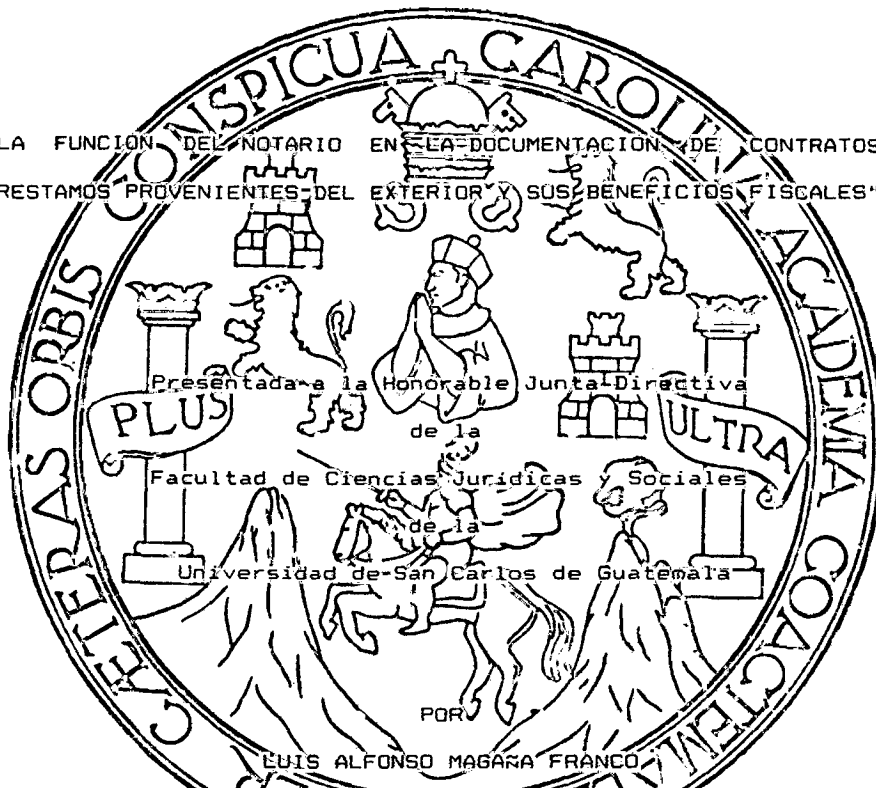


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

"LA FUNCION DEL NOTARIO EN LA DOCUMENTACION DE CONTRATOS DE
PRESTAMOS PROVENIENTES DEL EXTERIOR Y SUS BENEFICIOS FISCALES"



Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
POR
LUIS ALFONSO MAGANA FRANCO
Previa a optar al Grado académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y los títulos de
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 1,994

DL
04
T(1397)

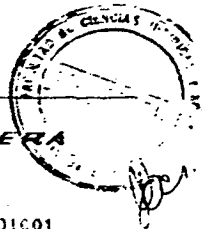
JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	LIC. JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ
VOCAL I	LIC. LUIS CESAR LOPEZ PERMOUTH
VOCAL II	LIC. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
VOCAL IV	BR. ERICK FERNANDO ROSALES ORIZABAL
VOCAL V	BR. FREDY ARMANDO LOPEZ FOLGAR
SECRETARIO	LIC. CARLOS HUMBERTO MANCIO BETHANCOURT

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL

DECANO	LIC. MAURO RODERICO CHACON CORADO
EXAMINADOR	LIC. LUIS GUILLERMO GUERRA CARAVANTES
EXAMINADOR	LIC. JORGE ARMANDO VALVERTH MORALES
EXAMINADOR	LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTIN
SECRETARIO	LIC. BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA

NOTA: "Unicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Articulo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacia y Notariado y Público de Tesis).



**LIC. EDGAR OSVALDO AGUILAR RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO**

11 CALLE 7-35, ZONA 1, TERCER NIVEL, EDIFICIO LIDO
TELEFONO: 525039 TELEFAX: 510433 COD. POST. 01001
GUATEMALA, G.A.

3307-94

21/9/94
5:15 PM

Guatemala, 20 de septiembre de 1,994

FACULTAD DE CIENCIAS
JURISPRUDENCIA Y SOCIALES
DEL NOTARIO

Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Hora: 18:35
OFICIAL

Respetable Señor Decano:

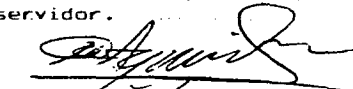
En atención a Providencia emitida por ese Decanato el 29 de abril del presente año, he actuado en función de CONSEJERO DE TESIS del Bachiller LUIS ALFONSO MAGANA FRANCO, quien propone el tema "LA FUNCION DEL NOTARIO EN LA DOCUMENTACION DE CONTRATOS DE PRESTAMOS PROVENIENTES DEL EXTERIOR Y SUS BENEFICIOS FISCALES", y habiendo concluido la tarea asignada me permito rendir el siguiente:

I N F O R M E :

1. En cuanto al proyecto de investigación, el postulante redefinió la hipótesis y las variables, por sugerencia del suscrito.
2. En cuanto a la forma, el Br. Magaña Franco atendió las recomendaciones del suscrito en cuanto a la re-estructuración de párrafos y la utilización más adecuada de las citas de pie de página.
3. Respecto del contenido, el postulante seleccionó y utilizó adecuadamente abundante material bibliográfico, así como efectuó un sencillo pero acertado y depurado trabajo de campo, con lo cual, estimo personalmente que validó la hipótesis planteada y llegó a la elaboración de sólidas conclusiones.

Por lo antes expuesto, considero que la presente monografía satisface plenamente los requisitos reglamentarios, salvo mejor opinión del respectivo especialista, a quien deberá trasladarse el trabajo para los efectos del dictamen correspondiente.

Sin otro particular al respecto, quedo de usted como su atento y deferente servidor.


LIC. EDGAR OSVALDO AGUILAR RIVERA
ASESOR DE TESIS

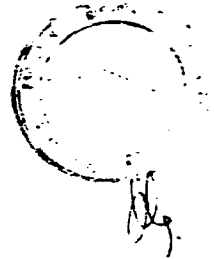
EDGAR OSVALDO AGUILAR RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica

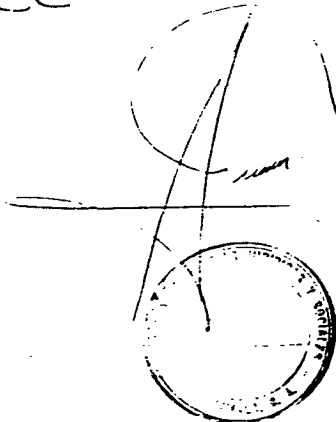
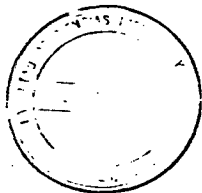


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, septiembre veintidos, de mil novecientos noventa
y cuatro. -----

Atentamente pase al licenciado NERY ROBERTO MUÑOZ, para
que proceda a revisar el trabajo de tesis del Bachiller
LUIS ALFONSO MAGANA FRANCO y en su oportunidad emita el
dictamen correspondiente. -----

[Handwritten signature]

ahg/



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

2210194



3367 94

Guatemala, Septiembre 27 de 1994

Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez
Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

27 SET. 1994

RECIBIDO
18/10/94
OFICIAL

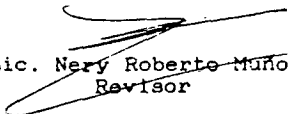
Señor Decano:

En cumplimiento de la resolución de ese Decanato de fecha 22 de Septiembre de 1994, procedí a la revisión del trabajo de tesis del Bachiller Luis Alfonso Magaña Franco, intitulado "La Función del Notario en la Documentación de Contratos de Prestamos Provenientes del Exterior y sus Beneficios Fiscales", el cual fue asesorado por el profesor de Derecho Notarial, Licenciado Edgar Osvaldo Aguilar Rivera.

Al respecto me permito emitir opinión favorable con el objeto de que se ordene la impresión y sea discutido en el examen público correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. Nery Roberto Muñoz
Revisor

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



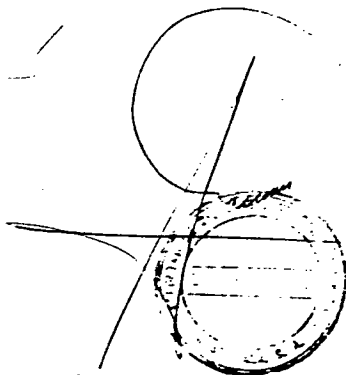
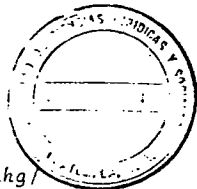
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



DECAYATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, septiembre veintiocho, de mil novecientos noventa
ticuatro. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis del Bachiller LUIS ALFONSO
MAGANA FRANCO intitulado "LA FUNCION DEL NOTARIO EN LA DO-
CUMENTACION DE CONTRATOS DE PRESTAMOS PROVENIENTES DEL EXTE-
RIOR Y SUS BENEFICIOS FISCALES". Artículo 22 del Reglamen-
to para Exámenes Técnico Profesionales y Público de Tesis.--



ACTO QUE DEDICO:

A DIOS:

Tu eres el bien, todo bien,
sumo bien,
Señor Dios, vivo y verdadero.

A LA SANTISIMA VIRGEN DEL ROSARIO:

En su día.

A MI MADRE:

Bertha Lidia Franco, que siempre me ha demostrado lo más grande de la vida, el amor.

A MIS HERMANOS:

Oscar Joaquín y Adrián Abelino en agradecimiento a su apoyo y cariño.

A SONIA BEATRIZ:

Por su amor incondicional.

AL SEÑOR GUILLERMO DE JESUS GARCIA SALAZAR

Por su apoyo.

A MIS MAESTROS:

Lic. Herbert Arturo Valencia Aquino
Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
Lic. Cesar Augusto López Avila
Lic. Raúl Antonio Chicas Hernández
Lic. Armando René Rosales Gatica

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

INDICE

Introducción	Página
	1

CAPITULO I LA FUNCION DEL NOTARIO

1.1 Objeto de la función notarial	4
1.2 Funciones que desarrolla el Notario	4
1.2.1 Función Receptiva	4
1.2.2 Función Directiva o Asesora	4
1.2.3 Función Legitimadora	4
1.2.4 Función Modeladora	5
1.2.5 Función Preventiva	5
1.2.6 Función Advertidora	5
1.2.7 Función Autenticadora	5
1.3 Finalidades de la Función Notarial	5
1.4 La forma documental	8
1.4.1 La Escritura Pública	9
1.4.1.1 Estructura de la Escritura Pública en Guatemala	12
1.4.1.1.1 Introducción	13
1.4.1.1.2 Cuerpo	13
1.4.1.1.3 Conclusión	14
1.5 La Técnica Notarial	15

CAPITULO II EL CONTRATO

2.1 Acepciones	19
2.2 Fuentes de la Disciplina Contractual	19
2.3 Formas Primitivas de Contratación	21
2.4 Definición Doctrinaria	24
2.5 Formas de los contratos	30
2.5.1 Los contratos verbales	30
2.5.1.1 El contrato telefónico	31
2.5.1.2 El contrato de simple tradición	31
2.5.2 Los contratos escritos	31
2.5.2.1 Documento privado	31
2.5.2.2 Acta levantada ante Alcalde	32
2.5.2.3 Escritura pública	32
2.5.2.4 Por correspondencia	32
2.6 Las partes en el contrato	32
2.7 Modalidades	34
2.8 El Contrato como Acto Jurídico	35
2.8.1 Elementos del Acto Jurídico	36
2.9 Definición legal de Contrato	37
2.10 La Función Económica del Contrato	37

**CAPITULO III
EL CONTRATO DE MUTUO**

3.1	Definición	45
3.2	Condiciones	45
3.3	Elementos del Mutuo	47
3.3.1	Personales	47
3.3.2	Reales	50
3.3.3	Formales	52
3.4	Características	53
3.4.1	Es un Contrato Real	53
3.4.2	Es un Contrato Bilateral	54
3.4.3	Es un Contrato Transmisor de Dominio	54
3.4.4	Es un contrato Restituidor de cosas de la misma especie y calidad	54
3.4.5	Es un Contrato Oneroso	55
3.4.6	Es un Contrato Principal	55
3.5	Los sujetos de la relación crediticia	55
3.6	Efectos del Contrato de Mutuo	65
3.6.1	En cuanto al mutuante	65
3.6.2	En cuanto al mutuario	65
3.7	Clases de mutuo	67
3.7.1	Civil	68
3.7.2	Mercantil	68
3.7.3	Bancario	69
3.8	El Interés	69

**CAPITULO IV
FINANCIAMIENTOS PROVENIENTES DEL EXTERIOR**

4.1	Origen	77
4.2	Créditos Otorgados en Moneda Extranjera	77
4.3	Regulación Legal de los Contratos de Crédito Otorgados en Moneda Extranjera	78
4.3.1	Código Civil Decreto Ley No.106	78
4.3.2	Ley Monetaria Decreto No. 203 del Congreso de la República	79
4.3.3	Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos. Decreto No. 37-92 del Congreso de la República	80
4.3.4	Ley Orgánica del Banco de Guatemala. Decreto No. 215 del Congreso de la República	80
4.4	Las Garantías	81
4.4.1	La Fianza (Garantía Personal)	82
4.4.2	La Hipoteca (Garantía Real)	82
4.4.3	La Prenda (Garantía Real)	83
4.5	Tasas de Interés Aplicables	84
4.5.1	Tasas Nacionales	84
4.5.1.1	Tasa de Interés Legal	84
4.5.1.2	Tasa de Interés Convencional	85
4.5.1.3	Tasa de Interés Usuraria	86
4.5.1.4	Intereses Moratorios	86
4.5.1.5	Tasa de Interés Variable	87
4.5.2	Tasas Internacionales	87

4.5.2.1 Tasa de Interés Libor	88
4.5.2.2 Tasa de Interés Prime Rate	88
4.5.2.3 Tasa de Interés Floating Prime Netto	88
4.6 El Principio de la Autonomía de la Voluntad y su aplicación en este tipo de contratos	88
4.6.1 La Autonomía de la Voluntad en la doctrina	88
4.6.2 Límites al principio de la autonomía de la voluntad	90
4.6.3 Aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el contrato de préstamo con financiamiento exterior	91

**CAPITULO V
BENEFICIOS FISCALES EN LOS CONTRATOS
DE PRESTAMO PROVENIENTE DEL EXTERIOR**

5.1 La Obligación Tributaria	93
5.1.1 Elementos de la Relación Jurídico Tributaria	95
5.1.1.1 Elementos Personales	95
5.1.1.2 El Hecho Generador	96
5.1.1.3 Elemento Temporal	96
5.1.1.4 Elemento Cuantitativo	96
5.1.1.5 Elemento Impositivo o Base Impositiva	97
5.1.1.6 Elemento Finalista	97
5.2 Definición de Beneficio Fiscal	97
5.2.1 La Exención	98
5.3 Beneficios fiscales de los Contratos de Préstamo con Financiamiento Provenientes del Exterior	99
5.3.1 Exención al Impuesto de Timbres Fiscales	99
5.3.2 Exención al pago del Impuesto Sobre la Renta a Personas no Domiciliadas	100
5.3.3 No afecto al Impuesto al Valor Agregado	101

**CAPITULO VI
CONTRATOS DE PRESTAMO PROVENIENTES DEL EXTERIOR
Y SU FACCIÓNAMIENTO NOTARIAL**

6.1 Obligaciones previas al faccionamiento de la escritura pública de préstamo con financiamiento proveniente del exterior	103
6.2 La Representación	105
6.3 Formas de acreditar la Representación	107
6.3.1 Representación del Estado	107
6.3.2 Representación del Municipio	107
6.3.3 Representación de una entidad privada	108
6.3.4 Representación de un Banco Privado	108
6.3.5 Representación de un Banco Estatal	108
6.3.6 Representación de un Mandatario	109
6.3.7 Representación de una entidad del Exterior	109
6.4 La Escritura Pública	109
6.5 Estipulaciones específicas del contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior	110

6.6	Constitución de garantías	113
6.7	Solemnidad en el otorgamiento y autorización del contrato	113
6.8	Responsabilidad Notarial	114
6.9	Obligaciones posteriores a la autorización de la escritura pública de préstamo con financiamiento proveniente del exterior	116
6.10	Registro de las Garantías	117
6.11	Aplicación práctica del contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior	118
	Conclusiones	121
	Bibliografía	123
	Anexos	127

INTRODUCCION

El desarrollo y las facilidades de la comunicación vía fax, teléfono y otros medios modernos, además de la posibilidad para transportarse rápidamente de un lugar a otro por la proliferación de vuelos internacionales, han sido factores determinantes para que las personas individuales y jurídicas de los diferentes países se relacionen entre sí con mayor facilidad y rapidez, dichas relaciones se pueden dar de tipo económico, político, jurídico y social.

