano.....	39
2.3. Definición del contrato de capital humano	41
2.4. Objeto del contrato de capital humano	44
2.5. Elementos del contrato de capital humano.....	45
2.6. Características del contrato de capital humano	51

CAPÍTULO III

3. La fiducia mercantil y la titularización como instrumentos adecuados para la implementación del contrato de capital humano.....	55
3.1. La fiducia mercantil	55



	Pág.
3.2. La fiducia en Guatemala	63
3.3. La titularización	66
3.4. La utilización de la fiducia y la titularización como instrumento para Implementar el contrato de capital humano	73

CAPÍTULO IV

4. La necesidad de reformar el Código de comercio de Guatemala, Decreto 2-70 para incluir el contrato de capital humano.....	77
4.1. Aplicación del contrato de capital humano en Guatemala	77
4.2. Incidencias generales del contrato de capital humano.....	79
4.3. Ventajas de la aplicación del contrato de capital humano en Guatemala	82
4.4. Desventajas de la aplicación del contrato de capital humano en Guatemala	87
4.5. La necesidad de regular el método de ejecución del contrato de capital humano en Guatemala.....	89
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	91
BIBLIOGRAFÍA	93



INTRODUCCIÓN

La presente investigación se justifica en evidenciar la necesidad de incluir dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, el contrato de capital humano debido a que las partes en determinado momento por falta de legislación puedan dejar de cumplir con alguna de sus obligaciones y violar derechos, de esa manera perjudicar a la otra parte, así mismo es preciso normar este contrato, ya que existe dificultad en determinar un procedimiento para poder ejecutar si el estudiante, es decir una de las partes, incumple con la obligación de pagar a la persona jurídica o individual que le otorgó el dinero para los estudios a nivel superior. De igual manera, la persona jurídica o individual que beneficia económicamente a la otra parte puede abusar por no estar reglado el contrato de capital humano, ya que no se tiene establecido cual sería el monto de intereses a cobrar y en qué momento de la relación contractual, por lo tanto estas personas pueden violar los derechos de la otra al no existir legislación vigente que proteja a ambas partes.

El objetivo de la investigación, que a continuación se presenta, consiste en conocer mediante un estudio jurídico y doctrinario, para lo cual se utilizó el método sintético en determinar el uso de contratos atípicos mercantiles, el método analítico para establecer cuáles pueden ser los efectos que el contrato de capital humano produzca cuando sea regulado en la legislación guatemalteca; el objeto, características, modalidades,



elementos, ventajas y desventajas así como las incidencias del contrato de capital humano a través del método deductivo.

La estructura de esta investigación se ha desarrollado por cuatro capítulos, a saber; el primero desarrolló lo concerniente al negocio jurídico, desde su creación y evolución histórica hasta nuestros días así como su regulación legal en nuestro país; el mismo capítulo aborda el tema de la contratación el cual inicia desde la óptica civil hasta llegar a la mercantil así como la clasificación de los mismos y su regulación legal en Guatemala; el segundo capítulo; desarrolla en si un análisis descriptivo del contrato de capital, desde su origen, concepto, naturaleza jurídica, elementos, objeto y características; el tercer capítulo está referido a dar una explicación jurídica del contrato de capital humano, enfocado en la fiducia mercantil y la titularización como forma de implementación de este contrato, analizando las diferencias entre estos y como a través de estas figuras se puede efectuar el contrato; en el capítulo cuarto, por su parte se analizan la aplicación, incidencias, ventajas y desventajas para exponer la necesidad de regular este contrato en Guatemala.

La presente investigación es de suma importancia para el ámbito mercantil y financiero de Guatemala, ya que a través del uso de esta forma de contratación se puede brindar una educación superior a aquellas personas que carecen de recursos para hacerlo, a su vez se ampliara la inversión extranjera debido a que van existir más profesionales en Guatemala por lo tanto generaría un desarrollo integral de bienestar para todo el país.



CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico

Antes de pasar a definir el negocio jurídico con todos los elementos que lo conforman, debemos de tomar en cuenta el devenir histórico del mismo de tal manera que nos sea posible entender todos aquellos factores que fueron transformando esta institución desde sus orígenes y su evolución hasta la concepción actual que tenemos de este, ya que el negocio jurídico es un bastión fundamental para entender las transacciones mercantiles existentes.

Debemos iniciar citando las fuentes romanas en donde es difícil encontrar de una forma expresamente formulada alguna doctrina del negocio jurídico, sin embargo los romanos fueron capaces de crear un derecho que fuese suficiente para cubrir sus muchas necesidades jurídicas; en realidad no podían detenerse a meditar acerca de las implicaciones de un sistema o doctrina general del ordenamiento jurídico privado; de hecho, a los juristas de Roma, solo les interesaban los aspectos concretos de la vida jurídica.

Fue hasta la época clásica en la cual se tuvo conciencia del negocio jurídico pero no de la forma en la cual se pudiese encontrar alguna doctrina elaborada como la que poseemos actualmente. Tales conceptos y condiciones utilizados en la doctrina del



negocio jurídico, no fueron resultado de las reflexiones estructuradas de los juristas clásicos, ya que estaban atentos a la extraordinaria tarea de crear derecho positivo.

Ahora bien, se hace necesario esperar hasta los siglos XVIII y XIX para poder encontrar una elaboración sistemática del derecho privado fundamentalmente a la doctrina alemana; el negocio estuvo fundamentada por los llamados pandectistas. Dentro de esta escolástica, el autor Savigny, fue capaz sintetizar caracteres comunes a contratos, testamentos y otras actuaciones del sujeto en los cuales apreciaba una declaración de voluntad con el fin inmediato de generar o bien destruir una relación jurídica. Utilizo como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico; estudia de forma unitaria y detallada la problemática del negocio jurídico.

Es por esto que ya en la primera mitad del siglo diecinueve el concepto de negocio jurídico puede considerarse generalmente acogido en las doctrinas alemanas y belgas. Por ello, el Código Germano se distingue de los demás por su técnica y su carácter eminentemente científico, por lo cual se considera el beneficio más valioso de la ciencia jurídica de ese siglo.

Ahora bien, en la época actual, gracias a que filósofos, juristas y sociólogos han contribuido a la conceptualización de sus respectivas áreas, se ha conseguido crear una teoría general del derecho, dentro de la cual se observa un progreso extraordinario.



El concepto universal de derecho, relación jurídica, derecho subjetivo, derecho jurídico y la norma han sido puntos de investigación desde diversos puntos filosóficos componiendo escuelas que actualmente lidian por el predominio dentro del amplio marco de la filosofía y de la ciencia.

Estos conceptos que conforman en si la estructura del derecho, en su sentido más amplio, son aportes que a futuro deben de influir en la codificación y el derecho que surja de este momento histórico.

Empero estas afirmaciones que se hacen como una introducción al estudio del estudio de la relación jurídica en relación a la legislación romana es necesario formular la afirmación de la posibilidad sobre la doctrina aportada por las fuentes romanas, claro ajustada al espíritu de aquel pueblo.

En los textos romanos se encontraba el vocablo negotium, pero era utilizado con tanta variedad de sentidos que lo hacía inservible para el lenguaje técnico jurídico. Por lo cual se afirma que existen soluciones prácticas y principios de aplicaciones positivas, no obstante no existen teorías ni sistemas. Esto no es inconveniente para ser tomado como plataforma de esas soluciones y generalizaciones formuladas con independencia de las instituciones puedan formar un sistema o teoría general del negocio jurídico de acuerdo a las ideas de los romanos.



Al momento de estudiar la esencia del negocio jurídico observamos cómo se reconoce la voluntad para poder crear relaciones jurídicas reconocidas por el derecho. Los romanos no poseían una definición de negocio jurídico, pero es posible construir basado en sus principios, una definición de este concepto.

Podemos definir negocio jurídico de esta forma: declaración de voluntad que se exterioriza y que va dirigida a la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas. Derivado de esta definición inferimos que es la voluntad expresa el elemento esencial del concepto anteriormente expuesto.

No se puede reconocer eficacia jurídica a la voluntad interna ya que se despojaría al derecho de una de sus consecuencias más importantes; la seguridad o certeza jurídica, pudiendo ser varias declaraciones de voluntad dependiendo de la naturaleza negocio jurídico.

Se señala declaración de voluntad individual en el orden privado, excluyendo las sentencias judiciales o resoluciones gubernamentales y al derecho público en general. El problema surge de precisar los términos de la definición. ¿Cuál es el alcance que debe de tener la voluntad dentro del negocio jurídico?

Tratando de responder lo anteriormente debatido, algunos autores afirman que la necesidad de declaración de voluntad ha de ser dirigida a la producción de todas las consecuencias jurídicas propias del acto de tal forma que solo lo querido por el sujeto es lo reconocido dentro del ordenamiento jurídico. Este criterio, viene a ser una exageración ya que de ser cierto, en la práctica se realizarían muy pocos negocios jurídicos con todos sus efectos, ya que no siempre es posible tener a la vista a todas las personas que intervienen en él.

1.1. Definición de negocio jurídico

Existen muchas definiciones de diversos autores sobre el negocio jurídico, de las cuales cito a la de Giorgio del Vecchio quien conceptualiza negocio jurídico como “un acto voluntario y lícito que produce consecuencias jurídicas”.¹

Ahora bien el ilustre civilista Díez Picazo, sostiene que “el negocio jurídico es un acto de autonomía privada, que reglamenta para sus autores una determinada relación o determinada situación jurídica. Su efecto inmediato, consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o situación jurídica y establecer la regla de

¹ Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del derecho*. Pág.414

conducta o precepto por el cual debe regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación, recaen sobre las partes”.²

Respecto a el negocio jurídico Manuel Ossorio expresa: “en la moderna literatura jurídica se da este nombre a todo acto voluntario y lícito de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derecho y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado.”³

El maestro español De Castro, sugiere que negocio jurídico es “la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base a dicha declaración o acuerdo sea completado con otros hechos o actos”.⁴ Ahora bien Betti indica: “declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos”.⁵

De acuerdo al Código Civil de Sajonia de 1863 el negocio jurídico en su definición más técnica se puede referir como: “un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige de acuerdo a las leyes a constituir, cambiar una relación jurídica”.

²Diéz Picazo, **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Pág. 73

³Ossorio Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 619.

⁴De Castro, **El negocio jurídico**. Pág.34

⁵Betti, **Teoría del negocio jurídico**. Pág. 57



De acuerdo a las definiciones anteriormente expuestas, se afirma que **negocio jurídico**, es un acto jurídico de declaración de voluntad y lícito que se puede realizar entre dos o más personas, realizado de acuerdo a una norma jurídica, para la consecución de un fin práctico, que será: crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado, lo cual creará entre estas personas una relación jurídica.

En virtud de lo anterior, el Código Civil Decreto Ley número 106 en su Artículo 1251 indica que el negocio jurídico requiere para su validez capacidad legal de quien declare su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito, estos elementos son indispensables para que cualquier negocio jurídico nazca a la vida jurídica, y para que surtan todos sus efectos.

De acuerdo al Código Civil y conforme mi criterio, afirmo que los requisitos generales de los negocios jurídicos son los siguientes:

1. Declaración de voluntad de las personas;
2. Capacidad del Sujeto;
3. Consentimiento que no adolezca de vicio; y
4. Objeto lícito



Referido al primer requisito, se ha destacado su importancia señalando que la voluntad se exteriorice. La capacidad de derecho y de hecho es una condición general a todos los actos jurídicos. Ahora bien capacidad legal es aquella aptitud derivada de la personalidad que una persona tiene para ser objeto de derechos y obligaciones; el consentimiento que no adolezca de vicio se hace referencia a que en el momento de dar el consentimiento, no deben de existir circunstancias que hagan inoperante el negocio, estas circunstancias pueden ser: el dolo, el error y la violencia.

Estos tres elementos se explican a continuación:

El error es la falsa noción que se tiene de una cosa, no todos los errores anulan el acto;

Dolo es cuando una de las partes o un tercero induce a error a la otra para decidirla a prestar su consentimiento a través del empleo de maniobras fraudulentas, con el objetivo de obtener ventaja a sus expensas.

Violencia la cual es un acto de fuerza moral o material ejercida contra personas para obligarla a dar su consentimiento en un contrato; la licitud del objeto es primordial que se exija ya que nada que sea ilícito puede ser amparado dentro del derecho.

La posibilidad del objeto está totalmente ligada con su existencia ya sea material o jurídicamente. Si se acuerda la entrega de una cosa que no puede realizarse de forma física es imposible reconocer derecho de validez a ese pacto debido a que no existe el



objeto. También existen imposibilidades jurídicas cuando existiendo el objeto, el derecho prohíbe que se pacte sobre él. Si ponemos como ejemplo el derecho romano se encuentran cosas fuera del comercio jurídico tales como las públicas, sagradas y religiosas, según se dicta en sus escritos eran nulas las estipulaciones sobre estas.

El objeto lícito se refiere a que el acto que se realice debe estar bajo amparo legal y no debe de realizarse en contra de leyes prohibitivas expresas ya que si el acto es antijurídico el negocio es ilícito.

1.2. El negocio jurídico mercantil

Villegas Lara indica: “Teniendo en cuenta que el derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas codificadas o no que regulan la actividad profesional de los comerciantes, las cosas mercantiles y los negocios jurídicos mercantiles”.⁶ De acuerdo con esto, el negocio jurídico mercantil es aquel negocio que tiene por objeto un acto de comercio, y de esta forma, se define acto de comercio, es todo aquel acto regulado en el Código de Comercio; Decreto 2-70 del congreso de la República de Guatemala o cualquier otro semejante, entonces, el negocio jurídico mercantil ha de ser considerado como un acto de comercio en virtud de las condiciones de las partes que intervienen, quienes pueden o no se comerciantes dependiendo de la función de su objeto, por

⁶Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág.21.



ejemplo, si se tiene un objeto que el Código de Comercio aprecie como mercantil o no dependiendo básicamente de los criterios tomados conjuntamente.