Dentro de dichas relaciones, en este trabajo de investigación estudiamos las de tipo jurídico que se pueden dar entre los organismos y entidades internacionales y las personas individuales o jurídicas guatemaltecas o extranjeras que residan en el país, con ocasión del otorgamiento de préstamos con financiamiento proveniente del exterior a personas o entidades guatemaltecas.

Se persigue fundamentalmente analizar la función que el Notario deber de cumplir al autorizar o asesorar a una de las partes en la autorización de un contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior.

En ese sentido dividimos el presente trabajo en seis capítulos: El primero lo dedicamos al estudio de la función notarial, en el cual hacemos relación a lo que es la función notarial, las funciones que desarrolla el Notario, las finalidades de la función notarial, la forma documental y la escritura pública en Guatemala. El segundo capítulo es un estudio del contrato, analizamos entre otras cosas las fuentes, las formas, la definición y las partes. En el capítulo tercero ingresamos en el campo del contrato de mutuo en sí con su definición, elementos, características, sujetos, efectos, y

clases.

En el cuarto capítulo describimos lo que son los financiamientos provenientes del exterior, su origen, los créditos otorgados en moneda extranjera, la regulación legal en Guatemala de los contratos otorgados en moneda extranjera, las garantías que se pueden constituir, las tasas de interés aplicables y el principio de la autonomía de la voluntad en este tipo de contratos. El quinto capítulo es una enunciación de los beneficios fiscales de que gozan los contratos de préstamo con financiamiento provenientes del exterior. Por último, el sexto capítulo, se dedica al análisis del contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior y su faccionamiento notarial en el cual incluimos obligaciones previas y posteriores a la autorización del contrato, las formas de acreditar la representación y las estipulaciones específicas de un contrato de esta naturaleza.

Como anexos se incluyen: un modelo de escritura pública que contiene un contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior en la que se pacta como tasa de interés una internacional y está expresado en moneda extranjera; una copia de la boleta de encuesta del trabajo de campo realizado y gráficas que reflejan los resultados del mismo.

Esperamos que el presente llene las finalidades perseguidas, al dar a conocer a los estudiantes y estudiosos del Derecho este tipo de contratos, de poca aplicación en la actualidad, pero con los motivos expuestos tendrá en un futuro cercano mayor utilización en nuestro país.

CAPITULO I

1. LA FUNCION DEL NOTARIO

Partiremos por transcribir la definición de lo que para diversos autores es la función notarial; para el autor nacional Nery Roberto Muñoz: "la actividad del Notario llamada también el quehacer notarial."¹

Para Francisco Martínez Segovia, es una función de carácter jurídico en el sentido de que atiende a una necesidad de Derecho, privado o público, mediante la aplicación de la ciencia o de la legislación, usando de su órgano especial o particular.²

Para Manuel De la Cámara Alvarez la función notarial es un sinónimo de la actividad que despliega el Notario. Son las diversas actividades que realiza el Notario.³

Es mi criterio que la función notarial la podemos definir como aquel conjunto de actividades realizadas por el Notario consistentes en recibir la información de las partes, dirigir y asesorarlas sobre el acto o contrato que desean realizar, legitimarlas, dar forma legal a la voluntad de ellas, preveer cualquier situación que pueda darse en el futuro, advertirles de las obligaciones y por último autorizar y autenticar el acto o contrato para el cual fue requerido el notario.

La función notarial se inicia con la primera entrevista con las partes, y finaliza con la autorización del acto o contrato y cumplimiento de las obligaciones posteriores concernientes al acto o contrato de que se trate.

¹ Muñoz, Nery Roberto. Introducción al Estudio del Derecho Notarial. Pág. 25

² Martínez Segovia, Francisco. Función Notarial. Pág. 138.

³ De la Cámara y Alvarez, Manuel. El Notario Latino y su Función. Pág. 4.

1.1 Objeto de la función notarial:

En Guatemala conforme el artículo uno del Código de Notariado: "El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte"; o sea que el objeto se realiza al hacer constar y autorizar actos, hechos y contratos.

El Notario ejerce su función notarial en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas y lo hace en nuestro medio a través de los siguientes medios: escrituras públicas, actas notariales, actas de protocolización, actas de legalización de firmas o de fotocopias, así como con la extensión de testimonios, copias legalizadas, certificaciones y resoluciones notariales.

1.2 Funciones que desarrolla el Notario:

Al realizar la función notarial, el Notario desarrolla un conjunto de actividades o funciones que pueden delimitarse y diferenciarse para su mejor estudio de la siguiente manera:

1.2.1 Función Receptiva:

Es la primer actividad y se desarrolla cuando el Notario es requerido por su cliente, quien traslada a este toda la información sobre el acto o contrato que desea realizar.

1.2.2 Función Directiva o Asesora:

Esta actividad se realiza cuando el Notario por los conocimientos que tiene como un profesional del Derecho asesora y dirige a su cliente sobre el acto o contrato que pretende celebrar, aconsejándole sobre el mismo; el Notario instruye como perito en derecho, concilia y coordina voluntades.

1.2.3 Función Legitimadora:

Esta actividad se desarrolla cuando el Notario comprueba que los requirentes, sean efectivamente los titulares del derecho

objeto del acto o contrato y además por ley esta obligado a calificar la representación en los casos en que se ejercite.

1.2.4 Función Modeladora:

Es aquí donde el Notario pone en práctica sus conocimientos como Profesional del Derecho al darle forma legal a la voluntad de las partes, encuadrando el acto o contrato a las normas legales que regulan el mismo; es decir, el Notario modela el acto jurídico, dotándolo de forma legal y para ello previo califica la naturaleza y legalidad del acto.

1.2.5 Función Preventiva:

Esta actividad la realiza el Notario cuando al redactar el documento para el cual ha sido requerido dentro del mismo, prevee cualquier circunstancia que pueda producirse como consecuencia del mismo, buscando evitar cualquier futuro conflicto.

1.2.6 Función Advertidora:

Se realiza esta actividad por parte del Notario cuando al redactar el documento notarial advierte a las partes de los efectos que produce el acto o contrato que celebran.

1.2.7 Función Autenticadora:

Esta es la actividad de mayor trascendencia pública realizada por el Notario, la cual consiste en investir a todos los actos notariales de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas y se da cuando el Notario estampa su firma y sello en el documento notarial dándole autenticidad al acto o contrato para el cual fue requerido, por lo tanto este se tendrá como cierto o auténtico mientras no se pruebe lo contrario.

1.3 Finalidades de la Función Notarial:

Para el autor Luis Carral y de Teresa, "La función notarial persigue tres finalidades: de seguridad, de valor y de permanencia.

1.3.1 Seguridad.- Es la calidad de seguridad y de firmeza (que otros llaman de certeza), que se da al documento notarial. Persigue la seguridad: el análisis de su competencia que hace el notario, la perfección jurídica de su obra, para lo cual tiene que hacer juicios de capacidad, de identidad, etc.; el proceso formal (de leyes adjetivas), que es axiomático y que persigue un fin de seguridad. También persigue esa seguridad la responsabilidad del notario, respecto a la perfección de su obra. En los países sajones, se suple la seguridad (ya que no hay la garantía del notariado latino) con seguros para indemnizar económicamente a los interesados; y cuando se trata de inmuebles, la Ley de Torrens establece indemnizaciones para casos de riesgo o pérdida de la cosa.

La superioridad del sistema notarial latino es indudable ya que, entre otras cosas, no sólo da seguridad a las operaciones de inmuebles, sino a todas las demás en que el notario puede intervenir que, como sabemos, son casi infinitas.

1.3.2 Valor.- Según la Academia, valor implica utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos. El notario, además, da a las cosas un valor jurídico. Este valor tiene una amplitud: es el valor frente a terceros;... No hay que confundir el valor del que estamos hablando, como fin de la función notarial, con la validez del negocio y del documento, pues ésta implica viabilidad, y en cambio el valor es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros.

1.3.3 Permanencia.- La permanencia se relaciona con el factor tiempo. El documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro.

El documento privado es perecedero, se deteriora fácilmente, se extravía, se destruye con más facilidad, y por lo tanto es

inseguro. En cambio, el documento notarial es permanente e indeleble, o sea, que tiende a no sufrir mudanza alguna. Hay varios medios adecuados para lograr esa permanencia: el notario actúa en el momento, para dar seguridad, valor y permanencia; existen procedimientos (leyes adjetivas de forma) para que el documento sea indeleble (papel, tinta, etc.). Hay procedimientos para conservar los documentos (archivos, etc.); y la permanencia misma, garantiza la reproducción auténtica del acto."⁴

La finalidad de seguridad a que hace alusión el autor en mención es la certeza que tienen los clientes de que el documento faccionado y autorizado por un Notario, es seguro en el sentido de que el Notario tiene los conocimientos y la facultad para autorizar el mismo, teniendo su fundamento legal en el artículo uno del Código de Notariado que norma: "El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte".

La finalidad de valor se refleja en nuestra realidad cuando el Notario autoriza un documento el cual se ajusta a las disposiciones legales, este adquiere valor jurídico ya que está apto para producir efectos entre las partes y ser oponible erga omnes.

Y, por último, la finalidad de permanencia la podemos observar en la obligación que tiene el Notario de ser depositario del protocolo; de remitir testimonio especial al Archivo General de Protocolos de cada escritura pública que autorice conforme el artículo 37 literal a) del Código de Notariado; de remitir los expedientes de jurisdicción voluntaria que hubiere autorizado al finalizar los mismos, al Archivo General de Protocolos conforme el artículo 7 de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial en Asuntos de Jurisdicción Voluntaria; en la obligación de agregar a los comprobantes de su protocolo una copia al carbón del acta de

⁴ Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. Pág. 100.

inventario que autorice conforme el artículo 563 del Código Procesal Civil y Mercantil y como mejor ejemplo tenemos que a la muerte de un Notario la persona que tenga en su poder el protocolo a cargo del mismo, debe depositarlo en el plazo de treinta días en el Archivo General de Protocolos si se encuentra en la ciudad capital o al Juez de Primera Instancia o Alcalde Municipal, si estuviere en una cabecera departamental o municipal, respectivamente.

1.4 La forma documental:

He venido enunciando lo que es la función notarial, las actividades que desarrolla el Notario durante la misma y las finalidades de la función notarial, pero todo esto en conjunto solo se logra apreciar en su justa dimensión al ser exteriorizado a través de un documento.

El tratadista Guillermo Cabanellas, define al documento así: "Instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito. En la acepción más amplia, cuanto consta por escrito o gráficamente; así lo es tanto un testamento, un contrato firmado, un libro o una carta, como una fotografía o un plano; y sea cualquiera la materia sobre la cual se extienda o figure, aunque indudablemente predomine el papel sobre todas las demás. Cualquier comprobante o cosa que sirva para ilustrar. Diploma, inscripción, relato y todo escrito que atestigüa sobre un hecho histórico."^o

"Los documentos se dividen en: Privados y Públicos. Los privados elaborados y firmados por las partes a quienes puede obligar o no. Públicos, elaborados y firmados por un funcionario en el ejercicio de su cargo, o por un Notario, aunque éste último

^o Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. Pág. 736

es más conocido como instrumento público."⁴

Cuando el productor del documento es cualquier persona estamos ante un documento privado, ahora si el documento no es producido por cualquiera, sino que por un funcionario en ejercicio de un cargo público, estamos en presencia de un documento público.

La forma documental tiene que ver con la facultad y la virtud que tiene el Notario de adecuar en términos sencillos el acto a la forma jurídica, es decir, en darle forma legal a la voluntad que sus clientes desean dejar plasmada.

El Notario da forma documental cuando es requerido para la autorización de actas notariales y escrituras públicas debiendo observar lo que para el efecto regulan los artículos del 60 al 62 para actas notariales y el 13 y 29 para escrituras públicas, todos del Código de Notariado, los cuales contienen los requisitos que deben ser llenados por el Notario en la autorización de los mismos; y sin perder de vista las normas específicas que regulan el acto jurídico.

Es importante tener presente la diferencia en cuanto al contenido entre acta notarial y escritura pública, ya que mientras en el acta notarial se hacen constar hechos que el Notario presencia y circunstancias que le constan; la escritura pública puede contener declaraciones de voluntad, actos jurídicos que implican prestación de consentimiento y contratos de toda clase.