El Código de Comercio en su segundo Artículo indica que son comerciantes aquellas personas que en nombre propio y con fines de lucro ejercen las siguientes actividades:

1. La industria dirigida a la producción y transformación de los bienes y la prestación de los servicios;
2. La intermediación en la circulación de bien
3. es y prestación de servicios;
4. Banca, seguros y fianzas; y
5. Los auxiliares de los anteriores

De acuerdo al Artículo mencionado, se infiere que actos se consideran de comercio y quienes se consideran comerciantes debiendo de cumplir requisitos fundamentales. Para ser considerado como comerciante se debe de actuar en nombre propio, es decir que el sujeto debe de actuar para sí; no para otro; de no actuar en nombre propio serian auxiliares de los comerciantes. Al mencionar que debe de poseer fines de lucro quiere decir que el comerciante no actúa con fines benéficos sino que su finalidad es obtener ganancia con el objeto de aumentar su fortuna personal. Así mismo debe dedicarse a actividades calificadas como mercantiles las cuales el Código enumera, tomando en



cuenta esto, podemos decir que al industria referirse a industria puede ser en la producción de bienes y la prestación de servicios; es decir que no hace labor intermediadora.

En el segundo inciso, clasifica como comercio también la intermediación en la circulación de bienes y la prestación de servicios siendo esta tradicional función del comerciante, es decir la persona colocada entre el productor y el consumidor, así también es entendible que las actividades de bancos, aseguradoras y afianzadoras son típicamente mercantiles. Ahora bien al mencionarse en este artículo los auxiliares de las anteriores, se refiere a los actos auxiliares del comercio y no a los auxiliares del comerciante. Cabe mencionar que en la legislación guatemalteca las sociedades mercantiles cualquiera sea su objeto, son consideradas comerciantes.

Por lo tanto se puede considerar que el negocio jurídico mercantil es aquel en el cual intervienen personas denominados comerciantes quienes realizan los actos contenidos en la legislación como comercio, es decir un acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica en virtud de la cual dos a más personas en crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones derivadas de actos de comercio, lo cual conlleva a crear un ámbito mercantil dentro de los estándares de la legalidad y del derecho, fundamentada en la buena fe comercial.



1.3. El contrato

El contrato, ha sido parte de la vida del hombre y de la sociedad desde las primeras formas de organización social, hoy en día, es una de las instituciones del derecho civil, que se relaciona con todas las ramas del derecho.

En el imperio romano, este no pudo ser precisado de forma definitiva y general debido a que se crearon diferentes tipos contractuales en los cuales se dependía más de las necesidades prácticas de las personas que alguna otra circunstancia.

En este sentido, asevero que dentro del sistema contractual romano, solo se consideraban contratos aquellos tipificados en el ius civile, por lo cual es importante que antes de entrar al estudio de los contratos, se debe de aclarar el sentido de los términos convención, pacto y contrato.

La convención vendría a ser un acuerdo de voluntades que al recaer sobre un negocio jurídico, tiene por objeto crear, modificar o bien extinguir algún derecho que tenga destinado producir efectos, esto quiere decir normar los derechos de las partes. La convención entonces, era un negocio que podía ser bilateral o multilateral por cuanto



requería el concurso de dos o más voluntades. La convención constituirá el género con respecto a los contratos.

De acuerdo a Díaz Menchu y Alveño Hernández, “en esta época, el puro y simple acuerdo de voluntades respecto a algún aspecto no contemplado por el iuscivile, no era considerado sino pactum”.⁷ De acuerdo a lo anterior, podemos darnos cuenta, que el pacto es distinto a la convención, ya que solamente producen una excepción.

Siguiendo el paso del tiempo, el pacto se fue asemejando al contrato, hasta otorgar acciones para exigir su cumplimiento. El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades reconocido por el derecho civil, y está dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles, además siempre estaba protegido por alguna acción que le entregase una eficacia jurídica plena, lo que podía suceder en algunos pactos, sin que estos se pudieran contabilizar dentro de la categoría de contratos, cabe mencionar que existían gran número de convenciones o pactos que contrario a los contratos, no tenían forma de ser exigidos por ninguna acción y de hecho no poseían nombre.

Un principio que fue reconocido por los romanos, fue el hecho de que la voluntad de las partes constituyó el elemento formal de las convenciones en donde se atribuye que la convención formal entre las partes formara ley; por lo tanto, admiten que toda

⁷Díaz Menchu, Luis; Alveño Hernández, Marco. *Apuntes de derecho romano*. Pág. 230



convención no reprobada hace nacer una obligación entre las partes contratantes, pero para que la obligación tuviese fuerza ejecutoria en el derecho de los quirites, era preciso que además tuviese una causa civil, estos eran los contractus.

Originariamente, el vocablo contractus, no poseía un significado técnico jurídico preciso, exactamente este término se refería genéricamente a un negocio o bien a una obligación (obligatio contracta), por lo tanto contractus es aquella situación que da origen a un vínculo jurídico, que es en lo que consiste la obligatio.⁸ Con esto, tenemos una definición completa de contrato de acuerdo al derecho romano.

1.3.1 La evolución del contrato

Como se ha expuesto anteriormente, no todo acuerdo de voluntades era contrato, sino que era una obligación, a la cual la ley le permitió que fuese exigible civilmente.

Surgen las obligaciones llamadas obligationes re contractae, que implican el surgimiento del vínculo porque el acuerdo de las partes, va acompañado de la entrega de una cosa, lo que se consideró un avance, ya que con la entrega de la cosa, existió la posibilidad de exigir la obligación y de la restitución de la cosa.

⁸Betti, Ob Cit. Pág.70



En este mismo sentido, y de acuerdo al *iuscivilenovum*, se introdujo la obligaciones *consensucontractae*, que es efectivamente un acuerdo de voluntades de forma consensual, luego en el derecho Justiniano, el contrato paso a ser un acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra, incluyendo a cualquier clase de negocio que tuviera por fin crear, modificar o extinguir obligaciones dentro de una relación jurídica.

De esta forma se continuó utilizando la doctrina en cuanto a los contratos, hasta bien avanzados los siglos intermedios, en los que la mayor influencia la constituyo las fides, las que siendo influenciadas por el derecho canónico; consistían en un acuerdo puro, sin entrega de la cosa, aunque se podían generar obligaciones; siendo influenciadas por el derecho canónico.

Avanzando en el tiempo, en el siglo XIX, a raíz de los progresos técnicos y la prosperidad de los pueblos durante el período liberal, se define al contrato como actualmente se le conoce, siendo un acuerdo de voluntades, consensual y exigible; esto debido a la influencia de carácter típico y político.

En este momento, el contrato se funda en la obligatoriedad y la fuerza vinculante, condiciones que provienen del acuerdo de voluntades entre las partes.



1.4. Definición de contrato

Para hilvanar una definición de contrato de acuerdo al derecho actual, se pueden mencionar distintas definiciones, empezaré citando al autor Manuel Ossorio, quien define contrato de esta forma: “hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a regir sus derechos”.⁹

Ahora bien Díez Picazo afirma que “contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan”.¹⁰

Para Puig Peña, el contrato es: “cuerdo de voluntades anteriormente divergentes por virtud de la cual las partes dan vida, modifican y extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”.¹¹

El Código Civil francés en su Artículo 1101 indica que “el contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan hacia otras o a varias más, a dar, hacer o no hacer una cosa.

Lasarte define el contrato así: “el contrato es un mecanismo de generación de derechos y obligaciones respecto a las partes, quienes se encuentran vinculadas a la realización

⁹Ossorio, Manuel, *Ob. Cit.* Pág.167

¹⁰Díez Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Pág. 121

¹¹Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil Español*. tomo III. Pág. 329



de su promesa por el mero hecho de haberse comprometido a ello, por haber prestado su consentimiento”.¹²

El Código Civil español establece una amplia reglamentación de los contratos particularmente en el título segundo del libro IV, específicamente en el Artículo 1254 el cual versa de esta manera: “el contrato existe desde que una persona o varias personas consientan en obligarse respecto de otras u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Al respecto el Código Civil expresa que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

En virtud de lo expuesto anteriormente, se deduce que la definición Puig Peña, es la más atinada de todas las definiciones, debido a que incorpora todos los elementos del contrato, desde su esencia hasta sus elementos característicos, además es compatible con la definición de contrato contenida en nuestro Código Civil.

1.4. Sistemas de contratación

Los sistemas de contratación a criterio de Rafael Rojina Villegas son: “los diferentes criterios con que en cada legislación se determina la base fundamental a que ha de ajustarse la formación de los contratos”.¹³

¹²Lasarte Álvarez. *Principios del derecho civil*. Pág. 6

¹³Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, volumen IV. Pág. 7.



Entre los sistemas de contratación encontramos: sistema formalista, el sistema consensual y el sistema ecléctico, los cuales se describen a continuación:

Formalista: Este sistema fue el primero en utilizarse, sobre todo era aplicado en los pueblos antiguos, se caracterizaba por la exigencia de requisitos de índoles esencial, estos eran necesarios para la existencia y validez de los contratos. En la mayoría de legislaciones orientales este tipo de contratación tuvo una naturaleza eminentemente religiosa, mientras que la romana y germana tuvo más bien un carácter totalmente civil.

Consensual: Este sistema nace como consecuencia de la aplicación del sistema formalista por romanos y germanos, como estos ya tenían una forma para realizar una contratación, no represento problema alguno hasta que surgieron relaciones por medio de las cuales las partes se obligaban a alguna cosa, pero contenían características que las hacían diferentes y complejas, lo cual trajo como resultado entre los particulares un aumento de relaciones que no estaban previstas.

Esto derivó a que las personas, utilizaran su consentimiento en las relaciones en las cuales se involucraban, dejando a un lado lo que les era impuesto por el formalismo, de esta forma las relaciones contractuales surgidas entre los pobladores de esas regiones dio como resultado que estas se perfeccionasen a través del consensualismo, independientemente de cómo estos quedaran expresados.

Sistema Ecléctico o Moderno: Este sistema surge de la necesidad que tienen las legislaciones actuales de asegurar a las partes que intervienen en un contrato de la



imprecisión que puede surgir, cuando la forma en la cual deben constar no es esencial para su perfeccionamiento, pero sí lo es el consentimiento. Por lo anterior, el consensualismo no es válido de forma pura en ningún ordenamiento legal, lo cual ha producido que la voluntad sea obtenida y comprobada de forma escrita, aunque permitiendo que en ocasiones excepcionales, baste solo el conocimiento.

1.5. Características de las obligaciones mercantiles

Es necesario tomar en cuenta las características propias del derecho mercantil antes de abordar de lleno lo concerniente al contrato mercantil, ya que con estas características, poseeremos un panorama más amplio y general de lo que podría acontecer dentro la relación contractual mercantil.

1.5.1. Solidaridad de deudores

Las obligaciones mancomunadas, que son aquellas en las cuales intervienen dos o más personas ya sea como la parte activa o pasiva de la relación contractual, al observar el Artículo 1347 del Código Civil llegamos a la conclusión que la mancomunidad puede ser simple o solidaria, será mancomunidad simple cuando solo un sujeto de la relación responda a una parte de la obligación y será solidaria cuando sea pactada de forma expresa.

El Artículo 1348 de este cuerpo legal establece que la en la mancomunidad simple los deudores no quedan obligados a cumplir íntegramente la obligación ni tiene derecho cada uno de los acreedores para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso,



el crédito o la deuda, se consideran divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya, y cada parte constituye una deuda o un crédito separados.

Ahora bien el Artículo 1352 del mismo Código, se refiere a que existirá mancomunidad solidaria cuando varios deudores estén obligados a una misma cosa, que todos o cualquiera de ellos pueda ser constreñidos al cumplimiento total de la obligación, y el pago por uno solo libera a los demás; y es solidaria con respecto a los acreedores cuando cualquiera de ellos tiene el derecho de exigir la totalidad del crédito y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor.

De los Artículos citados anteriormente establece una especialidad de las obligaciones mercantiles mancomunadas, ya que si en una obligación mercantil existen varios deudores y en virtud del Artículo 674 del Código de Comercio su mancomunidad será solidaria, esto quiere decir que la mancomunidad se presume en cuanto a obligaciones mercantiles, salvo disposición en contrario.

1.5.2. Exigibilidad de las obligaciones sin plazos

De acuerdo a lo plasmado en el Artículo 1283 del Código Civil, si el negocio no señala que si el negocio no señala plazo o por su naturaleza y circunstancias, se la ha concedido al deudor el plazo de la misma, el juez será el que determine su duración. La mayoría de las ocasiones a petición del acreedor, caso contrario de las obligaciones mercantiles, ya que de acuerdo al tenor del Artículo 675 del Código de Comercio, son exigibles inmediatamente las obligaciones para cuyo cumplimiento no se hubiere fijado



un término en el contrato, a excepción claro que el término en si fuese consecuencia de la propia naturaleza del contrato.

1.5.3. Mora mercantil

Mora es la situación jurídica en la cual recae el sujeto que no cumple con su obligación o no acepta la presentación del parte del deudor, y es una característica propia del derecho civil que para que se caiga en mora, es necesaria la interpelación, es decir requerimiento de forma judicial o por medio de notario, sienta opuesto a las obligaciones y contratos mercantiles, ya que se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, basta que venza el plazo o que sea exigible. La única excepción a esta regla son los títulos de crédito cuando exista pacto en contrario.