1.4.1 La Escritura Pública:

Guillermo Cabanellas, define la escritura pública así: "El documento autorizado por Notario u otro funcionario con atribuciones legales para dar fe de un acto o contrato

⁴ Muñoz, Nery Roberto. Introducción al Estudio del Derecho Notarial. Pág. 95.

jurídico."⁷

Para Nery Roberto Muñoz, la escritura pública es: "la autorizada por Notario en el protocolo a su cargo, a requerimiento de parte, en la que se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad, obligándose sus otorgantes en los términos pactados."⁸

Nuestro Código de Notariado no define la escritura pública sino que únicamente regula el contenido de la mismas en su artículo 29 el cual se complementa con el artículo 13 del mismo Código que regula las formalidades que deben de llenarse en el protocolo al redactar un instrumento público.

En términos sencillos podemos decir que la escritura pública es aquel documento que autoriza un Notario en el protocolo a su cargo a requerimiento de parte o por disposición de la ley, la cual contiene declaraciones de voluntad, actos jurídicos que implican prestación de consentimiento y contratos de toda clase, que obliga a los otorgantes a su cumplimiento en los términos pactados.

En Guatemala, de conformidad con el artículo 29 del Código de Notariado, toda escritura pública que sea autorizada por un Notario, deberá contener:

1. El número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento.
2. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes.
3. La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.

⁷ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II. Pág. 97.

⁸ Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial. Pág. 12.

4. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el Notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.
5. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el efecto o contrato.
6. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él, un testigo.
7. La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato.
8. La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato.
9. La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o proceda de diligencias judiciales o administrativas.
10. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación.
11. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos.
12. Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras "Ante mí". Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante,

pondrá antes de firmar, la expresión: "Por mí y ante mí"."

Es importante tener presente, conforme el artículo 30 del Código de Notariado que, "En todo acto o contrato el otorgante que se obligue hará constar, de manera expresa, si sobre los bienes que motivan el acto o contrato, existen o no gravámenes o limitaciones, cuando éstos puedan afectar los derechos del otro otorgante; y el notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieren."

Básicamente esos son los elementos que debe contener toda escritura pública, sin olvidar que la ley regula para ciertos instrumentos la obligación de cumplir con otros requisitos tal es el caso de la escritura de testamento, la donación por causa de muerte, la constitución de sociedad, la constitución de hipoteca de cédulas, la constitución de prenda agraria, ganadera e industrial.

1.4.1.1 Estructura de la Escritura Pública en Guatemala:

Al hablar de la estructura de la escritura pública lo estamos haciendo desde el punto de vista doctrinario y con base en el artículo 29 del Código de Notariado ya que es necesario recordar que la misma es un todo indivisible, y se hace con la finalidad de tener una mayor facilidad y claridad a la hora de redactar instrumentos y una mejor técnica notarial, para lo cual tomamos como base por compartir sus criterios la estructura que el Licenciado Nery Roberto Muñoz desarrolla en el libro El Instrumento Público y el Documento Notarial, así: "En Guatemala, por muchos años hemos seguido un sistema sencillo cuando estructuramos la escritura pública:

- a) Introducción
- b) Cuerpo, y
- c) Conclusión...

Actualmente la introducción la subdividimos en: Encabezamiento y comparecencia.

El cuerpo en: Antecedentes o exposición y Estipulaciones.

La conclusión en: Cierre, advertencias, otorgamiento y autorización.

1.4.1.1.1 LA INTRODUCCION:

Es la primera parte de la escritura, compuesta de encabezamiento, el cual contiene: Número de la escritura; lugar y fecha. (Arto. 29 numeral 1), hora si se tratare de testamento o donaciones por causa de muerte, (Arto. 42 numeral 1), las palabras ante mi, nombre del notario autorizante y su calidad: Notario...

La comparecencia contiene: los nombres y apellidos completos de los otorgantes, edad en años cumplidos, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio. (Arto. 29 numerales 3 y 4).

La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, o la identificación por los medios legales, cuando no los conozca el Notario. (Arto. 29 numerales 3 y 4.)

Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación en nombre de otro (si fuere el caso). (Arto. 29 numeral 5).

La intervención del intérprete (si fuere necesario). (Arto. 29 numeral 6).

Declaración de los comparecientes que aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles. (Arto. 29 numeral 3) del Código de Notariado).

Y la nominación del acto o contrato que se otorga.

1.4.1.1.2 EL CUERPO:

En el cuerpo debe constar la relación fiel, concisa y clara del acto o contrato. (Arto. 29 numeral 7).

La primera parte del cuerpo son los antecedentes o exposición...

En ella se consigna la descripción del objeto que va a ser la causa del negocio jurídico, elementos indispensables para la

contratación..."*

LA ESTIPULACION:

"La estipulación o parte dispositiva de la escritura es la parte vital de su configuración jurídica. El negocio jurídico o acto que lo motiva va ahí expuesto en todo su contenido. Son las relaciones de las partes surgidas de la convención que edifican el instrumento.

Son la esencia, el alma, la razón de ser, porque sin estipulación no hay escritura pública..."¹⁰

"En la estipulación como parte medular de la escritura debe redactarse en cláusulas, por ser la voluntad de los otorgantes y la adecuación que hace el Notario a las disposiciones legales; en ella también encontramos, reservas y advertencias; el caso concreto lo exige el artículo 30 del Código de Notariado, de que: "En todo acto o contrato el otorgante que se obligue hará constar, de manera expresa, si sobre los bienes que motivan el acto o contrato, existen o no gravámenes o limitaciones, cuando éstos puedan afectar los derechos del otro otorgante; y el notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieren."

Algunos autores, a esta parte le denominan de Reservas y Advertencias y también las colocan dentro del cuerpo.

Finaliza el cuerpo con la aceptación del acto o contrato, aceptando la venta, la donación, la hipoteca, etc."¹¹

1.4.1.1.3 CONCLUSION:

"El cierre del instrumento ya no debe aparecer en cláusulas. Aquí el Notario debe dar fe de todo lo expuesto, con una sola vez

* Ibidem. Pág. 18.

¹⁰ Cit. por Muñoz, Nery Roberto, en Obra Citada Pág. 21.

¹¹ Ibidem. Pág. 22.

que lo haga en toda la escritura es suficiente; como también de los documentos que tiene a la vista relativos al acto o contrato, identificaciones, títulos, etc.

En las advertencias de cierre: los efectos legales del acto o contrato y la obligación que tiene de presentar el testimonio al registro respectivo. (Arto. 29 numeral 11.)

El otorgamiento, comprende la lectura, la cual obligadamente debe hacer el Notario, salvo los casos de testamentos, en que el testador tiene el derecho de designar a la persona que debe leer el testamento, de no hacerlo él mismo. (Arto. 42 numeral 6.)

Además de la lectura, recibir la ratificación y aceptación por medio de las firmas. (Arto.29 numeral 10.)...

La autorización, que consiste en la firma del Notario, precedida de las palabras "ANTE MI". (Arto. 29 numeral 12). En este momento nace la escritura pública autorizada..."¹²

1.5 La Técnica Notarial:

Según, Guillermo Cabanellas, técnica es: "Tanto el conjunto o serie de procedimientos, recursos y medios de acción de un arte como la pericia, destreza o habilidad para valerse de tales factores o elementos."¹³

"La técnica la debemos entender como el conjunto de procedimientos y recursos. En el caso de la técnica notarial, son los procedimientos y recursos a utilizar al redactar una escritura pública.

Entre los aspectos técnicos que debemos tomar en cuenta están:

- 1) La rogación
- 2) La competencia
- 3) La claridad
- 4) La observancia de la ley

¹² Ibidem. Pág. 23.

¹³ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo IV. Pág. 187.

- 5) Los fines de la escritura
- 6) Los impedimentos del Notario
- 7) La conservación y reproducción de la escritura, y
- 8) El registro.

1.5.1 LA ROGACION:

El Notario no puede actuar de oficio, es necesaria la solicitud o requerimiento de la parte o partes interesadas.

1.5.2 LA COMPETENCIA:

Esta competencia la debemos entender en sentido territorial. En Guatemala, el Notario puede actuar en cualquier lugar de la república, no tiene limitaciones. Es tan amplia la ley que en casos determinados, cuando el acto o contrato que documenta va a surtir efectos en Guatemala, permite que el Notario guatemalteco pueda ejercer en el exterior.

1.5.3 LA CLARIDAD:

En la redacción de la escritura, debe utilizar el lenguaje adecuado y claro, evitando que a lo escrito se le de una interpretación diferente...

1.5.4 LA OBSERVANCIA DE LA LEY:

Quien si no un Notario, debe observar la ley?. En la redacción de la escritura debe ajustarse en todo a la ley, no documentando acto o contratos que vayan en contra de la ley, la moral o las buenas costumbres; aunque el cliente se lo requiera.

1.5.5 LOS FINES DE LA ESCRITURA:

Al redactar la escritura debe estar plenamente convencido de que la misma llena los fines para los cuales fue otorgada, debe dar seguridad a las partes, que lo estipulado debe cumplirse y de lo contrario que es título suficiente para exigir su cumplimiento.

1.5.6 LOS IMPEDIMENTOS DEL NOTARIO:

Además de los aspectos de ética y moral, la legislación guatemalteca, tiene contemplado en el artículo 77 del Código de Notariado, las prohibiciones del Notario, entre ellos autorizar actos y contratos en favor suyo o de sus parientes. También debe conocer cuando tenga un impedimento para ejercer.

1.5.7 LA CONSERVACION Y REPRODUCCION DE LA ESCRITURA:

La escritura matriz, el notario la conserva en el protocolo a su cargo, del cual es responsable, además es el encargado de reproducirla por medio de copias o testimonios...

1.5.8 EL REGISTRO:

En nuestro medio, la mayoría de testimonios de escrituras públicas van a los registros públicos. Desde luego ésta no es una obligación del Notario, sino de las partes interesadas. La obligación notarial, radica en advertir la obligación que tienen de presentar el testimonio a los registros.

En la práctica es el Notario quien presenta los documentos al registro, y posteriormente verifica que la operación se haya realizado en forma correcta."¹⁴

¹⁴ Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial. Págs. 23, 24, 25 y 26.

CAPITULO II

2. EL CONTRATO

2.1 Acepciones:

La palabra contrato tiene diversas acepciones. El autor Francesco Messineo expresa que se habla de contrato como equivalente a documento y de contrato como negocio jurídico. La primera acepción, o sea el contrato como documento tiene el defecto de que confunde al contrato con el documento en que está el mismo contenido. La acepción de contrato como negocio jurídico es aceptable y correcta por lo que al hablar de contrato, en efecto estamos hablando del negocio jurídico.

También tiene en la práctica jurídica la acepción de contrato como norma individualizadora y en el derecho mexicano como acto jurídico.

2.2 Fuentes de la Disciplina Contractual:

Por fuente debemos entender manantial natural, en sentido figurado, origen, fundamento, es decir, el inicio de algo. Y por Fuentes del Derecho todas las causas que generan el surgimiento de las normas jurídicas en una época y espacio determinado. Guillermo Cabanellas, define las Fuentes del Derecho, así: "Principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y, en especial, del Derecho positivo o vigente en determinado país y época."¹⁹

Es preciso para poder llegar a comprender de mejor manera hacia donde vamos, explicar lo que son las fuentes formales, siendo estas las imperativas de autoridades al intérprete con virtualidad bastante para regir su juicio, cuando tiene por objeto propio e inmediato la revelación de una regla destinada a imprimir una dirección en la vida jurídica. Dentro de las

¹⁹ Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II. Pág. 230

fuentes formales en nuestro medio la más importante es la ley.

La cuestión del tema se centra en determinar cuál es la fuente del derecho contractual, o sea, donde encuentra el contrato el origen de su obligatoriedad y cuáles son las fuentes en que descansa su regulación.

Previo, es importante determinar si la ley o la voluntad por sí mismas, son eficaces para producir los efectos del derecho. "Conocidas son las tres posturas tradicionales: la de la Teoría Clásica defendida, entre otros, por Baudry-Lacantinerie, Colín y Capitant y Planiol, que atribuye a la voluntad fuerza suficiente para producir, mediante actos jurídicos, los efectos de derecho. El legislador y, por lo tanto, la ley, solo cumplirían una función complementaria de limitación a la voluntad; la teoría de Duguit, que estima que el hombre sólo puede producir movimientos corpóreos, y que los efectos de derecho son resultado necesario e inmediato de la aplicación del derecho objetivo; finalmente, la teoría ecléctica, defendida por Marcadé, quien sostiene que los efectos de derecho resultan de la conjunción de la ley y la voluntad siendo insuficientes ambos, por sí mismos, para producirlos."¹⁶

Creo que la voluntad y la ley son incapaces, si actúan aisladamente, para producir los efectos del derecho respecto del acto jurídico. La ley, por sí sola, no puede producirlos, pues necesita de una conducta humana que la ponga en movimiento, pero dentro del acto jurídico. Bastará que alguna persona realice el supuesto normativo de una ley nueva para que, de inmediato y sin otros requisitos de conducta, se actualicen y probablemente se produzcan en su favor o a su cargo los efectos legales.

Al respecto el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, regula: "La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, establecida

¹⁶ Néstor De Buen Lozano. La Decadencia del Contrato. Pág. 159

conforme la ley, la complementará. La costumbre sólo regira en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada." El artículo 1251 del Código Civil establece: "El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito." El artículo 1319 del mismo Código establece: "Toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa."; y por último el artículo 1517 del Código en mención norma que: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación."

En base a lo anterior llegamos a la conclusión de que la ley es la fuente del derecho contractual pero en todo caso requiere de la voluntad de los sujetos para que puedan actualizarse y producirse sus efectos, ya que sin su participación no puede producirse el acto jurídico.

2.3 Formas Primitivas de Contratación:

"Desde el punto de vista cronológico, el primer sistema de contratación que aparece en los pueblos es el rigurosamente formalista, caracterizado por la exigencia de determinadas formalidades exteriores con el carácter de esenciales para la existencia y validez de los contratos. Es el propio de los pueblos primitivos, encerrando en su primera fase un sabor típicamente religioso, que caracteriza a las legislaciones de los países orientales, y en su segundo, un matiz civil, del cual son exponentes las legislaciones romana y germánica."¹⁷

"Como hemos dicho, el Derecho romano, sobre todo en la primera época, no admitió que la mera voluntad de las partes contratantes bastase en principio para engendrar una mera obligación. Era necesario que aquélla se manifestase a través de

¹⁷ Puig Peña, Federico.
Español. Tomo III. Pág. 331.

las fórmulas solemnes del contrato verbal; por medio de las transcripciones típicas del contrato literal o con el complemento de la entrega en los contratos reales. Únicamente admitió una especie de contrato (los consensuales) que, por la trascendencia e importancia de la relación, podían quedar perfectos *merae voluntate*. Las convenciones que no respondiesen a estas *causae civilis* eran pactos nudos, desprovistos por completo de acción. Algunos de éstos, sin embargo, determinaron en su eficacia algunas consecuencias civiles (pactos vestidos), por estar agregados a contratos de buena fe (*pacta adiecta*), o por reconocimiento del Derecho pretorio (*pacta praetoria*), o de las constituciones imperiales (*pacta legitima*).