Ahora bien el Código Civil instituye que la mora causa daños y perjuicios los cuales deben de ser pagados al acreedor, y según el Artículo 1434 los daños y perjuicios deben de ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, y además estos daños y perjuicios deben de ser probados ya que no es suficiente solo con la reclamación o pretensión a menos que exista clausula indemnizatoria.

En contrario sensu, en el derecho mercantil existe un mandato para el deudor moroso de pagar los daños y perjuicios salvo pacto en contrario; cuando la obligación tuviere por objeto cosa cierta y determinada o determinable, los daños y perjuicios se cuantificaran de acuerdo al interés legal de acuerdo al precio del contrato y a falta de este si es un título de crédito su cotización en la bolsa al por el que se tenga en la plaza el día de su vencimiento o bien algún precio que fijen expertos en defecto de lo anterior.



1.5.4. Derecho de retención

A la luz del Artículo 682 del Código de Comercio establece que el derecho de retención es la facultad que se concede al acreedor cuyo crédito sea exigible, y consiste en retener los bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallaren en su poder, o de los que tuvieren la disposición por medio de títulos de crédito representativos. Los retiene hasta que el deudor cumpla con la obligación, esto quiere decir que la retención funciona como garantía para el cumplimiento de la obligación.

El Artículo siguiente del mismo cuerpo legal dictamina que acreedor que tenga bienes retenidos de su deudor, tendrá las obligaciones concernientes a un depositario, tales obligaciones son:

1. Guardar la cosa depositada y no hacer uso de ella;
2. Registrar las cosas que se hayan entregado embaladas o selladas;
3. Avisar cualquier pérdida o deterioro que pudiera sufrir las cosas y las medidas que deban de utilizarse para evitarlo; y finalmente
4. Indemnizar los daños y perjuicios que por dolo o culpa sufre el deudor con relación a la cosa.

Otras disposiciones en cuanto a la retención se enumeran a continuación:

1. Cesara la retención si el deudor consigna la suma adeudada o bien la garantiza;
2. Lo que disponga el deudor en cuanto a los bienes retenidos no afecta la retención;



3. Si los bienes retenidos son embargados, el acreedor que los posee tendrá derecho a conservar la posesión de los bienes con carácter de depositario judicial;
4. El acreedor tendrá derecho preferente a ser pagado si el bien retenido estaba en su poder en razón del mismo contrato que origino su cuenta y ser pagado con prelación al embargante siempre que su relación de crédito sea anterior a este; el acreedor que retiene pagará costas judiciales, daños y perjuicios si no entabla la demanda dentro del término legal o bien si se declara improcedente su demanda, la ley no especifica plazo para interponer la demanda, salvo que en cada contrato se pronuncie sobre este plazo específico.

1.5.5. Capitalización de bienes

Es también conocido como anatocismo, expresamente prohibido en el Código Civil en el Artículo 1949. Básicamente capitalizar intereses es que cuando el deudor deja de pagarlos, la cantidad que se adeude por ese concepto, acrecienta el capital de tal forma que a partir de la capitalización, los intereses aumentan porque aumento la suma de capital. Respecto a la capitalización, el Artículo 691 del Código de Comercio versa de esta forma: en las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas en el periodo de que se trate.



1.5.6. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo

De acuerdo al Artículo 693 del Código de Comercio, se establece que las obligaciones de tracto sucesivo, salvo pacto en contrario, la falta de un pago será suficiente para que se por vencida y se haga exigible toda la obligación.

1.6. Contrato mercantil

Una definición de contrato mercantil es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto un acto de comercio.

De acuerdo al jurista argentino Celestino Araya los contratos mercantiles son "aquellos que están legalmente regidos por una rama especial del derecho, el mercantil o comercial, y revestirán el carácter de tales cuando reúnan las características que establezcan las leyes respectivas de cada país.

Algunos países consideran que son contratos comerciales los que se realizan entre comerciantes, sin importar su objeto (criterio subjetivo) mientras en otros se toma en cuenta el objeto del contrato, o sea, si tiene un fin de lucro y si intermedia en las relaciones de producción y consumo de bienes.



Se exigen en general para su perfeccionamiento, menos solemnidades que en los contratos de materia civil, para agilizar las transacciones de este tipo. Los medios de prueba son también más amplios que en los contratos civiles”.¹⁴

En virtud de estas definiciones, podemos aseverar que para que un contrato es considerado un acto de comercio de acuerdo a la función de las partes que participen en él, es decir si quienes intervienen en el contrato son comerciantes o no, en función de su objeto, si tiene un objeto que el Código de Comercio condiciona como mercantil, o no en función de los dos criterios tomados conjuntamente, es decir que si dentro del contrato actúan partes que sean comerciantes y partes que no lo sean y basado legalmente en lo versado en los Artículos segundo, cuarto y quinto del Código de Comercio se entiende que este tipo de forma contractual tendrá una naturaleza mixta.

El contrato de constitución de una sociedad mercantil en cualquiera de sus formas vendría a ser el ejemplo tipo de un negocio netamente mercantil ya que de acuerdo a su objeto el cual radica en la puesta común de bienes y servicios para una realización económica con el único fin de obtener lucro.

1.6.1. Principios que rigen la contratación mercantil.

Para un concreto y correcto conocimiento acerca de la contratación mercantil, y aplicando fielmente la doctrina se hace necesario mencionar los siguientes principios:

a. La verdad sabida;

¹⁴ Araya, Celestino, *Títulos circulatorios, derecho cambiario*. Pág. 10.



- b. La buena fe guardada;
- c. Toda pretensión se presume onerosa;
- d. Intención de lucro; y
- e. Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

De acuerdo al Código de Comercio en el Artículo 669 las obligaciones de tipo mercantil se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada.

Es una característica propia de la contratación de tipo mercantil el poco formalismo con que estos principios funcionan, por lo tanto es acertado decir que las partes que se obligan a través de estos contratos, realmente están al tanto de sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, si fuese de otra forma, se destruiría la seguridad del tráfico mercantil.

1.7. Características de los contratos mercantiles

A continuación se enumeraran las principales características observadas en la contratación mercantil:



1.7.1. Representación mercantil

En el derecho mercantil se utiliza un tipo de representación denominada como representación aparente, lo que quiere decir que una persona se manifiesta como representante de otra, si necesidad de mandato, a diferencia de lo previsto dentro del derecho civil.

El Artículo 670 del Código de Comercio afirma que quien haya dado lugar con actos positivos u omisiones a que se crea conforme 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.

1.7.2. Formas del Contrato Mercantil

De acuerdo al Código Civil guatemalteco, existen distintas formas de contratar y obligarse las cuales son:

1. Por medio de escritura pública;
2. Documento privado;
3. Acta levantada por alcalde del lugar;
4. Por correspondencia y verbalmente

En relación al derecho mercantil, y en cuanto a la forma es necesario manifestar que se encuentra más simplificada, ya que una de las características esenciales de este



derecho es su poco formalismo, es por eso que en el derecho mercantil las partes quedan vinculadas de acuerdo a como hayan querido obligarse.

Es necesario hacer la salvedad, que hay contratos que quedan fuera de este rubro por cuanto son contratos solemnes, tal como el fideicomiso y la sociedad, ya que para que estos tengan plenos efectos deben de constar en escritura pública.

1.7.3. Clausula compromisoria

Esta cláusula contenida dentro de las obligaciones civiles y consiste en que al momento que surja alguna controversia, los contratos pueden ventilarse mediante juicio arbitral, para que esto surta efecto ha de ser consignada en escritura pública. Ahora bien dentro del terreno mercantil, se encuentra una situación diametralmente distinta ya que puede discutirse un contrato mediante arbitraje sin que haya necesidad de incluir dentro de la escritura pública una clausula compromisoria, todo esto según versa el Artículo 671 del Código de Comercio.

1.7.4. Contratos mediante formularios; mediante pólizas o por adhesión

Este tipo de contratación ha sido muchas veces criticada doctrinariamente ya que es evidente que pone en desventaja al consumidor frente a la persona que ofrecerá el servicio; sin embargo sigue siendo considerado como el medio más adecuado para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades.

Por esto se tiene considerado que este tipo de contratación, es más común encontrarla en el ámbito mercantil. De hecho dentro del tráfico comercial es normal que se suscriban este tipo de contratos, en virtud de esto, el Código de Comercio establece reglas, como protección al contratante que reciba la oferta de contrato. Este contrato es el resultado de la negociación en masa, son elaborados en serie, están sometidos a leyes de estandarización inexorable; y mediante un proceso de tipificación contractual reduce tanto el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo.

El Código de Comercio regula dos tipos de modalidades de contrato de adhesión:

1. Contrato mediante formularios: De acuerdo al Artículo 672 del Código de Comercio aquellos que sean estandarizados por formularios estarán normados por estas reglas:
 - 1.1. De existir duda, se interpretaran en sentido menos favorable para aquel que haya preparado el formulario
 - 1.2. Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres subrayados o bien distintos de los demás contenidos en el contrato.
 - 1.3. De existir clausulas adicionales, prevalecerán sobre las del formulario aunque hayan sido dejadas sin efecto.
2. Contrato mediante pólizas: Este tipo de contrato se celebran mediante pólizas, facturas, órdenes o cualquier otro documento firmado por una de las partes. En estos contratos es común que tales documentos no concuerden con lo solicitado, en este caso el Código de Comercio en su Artículo 673 establece que deben de pedir



rectificación correspondiente a los quince días, de lo contrario se tendrá por aceptadas las condiciones, ahora si la persona no contesta la rectificación en un plazo de quince días se tendrá como aceptada la rectificación; es decir que el silencio en estos casos se tendrá como manifestación tácita de la voluntad.

1.7.5. Omisión fiscal

Cuando los obligados no cumplen con la obligación fiscal, puede ocasionar que los actos contraídos entre las partes adolezcan de ineficacia. Es importante mencionar que la omisión de las especies fiscales afecta la buena fe en comercio mercantil, el Código de Comercio en su Artículo 680 establece que si bien la omisión fiscal no produce ineficacia, tampoco libera a los obligados de pagar los impuestos omitidos.

1.7.6. Libertad de contratación

Al tenor de lo contenido en el Artículo 681 del Código de Comercio establece que nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho. De acuerdo a lo versado por la ley entendemos que cada persona tiene libertad absoluta para obligarse en la manera que crea conveniente, y dentro del ámbito mercantil establece que nadie está obligado a contratarse, teniendo como excepción únicamente que él no rehusar contratarse cuando se pueda constituir acto ilícito o abuso de derecho.

1.7.7. Clausula rebús sic stantibus

Esto voz latina simplemente quiere decir que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas rebús, se mantengan, stantibus en las condiciones iniciales. Afín a esta idea, el Artículo 688 del Código de Comercio, instituye que el deudor puede demandar la terminación del contrato únicamente en aquellos que sean de tracto sucesivo y los de ejecución diferida cuando existan hechos imprevisibles y extraordinarios que hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de la obligación, si se concluyere el contrato de esta forma, no se afectaran aquellas obligaciones ejecutadas o aquellas que se han incurrido en mora.

1.8. Clasificación de los contratos

A continuación enumeraremos las distintas clasificaciones existentes en los contratos mercantiles de conformidad con la ley actual vigente y la doctrina.

1.8.1. Unilaterales y bilaterales

Unilaterales: son aquellos en los cuales, la obligación recae únicamente sobre una de las personas contratantes, como en la donación pura.

Bilaterales: son aquellos en los cuales las partes se obligan recíprocamente.



1.8.2. Onerosos y gratuitos

Onerosos: Son aquellos contratos en los cuales la prestación de una de las partes tiene como contrapeso otra prestación, es decir se ante la obligación se tiene un derecho.

Gratuitos: Fundamentados en la libertad, es decir se da algo por nada. Esta forma contractual no se da en derecho mercantil ya que la onerosidad es principio de este derecho.

1.8.3. Consensuales y reales

Consensuales: Es consensual cuando se perfecciona en el momento en el que las partes prestan consentimiento.

Reales: Son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa objeto de contrato.

1.8.4. Nominados e innominados

Nominados: Son aquellos a los cuales la ley o costumbres de los comerciantes, les dan nombre.

Innominados: Son contratos que carecen de nombre por falta de regulación dentro de un sistema legal.



1.8.5. Principales y accesorios

Principales: un contrato es principal cuando surte efectos por sí mismo, sin recurrir a otro, es decir, que subsiste por sí mismo.

Accesorios: un contrato se considera accesorio cuando es necesaria la existencia de otro contrato para la existencia de este a la vida jurídica.

1.8.6. Conmutativos y aleatorios

Conmutativos: son aquellos en los cuales las partes están sabidas desde que inicia el contrato cual es la naturaleza y el alcance de sus prestaciones, de tal forma que desde consignan el contrato sabrán el beneficio o pérdida que podría causar el negocio.

Aleatorios: Es aleatorio cuando el contrato depende de un acontecimiento futuro e incierto que determina pérdida o ganancias para las partes.

1.8.7 Típicos y atípicos

Típico: Es cuando un contrato está estructurado en la ley en sus elementos esenciales.

Atípico: Es aquel que siendo contrato por crear, modificar o extinguir obligaciones, la ley no lo contempla de forma específica.



1.8.8. Formales y no formales

Formales o solemnes: Son aquellos en los cuales la ley exige determinadas formas, que de no solventarlas, carecen de vida jurídica.

No formales: Es cuando el vínculo jurídico no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad. Esto último es regla en el derecho mercantil.

Por lo anterior tiene mucho sentido este tipo de clasificación para el derecho mercantil, por el poco formalismo que lo caracteriza. Aunque la ley exige casos concretos en los cuales se utilizara el uso de formalidades para que estos contratos estén revestidos de plena validez.