El Derecho romano queda, pues, adscrito al sistema formalista civil, con las atenuaciones que suponen los contratos consensuales y los pactos vestidos, que representan el tránsito al sistema consensual.¹⁰

Como se puede ver el sistema romano antiguo era eminentemente formalista y ya se habla en esa época de transcripciones de los contratos y que no solo la mera voluntad de las partes era suficiente para la existencia de un contrato.

"El Derecho germánico es también predominantemente formal y simbólico en igual -o quizá mayor- intensidad que el romano.

Pero los inconvenientes de este sistema saltaban a la primera vista. El formalismo iba bien, mientras las relaciones de obligación no presentaron caracteres de complejidad; pero el apretado mecanismo de la forma resultó anacrónico en cuanto se aumentaron las relaciones de la vida civil. Aparte de esto, ahogaba las iniciativas de los particulares, y, en definitiva, tiranizaba la libertad del tráfico. La técnica de los pactos pretorios y de los contratos consensuales representa, como decimos, un loable esfuerzo para ir abandonando la pesada carga del formalismo y orientarse hacia el principio del

¹⁰ Ibidem. Pág. 332

consentimiento."¹⁷

Como se puede ver también el Derecho Germánico en su origen fue formalista lo cual creó posteriormente ciertos problemas hasta orientarse al apareamiento del principio del consentimiento.

"Este, sin embargo, caracterizado porque sólo atiende al elemento interno del contrato, a la mera convergencia de voluntades, cualquiera que fuere la forma en que quedo expresado, no surge de pronto; va naciendo poco a poco en la misma vida del pueblo, consciente de las desventajas del sistema anterior, y adquiere consagración legal en nuestro derecho con la famosa Ley del Ordenamiento de Alcalá, con arreglo a la cual "será valedera la obligación o el contrato que fueran hechos en cualquier manera que aparezca que por el mismo se quiso obligar a otro a hacer contrato con el". Esto es, como dice BORJA, la desaparición del formalismo, el summum del simple consentimiento. Después fue aceptada por las legislaciones, respetuosas con el principio de la voluntad."²⁰

"Pero el sistema consensualista, llevado a sus extremos, también tiene sus inconvenientes, y no pequeños, pues con el amplio margen de libertad concedido se produce una verdadera inseguridad e incertidumbre en el Derecho, que trae consigo la multiplicación de los litigios y la impresión de las relaciones. Ya VALVERDE dijo que la forma se debe considerar como un mecanismo proteccionista en una sociedad en descomposición de elementos, como la nuestra; la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las convenciones. Por lo mismo que, como dice IHERING, la forma es enemiga declarada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos

¹⁷ Ibidem. Pág. 332.

²⁰ Ibidem. Pág. 333.

y privados y jamás podrá ser eliminada del Derecho."²¹

"Quizá estas afirmaciones envuelvan algo de exageración; pero lo cierto y verdad es que en los tiempos modernos las legislaciones no aceptan el sistema consensualista en su forma pura, sino que se observa una vuelta a los sistemas de forma, como garantía -singularmente- de los terceros y de la seguridad del tráfico. Ello ha dado nacimiento al sistema de la forma escrita, en el cual, para evitar la imprecisión que surgiría de los contratos confiados sólo a la prueba testifical, se exige que la manifestación de la voluntad quede comprobada en un cuerpo de escritura más o menos trascendente."²²

"Este sistema recibió el favor de la doctrina, por asegurar la seriedad del consentimiento y la fijación del vínculo; pero en aquellos contratos de escasa cuantía resultaba improcedente. Además, la exigencia constante de la forma escrita podía embarazar en ocasiones la contratación.

Por esto ha surgido el llamado sistema ecléctico o moderno, propio de los Códigos más recientes, y que recoge asimismo el Derecho Español. Con arreglo al mismo, por regla general, los contratos quedarán perfectos *merae voluntate*; pero en algunas ocasiones se exige una determinada forma de prueba, bien *solemnitatis causa*, bien *probationis causa*."²³

Es así como aparece el principio del consentimiento como forma de contratarse sin formalismos pero que a la vez tuvo que limitarse de cierta forma para seguridad de la colectividad.

2.4 Definición Doctrinaria:

Etimológicamente deriva del latín *contractus*, que deriva a su vez de *contrahere*, que significa reunir, lograr concertar.

"EL CONCEPTO DEL CONTRATO: Ocurre con el concepto del contrato

²¹ Ibidem. Pág. 333.

²² Ibidem. Pág. 333.

²³ Ibidem. Pág. 334.

literales (nomina transcriptitia, synagrapta), en los que la causa consistía en la transcripción realizada en los libros como consecuencia de operaciones jurídicas libremente consentidas por las partes; reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), que se integraban por la recepción por el deudor de la cosa a título de crédito, y consensuales, admitidos así por la especial naturaleza e importancia de la relación jurídica que supone la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato."²⁶

Aquí se puede establecer como se va desarrollando la figura del contrato en el Derecho romano desde su inicio así como sus variantes que va sufriendo en su forma a consecuencia de la diversidad de figuras que se establecen en dicho Derecho.

"La evolución del Derecho romano posterior determinó el abandono del viejo rigorismo. La degeneración de las formas solemnes de la stipulatio, la inexistencia de la antigua forma del contrato literal, la creación de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, etc., hizo poco a poco descomponerse el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por sí mismo, independientemente de las causas anteriormente señaladas."²⁷

"La obra se continuó en el Derecho intermedio, y obtuvo franca realización en virtud de fuerzas de las más diversas naturalezas, como el cristianismo y el desarrollo del comercio.

De esta forma llegamos a la época liberal, donde, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se llega a la concepción que hemos vivido hasta la época presente, y caracterizada por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida única y exclusivamente del convenio o acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo en todos los órdenes de la vida transaccional privada; por la abstención del

²⁶ Ibidem. Pág. 324.

²⁷ Ibidem. Pág. 325.

literales (nomina transcriptitia, synagrapta), en los que la causa consistía en la transcripción realizada en los libros como consecuencia de operaciones jurídicas libremente consentidas por las partes; reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), que se integraban por la recepción por el deudor de la cosa a título de crédito, y consensuales, admitidos así por la especial naturaleza e importancia de la relación jurídica que supone la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato."²⁶

Aquí se puede establecer como se va desarrollando la figura del contrato en el Derecho romano desde su inicio así como sus variantes que va sufriendo en su forma a consecuencia de la diversidad de figuras que se establecen en dicho Derecho.

"La evolución del Derecho romano posterior determinó el abandono del viejo rigorismo. La degeneración de las formas solemnes de la stipulatio, la inexistencia de la antigua forma del contrato literal, la creación de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, etc., hizo poco a poco descomponerse el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por sí mismo, independientemente de las causas anteriormente señaladas."²⁷

"La obra se continuó en el Derecho intermedio, y obtuvo franca realización en virtud de fuerzas de las más diversas naturalezas, como el cristianismo y el desarrollo del comercio.

De esta forma llegamos a la época liberal, donde, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se llega a la concepción que hemos vivido hasta la época presente, y caracterizada por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida única y exclusivamente del convenio o acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo en todos los órdenes de la vida transaccional privada; por la abstención del

²⁶ Ibidem. Pág. 324.

²⁷ Ibidem. Pág. 325.

Estado frente a los diversos tipos de contratos creados por la autonomía de la voluntad; por el sentido huerco de justicia intrínseca, pues que solamente tenía importancia el voluntarismo contractualista, etcétera."²⁰

Ya con el desarrollo del Derecho romano aparecen los contratos innominados así como el principio de la autonomía de la voluntad como fuente de contratación.

Al respecto continúa anotando el Tratadista Puig Peña: "Pero todo acuerdo de voluntades dará lugar a un contrato?, será contrato cualquier convención que se celebre?

Sobre este particular, tengamos en cuenta las consideraciones que a continuación reseñamos:

a) Los hombres, en efecto, para la satisfacción de sus necesidades -tanto de orden primario como de matiz accesorio- entran en relaciones entre sí, dando vida a multiplicidad de acuerdos o convenciones que constituyen el entrecruce de toda su intensa y varia actividad; representan el exponente de la solidaridad humana, sin la cual no pueden aquéllos vivir en el trato con sus semejantes. Estas convenciones descubren la gama extraordinaria del contenido sobre el cual puede versar el trato con los demás: relaciones patrimoniales, de amistad, de favor, de complacencia, de diversión, etc.

b) Pero un sector de las mismas queda acotado, desde el momento en que el objeto de ellas tiene un interés jurídico. Entonces el Derecho se hace cargo y verifica todo un deslinde de este conglomerado convencional. Estamos ya entrando en el terreno del contrato que tiene, de momento, aquel basamento inicial -convención- y un polo especial de referencia -objeto con interés jurídico-.

c) Muchas veces el Derecho -tanto científico como legislado- se detiene ante ese umbral. Ve el contrato en eso, y no quiere seguir indagando. Si hay una convención y ésta tiene un interés

²⁰ Ibidem. 325.

jurídico, estamos -se dice- ante un contrato, cualesquiera que fuesen los designios de las partes; bien se muevan éstos en el ámbito patrimonial, bien trasciendan del mismo para integrar relaciones de familia o incluso acuerdos de propia sustancia pública. El antiguo Código italiano decía a este respecto que el contrato era el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o disolver entre sí un vínculo jurídico. Y algunos autores, coincidentes en esta primera acepción, decían, como COLIN y CAPITANT, que el contrato era el acuerdo de dos o más voluntades, dirigidas a producir efectos jurídicos.

d) Pero las insistentes investigaciones de la doctrina cuidaron de seguir describiendo trazos, para perfilar mejor la figura del contrato. Bien que éste sea una convención con un interés jurídico; pero es necesario algo más (o mejor dicho, algo menos), pues ese objeto con interés jurídico hay que concretarlo todavía para que podamos obtener con precisión el propio campo del contrato. Entonces surge una expresión que hizo fortuna: la constitución de un vínculo obligatorio de carácter patrimonial. Este criterio se entronca en cierto sentido con el Derecho romano, toma asiento legal en la época de la Codificación y es seguido por la mayoría de los tratadistas patrios (Autores Españoles), entre ellos SANCHEZ ROMAN, que tan finamente representa lo que pudiéramos llamar doctrina nacional, al definir el contrato como "aquella convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga en favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer".²⁷

Es decir que, para la doctrina Española se va acentuando el carácter de que existe contrato cuando una persona se obliga en relación de otra al cumplimiento de una obligación de tipo patrimonial.

²⁷ Ibidem. Pág. 326

"e) Es criterio general de considerar el contrato como el acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio (que también recoge, aunque no muy felizmente, el art.1,254), se ha sometido a revisión últimamente. Hoy día, en efecto, se entiende que el contrato puede ir dirigido no sólo a la creación de ese vínculo obligatorio, sino también a la modificación o extinción del mismo. El criterio es correcto y ha merecido el beneplácito de la más selecta doctrina. STOLFI -en Italia- dice, en efecto, que "el contrato es el negocio jurídico bilateral dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico"; y en igual orientación se pronuncian los modernos profesores españoles. Ha recibido consagración legal esta doctrina en el Código italiano, que define el contrato en su art. 1,321 diciendo que es "aquel acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial".

f) Un fino examen del basamento jurídico del contrato ha hecho ver, finalmente, que es preciso delimitar su concepto con una sugerencia especial. Hasta aquí se ha venido hablando de un acuerdo o unión de voluntades; pero de qué matiz es ese acuerdo? Porque acuerdo hay en todos los actos jurídicos plurilaterales, y, sin embargo, el contrato es sólo una especie de ellos. A tal efecto se ha establecido que el contrato representa una coincidencia de intereses opuestos. Las partes tienen motivaciones diferentes, que se unen en el punto crucial del contrato. Entonces existe éste. No habrá, pues, contrato propio sensu en el llamado acto colectivo, que se integra por una suma de voluntades concordantes o paralelas, como sucede, por ejemplo, con el acto constitutivo de una asociación. Tampoco es contrato lo que los alemanes llaman *Vereinbarung*, o sea, aquellas situaciones en las cuales la norma se crea por un sujeto y las obligaciones resultantes se aceptan por otro u otros, como acontece, por ejemplo, con las subastas. La dogmática de estos actos complejos suscita modalidades interesantísimas, cada día de

más acusado perfil, cuyo estudio corresponde a la Parte General. Sólo trataremos aquí su línea diferenciativa, para recoger su distinción del contrato.

A la vista de las anteriores consideraciones, podemos definir el contrato diciendo -con la moderna doctrina española- que es "aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial".³⁰

Definición que compartimos y que se ajusta a nuestro Código Civil, el cual en el artículo 1517 establece que: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación."

De la última definición podemos extraer que los elementos del contrato son:

- a) Es un acuerdo de voluntades.
- b) Se puede crear, modificar o extinguir una relación jurídica.
- c) Una parte se obliga en relación con la otra.

2.5 Formas de los contratos:

2.5.1 Los contratos verbales:

Históricamente la primera forma que se conoce como contrato verbal es la *spontio*, operación religiosa en su origen, posteriormente secularizada y que luego da lugar a la *stipulatio*, constituía un compromiso adquirido por virtud de un juramento ante la divinidad, con formas y palabras. La *spontio* no concedía un derecho en favor del que con ella se beneficiaba, sino que constreñía al *sponsor* ante la divinidad; la violación de la promesa tenía carácter de delito religioso. Sólo después se admite que la otra parte pudiera vengarse del acto ilícito.

Por su parte la *stipulatio*, que resulta de la evolución de la *spontio*, hace descansar la obligación en la promesa hecha por

³⁰ Ibidem. Pág. 328

una de las partes en presencia de la otra, mediante determinadas palabras pronunciadas solemnemente, sin las cuales no surgía la obligación.

En Guatemala, se consideran celebrados verbalmente los siguientes contratos:

2.5.1.1 El contrato telefónico: Es aquel en que se utiliza un aparato telefónico como mediador para la realización de un contrato, se considera celebrado en el lugar donde se hizo la oferta. Este contrato es perfecto inmediatamente ya que se considera celebrado entre presentes, nuestra legislación lo regula en el artículo 1524 del Código Civil.

2.5.1.2 El contrato de simple tradición: Se da por la costumbre, más que todo en el traspaso de ganado, consiste en entregar la cosa, únicamente puede utilizarse en bienes muebles.

El Código Civil guatemalteco permite la celebración de contratos civiles verbales cuando el valor no exceda de trescientos quetzales y mercantiles cuando el valor no exceda de un mil quetzales y los contratos no formales que son aquellos en que la ley no exige ninguna formalidad.

2.5.2 Los contratos escritos:

Son contratos de naturaleza formal y que consistían en su origen en una inscripción hecha en un registro (el codex accepti et expensi), especie de libro de caja que servía a los ciudadanos para anotar mensualmente los ingresos y salidas (acepta y expensa).

En Guatemala, se pueden celebrar contratos escritos de la siguiente manera:

2.5.2.1 Documento privado: que puede ser de dos clases:

1) Documento privado simple: es aquel documento que redactan las partes sin intervención de Notario o funcionario público, el cual

carece de fuerza ejecutiva, constituye un medio de prueba por escrito por si solo no puede exigirse el cumplimiento.

2) Documento privado con legalización notarial de firmas: es el mismo al anterior a diferencia de que tiene una legalización notarial de firma, este si tiene fuerza ejecutiva conforme el artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil.

2.5.2.2 Acta levantada ante Alcalde: Este se da cuando las partes contratantes deciden ante el Alcalde del lugar obligarse manifestandole su acuerdo de voluntades lo cual él plasma en un libro de actas que lleva para el efecto.

2.5.2.3 Escritura pública: Esta es faccionada y autorizada por un Notario en el protocolo a su cargo, en papel especial en donde deja constancia de lo acordado por las partes, quedando el original en su poder, extendiendo copias o testimonios de la misma a los interesados.

2.5.2.4 Por correspondencia: Es una forma de contratar por escrito que se celebra entre personas que se encuentran en distintos lugares, utilizando cualquier medio de comunicación escrita. El contrato se entiende celebrado en el lugar donde se hizo la oferta en el momento en que el oferente recibe la aceptación dentro del plazo, se recibe dentro del tiempo suficiente para hacer llegar la aceptación a manos del oferente.

2.6 Las partes en el contrato:

Parte es la persona o personas que representan un mismo derecho.

Frecuentemente se utiliza este término para señalar a el o los sujetos del derecho, que están creando, modificando o extinguiendo una obligación, si fuere el caso de un contrato.

La parte puede ser una sola persona o un grupo de personas que representan un mismo derecho. En la compra venta, cuando son

dos o más los vendedores, éstos son solo una parte.

"La caracterización de la situación de los contratantes hay que establecerla en función de un elemento que suele emplearse con una connotación insuficiente: la bilateralidad.

Es frecuente que los autores, al iniciar el estudio del contrato como negocio jurídico, destaquen que se trata de un acto bilateral, con lo que lo distinguen de los que son unilaterales porque en ellos intervienen un solo sujeto. En ese sentido bilateralidad significa intervención de dos partes y como ya vimos..., al hablar del contrato se suele emplear la expresión "plurilateral".³¹

"Sin embargo, ya dentro del examen de las diferentes maneras de que se produzcan vínculos de obligatoriedad, se acepta que hay contratos unilaterales y contratos bilaterales, queriendo expresar con ello que puede producirse obligación sólo a cargo de una de las partes, o bien por cuenta de ambas.

La misma expresión referida en dos significados distintos al contrato provoca, sin duda alguna, frecuentes confusiones y exige aclaraciones que una adecuada terminología podría obviar."³²

"Ahora bien, la cuestión puede complicarse aún más si examinamos una tercera acepción de la bilateralidad que es -creemos- la que realmente explica la situación que guardan las partes en el contrato, y que hace aún más necesaria la búsqueda de términos particulares para cada una de las situaciones mencionadas. Nos referimos a la bilateralidad que desde Kant se predica como dato distintivo de las normas jurídicas. De éstas se afirma que son bilaterales "porque, además de imponer obligaciones, ceden derechos". En el contrato se produce siempre la bilateralidad, ya que en la relación jurídica a que da origen, frente a todo obligado hay un pretensor. Esta situación es común

³¹ De Buen Lozano, Néstor. La Decadencia del Contrato. Pág. 177.

³² Ibidem. Pág. 177.

a los contratos llamados unilaterales como a los bilaterales, con la diferencia, entre unos y otros, de que los primeros sólo producen una relación jurídica, mientras que los segundos determinan el nacimiento de dos o más relaciones."³³

En resumen, podemos afirmar que las partes dentro del contrato ocupan un lugar en el cual pueden tener derechos y obligaciones ó sólo derechos o sólo obligaciones.

2.7 Modalidades:

"En la búsqueda de los elementos característicos del contrato, constituye referencia necesaria la de las modalidades en cuanto debe determinarse si es de la esencia del contrato el que las partes puedan imponer las que estimen oportunas o bien, si puede hablarse de contrato en un pacto regulado por la ley en el que las partes únicamente pueden aceptar o no aquel régimen, sin aportar, validamente, alguna modificación...

Aun cuando Gutiérrez y González afirma que los autores no se han ocupado de establecer un concepto genérico de modalidad, lo que lo lleva a intentar la definición del concepto con un resultado que estimamos poco satisfactorio por lo oscuro, la realidad es que basta leer a Planoil para encontrar una definición suficiente, conforme a la cual: "Toda modalidad consiste en la fijación de un acontecimiento futuro especificado por las partes, de cuya realización dependen los efectos del acto.

Conforme a esta definición y según ya expusimos antes..., constituyen las modalidades del acto jurídico, el término y la condición. Algunos autores (Gutiérrez y González), incluyen además, al modo, y Messineo agrega la cláusula penal y las arras. Para nosotros, ni el modo, ni las arras, ni la cláusula penal son modalidades, sino obligaciones especiales, ya que su

³³ Ibidem. Pág. 178.

incumplimiento no resta eficacia al acto del que forman parte."³⁴

En relación a las modalidades del contrato nuestra legislación no establece ninguna limitación por lo que consideramos que las modalidades del contrato serán según el contrato de que se trate.

2.8 El Contrato como Acto Jurídico:

"A Bonnecase se debe, sin duda, la mejor formulación de la que hoy se llama Teoría Clásica del acto jurídico. Pues bien, dentro de esa tesis, quizás hoy superadas por corrientes de pensamiento alemanas e italianas, que prefieren hablar del negocio jurídico, el propio Bonnecase afirma textualmente, que el contrato "representa el tipo más caracterizado del acto jurídico". Los códigos civiles aceptan indiscutiblemente esa postura, y algunos de ellos, Francia, Suiza, Italia y México, entre otros, no solamente la aceptan sino que, a mayor abundamiento, la teoría del acto jurídico la reducen a la teoría del contrato entendido como el acto jurídico por excelencia...

En todo caso lo importante, a los efectos que perseguimos, es destacar que el contrato es un acto jurídico y que por lo tanto deben atribuirse al contrato las cualidades de dichos actos."³⁵

"¿Que es un acto jurídico? Bonnecase contesta esta pregunta afirmando que es "una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin es engendrar, con apoyo en una norma jurídica o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o, por el contrario, un efecto de derecho limitado consistente en la creación, modificación, o extinción de una relación jurídica" De modo más

³⁴ Ibidem. Pág. 202

³⁵ Ibidem. Pág. 150.

sencillo, pero igualmente expresivo, los actos jurídicos son definidos por Colin y Capitant como "los actos voluntariamente realizados por el hombre con la intención de engendrar; modificar o de extinguir derechos".³⁶

El autor De Buen Lozano, anota acerca del contrato como acto jurídico tomando como base que el acto jurídico es una manifestación de voluntad amparada en la ley que busca crear, modificar o extinguir un derecho.

"Los actos jurídicos aceptan varios criterios de clasificación. Se dice, generalmente, que pueden ser unilaterales o bilaterales, según emanen de una sola voluntad o exijan el concurso de dos o más voluntades. A esta clasificación se suele agregar una tercera categoría que haciendo referencia a que en su formación concurren más de dos voluntades, los califica de plurilaterales."³⁷

2.8.1 Elementos del Acto Jurídico:

"Con un sentido general, es decir, sin detenerse en una clasificación específica de cada uno de los elementos, sino tomando conjuntamente los más importantes de los que concurren a la formación del acto jurídico, Castán Tobeñas encuentra que pueda hablarse de que los componentes del negocio jurídico (expresión que considera más técnica que la de acto, en cuanto éste es simple género próximo de la especie negocio), son los siguientes:

- a) Un acto.
- b) Existencia de una o varias declaraciones de voluntad.
- c) Un querer dirigido a provocar una consecuencia jurídica.

Para Castán, la declaración de voluntad se dirige a la producción de un determinado efecto jurídico, que consistirá en la constitución, modificación o extinción de una relación de

³⁶ Ibidem. Pág. 151.

³⁷ Ibidem. Pág. 151.

derecho. Es decir, el sujeto no desea que se produzcan solamente las consecuencias naturales de su conducta, sino que expresamente quiere obtener ciertas consecuencias de derecho.

d) La tutela del ordenamiento jurídico.

El efecto querido sólo se producirá, según Castán, cuando el derecho le atribuya a esa conducta la fuerza suficiente para lograr la consecuencia buscada.

e) Concurrencia de otros requisitos señalados por el derecho objetivo.

Ciertos negocios jurídicos exigen además de las declaraciones de voluntad, otros requisitos. Así la entrega de la cosa en los negocios reales y la presencia de un funcionario público en los negocios solemnes..."³⁰

2.9 Definición legal de Contrato:

Nuestro Código Civil, Decreto Ley 106 en el artículo 1517 define el contrato de la siguiente manera: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación."

No debemos olvidar que toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

El artículo 1518 del mismo Código regula que los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establezca determinada formalidad como requisito esencial, y el artículo 1519 norma que desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.

2.10 La Función Económica del Contrato:

³⁰ Ibidem. Pág. 152.

"Cuestión muy debatida, aunque en ocasiones simplemente se soslaya, es la de si el contrato tiene o no una función económica. En otras palabras y planteando la cuestión en términos más convenientes a nuestra preocupación de establecer cuál es la esencia de contrato, podemos preguntar si el contrato se produce sólo en el caso de que exista, como objeto del mismo, una obligación patrimonial.

La trascendencia de este problema debe encontrarse en que, de aceptar la respuesta afirmativa, quedarían excluidas de la naturaleza contractual todas las relaciones cuyo objeto fuera extra-patrimonial..."³⁹

Podemos encontrar diferentes posturas doctrinales, generalmente fundadas, cada una de ellas, en un código determinado, que se refieren a este asunto. Su clasificación sería la siguiente:

2.10.1 "Autores que soslayan el problema. Observa esta postura Pothier, para quien el contrato tiene por objeto, "bien las cosas que una de las partes conviene que serán dadas, y que la otra parte promete darle; o cualquier cosa que una de las partes contratantes conviene que le será hecha o que no se hará, y que la otra parte promete hacer o no hacer. Siguiendo esta tesis, se redacta el art. 1101 del Código civil francés, que en modo alguno se refiere al carácter económico del contrato..."⁴⁰

2.10.2 "Autores que niegan que el contrato tenga exclusivamente un interés patrimonial fundándose en que el acto (negocio) jurídico puede carecer de él. Los que defienden esta postura parten de la base de que siendo el contrato un negocio jurídico, la circunstancia de que haya negocios jurídicos sin contenido patrimonial, permite sostener que puede haber contratos en idéntica condición..."⁴¹

³⁹ Ibidem. Pág. 166.

⁴⁰ Ibidem. Pág. 167.

⁴¹ Ibidem. Pág. 167.

Esta postura es criticable en cuanto parte de un error lógico. En efecto, de la circunstancia de que haya negocios jurídicos sin contenido patrimonial, no puede, en modo alguno, inferirse que los contratos puedan carecer de ese contenido, ya que los contratos constituyen sólo una especie y no la totalidad de los negocios jurídicos.

2.10.3 "Autores que niegan que el contrato, por sí mismo, tenga contenido patrimonial. Colin y Capitant afirman: "Los autores dicen ordinariamente que el objeto del contrato debe ofrecer un interés pecuniario para el acreedor. Un interés moral no bastaría, por lo tanto, para hacer nacer una obligación válida". Y agregan: "Pero la práctica no admite esta pretendida distinción que ignoran por completo las legislaciones extranjeras y que ningún texto positivo consagra, en realidad, en nuestro Código. Ninguna decisión de la jurisprudencia la ha aplicado jamás; lo que se comprende fácilmente. Sea el que sea el interés que determine a una persona a contratar, la voluntad de las partes debe ser respetada desde el momento en que no viola ni el orden público ni las buenas costumbres"...

Ni Colin y Capitant... apoyan su afirmación en ejemplos. Puede atribuirse esa conducta a que se estiman que se trata de una verdadera axiomática..."⁴²

"Por otra parte, lo que en tiempos de Colin y Capitant pudo ser cierto, o sea, que ninguna legislación extranjera admite la distinción -la obra fue escrita en la segunda decena de este siglo- ya no lo es ahora, porque en el Código italiano de 1942 se consagra el carácter económico del contrato..."

De acuerdo con estas objeciones, que si no justifican el carácter patrimonial del contrato al menos impiden que se pueda sostener validamente la posición contraria, debemos de rechazar esta tesis."⁴³

⁴² Ibidem. Pág. 168.

⁴³ Ibidem. Pág. 169.

2.10.4 "Autores que aceptan el contenido patrimonial del contrato en virtud de que estiman que el derecho de obligaciones del que forma parte la Teoría general del contrato, tiene siempre un contenido patrimonial. Esta tesis sostiene que el derecho civil se divide en dos ramas: derecho de familia y derecho patrimonial, y afirma que, aun cuando los códigos siguen agrupando una y otra rama por razones de fuerte tradición, en el campo de la doctrina debe establecerse la autonomía del derecho de familia."⁴⁴

"Para Rafael Rojina Villegas, cuyo pensamiento invocamos, el derecho patrimonial se divide en tres regímenes:

- a) El de los derechos reales, que equivale al aprovechamiento total o parcial de la riqueza.
- b) El régimen de las obligaciones.
- c) El régimen del patrimonio en liquidación (derecho hereditario, concurso y ausencia).

Cada uno de estos regímenes tiene características definidas. De ellos, el de las obligaciones es muy complejo, y no puede agotarse a diferencia de lo que opina Bonnacase, en la organización jurídica de servicio, oponible al de la organización o aprovechamiento de la riqueza, del régimen de los derechos reales."⁴⁵

"Dentro del derecho de las obligaciones, corresponde al contrato el capítulo de la transformación patrimonial; su finalidad esencial es "relacionar un patrimonio con otro y al relacionarlo transformarlo". De ello deriva Rojina Villegas que el contrato "fundamentalmente es un sistema de relación patrimonial para realizar un intercambio de valores en forma recíproca o en forma unilateral."

La tesis transcrita -extraordinariamente sugestiva- ameritaria mayores desarrollos para poder expresar una opinión

⁴⁴ Ibidem. Pág. 169.