1.8.9. Condicionales y absolutos

Condicionales: Es condicional cuando las obligaciones que genera se sujetan a condición supresora o resolutoria.

Absolutos: Se da cuando su eficiencia no está sometida a una condición.

1.8.10. Tracto único y tracto sucesivo

Tracto único: Son aquellos en los cuales se consuma o se cumple, una sola vez en el tiempo.



Tracto sucesivo: Se da cuando las obligaciones se van cumpliendo dentro de término o plazo que se prolongue después de que se prolongue el contrato.





CAPÍTULO II

2. Contrato de capital humano

A continuación desarrollaremos el contrato atípico mercantil conocido como contrato de capital humano, de tal forma que sea posible entender los alcances y efectos que genera la consignación de este contrato, así como las obligaciones que concibe para cada una de las partes y como este se perfecciona y se lleva a cabo en la práctica.

2.1. Consideraciones generales

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo segundo, establece que es deber del estado garantizar a sus habitantes el desarrollo integral de la persona; en este sentido, es menester entender como desarrollo integral de la persona en Guatemala se encuentra referido a satisfacer sus necesidades económicas de la forme en la cual estime conveniente, incluida dentro de estas; el comercio. El texto constitucional, también reconoce la libertad de industria, trabajo y comercio, exceptuando aquellas limitaciones que la ley impone.

Por su parte el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, responde al desarrollo económico del país a través de la regulación legal contenida en él, dicho cuerpo legal, posee una orientación filosófica adecuada y fundamentada en la realidad económica nacional; es por esto que el Código de



Comercio tiene un criterio mercantil amplio y flexible con el fin de estimular y organizar la libre empresa y agilizar el tráfico mercantil, en ese afán de agilizar el tráfico mercantil el comerciante ya sea en forma individual o comercial, ha buscado las formas de obtener mayor beneficios económicos con la finalidad de aumentar su riqueza personal.

Por lo tanto ha implementado nuevas formas de contratación, por lo cual dentro del ámbito comercial nacional e internacional, se ha hecho más común el uso de contratos atípicos; es decir que la ley mercantil vigente no regula pero que se da en la práctica mercantil; este tipo de contratos están basados en la configuración interna, que ve como única limitante la creatividad de las personas para crear nuevas formas de contratación; estos contratos pasar a ser ley entre las partes; aunque no se encuentren tipificadas en ninguna ley; teniendo en cuenta que esta forma de contratarse debe de ir de acuerdo al orden público y no debe de violentar leyes prohibitivas expresas.

En cuanto a la fundamentación de la falta de codificación y regulación de este tipo de contratos, es difícil codificar la totalidad de contratos mercantiles, por motivo de la rapidez con la cual se hacen las transacciones del comercio, así como la constante evolución que posee el propio derecho mercantil.

El objeto del contrato de capital humano es que una de las partes obtiene recursos para financiar su educación superior, a cambio de entregar un porcentaje de sus futuros



ingresos durante un periodo de tiempo predefinido en el contrato, a quien financio la operación. Por lo anteriormente expuesto, se puede deducir que una característica propia de este contrato es que este tipo de servicio puede ser brindado por una entidad financiera o una persona individual interesada, en beneficio de un particular, en cuanto a sus elementos personales dentro de este tipo de contratación podemos encontrar: a la persona que recibe la prestación, en la mayoría de casos una persona individual quien recibe una serie de recursos para financiar su educación superior; y otra parte pudiendo ser una persona natural o jurídica, que será quien preste el servicio, su naturaleza jurídica es de orden privativa en virtud de quien presta el servicio lo hace con ánimo de lucro.

2.2. Origen del contrato de capital humano

Debemos de ubicarnos en el ámbito del crecimiento económico, donde la importancia reedita en la producción de bienes y servicios; frecuentemente el crecimiento económico va acompañado de una mejora de las condiciones de vida, por ello muchas políticas económicas persiguen el crecimiento económico. El crecimiento económico puede lograrse aumentando la cantidad de factores productivos (trabajo y capital físico), mejorando la calidad de dichos factores y/o aumentando la eficiencia con la que éstos se combinan en los procesos productivos. Los dos últimos objetivos se refieren al aumento o mejora del capital humano. En este sentido los autores Theodore Schultz y Gary Becker. De acuerdo con el trabajo de estos “gran parte del crecimiento económico



de las sociedades occidentales podía explicarse si se introducía una variable llamada capital humano, correlacionada con el nivel de formación especializada que tenían los agentes económicos o individuos de una sociedad.

Estos trabajos introdujeron en la política económica la noción de inversión en capital humano, que supone, en definitiva, una mejora en la calidad del factor trabajo que puede contribuir al crecimiento económico por dos vías diferentes, aunque interrelacionadas:

Aumentando la productividad de los factores productivos

Impulsando el progreso técnico y, por tanto, mejorando la eficiencia con la que éstos se combinan las personas.”¹⁵

Entonces, como forma de acrecentar el capital humano y entendiendo la importancia que representa el capital humano; en Estados Unidos; la empresa privada empezó a financiar a jóvenes con capacidades intelectuales, pero sin recursos, la oportunidad de obtener una educación superior de calidad, bajo la condición de pagar a la empresa la inversión que estos proporcionaron, la cantidad de dinero que esta ofreció, ya sea con intereses o bien con su trabajo para la empresa que ofreció el financiamiento, entendiendo que la ganancia para esta iba a sobrepasar la inversión de la misma, a medida este programa fue dando resultados; empezó a ser más utilizado en Estados Unidos, en donde la matrícula y mensualidades de la educación superior no están al alcance de toda la población, debido a que resulta sumamente onerosa; de tal manera

¹⁵ Sala i Martin, Xavier. *Economía liberal para no economistas y no liberales*. Pág. 158-159.



onerosa; de tal manera que en la actualidad es una opción viable para obtener una educación superior de calidad. Derivado de su éxito en los Estados Unidos esta técnica ha sido reproducida alrededor de todo el mundo, de tal manera que en la actualidad el contrato de capital humano, es sumamente utilizado y llevado a cabo en la práctica, dentro del ámbito mercantil mundial.

2.3. Definición de contrato de capital humano

Debemos iniciar diciendo que la idea original es del premio Nobel, Milton Friedman, quien propuso la adopción de un dispositivo que permita a un inversionista comprar o poseer una parte de los ingresos futuros de un individuo.

De acuerdo con esa línea de pensamiento, los Contratos de Capital Humano, son una opción para el financiamiento de la educación terciaria para estudiantes con restricciones financieras y sin acceso a mecanismos tradicionales.

Ahora bien una definición propia, la brinda el autor Oscar Alejandro Goyez Viteri, quien afirma que este contrato: "es un instrumento por medio del cual un individuo, (estudiante) obtiene los recursos necesarios para financiar su educación superior y a cambio de esto compromete un porcentaje de sus ingresos futuros, durante un predeterminado periodo de tiempo, después de su graduación; por otra parte, la

rentabilidad esperada por el inversionista depende del éxito profesional del estudiante.”¹⁶

De esta definición podemos discernir que el éxito profesional futuro del estudiante es un objetivo que interesa, en esta forma de contratación, tanto al estudiante como al inversionista, además los contratos de capital humano son convenientes porque relevan al estudiante de toda incertidumbre de ser capaz de realizar pagos fijos, por ejemplo, los pagos de un crédito común y corriente; esto permite que el estudiante concentre su atención en su formación y éxito personal, pudiendo también tomar mayores riesgos y lograr mejores resultados.

De acuerdo con Miguel Palacios, los contratos de capital humano; “Son un mecanismo de financiación a través del cual inversionistas reciben pagos contingentes al futuro ingreso de los estudiantes. El porcentaje del ingreso y el período de pago del estudiante se determina con base en los futuros ingresos esperados. Después de completar sus estudios, cada estudiante paga X% de su ingreso durante Y años por cada \$1,000 recibidos.”¹⁷

El mismo autor se refiere a estos contratos en la revista estadounidense Policyanalysis de esta forma: “Los contratos de capital humano son instrumentos de equidad

¹⁶GoyezVitieri, Oscar Alejandro. **Contratos de capital humano**. Pág. 2

¹⁷Palacios, Miguel. **Los contratos de capital humano como alternativa de financiación privada de educación**. Pág.2



financiera utilizada para financiar educación superior. Estos instrumentos son más asequibles que los préstamos estudiantiles para atraer el capital privado a financiar capital superior, debido a que los pagos dependen exclusivamente de la capacidad del estudiante para reembolsar el financiamiento, en virtud de este contrato de capital humano, un estudiante recibe financiación a cambio de un porcentaje de sus ingresos durante un período fijo de tiempo; estos contratos están fundamentados directamente en las ganancias futuras del estudiante que está siendo financiado y no en un interés predeterminado, los efectos de estos arreglos son, entre otros, menos riesgo para el estudiante, transferencia del riesgo a una contraparte que puede gestionar de mejor manera el financiamiento de la educación además del aumento de información sobre la valor económico de la educación, y el aumento de la competencia en el mercado de la educación superior. Los contratos de capital humano deben ser reconocidos como un financiamiento y no como un préstamo; para que los fondos de inversión se diferencien de un préstamo común. Por último, los contratos de capital humano deben recibir un tratamiento fiscal similar a la de otros medios de financiación de los estudiantes de tal manera que este contrato actúe netamente como una transacción financiera y mercantil.”¹⁸

Con esto claro podemos advertir que este tipo de contratos solo podrá existir entre un estudiante con aspiraciones de educación superior y una empresa privada que esté dispuesta a financiar a este; con la garantía de recibir el pago de su inversión de las ganancias futuras del estudiante; donde lo principal es la garantía del pago; sin embargo existen pocos o nulos intereses; lo cual lo diferencia de un préstamo; y lo

¹⁸ Palacios, Miguel. *Human Capital Contracts Equity-like Instruments for Financing Higher Education*. Pág. 2



convierte en una inversión y por su forma de obligarse lo constituye en una forma independiente de contratación mercantil.

2.4. Objeto del contrato de capital humano

Cuando nos referimos a objeto del contrato, determinamos que es el propósito de las partes intervinientes para crear, modifica o extinguir obligaciones.

De manera simplista es acertado expresar que el objeto principal del contrato de capital humano es cuando una parte (el estudiante) obtiene recursos para financiar su educación superior a cambio de entregar un porcentaje de sus futuros ingresos, durante un predefinido periodo de tiempo, después de su graduación, a quien financiála operación (el inversionista).

Entonces con esto en mente; podemos deducir que el éxito profesional futuro del estudiante es un objeto que interesa, tanto al estudiante como al inversionista, por lo tanto se convierte en el objeto del contrato, ya que esto es lo que generara que el estudiante desee el financiamiento y a su vez lo que permite que cualquier empresa pueda invertir en estos; los contratos de capital humano son convenientes porque relevan al estudiante de toda incertidumbre de ser capaz de realizar pagos fijos, por ejemplo, los pagos de un crédito común y corriente; esto permite que el estudiante



concentre su atención en su formación y éxito personal, pudiendo también tomar mayores riesgos y lograr mejores resultados.

Estos contratos eliminan virtualmente el incumplimiento debido a la insolvencia financiera, porque el pago debe hacerse de acuerdo con el porcentaje comprometido, por lo tanto si no se generan ingresos, no debe pagarse cantidad alguna. Surge entonces, un nuevo tipo de activo, bastante atractivo para la inversión, No es propiedad inmobiliaria, no son bonos. Se está invirtiendo en la capacidad productiva de los humanos.

2.5. Elementos del contrato de capital humano

Para determinar los elementos del contrato de capital humano es preciso saber cuál es el régimen jurídico aplicable a este; como se trata de un contrato atípico existen diversas teorías a tener en cuenta:

Teoría de la absorción o de la observación: Para esta teoría debe observarse la prestación preponderante o determinante en el contrato atípico y aplicarse el régimen jurídico del contrato típico al que pertenezca la prestación. Se nos presenta la dificultad de saber cuál es la prestación preponderante o determinante en los contratos de capital humano y, en caso de encontrarla, nos parece que aplicarle en su integridad al contrato un régimen que le pertenece a otro atenta contra la identidad atípica de este contrato y contra las estipulaciones libres de las partes.



Teoría de la combinación: Según esta teoría, si un contrato atípico tiene diferentes prestaciones, debe aplicarse el régimen jurídico de los contratos típicos a los cuales pertenece cada prestación. Para el caso del contrato que estamos examinando no es fácil asegurar a que contrato típico pertenecen las prestaciones contenidas en él; la prestación de entregar una suma de dinero pertenece, pues a muchas figuras contractuales como el mutuo, la donación, la compraventa, etc. Además el profesor ArrublaPaucar critica negativamente esta teoría porque atenta contra la unidad del contrato, “así se trate de un contrato atípico, no puede aceptarse que se componga de una mezcla de preceptos que invitan a una regulación e interpretación incoherente y desarticulada”¹⁹

Teoría de la analogía: Esta teoría nos dice que el régimen aplicable a los contratos atípicos es el del contrato típico más parecido o semejante. Pues bien, las figuras típicas más parecidas al contrato de capital humano son el mutuo y la compraventa de cosa futura, pero aplicar de manera integral alguno de los regímenes de estas figuras desvía completamente la función económica que las partes pretenden conseguir con la celebración del contrato.

Teoría del interés o fin dominante: Para esta teoría no deben aplicarse a un contrato atípico, normas de un contrato típico, porque este no obedece al interés de las partes cuando celebraron el contrato, propone entonces, acudir a las normas de la teoría

¹⁹ArrublaPaucar Jaime Alberto. **Contratos Mercantiles, tomo II, Contratos atípicos.** Pág. 34.



general de las obligaciones y de los contratos. Esta teoría no nos permite encontrar los elementos del contrato de capital humano.