⁴⁵ Ibidem. Pág. 169.

suficientemente fundada. Podrían apuntarse, sin embargo, algunas observaciones. En primer término, la de que no explica suficientemente cuál sería la ubicación de los aspectos patrimoniales que indudablemente presenta el derecho de familia. Nos referimos en particular, a la obligación alimenticia, y en segundo término -si bien creemos que ese aspecto de la cuestión es de menor importancia- a los regímenes de bienes en el matrimonio...

Quede bien claro que al apuntar estas observaciones no estamos colocándonos en una postura contraria a la de Rojina Villegas, sino únicamente marcando ciertas reservas que podrían quedar superadas con una investigación a fondo, ajena, por otra parte, a los fines que nos proponemos realizar mediante el ensayo...⁴⁶

2.10.5 "Autores que distinguen entre la prestación en sí misma considerada y el interés que pueda tener el acreedor en recibirla..." Scialoja y Ruggiero estiman que hay que distinguir el interés que el acreedor tiene en la prestación, de la propia prestación. El primero no debe ser necesariamente económico y bastará que sea serio y lícito y, por lo mismo, digno de protección jurídica. El segundo, o sea la prestación debida, tendrá siempre un valor patrimonial. De no ser así, no podría hacerse efectivo el derecho en caso de incumplimiento.

Esta tesis es admisible en el derecho español según subraya Castán Tobeñas, quien infiere el contenido económico de la prestación de lo dispuesto en el art. 1101 del Código civil español.⁴⁷

2.10.6 "Autores que atribuyen al contrato, por sí mismo, una función patrimonial." Para Messineo, el contrato toma siempre como materia una relación jurídica patrimonial y por lo tanto, no podrá ser materia de contrato una relación no patrimonial. Sin

⁴⁶ Ibidem. Pág. 170.

⁴⁷ Ibidem. Pág. 170.

embargo, las relaciones patrimoniales no son exclusivamente del contrato. Así los servicios de naturaleza patrimonial que presta el Estado particularmente y por los que se cobran tasas, no pueden ser considerados como derivados de un contrato...

En el derecho italiano, puede mencionarse además a Luigi Cariota Ferrara en cuanto coincide con Messineo en estimar que los negocios del derecho privado tendrán siempre contenido patrimonial, con excepción de aquellos que se refieren al derecho personal y al familiar."⁴⁹

2.10.7 Opinión Personal. La falta en nuestro derecho de una declaración general semejante a la citada en el Código Civil Italiano que en el artículo 1321 define el contrato diciendo que es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre si una relación jurídica patrimonial, a diferencia nuestro Código Civil en su artículo 1517 establece que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, sin perder de vista al mismo tiempo lo que regula el artículo 1319 el cual establece que: toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa; hace peligroso formular una afirmación terminante, categórica, en el sentido de que el contrato sea, a la luz del derecho positivo, un acto jurídico de necesario contenido económico.

Ese peligro, no nos aparta para declarar que estamos convencidos de que el contrato tiene contenido económico.

Diversas son las razones que pueden invocarse y la conjugación de todas nos lleva necesariamente a la conclusión aceptada.

En primer término, y refiriéndose al posible contenido patrimonial, resulta indiscutible que es necesario analizar cuál es el objeto de los contratos para encontrar apoyo a la tesis sustentada.

⁴⁹ Ibidem. Pág. 171.

De acuerdo con el artículo 1517 del Código Civil el objeto del contrato es crear, modificar o extinguir una obligación. Creo que no hay dificultad en admitir que en las obligaciones de dar y de hacer, el contenido económico resulta innegable, Tampoco hay problema en el caso de que se convenga pagar para que alguien no haga. Donde puede encontrarse una dificultad es cuando se convienen, como obligaciones de ambas partes, dos obligaciones de no hacer. Ese sería el caso en que dos vecinos estipularan no levantar más allá de determinada altura los muros colindantes, por meras razones de estética.

En efecto la obligación principal de no hacer no tiene un contenido económico y sólo surge este cuando deja de cumplirse con la obligación en el cobro de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

Esta objeción se supera si se atiende a la esencia misma de la protección jurídica. En efecto, debe pensarse que el derecho, como norma superior de conducta, tiene como presupuesto necesario la posibilidad de la coacción, o sea, la de obtener el cumplimiento de una obligación aún en contra de la voluntad del infractor. Al derecho no le interesa regular aquellas obligaciones que por su especial naturaleza, no pueden sustituirse mediante una indemnización de daños y perjuicios. Podemos repetir como Castán que el objeto de la prestación debe, necesariamente, tener un contenido económico; de otro modo, faltaría al derecho del acreedor la concreta posibilidad de hacerse efectivo, en caso de incumplimiento, sobre el patrimonio del deudor, y podrían ser incluidos en el concepto jurídico de la obligación una serie de vínculos que nadie piensa hacer valer mediante la coacción de un juicio.

Un segundo argumento podría ser el de que los contratos que regula nuestro Código tienen un contenido económico.

En conclusión, a mi juicio debe considerarse que sólo habrá contrato en aquellas relaciones que se constituyan alrededor de un contenido económico.

CAPITULO III

3. EL CONTRATO DE MUTUO

3.1 Definición:

El contrato de mutuo es un contrato traslativo de dominio por el cual una persona entrega a otra bienes fungibles con el cargo de que se le devuelva igual cantidad, calidad y especie.

La definición del contrato de mutuo, históricamente no ha variado, pues desde el Derecho Romano fue el contrato mediante el cual una persona transfería a otra la propiedad de cosas en género, que la segunda se comprometía a restituir en cierto plazo y en igual cantidad y calidad. A la primera persona se le llamó Mutuante o tradens; a la segunda persona Mutuario o Accipiens.

3.2 Condiciones:

Para que se constituyera el mutuo se necesitaban tres condiciones:

3.2.1 La transferencia de la propiedad de las cosas prestadas porque quien las recibía debía consumirlas, de donde se originó el nombre de Préstamo de Consumo que se da al mutuo, y de cuya condición se deduce que para formar el contrato el que daba las cosas debía ser propietario y capaz de alienar.

3.2.2 Era necesario que las cosas prestadas pudieran contarse, pesarse, medirse, como el dinero, las especies, etc. y

3.2.3 Que quien las recibiera (accipiens), se comprometiera a devolverlas, no en especie sino en género, es decir, restituiría no las mismas cosas que recibió sino equivalentes.

Guillermo Cabanellas, entiende por mutuo: "Recíproco, con correspondencia o igualdad entre las partes...

Como sustantivo, contrato real en que una de las partes, el mutuante o prestamista, transmite a la otra, el mutuario o prestatario, la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles (como granos, caldos, etc.), con la obligación de

devolver igual cantidad, especie y calidad con abono de intereses tan sólo si se han pactado...

El mutuo, que -según Paulo y Gayo- recibió su nombre de que lo mío se hace tuyo por este contrato, no conserva su denominación clásica en el Derecho Español vigente, quizás por lo equivoco de la palabra, o por ser mucho más expresiva ahora y popular la de préstamo o préstamo simple..."⁴⁷

"Nuestra legislación, tampoco ha variado sustancialmente en su normación a este respecto, y el concepto de Mutuo sigue conservando idénticas características; así:

a) El Código Civil de 1877, en su artículo 1902, dice "que Mutuo es un contrato real, por el que una persona entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva otra de la misma especie y calidad"; y agrega el Artículo 1903 que "Pueden darse en Mutuo todas las cosas fungibles que prestan utilidad"; el Artículo 1904 complementa diciendo que "Para celebrar este contrato se requiere que tenga capacidad para disponer sus bienes, tanto el mutuante como el mutuario". Es decir, que a la luz de la legislación de 1877, el Mutuo requiere del elemento reciprocidad y conserva las condiciones que ya en el Derecho romano eran necesarias para que se produjeran; refleja además la concepción de la doctrina en cuanto a que el Mutuo transfiere la propiedad, puesto que norma que el que recibe algo en Mutuo, es dueño de la cosa prestada desde que se le entrega y le corresponde la mejora, deterioro o destrucción que sobrevenga después (Artículo 1907 del Código Civil de 1877).

b) El Decreto 1932 (Código Civil de 1933), reguló este contrato en idéntica forma puesto que no lo varió en su ubicación ni en su redacción...

c) La legislación vigente (Decreto Ley 106 de 1964), conserva la definición de los anteriores códigos (Artículo 1942) al decir que

⁴⁷ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II. Pág. 762.

"Por el contrato de Mutuo una persona entrega a otra dinero u otra cosa fungible, con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad", o sea que establece como elemento específico "el dinero u otras cosas fungibles", lo que significa que se ha individualizado el objeto de la prestación, porque al decir fungible, se habla de aquellas que pueden ser sustituidas por otras, ya que FUNGIBLE, según Cabanellas, "son las cosas o bienes en que cada una de ellas, dentro de su especie equivale a otra de la misma clase, de modo tal que pueden sustituirse unas por otras, por ser igual especie y calidad". A este respecto, para el Código Civil vigente, los bienes muebles son fungibles si pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad; y no fungibles los que no pueden ser reemplazados por otros de las mismas cualidades (Artículo 454)."⁹⁰

3.3 Elementos del Mutuo:

3.3.1 Personales: Mutuante (acreedor) es la persona que transfiere o traslada el dominio del bien a favor de otro; Mutuario (deudor) es la persona que recibe el bien fungible y que adquiere la obligación de entregarlo o devolverlo.

En relación con este elemento es de sumo interés analizar la capacidad del mandatario y del representante legal de una sociedad para dar o recibir a mutuo.

"El mutuante transfiere la propiedad de las cosas fungibles objeto del contrato al mutuario, lo que parecería constituir un acto de disposición. Sin embargo, cuando las partes contratantes tienen capacidad para contratar y obligarse, el elemento "transferencia de dominio" de los bienes fungibles no tiene la trascendencia que pudiera tener en el caso de los menores o

⁹⁰ Rodríguez V., Hilda Violeta. Lecturas Seleccionadas y Casos de Derecho Civil IV. Pág. 298.

incapaces, aparte de que aquellas tienen el discernimiento necesario para evaluar y asumir riesgos. Por ello y porque los artículos 1,692 y 1,693 CC. no incluyen el dar o recibir a mutuo entre los negocios jurídicos para los que el mandatario requiere de facultad o poder especial, somos de opinión que el mandatario general puede representar a su mandante en la celebración del mutuo, sea como mutuante o como mutuario."⁵¹

En este sentido compartimos el criterio del Licenciado Viteri de que un mandatario general con representación tiene la facultad para representar a su mandante en la celebración de un contrato de mutuo.

"En el caso de los representantes legales de las sociedades, tiene validez lo expuesto en el párrafo anterior, pero el criterio fundamental debe condicionarse al "giro ordinario" de la sociedad o, en otras palabras, si el dar o recibir a mutuo es una actividad normal y ordinaria de dicha persona jurídica (artos. 47 y 163 CdeC.). Es indiscutible que el representante legal de un Banco, puede celebrar contratos en que el Banco da a mutuo, pues ello es una de las actividades y operaciones corrientes de este tipo de empresa; pero ¿puede validamente el representante legal de una sociedad anónima dedicada al cultivo de café, dar a mutuo dinero o café? Puede ese mismo representante legal recibir a mutuo dinero de un Banco para financiar la cosecha?

Creemos que la primera duda debe resolverse negativamente, pues definitivamente se sale del "giro ordinario" de la sociedad, el dar dinero o café a mutuo, al igual que lo sería para el representante legal de otra sociedad que no previere en su objeto el otorgamiento de préstamos. Por ello, para la celebración de tales contratos, el representante legal debería contar con autorización especial que conste en la escritura social, en acta de órgano competente o en mandato (arto. 47, parte final del

⁵¹ Viteri Echeverría, Ernesto R. Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco. (Parte Especial). Pág. 355.

CdeC.)."⁵²

Cuando es el representante legal de una sociedad anónima solamente si es del giro ordinario de la sociedad celebrar contratos de mutuo, puede el mismo celebrar un contrato de mutuo sin la autorización del organo de administración.

"En la segunda duda, nos inclinamos por la afirmativa, pues la contratación de préstamos para la realización del giro ordinario de la sociedad, definitivamente tiene relación con éste y quedaría incluido dentro del espíritu del artículo 47 CdeC., aparte de que el artículo 1,762 CC. obliga a "todos los socios (?) por la deuda de que se ha aprovechado la sociedad, aunque se haya contratado por algún socio sin autorización". En la práctica, sin embargo, se acostumbra requerir al representante legal de una sociedad que va a recibir un préstamo, prueba de que está autorizado para ello por el órgano competente de la sociedad, lo que nos parece una previsión aceptable, que evita futuras discusiones y litigios que pudieren plantearse por sociedades deudoras de mala fe, para alegar la falta de facultades de su representante legal en la celebración del préstamo, como medio para exonerarse del pago del préstamo.

El artículo 1,785 CC. prohíbe al liquidador de una sociedad civil, "tomar dinero a préstamo" si no cuenta con autorización judicial para ello. El Código de Comercio no contiene norma específica al respecto, pero como las atribuciones de los liquidadores, detalladas en el artículo 247 CdeC., tiende al "cierre" de operaciones de la sociedad y el artículo 254 CdeC. les impide emprender nuevas operaciones, somos de opinión que el liquidador de una sociedad mercantil, no tiene facultad para recibir, ni dar a mutuo, a menos que lo autorice especialmente la Junta General de Socios, la Asamblea de Accionistas o un juez."⁵³

⁵² Ibidem. Pág. 355.

⁵³ Ibidem. Pág. 355.

En este aspecto la práctica ha demostrado que cuando se otorga un préstamo a una sociedad anónima se le pide la celebración de una asamblea de accionistas en la cual se autorice la celebración del contrato y se nombre al representante legal de la misma que comparecerá a la firma de los documentos respectivos.

3.3.2 Real: Conforme el artículo 1942 del Código Civil, el dinero y en general todos los bienes fungibles pueden ser objeto del contrato de mutuo, recordando que bienes fungibles son aquellos que pueden ser sustituidos por otros de su misma especie, calidad y cantidad.

"Cuando el artículo 1,942 CC. menciona "dinero", se refiere a la moneda nacional, pues es la única que tiene curso forzoso en el país. Sobre este tema, creemos oportuno analizar los efectos de la desvalorización o devaluación de nuestra moneda, en relación a los contratos de mutuo, pues en el medio existe actualmente el espanto de la desvalorización del Quetzal y muchas personas y aun los profesionales, pretenden indexar los préstamos en moneda nacional. En nuestra opinión, si se ha contratado un préstamo de mutuo en quetzales, el deudor cumple su obligación restituyendo igual cantidad que la recibida y no hay la posibilidad jurídica de indexar el quetzal en el tiempo (en otras palabras, si hace tres años recibí un préstamo de mutuo por Q.100 quetzales, mi obligación sigue siendo restituir Q.100 a mi acreedor, aunque en ese periodo, el valor adquisitivo del quetzal se haya reducido substancialmente). El artículo 1,395 CC. así lo establece y lo confirma Castán citado por Puig Brutau cuando dice: "...la desvalorización del dinero no tiene influencia sobre el mutuo en el sistema del Código Civil".⁵⁴

La regla general es que el contrato de mutuo se celebre teniendo como elemento real el dinero, de ahí la preocupación por

⁵⁴ Ibidem. Pág. 357.

la regulación de todos los aspectos relacionados con el mismo.