Creemos entonces, que para encontrar los elementos del contrato de capital humano debemos acudir a las estipulaciones de las partes, claro está, enmarcadas dentro de las leyes imperativas en materia de contratos, el orden público y las buenas costumbres.

Las estipulaciones básicas, esto es, lo que cada una de las partes espera de la otra cuando celebra un contrato de capital humano, son las siguientes:

1. Capital de inversión que se entrega al estudiante
2. Porcentaje de ingreso futuro que el estudiante se compromete a entregar
3. Periodo durante el cual deben realizarse los pagos
4. Cláusula de no Interferencia

A continuación analizaremos cada una de estas estipulaciones básicas:

El capital de inversión es el monto destinado por el inversionista para la financiación de la educación del estudiante, consideramos que debe ser determinado o determinable y puede ser entregado al estudiante o a la Institución de Educación Superior (Universidad) directamente. “Es importante resaltar en este momento que nada impide que el capital de inversión pueda ser utilizado para sufragar, además de los gastos directos de educación como matrícula o pensión, los gastos indirectos en los que tiene que incurrir el estudiante para poder educarse, como alimentación, vivienda, transporte,



libros, fotocopias, útiles escolares, etc. En éste punto es importante también que el inversionista se asegure que los recursos invertidos son suficientes para atender las necesidades del estudiante, ya que de no hacerlo, su inversión podría correr peligro, debido por ejemplo a un retiro inesperado del estudiante de la universidad.”²⁰

El porcentaje de los futuros ingresos que el estudiante compromete será calculado de acuerdo con el monto del capital de inversión, el riesgo de la inversión y será inversamente proporcional al término de pago. Los factores que deberán ser tenidos en cuenta para medir el riesgo son: incertidumbre legal, riesgo público, riesgo inherente a la inversión y riesgo por incumplimiento; la incertidumbre legal es una consecuencia de la novedad de este tipo de contratos, ya que al no haber sido probados en el país donde son firmados, existen dudas legales sobre la coerción para el cumplimiento de aquellos, la imposición de impuestos y cargas por parte del Estado, y la capacidad para la celebración de aquellos en caso de algunas instituciones. Nos preguntamos si, en aras de proteger el equilibrio económico (equidad) cabría o no la posibilidad de una revisión judicial del contrato por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que acarreen una excesiva onerosidad.²¹

“El riesgo público es principalmente el riesgo político, es decir la afectación que puedan tener las políticas públicas sobre los contratos de capital humano, la percepción que se pueda tener de ellos y la efectividad con la que se exigirá su cumplimiento. El riesgo inherente a la inversión estriba en que no se conoce el retorno de la inversión, en que el

²⁰ Palacios Miguel. *Investing in Human Capital, A Capital Markets Approach to Students Funding*. Pág. 113

²¹ *Ibíd.* Pág. 114



estudiante pueda no obtener empleo u obtener uno de baja remuneración y en general en que el estudiante caiga en una circunstancia que le impida el cumplimiento de la obligación como muerte, incapacidad mental o física etc. Y el riesgo por incumplimiento tiene que ver con la dificultad de recaudar los pagos, ya sea debido a la negativa por parte del profesional de efectuarlos o debido a dificultades técnicas, por ejemplo la recaudación en otros países.

El periodo dentro del cual deben realizarse los pagos es otro de los elementos esenciales. Para el caso de los contratos de capital humano debemos diferenciar entre periodo de tiempo calendario y periodo de tiempo productivo, esto es, el periodo en el cual el profesional está siendo efectivamente empleado realizando labores productivas y por lo tanto generando ingresos. De manera que si el profesional decide abandonar o suspender su trabajo para estudiar o tomar unas vacaciones no remuneradas, este tiempo no puede tenerse en cuenta, ya que no genera ningún ingreso, el cumplimiento del contrato queda por lo tanto suspendido hasta que él reingrese a las labores productivas; así también si tiene un trabajo de medio tiempo deberá contabilizarse también la mitad del tiempo calendario. Una de las ventajas de este tipo de contratos es que permite al profesional que ha comprometido su ingreso, manejar su tiempo según su conveniencia.

El cuarto elemento esencial es la Cláusula de no interferencia, quiere decir ésta que el inversionista no puede interferir o ejercer presión sobre las decisiones que tome el



estudiante en cuanto a su empleo y a su tiempo, deberá garantizarse siempre la independencia del estudiante. De pasarse por alto ésta cláusula, el contrato podría degenerar en o, de trabajo o servidumbre por ejemplo o incluso en una forma de esclavitud. No se puede permitir por ningún motivo que esto pase y es por eso que además de un elemento esencial, la no interferencia se erige además como un principio general de los contratos de capital humano; más adelante veremos cómo puede garantizarse de mejor manera el respeto de este principio”.²²

Podrán pactarse además: cláusula penal, límites máximos a los pagos totales realizados, cláusula de perdón de la deuda debido a bajos ingresos, máximo porcentaje de ingresos futuros que se puede comprometer, (es recomendable que no se comprometa más del 15% del ingreso), condiciones de terminación del contrato por pago anticipado, cláusulas de ajuste del término de pagos, cláusulas de revisión judicial del contrato, cláusulas de opción otorgadas por el inversionista (y en general derivados financieros que pueden tener lugar si se tiene en cuenta la similitud de éste contrato con el de compraventa de cosa futura) , garantías reales y personales para el cumplimiento de las obligaciones, cláusula de exclusividad, etc.

Debemos entonces analizar este tipo de cláusulas, en tanto se entienda que esta forma de contratación está concebida como netamente mercantil, por lo tanto se espera obtener una ganancia para ambas partes que se suscriban al mismo; es por esto que la

²²Palacios Miguel. Investing in Human Capital, A Capital Markets Approach to Students Funding. Pág. 55



persona que ofrezca el servicio de brindar la educación superior debe de asegurar su pago en relación al servicio prestado, por esto se hacen cláusulas de garantía e incluso penales en caso de incumplimiento, por lo tanto es preciso afirmar que los contratos de capital humano deben de ser analizados en su totalidad para evitar que se cause graves detrimentos a la persona que en realidad se quiere beneficiar.

2.6. Características del contrato de capital humano

Entendiendo el contrato de capital humano como un contrato mercantil, que tiene como finalidad el lucro; pero teniendo en cuenta su naturaleza jurídica de contrato atípico y autónomo, las características que presentan, son las siguientes:

Contrato atípico: "Tiene por efecto relaciones jurídicas generadoras de derechos y obligaciones no regulados en la ley."²³

Consensual: Solo requiere el consentimiento de las partes para su formación. (Sería real si lo asimilamos de alguna manera al mutuo) Sin embargo consideramos que en el futuro, dada la importancia que tienen estos contratos deberían ser celebrados por medio de escritura pública

²³Narváez García José Ignacio. *Obligaciones y Contratos Mercantiles, Derecho Mercantil Colombiano*. Pág. 54



Bilateral: Las partes contratantes se obligan recíprocamente, la una a entregar los recursos y la otra a pagar el porcentaje de sus futuros ingresos, entre otras cosas

Oneroso: Tiene por objeto la utilidad de ambas partes y estas tienen intereses afines en cuanto al éxito profesional del estudiante.

Aleatorio: Dada la incertidumbre en la ocurrencia o no de los pagos, que dependen de la obtención de ingresos por parte del estudiante cuando es profesional.

De ejecución instantánea, pero de pago diferido.

Intuitus personae: El ánimo de contratar obedece a la calidad de una de las partes (el estudiante), debido a su capacidad potencial de generar altos ingresos.

No debe confundirse con el mutuo o préstamo de consumo, ya que tienen particularidades y límites diferentes.

Pueden crearse grupos de inversionistas y grupos de estudiantes para lograr fines específicos, a continuación trataremos con mayor profundidad este tema.



Después de analizar todo lo referente a este contrato, podemos afirmar que el contrato de capital humano se refiere al conjunto de conocimientos, habilidades, destrezas y talentos que posee una persona y la hacen apta para desarrollar actividades específicas”. Nuestra sociedad ha venido reconociendo, poco a poco, la importancia de ese talento humano para el futuro, pues aprovechar al máximo las capacidades de las personas que habitan nuestro planeta, es una premisa fundamental para un desarrollo más sostenible.

Sin embargo, para que ese Capital Humano sea realmente aprovechado, es necesario invertir en él y la educación es la principal herramienta. El resultado son personas más preparadas, con más capacidades para aportar al mundo y con ingresos económicos más altos que mejoran su calidad de vida y la de sus familias.

Por lo tanto es necesario que se hagan todos los intentos necesarios para la implementación de este tipo de contratos en el país regulándolo dentro la ley vigente nacional de tal manera que se tenga un respaldo jurídico para las personas (naturales y jurídicas) que consientan involucrarse en una relación contractual de este tipo; de tal manera que se tenga un total conocimiento de los alcances de este contrato así mismo se tendrá una certeza jurídica plena para poderse obligar recíprocamente en los términos de un contrato de capital humano.





CAPÍTULO III

3. La fiducia mercantil y la titularización como instrumentos financieros adecuados para la implementación de contratos de capital humano

En este capítulo se desarrollara lo concerniente a la fiducia mercantil y a la titularización como forma de comprender y aplicar el contrato de capital humano de tal manera que sea posible su inclusión en la legislación guatemalteca.

3.1. Fiducia mercantil

La forma más sencilla de definir la fiducia es la que brinda la cámara de comercio de Medellín en donde establece que es: “un negocio Jurídico en virtud del cual una persona, natural o jurídica, denominado constituyente o fideicomitente, transfiere a otra persona denominada fiduciario, bienes o dinero con el fin de cumplir con éstos una finalidad determinada en beneficio del constituyente o de un tercero denominado beneficiario o fideicomisario.”²⁴

Otra definición, será Es el contrato por excelencia para los financistas con imaginación, los creativos. Consiste en un acuerdo por medio del cual una persona natural o jurídica llamada constituyente o fideicomitente entrega a una entidad fiduciaria, uno o más bienes concretos despojándose o no de la propiedad de los mismos, con el objeto de

²⁴Camara de comercio de Medellín. *Fiducia mercantil como instrumento para los empresarios* [en línea] disponible en: http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Memorias/2011/3Fiducia_mercantil.pdf



cumplir una determinada finalidad en provecho del constituyente o de un tercero a quien expresamente éste determine. Cuando el cliente no se desprende de la propiedad se llama encargo fiduciario.

Por su parte, la legislación colombiana, en el Artículo 1226 del Código de Comercio, también propone una definición del mismo; la cual es: el objeto de dicho negocio jurídico es el de enajenar o administrar los bienes fideicomitidos para el cumplimiento de una finalidad encomendada, consistente en una obligación de hacer o no hacer, que debe cumplirse en relación a dicho patrimonio fideicomitado y frente al beneficiario. Como característica esencial del contrato de fiducia, vale la pena destacar, el que los bienes que el fiduciante transfiere al fiduciario, salen definitivamente del patrimonio de aquel y no forman parte del patrimonio de éste, dando lugar a la constitución de un patrimonio autónomo afecto únicamente al servicio de los fines del contrato.

En atención a sus características especiales, el contrato fiduciario solo puede celebrarse a través de las sociedades fiduciarias en tal calidad, que por ser sociedades de servicios financieros cuya actividad es de interés público, están sujetas a estatutos especiales.

Entonces podemos decir que este contrato tiene un parangón con el de capital humano, en cuanto en el contrato de fiducia se transmiten los bienes hacia otra persona en beneficio de otra, entonces podemos encontrar una figura parecida que logra encajar

dentro de un ordenamiento legal y a través de esta se puede implementar los contratos de capital humano.

Con esto claro debemos de enfatizar las características de esta figura mercantil, pensando en la implementación de los contratos de capital humano; ya que es dentro de esta figura donde puede encuadrarse este tipo de contratación; en este sentido, las características de la fiducia son:

Confianza: Exige un conocimiento mutuo porque es de doble vía, tanto del cliente (constituyente) a la entidad fiduciaria, como de ésta a él.

Una finalidad para cumplir: Debe quedar claramente establecida para evitar posibles abusos.

Un gestor profesional: Entidad especializada debidamente autorizada, pudiendo ser una institución bancaria, financiera o bien cualquier empresa e inclusive el Estado.

Separación absoluta de bienes: Tanto del patrimonio de la fiduciaria como el de todos los clientes con contabilidades individuales para cada uno.

Constitución de un patrimonio autónomo: Es inembargable y denominado fideicomiso. Se constituye uno por cada cliente con los bienes que entregue según el contrato. El



bien sale del patrimonio del constituyente y no ingresa al de la fiduciaria sino que pasa a ser independiente.

Temporalidad: La entidad fiduciaria nunca adquiere la propiedad absoluta de los bienes recibidos en fiducia; al terminar el contrato los devuelve al constituyente, a quien éste indique.

Elasticidad: Permite realizar todas las finalidades lícitas que las necesidades o a imaginación que los clientes determinen para el objetivo que se proponen. Con el propósito de ilustrar esta figura mercantil, hemos de mencionar las partes que intervienen en ella, para obtener un mayor entendimiento del contrato de capital humano. En este entendido, podemos afirmar que las partes que intervienen en la fiducia son:

El Fideicomitente. Es el cliente de la fiduciaria, también llamado fiduciante o constituyente. Es aquella persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, que encomienda a la fiduciaria una gestión determinada para el cumplimiento de una finalidad, pudiendo, para ello, entregarle uno o más bienes. El fideicomitente debe señalar en el contrato que celebre con la fiduciaria, las instrucciones a las cuales ésta debe sujetarse para el adelantamiento de la gestión encomendada. No obstante, a veces, estas instrucciones están determinadas por la misma ley; es el caso de los productos fiduciarios de utilización masiva, como el fondo común ordinario. En otros casos las instrucciones son sugeridas o fijadas por la fiduciaria en cumplimiento de su



función de asesoría al cliente; es el caso de los fondos comunes especiales que diseña internamente la fiduciaria para luego salir a ofrecerlos a sus clientes.