"Por tratarse de un contrato real, traslativo de dominio de las cosas mutuadas, el riesgo de las cosas pasa automáticamente al mutuario y, de conformidad con lo que establece el artículo 1,943 CC., a él corresponde el deterioro, destrucción o depreciación de la cosa. Esa misma norma dispone que las mejoras y frutos civiles y naturales que produzca la cosa mutuada, corresponden al mutuario.

El artículo 1,944 CC. responsabiliza al mutuante de los daños que sufra el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no le dio aviso oportunamente. Esa norma es clara, en lo que se refiere a la responsabilidad del mutuante, frente al mutuario; pero no aclara el efecto que ello tiene en cuanto al contrato y, particularmente, sobre la obligación de restitución que tiene el mutuario. La validez del contrato no se afecta por los daños que sufra la cosa, pues el mutuario carece de la acción redhibitoria y sólo goza de la acción estimatoria, para reducir la obligación de restitución por el monto de los daños sufridos (arto. 1,561 CC.). Además, en el mutuo, la obligación de saneamiento por vicios ocultos tiene una regulación diferente de la que establecen los artículos 1,562 y 1,563 CC., pues el conocimiento de los vicios ocultos o defecto de calidad, por parte del mutuante únicamente le obliga a responder por los daños causados al mutuario, en tanto que según el arto. 1562 CC., el enajenante de mala fe responde por daños y perjuicios, asume el riesgo de pérdida de la cosa y queda obligado a devolver el precio. En el caso de que el mutuante haya desconocido la existencia de los vicios ocultos, ello produce una "reducción proporcional" del valor de los bienes, lo que implicaría una rebaja en la obligación de restituir (arto. 1,945 CC.), en tanto que según las normas generales, el enajenante de buena fe sólo responde por la restitución del precio y el reembolso de los gastos del

contrato (arto. 1,562 CC.)."⁵⁵

El Código Civil guatemalteco es claro en la regulación de los vicios ocultos en el bien dado en calidad en mutuo y que el mutuario es responsable por la conservación del bien desde que se le entrega.

"En doctrina se discute si el mutuante debe ser propietario de la cosa mutuada y, en su caso, qué ocurre en caso de mutuo de cosa ajena y su responsabilidad en caso de evicción del mutuario. La gran mayoría de los autores es de opinión que la validez del contrato no se ve afectada en caso de que después resulte que el mutuante no era propietario de las cosas y que, de su parte, existe la obligación de sanear la cosa. El artículo 1,543 CC. señala que hay derecho a saneamiento por evicción, en todo contrato oneroso en que se transfiera la propiedad, la posesión, el uso, goce o disfrute de una cosa, por lo que en nuestro medio es claro que en el caso de mutuo oneroso, la responsabilidad del mutuante por evicción es clara e indiscutible. Surge la duda en el caso del mutuo gratuito y a falta de disposición especial nos parece que, por equidad y aplicando analógicamente el artículo 1,944 CC., el mutuante responde de la evicción y de ocurrir ésta, el mutuario quedaría eximido de su obligación de restituir."⁵⁶

3.3.3 Formales: El Plazo en el mutuo para la restitución de lo prestado debe ser contractual, si no se establece el plazo la ley indica que si es dinero el plazo es de seis meses y si son bienes fungibles tales como cereales u otros productos agrícolas la ley establece que para la próxima cosecha sea la devolución.

Es prohibida la capitalización de intereses salvo en el caso de las instituciones bancarias, las cuales se sujetaran a lo que establezca la Junta Monetaria del Banco de Guatemala.

⁵⁵ Ibidem. Pág. 359

⁵⁶ Ibidem. Pág. 359.

Cuando en el contrato de mutuo se establece una garantía de tipo prendario o hipotecario debe constar en escritura pública.

En los préstamos de dinero, el pago de intereses caídos o de los incurridos después del vencimiento del plazo, no implicará prórroga de éste.

Si las cosas fueron apreciadas al tiempo del contrato, el deudor está obligado a satisfacer el valor que se les dio, aunque valgan más o menos al tiempo del pago.

Si no fuere posible al mutuuario restituir en género, podrá pagar el valor que la cosa prestada tenga el día en que debiera se devuelta.

El préstamo en dinero se arreglará para la restitución a lo siguiente: a) El pago en moneda nacional lo hará el deudor entregando igual cantidad numérica. b) El pago en moneda extranjera, cumplirá el deudor con entregar su equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rijan en la plaza el día de pago.

3.4 Características:

3.4.1 Es un Contrato Real:

"Ya que se requiere para su perfección la entrega de la cosa" (arto. 1,588 CC.). El concepto que trae el artículo 1,942 CC., subordina el valor del consentimiento de las partes al contenido real del contrato, la entrega de la cosa... Para nuestro Código Civil, no hay contrato de mutuo, si no ha habido entrega de la cosa al deudor, antes del contrato o simultáneamente con la celebración de éste."⁵⁷

Es contrato real porque se perfecciona con la entrega de la cosa; aquí no opera el consentimiento con toda la fuerza vinculante de los contratos consensuales sino que requiere la entrega material de la cosa objeto de la obligación.

⁵⁷ Ibidem. Pág. 350

3.4.2 Es un Contrato Bilateral:

Establece el artículo 1587 del Código Civil que los contratos son bilaterales si ambas partes se obligan recíprocamente, esta característica es dable en el contrato de mutuo ya que por una parte el mutuante debe entregar la cosa dada en calidad de mutuo al mutuario y por su parte el mutuario queda obligado a restituir la cosa al vencer el plazo del contrato.

3.4.3 Transmisor de Dominio:

"La enajenación de la cosa mutuada es de la esencia del contrato, pues la entrega se hace "para su consumo" por el mutuario (arto. 1,943 CC.) y mal se puede consumir una cosa, si no se tiene la propiedad de la misma. La transferencia de dominio es lo que diferencia más claramente al mutuo del depósito, pues en este contrato la cosa se entrega para su guardia y custodia, no para su consumo o utilización."**

3.4.4 Restitución de cosas de la misma especie y calidad:

Ello también es de la esencia del contrato, pues si en el contrato se estipula la devolución de cosas distintas, "ya no será mutuo aunque así lo llamen las partes, sino compraventa o permuta". Si en el contrato se estableció la facultad del deudor de cumplir su obligación mediante una prestación distinta, no se desnaturaliza el mutuo, como tampoco ocurre si, por imposibilidad de restituir en especie, el deudor cumple entregando el valor que las cosas tenían en la fecha en que se debió efectuar el pago (arto 1,954 CC.).

3.4.5 Es un Contrato Oneroso:

Salvo pacto expreso en contrario, el mutuario debe pagar intereses al mutuante y si no se estipuló la tasa a pagarse, se

** Ibidem. Pág. 350.

presume que debe cargar el "interés legal" (art. 1,946 CC.).

3.4.6 Es un Contrato Principal:

"El mutuo es un contrato principal, que existe por sí solo y es usual que el contrato principal de mutuo incluya uno o más accesorios (fianza, hipoteca, prenda, etc.)."⁸⁹

3.5 Los sujetos de la relación crediticia:

Cuando hablamos de los sujetos de la relación crediticia nos estamos refiriendo al elemento personal en un contrato de mutuo.

El Licenciado Carlos Enrique Reynoso Gil hace un excelente análisis jurídico de este tema, expresándose así: "Definir los sujetos implica, correlativamente, expresar el contenido de la relación de contenido crediticio. El sujeto activo (llamado "acreedor"), es quien -como dice Arwed Koch- concede el crédito; quien cede en propiedad, generalmente retribuida, un capital a favor del sujeto pasivo (llamado "deudor"). Y sujeto pasivo es quien acepta ese capital con la obligación de abonar intereses y devolverlo en la forma pactada. En ambos extremos de la relación, activo y pasivo, implicamos a una persona con capacidad jurídica: es decir, con capacidad para adquirir derechos y obligaciones."⁹⁰

Estudio particularizado de los sujetos de la relación crediticia:

3.5.1 Criterios clasificativos:

⁸⁹ Ibidem. Pág. 351.

⁹⁰ Reynoso Gil, Carlos Enrique. Los Sujetos de la relación crediticia: un análisis jurídico. II Curso "Contratación Financiera y Tributación" Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Pág. 80.

"Los sujetos de la relación crediticia, deben clasificarse atendiendo, fundamentalmente, a su posición activa o pasiva; esto es en cuanto acreedores o deudores; de acreditantes o acreditados para usar el lenguaje de Koch.

Sin perjuicio de lo anterior, activos y pasivos, cabe clasificarlos en cuanto a su nacionalidad como nacionales y extranjeros. Es interesante apuntar que a causa de las exigencias propias de la economía moderna se puede afirmar que los sujetos activos -por norma- son siempre personas jurídicas (ya sea de derecho público ("gubernamentales"), dentro de las cuales se puede reconocer las nacionales y las internacionales (v.gr. el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Centroamericano) y de derecho privado ("no gubernamentales"). También puede hablarse de instituciones financieras de carácter comercial y de carácter civil, según su instrumento de constitución, acorde, a la clase de proyectos que se proponen financiar."⁴¹

3.5.2 Los sujetos pasivos. Aspectos generales:

"El sujeto pasivo de la relación financiera, al que llamamos "deudor" desde un punto de vista financiero se le llama también "sujeto de crédito" implicando con ello a la persona (natural o jurídica) que reúne las cualidades necesarias para obtener financiamiento, al ser un riesgo crediticio aceptable para el financista. Estas cualidades son:

3.5.2.1 Reputación. La reputación que tenga la persona solicitante del crédito constituye un factor determinante para su obtención. Se le conoce como un buen o mal pagador?; Se le conoce como responsable o no?; Cuál ha sido su historia crediticia?; Debe en la actualidad?

3.5.2.2 Capacidad. Aquí implicamos dos aspectos: La capacidad financiera y la capacidad jurídica. En cuanto a lo

⁴¹ Ibidem. Pág. 80.

primero, el balance y los estados de pérdidas y ganancias de una empresa constituyen el otro elemento concurrente para calificar al sujeto solicitante del crédito. En cuanto a lo segundo bastará con decir que la capacidad de las personas contratantes constituye un requisito para la validez del negocio jurídico (ver, por ejemplo, artículo 1251 del Código Civil) y que la falta de capacidad legal para contratar de parte de su deudor puede significarle no sólo una pérdida monetaria, sino una pérdida de credibilidad en cuanto a su capacidad como financista prudente.

3.5.2.3 Capital. Cuanto dinero propio ha invertido el solicitante del crédito en el negocio por financiar? La medida en que el solicitante del crédito haya invertido recursos propios en el negocio da una muestra de la confianza puesta en el mismo y, por otra parte, para el financista le reduce el riesgo de transformarse por fuerza de las circunstancias en administrador de un negocio cuyo giro le es desconocido.

3.5.2.4 Garantía. Al financista le interesa asegurar la recuperación de su dinero en el supuesto incumplimiento de su deudor; de ahí la exigencia de constituir una garantía adecuada y proporcionada al monto de lo adeudado. La mayor o menor facilidad para disponer de la garantía es otro aspecto determinante en la calificación del sujeto de crédito.

La práctica estadounidense se refiere a estos requisitos cualificativos del sujeto de crédito como "Las cuatro letras C inherentes al crédito", o sea, "character" (reputación), "capacity" (capacidad), "capital" (capital) y "collateral" (garantía)."⁴²

3.5.3 Estudio especial de algunos sujetos activos.

"Es el lado del sujeto activo de la relación jurídica financiera el que presenta mayor riqueza para efectos de nuestro estudio. Y al tratar del acreedor en concreto, podemos señalar

⁴² Ibidem. Pág. 81.

que, por su importancia cualitativa y cuantitativa en la vida económica moderna, son los bancos los que presentan las facetas más interesantes.

Dedicaré esta parte de mi estudio a formular una rápida descripción de algunos sujetos activos de la relación financiera especialmente tipificados en nuestra legislación y en otros casos -tal es el caso de las empresas que explotan el negocio de tarjetas de crédito- cuando el giro del negocio es de tal envergadura que viene a tipificarlas fundamentalmente en cuanto tales. Aunque dentro del giro normal de estas empresas puedan incluirse actividades distintas, su característica fundamental viene determinada por cierto negocio en particular. Así, por ejemplo, las operaciones de confianza que realizan los bancos comerciales no son esenciales para su conceptualización en cuanto tales, aunque su volumen sea cuantitativamente apreciable."⁴³

a) Sujetos bancarios

"La descripción fundamental de estos sujetos la hallamos en la Ley de Bancos y en las leyes bancarias especiales que mencionaremos más adelante. Bástenos por el momento, describir el concepto general de un Banco utilizando para el efecto las palabras de la Ley de Bancos (artículos 1, 3, 4, 6 y 7).

"Únicamente las entidades debidamente autorizadas podrán efectuar, dentro del territorio de la República, negocios que consistan en el préstamo de fondos obtenidos del público mediante el recibo de depósitos o la venta de bonos, títulos u obligaciones de cualquier otra naturaleza y serán considerados para los efectos legales como instituciones bancarias.

Las personas y entidades que acepten depósitos en forma ocasional no serán consideradas como bancos, pero podrán ser sometidas a un régimen especial que dictará la Junta Monetaria.

⁴³ Ibidem. Pág. 82

Sin embargo, en ningún caso podrá autorizarse la emisión de cheques contra depósito no constituidos en bancos o sus sucursales o agencias. Dicho régimen se referirá especialmente a la contabilidad que tales personas y entidades deberán llevar, a las garantías que deberán ofrecer y a las inspecciones de la Superintendencia de Bancos.

La Junta Monetaria podrá, asimismo, reglamentar las actividades de las personas y entidades que actúen como agentes del banco". (Artículo 1 Ley de Bancos)." y

"Los casos dudosos que se presenten con respecto al carácter bancario de determinada persona o entidad y la consiguiente aplicabilidad de esta ley, serán resueltos por el Superintendente de Bancos, quien podrá realizar las inspecciones o investigaciones que considere convenientes, y exigir, con tal objeto, la presentación de los libros o documentos de la persona o entidad de que se trate. (Artículo 3 Ley de Bancos)"

"Las instituciones bancarias se regirán por los preceptos de esta ley y por los reglamentos que emitiera la Junta Monetaria y en lo que fuere aplicable por las disposiciones de la Ley Monetaria y de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala. En las materias no previstas en estas leyes y reglamentos se sujetarán a la legislación general de la República que les fuere aplicable.