Los derechos especiales que tiene el fideicomitente son:

- 1. Cuando el fideicomitente entrega bienes a la fiduciaria, es decir, cuando le ha entregado bienes en fiducia mercantil, este puede reservarse para sí algunos derechos para ejercerlos directamente. Por ejemplo, si entregó una casa puede reservarse el derecho de uso de la misma.**
- 2. Revocar en cualquier momento la fiducia, cuando así lo haya previsto en el contrato.**
- 3. Solicitar la remoción de la sociedad fiduciaria cuando haya una causa justificada, y nombrar otra sociedad fiduciaria que sustituya a la primera.**
- 4. Obtener, al término del negocio fiduciario, la devolución de los bienes que hubiere transferido a la fiduciaria, a menos que en el contrato se hubiere previsto que éstos deben entregarse a otra persona.**
- 5. Exigir a la fiduciaria que, con la periodicidad acordada, que no puede ser superior a seis meses, le rinda cuenta comprobadas de la gestión que ha adelantado en relación con su negocio.**

El Fiduciario: Sólo pueden ser fiduciarios las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas, la mayoría de las ocasiones, entidades bancarias o financieras; o en raro caso un particular o alguna empresa privada con suficiente fuerza económica, sin embargo estas suelen ser excepciones.



El beneficiario. También se denomina fideicomisario. Puede ser el mismo fideicomitente (cliente) o la persona o personas que éste designe. Puede ser sustituido bajo ciertas circunstancias, de acuerdo con lo estipulado en el contrato.

Puede ser cualquier persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, nacional o extranjera, en cuyo provecho se desarrolla la fiducia y se cumple la finalidad perseguida.

La existencia del beneficiario es necesaria en el momento de la celebración del contrato entre el fideicomitente y la fiduciaria, pero deberá ser posible que exista , y existir dentro del término de duración del contrato.

Los principales derechos del beneficiario son:

Cuando es el mismo fideicomitente, posee todos los derechos que le corresponde a éste.

Exigir a la fiduciaria el cumplimiento fiel de sus obligaciones, y en el caso de que incumpla, solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios, demostrando que dicha fiduciaria incurrió en culpa leve.

Oponerse, si la fiduciaria no lo hace, a cualquier embargo o ejecución de los bienes dados en fiducia.



Solicitar a la Superintendencia Bancaria, por causa justificada, la remoción de la fiduciaria y, si es el caso, el nombramiento de un administrador temporal que la reemplace.

Enumeraremos a continuación los tipos de fiducia que existen; las cuales son:

1. **Fiducia de inversión:** Cuando un inversionista o fideicomitente entrega a una entidad fiduciaria una suma de dinero para invertir en títulos u otros valores. Pueden ser: a. **individuales:** En cuyo caso se administran en forma separada de los otros fideicomisos con títulos correspondientes al fideicomitente; b. **colectivas:** Cuando los títulos de los inversionistas no corresponden a ninguna persona en particular. En estos casos también es obligatorio llevar contabilidad por separado para cada inversionista en forma individual.
2. **Fiducia inmobiliaria:** Se presenta cuando un inversionista entrega un bien inmueble a una fiduciaria para que ésta lo administre o para que desarrolle un proyecto de construcción y transfiera los inmuebles construidos a los beneficiarios. En estos casos, generalmente, se entrega un lote mediante un contrato de fiducia mercantil pasando a constituir un patrimonio autónomo. Puede ser: a. **al costo:** En este caso el precio depende del valor final del proyecto. Los inversionistas asumen los riesgos inherentes al proyecto. b. **a precio fijo:** Cuando un promotor, distinto de la entidad fiduciaria, se compromete a vender las unidades terminadas a un precio previamente determinado. Es muy usado en vivienda popular.



3. **Fiducia de administración:** Se presenta cuando el inversionista (fideicomitente) entrega un bien diferente de dinero a una entidad fiduciaria con o sin transferencia de la propiedad, para que lo administre según una forma prevista en el contrato.

Puede ser:

1. **fiducia de garantía:** Sustituye más eficientemente la hipoteca, pues ante la demostración del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el fideicomitente o un tercero en beneficio de uno o varios acreedores, no se requiere promover ningún juicio para proceder a la venta del inmueble de la forma prevista en el contrato.

2. **fiducia pública:** Cuando el constituyente es una entidad pública debidamente autorizada por la ley, la Asamblea Departamental o el Consejo Municipal según el caso, con estricto cumplimiento de lo dispuesto en el estatuto general de contratación de administración pública. Es un excelente mecanismo para cuando el sector privado contrata obras públicas con el estado, entidad que puede celebrar tres clases de contrato: encargo fiduciario, fiducia pública y fiducia mercantil.

Otras fiducias: Las que resultan de la creatividad de los inversionistas en el negocio siempre y cuando cumplan estrictamente la reglamentación legal al respecto. Entre otras figuran: administración de empresas en concordato o en liquidación, el manejo de tercerías empresariales, administración de herencias y de bienes de incapaces, manejo de emisión de bonos y papeles comerciales, administración de seguros de vida y fiducia



de administración de pagos, entre otros, dentro de este tipo de fiducias podrían incluirse los contratos de capital humano.

La importancia de la fiducia se encuentra en la coincidencia que tiene esta figura y el contrato de capital humano; por lo tanto si se ha logrado que funcione una figura mercantil dentro de un ordenamiento jurídico, es más fácil que una parecida pueda regularse; sin embargo tiene elementos que lo distinguen y lo hacen una figura mercantil independiente y por lo tanto su regulación es viable; ya que es totalmente distinta una figura de otra por lo cual la fiducia no incluye al contrato de capital humano pese a las similitudes que poseen, ya que los objetos de cada uno son totalmente distintos y por lo tanto uno no es excluyente del otro y es necesario que se distingan para no caer en un error como no regular el contrato de capital humano pensando que está incluido en la fiducia.

3.2. La fiducia en Guatemala

La figura de la fiducia no está incluida dentro de la legislación de Guatemala como tal; sin embargo dentro del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 podemos encontrar la base legal de esta figura mercantil, en el capítulo V del cuarto libro, con el título de fideicomiso.

Antes de iniciar con el análisis jurídico debemos de establecer que fideicomiso y fiducia no es lo mismo; sin embargo la doctrina que las explica es la misma y sirve como forma



de entender la fiducia dentro de la legislación local. Con esto claro; debemos empezar a analizar el articulado para luego establecer con claridad el vacío legal en lo que respecta al contrato de capital humano.

Debemos empezar por mencionar el Artículo 766 del Código de Comercio; donde se define esta figura, literalmente el Artículo dice: “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.” Lo que podemos agregar de lo escrito en la ley es el reconocimiento legal, de la transmisión de bienes de una persona a otra para que este lleve a cabo una actividad específica, lo cual sirve para comparar un poco entre el fideicomiso y la fiducia, en donde el objeto del contrato es similar.

A continuación enunciaremos los Artículos correspondientes a las partes del contrato, en este sentido vemos una obligación trilateral, en donde encontraremos tres partes las cuales son:

El fideicomitente el cual se encuentra regulado en el Artículo 767 del Código de Comercio de Guatemala, dicha norma lo define de la siguiente manera: “El fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes, y el fideicomisario, para adquirir el provecho del fideicomiso. El que no puede heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario. Por los menores, incapaces y ausentes, pueden constituir fideicomiso sus representantes



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

Fiduciario, según el Código de Comercio en el Artículo 768 establece que, “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.”

En el Artículo 769 del Código de Comercio la figura de fideicomisario se describe de la siguiente manera. “Fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior.

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

Debemos de apuntar que estas partes son las mismas que en el contrato de fiducia, sin embargo debemos discernir que la diferencia entre fiducia y fideicomiso reside en el objeto del contrato porque aunque son parecidos, sus objetos pueden variar ya que se puede utilizar la fiducia como inversión, como forma inmobiliaria y de manera administrativa, mientras que el fideicomiso es únicamente administrativo.



Con esto claro podemos afirmar que son muchas las similitudes entre los contratos sobre todo en lo que respecta a los derechos y deberes de cada una de las partes involucradas, por lo tanto no citaremos más Artículos del Código de Comercio; la parte que nos interesa es la apertura del código a la fiducia a través del fideicomiso; en donde podemos observar es legal el despojarse de bienes en beneficio de otra persona, tal como sucede en estos casos.

También este análisis sirve para dar cuenta que no existe una figura como el contrato de capital humano normado en el país. Debido a que esta clase de contrato sirve para financiar estudios superiores, pero de forma mercantil podría verse como un préstamo a plazos para una actividad definida de allí su inmediato parangón con la fiducia aunque los contratos no tengan nada que ver entre sí. Con esto en mente podemos afirmar que si bien es cierto la fiducia establece ciertos lineamientos de paralelismo con el contrato de capital humano, no son, ni mucho menos una misma cuestión; por lo tanto es necesario que se cree una forma de agregarlo a la norma jurídica vigente de tal manera que sea posible que se tenga una protección legal para las personas que deseen obligarse de esta manera, para que se tenga certeza jurídica sobre los efectos que generara este contrato.

3.3. La titularización

Debemos iniciar diciendo que la titularización es una figura jurídica relativamente reciente por lo tanto muchas legislaciones no la regulan; debemos de señalar que son



títulos de crédito sui generis ya que no representa una deuda sino una utilización de recursos.

Para definirlo, debemos de entender que la titularización es el resultado final del proceso por el cual una persona jurídica transfiere y aísla a través de un patrimonio autónomo, activos tradicionalmente ilíquidos (activos fijos, préstamos hipotecarios, etc.), o de escasa o lenta rotación, bienes o flujos de caja futuros, con el propósito de maximizar la utilización de recursos.

Este proceso implica la transformación de activos ilíquidos en títulos negociables en el mercado de valores, los cuales tienen como respaldo el activo o el flujo generado por el mismo.

Una definición más técnica la brinda Osvaldo Marzorati, quien indica que el término “securitización o titularización, proviene de securities, es decir título valor, por lo que la expresión en castellano sería; titulización (no titularización) y hace referencia al proceso por medio del cual el instrumento tradicional para la obtención del dinero –el crédito- se sustituye progresivamente por la captación de capitales mediante la emisión de valores respaldados por activos segregados de una sociedad y aportados a otra, de objeto único, que con dicho respaldo emite las securities que coloca entre el público inversor”.²⁵

²⁵Marzorati Osvaldo J. Derecho de los negocios Internacionales, tomo I. Pág. 490



Respecto a su traducción o a la utilización del término, no nos adentraremos en esa discusión, por cuanto no importa el nombre de la figura jurídica; sino más bien explicar en qué consiste esta.

Otra definición, la brinda Eduardo Casas Sanz de Santamaría, quien afirma que titularización “es un mecanismo para la creación de títulos o valores, a partir de activos diferentes. A través de la titularización una o varias personas naturales o jurídicas pueden obtener liquidez a partir de activos ilíquidos o de baja rotación, mediante la emisión de títulos con base en dichos activos. Como de dicho proceso se crean valores, éstos deben registrarse en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. Desde el punto de vista jurídico la titularización se basa en la creación de un patrimonio autónomo de carácter fiduciario, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones a la cual se le transfiere la propiedad del flujo futuro o de los activos que lo generan para que con base en esta propiedad emita y coloque títulos en el mercado de capitales”.²⁶

Podemos afirmar que esta figura, tiene sus orígenes en la década de 1970 en Estados Unidos de América, donde se puso en práctica por vez primera y luego se popularizó a nivel nacional donde se exportó a todos los lugares del planeta. Surge como un nuevo mecanismo para obtener recursos financieros por parte de las empresas interesadas y que permite la participación de inversionistas el acceso a transacciones novedosas, pero definiendo detalladamente los objetivos de la titularización.

²⁶ Casas Sanz de Santamaría Eduardo. *La fiducia*. Pag. 19.



De acuerdo al objeto de la titularización, todos los derechos o activos de diferente naturaleza pueden ser objeto de titularización. En ese contexto una entidad puede titularizar los activos existentes o que pueden llegar a existir, lo cual en algunas legislaciones como la Ley No. 1834 Ley del Mercado de Valores de Bolivia, que define la Titularización como: “un mecanismo de financiamiento que consiste en: transformar activos o bienes, actuales o futuros, en valores negociables en el Mercado de Valores, para obtener liquidez en condiciones competitivas de mercado, con la consecuente reducción de los costos financieros.” En conclusión, se pueden titularizar toda clase de activos, tanto presentes como futuros.

Esta figura tiene dos formas de estructurarse, de acuerdo con la doctrina estas son:

Mecanismo del patrimonio autónomo: Mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil con la fiduciaria se constituye un patrimonio autónomo con los bienes que vayan a ser titularizados, o con los dineros destinados a la adquisición de esos bienes. Luego la fiduciaria, como la representación del patrimonio autónomo, solicita ante las autoridades competentes los permisos para la emisión, emite los títulos y recauda el dinero proveniente de su colocación. Los bienes que conforman el patrimonio autónomo respaldan los pasivos que se adquieren con los tenedores de títulos. Si los títulos que se emiten incorporan la obligación de pagar a su vencimiento una suma de dinero, la fiduciaria debe adoptar también las medidas necesarias para el recaudo de los dineros destinados al oportuno cumplimiento de estas obligaciones.



Mecanismo del fondo común especial: Consiste en la constitución de un fondo común especial en una fiduciaria, con la finalidad de ofrecer en el mercado de valores las constancias o certificados de participación en éste. La fiduciaria puede ofrecer en el mercado de valores las constancias de participación en un fondo común especial que ya exista, con el fin de otorgarle liquidez en el mercado secundario.

A continuación, enumeraremos los elementos que intervienen en este proceso de titularización los cuales son:

El originador: Es aquella persona natural o jurídica, de naturaleza privada o pública, que transfiere los bienes base del proceso de titularización. Pueden tener esta calidad las entidades financieras nacionales así como del exterior, al igual que entidades públicas y privadas nacionales y extranjeras.

El estructurador del proceso: Es quien se encarga de realizar las proyecciones financieras de la emisión, sus análisis de riesgos, el diseño de los títulos y su distribución en el mercado, así como de señalar las características financieras de la emisión, labor que puede ser ejecutada por el originador, por la fiduciaria agente, o por un tercero.

El agente de manejo: Es quien como representante del patrimonio autónomo emisor de los valores, recauda los recursos provenientes de la emisión y se relaciona jurídicamente con los inversionistas conforme a los derechos incorporados en los títulos.



El administrador: Es la entidad encargada de la conservación y administración de los bienes o activos sujetos de titularización así como del recaudo y transferencia al agente de los flujos provenientes de los activos. Esta categoría la puede detentar la originadora misma, el agente de manejo, o una entidad diferente.

El colocador: Es la persona o entidad encargada de colocar los títulos en el mercado, su existencia no es necesaria en los procesos de titularización, pues en estos la colocación de los títulos puede ser realizada directamente por la fiduciaria administradora, o a través de una bolsa de valores.

Podemos observar entonces las diferentes partes que interactúan dentro de esta figura mercantil, en donde podemos dar cuenta de la complejidad de la misma dado a que es una operación de muchas bandas, reiterando que estos son títulos de crédito sui generis debido a la especial forma en la que son establecidos y que hasta cinco personas participan en su creación por lo tanto debe de tenerse especial cuidado en la forma de redactarse y llevarse a cabo en la práctica, así mismo debe de velarse porque esta figura se regula dentro de la ley ordinaria vigente.

También hemos de presentar, las distintas formas en las cuales pueden crearse estos títulos, que de acuerdo con la doctrina, son:

Títulos de contenido crediticio: Son aquellos que incorporan la obligación de pagar dinero por concepto de capital e intereses.

Títulos de participación: Con ellos el inversionista adquiere un derecho o parte proporcional en el patrimonio autónomo o en el fondo.

Títulos mixtos: Son aquellos que además de representar una parte alícuota del patrimonio autónomo o del fondo, otorgan el derecho al pago de una suma determinada de dinero.

Como podemos observar esta figura mercantil ha adquirido mayor auge en la actualidad debido a la constate necesidad de las empresas de adquirir financiamiento, de tal manera que se han configurado nuevas formas para que esto suceda, en la titularización, se comprometen a dar ganancias en reciprocidad de la inversión hecha hacia esta, asumiendo el riesgo de invertir ya que las ganancias son a futuro y por lo tanto no son seguras.

Ahora bien, en los que se refiere al contexto del contrato de capital humano, se puede afirmar que esta es una opción válida para la aplicación de este contrato ya que a través de la titularización se puede asegurar el buen uso de este contrato, desde el punto de vista que se puede utilizar doblemente esta figura, ofreciendo títulos mensuales para el retiro del préstamo para la educación superior y pagando los títulos después del tiempo establecido.

Es importante mencionar que no siempre funciona con títulos valores este forma de contratación sin embargo es una técnica utilizada para que los grandes empresarios y corporaciones que otorgan este tipo de contratos puedan respaldarse además de



resultar una manera menos onerosa en la cual esta funciona, debido a que el flujo de dinero que deja de percibir se brinda de forma paulatina, al igual que la manera de recuperarlo, sin embargo es factible que se pacte esta forma de pago por ambas partes.

3.4. La utilización de la fiducia y la titularización como instrumentos para implementar el contrato de capital humano

Después de haber expuesto a cabalidad cada una de estas figuras mercantiles, debemos analizarlas como forma de aplicar e implementar el contrato de capital humano.

Tenemos que empezar pues por discutir la naturaleza de este contrato, el cual siendo mercantil tiene su génesis en el lucro, es decir en generar ganancia para las dos partes que se vean inmiscuidos en la relación contractual. Con esto claro, tanto la fiducia como la titularización son instrumentos netamente mercantiles, por lo mismo estas instituciones son aptas desde el ámbito mercantil para optimizar la utilización de este contrato.

Ahora bien debemos de analizar estas figuras, en cuanto a funcionalidad para la aplicación de este contrato. La fiducia es una forma correcta de poner al tanto a los potenciales consumidores en cuanto a la manera de intercambiar activos financieros, sin embargo debemos criticar esa posición de considerar al contrato de capital humano como una fiducia mercantil ya que aunque pudiera encuadrarse como tal, el contrato de capital humano tiene su propio objetivo y forma de obligarse, por lo tanto no es una fiducia, aunque podría serlo. De allí deriva la importancia del estudio de la fiducia ya



que es necesario conocer ambas figuras para saber cuál la diferencia entre ambas y porque no resultan ser lo mismo.

Ahora bien para los lugares donde está desarrollada la fiducia en el ordenamiento legal es posible que se agregue en la ley ya vigente como un Artículo agregado, con el efecto que no se desvirtúe el cuerpo jurídico.

Por lo tanto es necesario que el contrato de capital humano se regule como un figura propia dentro de la ley en Guatemala, ya que la ley es exclusiva con el fideicomiso como forma fiduciaria en el país y no compaginaria con el espíritu de la ley el agregar una fiducia de capital humano, es por esto que necesita que se trate como una figura aparte dentro la ley.

Por otra parte tenemos a la titularización, esta herramienta podría ser de suma utilidad en cuanto a la implementación del contrato de capital humano ya que podría darse a través de títulos las inversiones y los pagos que son la razón de ser este contrato; de igual manera puede plantearse una titularización para una sola de las partes o bien la ley puede disponer que exista titularización obligatoria para el contrato de capital humano; ya que supone una buena idea para garantizar la capitalización de la inversión por cuanto un título de crédito es exigible y ejecutable; por lo tanto será más fácil entender los efectos de este contrato.

Finalmente tendremos que agregar que estas formas mercantiles son sumamente importantes, en especial para definir y fundamentar el contrato de capital humano, no



obstante de llevarse a cabo el mismo será muy difícil predecir los efectos y la seguridad jurídica que este obtenga en cuanto al no estar regulado, no se puede medir las ventajas y desventajas que producirá, ya que al incumplimiento de alguna de algunas de las partes no se sabrá como actuar o bien se tendrá que utilizar analogía jurídica para solucionar algunos de los conflictos que surjan en la relación contractual.

Con esto claro podemos afirmar que el éxito de la regulación de la fiducia y de los títulos de crédito da cabida a que el contrato de capital humano sea viable para su implementación legal dentro del ordenamiento jurídico de Guatemala y las ventajas y beneficios del mismo, terminaran por fortalecer el comercio y el futuro de nuestro país.





CAPÍTULO IV

4. La necesidad de reformar el Código de Comercio de Guatemala Decreto número 2-70 para incluir el contrato de Capital Humano

Después de haber estudiado el contrato de capital humano en su totalidad y de haber expuesto su individualidad dentro del ámbito mercantil, es momento de analizar su aplicación en nuestro país y la incipiente necesidad de que este sea incluido dentro de la legislación actual y vigente en Guatemala.

4.1. Aplicación del contrato de capital humano en Guatemala

Debemos de iniciar afirmando que Guatemala actualmente, no cuenta con regulación legal del contrato de capital humano; a pesar de contemplar dentro del ordenamiento jurídico al fideicomiso, que es la forma en como la fiducia está regulada en nuestro país; al ser una figura similar a la del capital humano, podemos aseverar que la inclusión de este contrato es viable. otros países de Latinoamérica que han adoptado este contrato en su en su legislación, al contrario de Guatemala, donde únicamente se han efectuado operaciones de este contrato pero al no estar regulado dentro de nuestra ley, aquellos que han decidido efectuar este tipo de operaciones se han visto en la necesidad de adoptar normas de corte internacional, ya que aunque si bien han efectuado la operación, no se ha tomado el contrato como tal, ya que se toma como otro tipo de



contrato, lo cual en ocasiones suele ser perjudicial para alguna de las partes, ya por sea que la empresa que patrocina al estudiante no puede garantizar el pago y el estudiante beneficiado, puede no cumplir con los pagos, lo cual hace que este sea muy oneroso, también se desconoce cómo actuar cuando alguna de ellas incumple con su parte, ya que dentro de Guatemala, no se sabe a qué vía judicial recurrir, ni cómo se debe de actuar para exigir el cumplimiento de la obligación, lo cual genera un vacío legal y perjudica a las partes.

Por otra parte; al momento de reglamentarse este contrato, su efecto será que su puedan efectuar contratos de capital en el territorio nacional, lo cual generara confianza dentro del ámbito mercantil guatemalteco y creara un clima más favorable en las obligaciones mercantiles de nuestro país, ya sea frente a empresas internacionales o bien empresas guatemaltecas y a su vez traerá desarrollo a Guatemala debido a que uno de los principales objetivos de este contrato es el de permitir que estudiantes tengan la oportunidad de una educación superior de calidad, lo cual repercute directamente en el desarrollo del país.

De acuerdo con todo lo expuesto, es posible llevar a la práctica en Guatemala el contrato de capital humano, ya que no hay prohibición expresa para realizarlo y es viable dentro del ámbito jurídico, por lo tanto debe de regularse en nuestro país.



4.2. Incidencias generales del contrato de capital humano

La introducción de contratos de capital humano podría transformar la manera en que las universidades y los programas universitarios de financiamiento funcionan, ya que este es un contrato entre particulares y no un sistema de becas.

La siguiente discusión va más allá de la ejecución de contratos individuales para explorar cómo humana contratos de capital podrían convertirse en la principal fuente de fondos para la financiación de la educación superior, para aquellas personas que no tengan posibilidades o bien para aquellas que deseen optar a una mejor educación en el extranjero.

El proceso puede ser dividido en tres etapas:

1. la creación de contratos individuales,
2. la creación de fondos, y
3. la titulización de los contratos (dependiendo del ordenamiento jurídico del país donde se implemente)

En la primera etapa, como se discutió anteriormente, un inversor provee financiamiento para un estudiante en cambio de un porcentaje de los ingresos después de graduación.



Una de las razones para el capital humano funcione es la transferencia de parte de la inherente riesgo de las ganancias futuras. Durante la primera etapa, parte del riesgo se ha transferido a la inversionista. Los inversores, a su vez, deben de tomar las medidas para gestionar el riesgo mediante la diversificación, lo lleva a la segunda etapa: la creación de los fondos de capital humano.

Los fondos para que funcione el contrato de capital humano se invertirían en un gran número de estudiantes, disminuyendo la exposición de los inversores a las fluctuaciones en ingresos de un solo estudiante. Los ingresos que puedan percibir desde un gran número de estudiantes pueden fluctuar en una banda mucho menos estrecha que esperar los ingresos individuales de un solo estudiante. De esta forma los inversionistas están protegidos mediante la diversificación.

Los fondos de capital humano se pueden configurar para atraer a diferentes tipos de inversores. Algunos inversores estarán interesados en ciertos campos de estudio a los que se dedican para desarrollar su ámbito y otros en ciertos tipos de estudiantes, escogiendo a estudiantes sobresalientes y quizás otros en ciertas universidades, decididos a apoyar a ciertas casas de estudios en específico. Algunos fondos se establecerán con motivos netamente económicos pero otros pueden ser establecidos por motivos más altruistas.



Por ejemplo, el porcentaje total de ingresos que los estudiantes tendrían que comprometerse para ciertos campos de estudio que resultan extremadamente onerosos en relación a las remuneraciones de los egresados.

Los inversionistas interesados podrían establecer un fondo para estos estudiantes en un nivel subsidiario; en donde los estudiantes estarán dispuestos a pagar un porcentaje de sus ingresos, pero con sus pagos no sería probable cubrir el costo de su educación.

Esta manera sería una forma altruista de brindar educación por parte de los inversores pero a su vez será mucho más eficaz para el inversionista que simplemente dar el dinero en una beca. Su eficacia se deriva de la diferencia en el número de estudiantes que pueden ser financiados con un contrato de capital humano, frente al número de estudiantes que podrían ser financiados a través de becas. Este contrato es utilizado dentro de la república de Guatemala.

Para enfatizar este punto supongamos que una persona dona diez mil dólares, que pagará la matrícula de mil dólares a diez estudiantes. Si los diez mil dólares fueron entregados a financiar contratos de capital humano y cada estudiante en virtud de este contrato este obligado a pagar quinientos dólares, en lugar de donar diez becas totales, con los ingresos futuros que estarían dispuestos a obligarse esta misma cantidad de



dinero podrá financiar a veinte estudiantes si desea ser una actividad completamente altruista, o bien para recuperar la mitad de su inversión.

4.3. Ventajas de la aplicación del contrato de capital humano en Guatemala

A continuación señalaremos las ventajas que podemos encontrar en los contratos de capital humano y en que son convenientes para los estudiantes y los inversores. Entre otras podemos mencionar:

1. Aliviar el estudiante de cualquier incertidumbre acerca de ser capaz recibir educación superior sin tener que preocuparse por los pagos que debe de hacer ya que los hará en un plazo futuro;
2. Prácticamente eliminan por defecto las dificultades financieras que pueda presentar el estudiante beneficiado, en lo que respeta a los gastos derivados de la educación superior;
3. Brindan subsidio a aquellos que más lo necesitan durante el plazo de amortización
Incertidumbre reducida para el Estudiante.

Como se discutió con anterioridad, la inversión en la educación superior es arriesgado. Los estudiantes saben que en promedio la inversión en una carrera universitaria es una



loza dura de llevar sobre todo por conocer que la cantidad de sus ingresos futuros es altamente incierta.

Con un contrato de capital humano la incertidumbre sobre los gastos se reduce considerablemente, ya que los pagos dependerá de las ganancias que obtendrán después de ser profesionales.

La naturaleza del contrato protege al estudiante contra períodos en los que las ganancias son pequeñas o inexistentes. Además, se alivia al estudiante de altos pagos si su carrera es menos rentable de lo previsto.

La reducción de la incertidumbre para el estudiante se traduce en una mayor incertidumbre para el inversor. Pero el inversor se encuentra en una gran mejor posición que el estudiante de diversificar riesgo. Los inversores pueden invertir en múltiples contratos de capital humano, lo que reduce la incertidumbre de lo que van a recibir.

Personas con altos ingresos terminará cubriendo las pérdidas producidas por personas de bajos ingresos. Por lo tanto, los inversores permiten los estudiantes poner en común una parte de su futuro ingresos con las ganancias de los demás, copiando el sistema



manejado por las compañías de seguros cuando aseguran a una persona a pesar de los riesgos que esta pueda generar para la compañía.

Los contratos de capital humano prácticamente eliminan por defecto, las dificultades financieras. desde un punto de vista del inversor, el hecho de que los pagos se puedan ajustar con los ingresos significa menos riesgos aunque los mismos no se pueden eliminar por completo, ya que algunos estudiantes tratarán de evadir sus pagos, incluso cuando tienen los medios para hacerlos y otros estarán en dificultades financieras debido a otras circunstancias, pero la dificultad de honrar los pagos fijos durante los períodos de bajos ingresos podrán ser reducidos en gran medida ajustando la cuota de pago, de tal manera que se garantice el pago.

La diferencia entre el valor de la financiación recibida por el estudiante y el valor de los pagos realizado por el estudiante se puede interpretar como un subsidio basado en las necesidades a largo plazo.

Un contrato de capital humano termina dando el subsidio sólo a aquellos que necesitan después de hacer la inversión en educación, como se ha mencionado antes, este subsidio termina viniendo de personas con altos ingresos.



Además de ser instrumentos convenientes para los estudiantes y los inversores, contratos de capital humano tendrán un impacto positivo en el mercado de la educación superior. Vamos a definir el precio de un contrato de capital humano como el porcentaje de ingresos que un estudiante se compromete a devolver al inversor por cada quetzal prestado.

El valor de los contratos de capital humano se encuentra fundamentado en las expectativas de los inversores en los ingresos futuros de un estudiante durante la devolución período.

Esas expectativas dependerán en el establecimiento al que el estudiante asiste, el área de estudio del estudiante, y otros factores considerados relevantes para el futuro del estudiante y sus ganancias. Por lo tanto, mediante la observación del precio de los estos contratos, las comparaciones de los ingresos expectativas serán posibles en una forma fácil y de manera directa.

Con la aplicación de este contrato los estudiantes, tomaran una mejor decisión sobre la carrera que deseen estudiar así como de la institución a la que deseen asistir o a qué área deseen desenvolverse, ya que de eso dependerá la onerosidad del contrato que deba de consignarse, Por ejemplo, dos estudiantes desean asistir a la escuela de derecho en dos universidades diferentes podría ser ofrecido contratos de capital



humano al mismo precio, lo que implica que inversores valoran el futuro potencial de ingresos tanto para los estudiantes por igual. Sin embargo, si ambos estudiantes recurren para financiar todos sus gastos a través de otra figura, como un presta el estudiante en asistir a la escuela más cara tendría que efectuar un mayor porcentaje de ingresos. Por lo tanto un estudiante tendrá que decidir asistir a una que tendrá un menor carácter económico.

Ahora bien, dos estudiantes que asisten a diferentes escuelas podrían optar capital humano contratos con diferentes precios, pero terminan efectuar el mismo porcentaje de los ingresos para cubrir todos los gastos. Este será el caso sólo si las expectativas de los inversores con respecto a ganancias futuras son proporcionales al total gastos que incurren los estudiantes. Por ejemplo, si contratos de capital humano para la escuela A son dos veces más caro que los de la escuela B (lo que significa que los inversores ven el doble de mucho potencial de ganancias en la escuela B), pero escuela B es el doble de caro que la escuela A, el porcentaje de ingresos que los estudiantes tendrán para cometer en cualquier caso será el mismo.

En ese caso, el estudiante tiene un incentivo para asistir a la escuela con la más alta esperada ingresos en lugar de la más barata.



Este análisis también es válido para diferentes campos de estudio en la misma escuela.

En particular, el precio de las clases que un estudiante paga a una universidad a menudo no se corresponde con el costo del campo de estudio que ha adoptado. Por ejemplo, los cursos que no requieren de laboratorios especiales y equipos son probablemente más barato que aquellos que los necesita.

Entonces podemos afirmar que a través de este contrato, los estudiantes pueden beneficiarse con una educación superior competitiva, mientras que los inversores se benefician con un porcentaje de las ganancias futuras del estudiante.

4.4. Desventajas de la aplicación del contrato de capital humano en Guatemala

Como todo contrato, el de capital humano, tiene dos lados, uno positivo y uno negativo, es decir sus ventajas y desventajas, con esto claro y habiendo expuesto las ventajas de la aplicación de este contrato es momento de analizar las desventajas del contrato de capital humano.

Este contrato provee muchas ventajas, y sus incidencias dentro del ámbito de la sociedad guatemalteca resultan de suma importancia, pero también existen desventajas en esta forma de contratación.



En primer lugar debemos de observar el punto de vista de los estudiantes, ya que esta la posición de más impacto dentro del contrato de capital humano, por cuanto son ellos los que recibirán el máximo beneficio de la relación contractual. Debemos de apuntar que en este contrato se reconoce una deuda la cual debe de solventar por plazos a una institución o bien a un particular, pagadero a futuro dependiendo de un trabajo que obtendrá luego de su graduación.

Entonces podemos afirmar que en ocasiones la forma de amortizar la deuda es demasiado onerosa para la capacidad del beneficiario, lo cual le genera un perjuicio económico al sobrepasar la capacidad adquisitiva del individuo, lo cual puede devenir en un cúmulo de contrariedades inclusive del tipo penal, por lo tanto debe de revisarse bien el documento en el momento de obligarse. Otra desventaja, consiste en que en ocasiones las instituciones que ofrecen este tipo de servicios luego obliga a los beneficiarios a trabajar en sus instalaciones pagándole lo que ellos decidan y no dejándolos crecer profesionalmente hasta no saldar la deuda.

Por parte del inversionista, las desventajas consiste en la posibilidad de garantizar el pago puesto que es una inversión a futuro y no es seguro, por lo tanto se buscaran las formas de que el pago se efectúe, algo que podrán asegurar en la consignación del contrato, ya sea por alguna garantía o bien con alguna cláusula de responsabilidad sobre los futuros ingresos.



4.5. La necesidad de regular el método de ejecución del contrato de capital humano en Guatemala

Debido a las ventajas las cuales se expusieron anteriormente, y debido a la gran importancia que ha adquirido el contrato de capital humano como manera de establecer una forma de adquirir educación superior, es menester regular esta forma de contratación en nuestra legislación para evitar abusos contra las estudiantes o las instituciones nacionales, razón por la cual que este contrato ha sido regulado en legislaciones extranjeras teniendo buenos resultados, consideramos que es el momento exacto en el cual el contrato de capital debe de ser regulado en nuestra legislación ya que será de provecho para los empresarios que quieran obligarse de conformidad a este contrato e impulsar la oportunidad para estudiantes guatemaltecos.

Regulando este contrato se obtendrá un mínimo de normas sobre el cual puedan apoyarse al momento de suscribir el mismo y de esta forma se estará avanzando en el progreso del derecho mercantil nacional, lo cual lo equiparara con los países en los cuales se encuentra regulado.

En el caso de nuestro país, desafortunadamente, existen importantes barreras legales que necesitan mejoras para facilitar transacciones en mercados internacionales ágiles y seguras dentro y fuera del mercado guatemalteco; si se puede superar estas y otras



limitantes existentes; sobre todo en lo que se refiere a la educación superior, debido a cuestiones culturales o de conformismo o bien de querer evitar la competencia profesional lo cual hace que sea muy complicada su regulación. Pero, sin la protección, regulación, la transparencia ni los esquemas financieros apropiados, el contrato de capital humano no podrá regularse dentro del Código de Comercio.

Dentro del Código de Comercio, podemos advertir que existe una estructura correcta para agregar al contrato de capital humano, entendiendo que es una figura parecida al fideicomiso, debería de ser agregado en ese título, dentro del cual se desarrollara toda la estructura de esta institución, ya que sin que se sepa que clausula está permitida y cual no, ambas partes podrían salir dañadas de no cumplirse con el objeto de la misma. Por lo tanto no se sabe cómo actuar en ese caso y puede resultar lesivo en lugar de edificante para las partes obligadas.

Por lo que hemos expuesto con anterioridad es necesario que el contrato de capital humano sea regulado dentro del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, debido a que es una modalidad que modificara el ambiente mercantil de Guatemala, al igual que el ambiente educativo debido a que la educación superior podrá ser aún más accesible y finalmente contribuirá a la sociedad de Guatemala al crear más profesionales que produzcan beneficios a Guatemala.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El contrato de capital humano posee todas las características de viabilidad para funcionar en nuestro país, debido a que ya es un contrato que ha sido puesto en práctica, por lo tanto, se hace evidente que sea incluido en el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, para que exista un contrato de capital humano guatemalteco adecuado a las circunstancias mercantiles nacionales y a la realidad nacional para que, quienes lo suscriban posean plena certeza jurídica en la consignación del mismo.

Debido a que en Guatemala el uno por ciento de la población logra obtener educación superior, el contrato de capital humano puede llegar a ser una solución a esta problemática, con este contrato se trata de ayudar a obtener educación superior a personas que de otra manera no pueden obtenerla. El objeto de este contrato consiste en que una institución invierte en un estudiante para brindarle a este educación superior, con la condición de pagar a la empresa el capital invertido y de ser posible cierto interés; con los sueldos futuros que este perciba como resultado de la profesión que este ejerza. Sin embargo, no se puede saber cuáles serán los efectos jurídicos del mismo sin que se encuentre regulado en la ley, por lo tanto, ninguna de las partes obtiene certeza jurídica frente a la consignación del contrato de capital, mientras este no se encuentre normado dentro del Código de Comercio de Guatemala.





BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA, Celestino. **Títulos circulatorios derecho cambiario**. Ed. Astrea. 1ª Edición. Buenos Aires, 1989.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles, tomo II, contratos atípicos**. Ed. Dité. (s.e.) España 1987.
- BETTI Emilio. **Teoría del negocio jurídico**. Editorial Granada, 2ª Edición. España. 2000.
- Cámara de Comercio de Medellín. **Fiducia mercantil como instrumento para los empresarios**. http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Memorias/2011/3Fiducia_mercantil.pdf (consultada: 18 agosto 2014)
- CASAS SANZ DE SANTAMARÍA Eduardo. **La fiducia**. Ed. temis. 3ª Edición. Colombia. 1997.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid, España. 1ª Edición. Editorial Civitas, España. 1985
- DEL VECCHIO, GIORGIO. **Filosofía del derecho**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2ª Edición 1936.
- DÍAZ MENCHU, Luis; Marco Alveno Hernández. **Apuntes de derecho romano**. 1ª edición, ed. Rafael Landivar. Guatemala, 2004.
- DIÉZ PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Ediciones S.L. 5ª Edición. 1981.
- GOYEZ VITIERI, Oscar Alejandro. **Contratos de capital humano**. Ed. universidad (s.e.) externado. Colombia. 2005.
- LASARTE ÁLVAREZ. **Principios del derecho civil**. Editorial Marcial Pons. 11ª Edición España. 2012.
- MARZORATI, Osvaldo J. **Derecho de los negocios internacionales, tomo I**. Ed. Astrea. 1ª edición. Argentina. 2003.
- NARVÁEZ GARCÍA José Ignacio. **Obligaciones y contratos mercantiles, derecho mercantil colombiano**. Ed. Bogotá legis. 2ª. Edición. Colombia. 2008



NARVÁEZ GARCÍA José Ignacio. Obligaciones y contratos mercantiles, derecho mercantil colombiano. Ed. Bogotá legis. 2ª. Edición. Colombia. 2008

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. Primera edición electrónica Guatemala. 2007.

PALACIOS, Miguel. Human Capital Contracts equity-like instruments for financing higher education. Ed. lumni. (s.e.) Chile. 2006.

PALACIOS, Miguel. Investing in human capital, a capital markets approach to students funding. Ed. Lumni. (s.e.) Chile. 2010.

PALACIOS, Miguel. Los contratos de capital humano como alternativa de financiación privada de educación. Ed. Lumni. (s.e.) Chile. 2002.

PUIG PEÑA, Federico. Compendio de derecho civil español tomo III. Editorial Aranzadi, España. 3ª Edición. 1974.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de derecho civil tomo IV. Editorial Porrúa, 5ª Edición. México, 1997.

SALA I MARTIN, Xavier. Economía liberal para no economistas y no liberales. Editorial De bolsillo, 1ª Edición. España. 2005.

VILLEGAS LARA, René Arturo. Derecho mercantil guatemalteco. 6ª edición, Editorial Universitaria, Guatemala, 2004.



Legislación

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

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

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