Cuando la presente ley se refiere a las instituciones bancarias o a los bancos, de tal naturaleza, a menos que ella misma disponga expresamente lo contrario. (Artículo 4 Ley de Bancos)"

"Los bancos nacionales, privados o mixtos, deberán constituirse en forma de sociedades por acciones de responsabilidad limitada, con arreglo a la legislación general de la República.

Los bancos nacionales del Estado se constituirán en la forma que establezcan las leyes que regulen su organización.

Los bancos extranjeros podrán operar en la República mediante sucursales o agencias legalmente establecidas. (Artículo

6 Ley de Bancos)"

"Corresponderá al Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Economía, la aprobación de los Estatutos y reconocimiento de la personalidad jurídica de los bancos nacionales, siempre que la Junta Monetaria hubiere accedido previamente a la constitución de los mismos.

Igualmente corresponderá al Ejecutivo aprobar el establecimiento de sucursales o agencias de bancos extranjeros para operar en el territorio nacional, siempre que la Junta Monetaria hubiere accedido previamente a su establecimiento... (Artículo 7 Ley de Bancos)".⁶⁴

3.5.3.2 Clases de bancos

"Atendiendo a la naturaleza de las operaciones que realizan, nuestra legislación reconoce varias clases de bancos, a saber:

3.5.3.2.1 Bancos comerciales

Definidos como "las instituciones que reciben depósitos monetarios y depósitos a plazo mayor, con objeto de invertir su producto, principalmente en operaciones activas de corto término." (Artículo 35 Ley de Bancos).

3.5.3.2.2 Bancos Hipotecarios

Son, dice el artículo 36 de la Ley de Bancos, "instituciones de crédito que emiten bonos hipotecarios o prendarios, y reciben depósitos de ahorro y de plazo mayor, con objeto de invertir sus productos, principalmente, en operaciones activas de mediano y largo término."

3.5.3.2.3 Bancos de capitalización

De acuerdo con el artículo 37 de la Ley de Bancos, "son las instituciones de crédito que emiten títulos de capitalización y

⁶⁴ Ibidem. Pág. 82

reciben primas de ahorro con objeto de invertir su producto en distintas operaciones activas de plazos consistentes con los de las obligaciones que contraigan."

3.5.3.2.4 Bancos comerciales e hipotecarios

La Ley de Bancos (artículo 38, modificado por el artículo 7 del Decreto 1315 del Congreso de la República) permite la habilitación de bancos que realicen a la vez operaciones correspondientes a los bancos comerciales y a los bancos hipotecarios.

3.5.3.2.5 Bancos de ahorro y préstamo para la vivienda

La Ley de Bancos de Ahorro y Préstamos para la Vivienda Familiar (Decreto 541 del Congreso de la República y sus reformas), dice en su artículo 1 que "son instituciones que contratan la recepción de cuotas de ahorro periódicas de monto fijo-mínimo con derecho a un préstamo hipotecario, emiten bonos de ahorro e hipotecarios y reciben depósitos de ahorro, con el objeto de invertir el producto de las operaciones activas especificadas en la presente Ley."

3.5.3.2.6 Sociedades financieras privadas

Son, dice la Ley de Sociedades Financieras Privadas (Decreto Ley 208 y sus reformas), "instituciones que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones, de bancos de inversión, promueven la creación de empresas productivas mediante la captación y canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazo; los invierten en estas empresas (industriales, agrícolas o ganaderas), ya sea en forma directa adquiriendo acciones o participaciones, o en forma indirecta, otorgándoles créditos para su organización, ampliación, modificación, transformación o fusión, siempre que promuevan el desarrollo y diversificación de la producción." Estas instituciones, por otra parte, "no podrán otorgar créditos

ni de otro modo financiar a empresas domiciliadas fuera de los países que forman la Comunidad Económica Centroamericana." (artículo 1, párrafos primero y tercero)."⁴⁵

3.5.3.3 Sujetos no bancarios sometidos al control estatal

"Entre los sujetos no bancarios que se encuentran sometidos al control estatal tenemos:

3.5.3.3.1 Los Almacenes Generales de Depósitos

Al tenor de lo preceptuado por la Ley de Almacenes Generales de Depósito (Decreto 1746 y sus reformas), "son empresas privadas, que tienen el carácter de instituciones auxiliares de crédito, constituidas en forma de sociedad anónima guatemalteca, cuyo objeto es el depósito, la conservación y custodia, el manejo y la distribución, la compra y venta por cuenta ajena de mercancías o productos de origen nacional o extranjero y la emisión de Títulos-valor o títulos de crédito a que se refiere el párrafo siguiente, cuando así lo soliciten los interesados.

Sólo los Almacenes Generales de Depósito pueden emitir Certificados de Depósito y Bonos de Prenda, los cuales serán transferibles por simple endoso. (...). Las operaciones autorizadas a los Almacenes Generales de Depósito pueden versar sobre mercancías o productos individualmente especificados, como cuerpo cierto; sobre mercancías o productos genéricamente designados, siempre que sean de una calidad y de un tipo homogéneo, aceptado y usados en el comercio: sobre mercancías o productos a granel en silos o recipientes adecuados a la naturaleza de lo depositado, sobre mercancías o productos en proceso de transformación o beneficio de producción; y sobre mercancías o productos no recibidos aún en bodegas de los Almacenes, pero que se hallan en tránsito comprobado hacia ellas."

⁴⁵ Ibidem. Pág. 84.

3.5.3.3.2 Empresas aseguradoras

Establece el numeral 1 del artículo 875 del Código de Comercio de Guatemala que "asegurador es la sociedad mercantil autorizada legalmente para operar seguros, que asume los riesgos especificados en el contrato de seguro." Un tanto más explícito resulta el artículo 874, que afirma que "el asegurador se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al realizarse la eventualidad prevista en el contrato."

En cuanto al carácter de financista que pueden asumir las empresas aseguradoras conviene llamar la atención del artículo 1015 del Código de Comercio de Guatemala, que dice: "Cuando una póliza tenga valor de rescate, el asegurado tendrá derecho a préstamos automáticos para el pago de primas y a préstamos personales, en ambos casos con garantía de la póliza..."

3.5.3.3.3 Empresas afianzadoras

Reguladas por el Decreto 470 del Presidente de la República, las afianzadoras pueden ser determinantes en la concesión de un crédito; aparte que en las mismas prevalece el elemento de confianza como manifestación del crédito.

3.5.3.3.4 Montes de piedad (casas de préstamo)

Aún cuando en la actualidad su importancia dentro de un sistema económico global ha disminuido, no puede preterirse este tipo de instituciones que, por otra parte, son regladas por el Acuerdo Gubernativo del 27 de abril de 1934.

3.5.3.3.5 Cooperativas

El artículo 2 de la Ley de Bancos reconoce que las cooperativas de ahorro y las de crédito reciben depósitos de sus asociados o accionistas y si bien no se encuentran sujetas a sus disposiciones, estarán obligadas a presentar las informaciones periódicas u ocasionales que requiera la Superintendencia de

Bancos.

Las Cooperativas, según lo dispone el artículo 2 de la Ley de Cooperativas, son asociaciones titulares de una empresa económica al servicio de sus asociados, que se rigen en su organización y funcionamiento por las disposiciones de la presente ley. Tendrán personalidad jurídica propia y distinta de la de sus asociados, al estar inscritas en el Registro de Cooperativas." No es propósito de este trabajo examinar en detalle la legislación atinente a las cooperativas; por lo que estimo suficiente recordar que el artículo 5 de la ley que nos ocupa regula en su parte conducente: "Las cooperativas podrán desarrollar cualquier actividad lícita comprendida en los sectores de la producción, el consumo y los servicios, compatible con los principios y el espíritu cooperativista.

Serán cooperativas especializadas las que se ocupen de una sola actividad económica, social o cultural, tales como (...) de ahorro y crédito, (...), de seguros (...)."

Serán cooperativas integrales o de servicios varios, las que se ocupen de varias de las actividades económicas, sociales o culturales, con el objeto de satisfacer necesidades conexas y complementarias de los asociados."

3.5.3.3.6 Sociedades mutualistas

Referidas en el arto, 2 de la Ley de Bancos."⁶⁶

3.5.4 Sujetos no bancarios y no sometidos a control estatal

3.5.4.1 "Trading Companies"

3.5.4.2 Entidades "descontadoras" (factoring)

3.5.4.3 Entidades dedicadas a la explotación de tarjetas de crédito

3.5.4.4 "Financiadoras" para la adquisición de vehículos, aparatos electrodomésticos, computadoras, etc.

⁶⁶ Ibidem. Pág. 86.

3.5.4.5 Comerciantes en general que conceden créditos a su clientela.

3.5.4.6 Empresas que conforman grupos de ahorristas ("clubes") y para sortear viajes o vehiculos (tontinas y "cuchubales")."⁶⁷

3.6 Efectos del Contrato de Mutuo:

3.6.1 En cuanto al mutuante: "Del contrato de mutuo nace para el mutuante un "derecho personal" o de crédito en contra del mutuario, para obligarle a la restitución de la cosa mutuada.

Existiría, por parte del mutuante, la obligación de entregar la cosa, pero por la calidad de contrato real que le asigna nuestro Código Civil, ella ha sido ya cumplida o es cumplida por el mutuante en el momento de la celebración del contrato, de modo que la misma se agota al recibir el mutuario la cosa."⁶⁸

3.6.2 En cuanto al mutuario: "Por el contrato de mutuo, el mutuario adquiere la propiedad de las cosas objeto del mismo, de modo que la entrega material de las cosas mutuadas al mutuario, no sólo transfiere su tenencia o posesión, sino que opera como una verdadera "tradición", trasladando el dominio al mutuario.

Su principal obligación es restituir la cosa mutuada, en el término convenido, devolviendo al mutuario igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad (art. 1,942 CC.)...

La restitución debe hacerse transmitiendo el dominio al mutuante de bienes de la misma especie y calidad y si el objeto del mutuo fueron cosas diferentes del dinero, las alzas o bajas que haya sufrido el precio de las cosas a restituirse no afecta la obligación del deudor, quien tiene que devolver "igual cantidad" de ellas (salvo el caso de los intereses) (art. 1,952

⁶⁷ Ibidem. Pág. 86.

⁶⁸ Viteri Echeverría, Ernesto R. Ob. Cit. Pág. 360.

CC.); pero "si las cosas fueron apreciadas al tiempo del contrato, el deudor está obligado a satisfacer el valor que se les dio, aunque valgan más o menos al tiempo del pago" (art. 1,953 CC.). En caso de restitución en especie, el mutuario debe tener la propiedad de lo que entrega y tener capacidad para disponer de la cosa y queda obligado ante el mutuante al saneamiento de lo entregado en pago (art. 1,383 CC.).

Si examinamos esas normas a la luz de los principios generales que rigen el pago y, particularmente, el artículo 1,386 CC., vemos que al acreedor no puede obligársele a aceptar en pago "cosa distinta de la que se le debe". Por ello, nuestra interpretación de tales normas se resume así: (I) si las cosas no han sido valoradas o apreciadas al celebrar el contrato, el pago debe hacerse entregando al mutuante por lo menos igual cantidad de cosas de la misma especie, cualquiera que sea su precio. El riesgo o beneficio de las variaciones de precio de la cosa, durante el plazo del contrato, corresponde al deudor; (II) si las cosas fueron apreciadas, el deudor cumple entregando a su acreedor cosas de la misma especie y calidad cuyo precio sea equivalente al resultado de la apreciación ~~o~~ avalúo convenido. En este caso, es el acreedor el que corre con el riesgo del aumento o reducción del precio de las cosas durante la vigencia del contrato; (III) si las cosas fueron apreciadas, el deudor también podría, alternativamente, pagar el valor que se les dio y el acreedor estaría obligado a recibirlo; y (IV) si el mutuario no pudiera restituir en género, podrá pagar el valor que la cosa prestada tenga en la fecha en que debiera ser devuelta (art. 1,397 y 1,954 CC.)."⁴⁷

"El pago o restitución, debe hacerse al vencimiento del plazo convencional y, si en el contrato no se ha establecido, se entenderá que es de seis meses, para los préstamos en dinero y en la fecha de la próxima cosecha de los productos mutuados, si se

⁴⁷ Ibidem. Pág. 361.

trata de cereales (art. 1,950 CC.)... En el mutuo gratuito, el plazo corre a favor del mutuario, pues el acreedor no puede exigirle el pago antes del vencimiento, pero de acuerdo con el artículo 1,956 CC., aquel sí puede obligar al acreedor a recibirlo antes de esa fecha; pero si la obligación es dineraria y devenga intereses (mutuo oneroso), el plazo corre a favor de ambas partes, pues si bien el deudor puede restituir antes del vencimiento y obligar al acreedor a recibir lo prestado, queda obligado a pagar los intereses por todo el plazo aún por el tiempo que no ha corrido (art. 1,956 CC.).

El deudor debe cumplir su obligación de restitución en el lugar convenido en el contrato y, en su defecto, el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor al tiempo de exigirse la obligación (art. 1,398 CC.), siendo por cuenta de éste los gastos judiciales y extrajudiciales que cause el pago (art. 1,399 CC.).

Es posible pactar que la restitución se realice mediante amortizaciones periódicas, en cuyo caso la constancia de pago del último periodo haría presumir legalmente (sujeto a prueba en contrario), el pago de los anteriores (art. 1,402 CC.) y que la mora en el pago de una o algunas de las amortizaciones convenidas pueda dar lugar a la extinción del plazo y acelere la obligación de restitución del saldo adeudado.

Para que el acreedor pueda exigir judicialmente al mutuario la restitución de lo prestado, después de vencido el plazo del contrato o el plazo legal o judicial, sería por supuesto necesario que el mutuario haya caído en mora, lo que ocurre, salvo pacto en contrario, mediante la interpelación del deudor (artos. 1,428, 1,430 y 1,431 CC.)."⁷⁰

3.7 Clases de mutuo:

⁷⁰ Ibidem. Pág. 362.

Existen diversas clases de mutuo, la clasificación más lógica es aquella que emana de la legislación que lo regula y en tal virtud existe mutuo civil, mutuo mercantil y mutuo bancario.

3.7.1 Mutuo Civil:

Se encuentra regulado en nuestro Código Civil en los artículos 1942 al 1956; y es aquel contrato por el cual una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.

3.7.2 Mutuo Mercantil:

Para que el préstamo se considere mercantil, se requiere un elemento subjetivo: que los contratantes sean comerciantes o que al menos el deudor lo sea; y un elemento objetivo que se contraiga en el concepto y expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas a éste (Artículo 457 inciso 1o. y 2o. del Decreto Gubernativo No. 2946, Código de Comercio derogado). Faltando una de ambas condiciones el préstamo será ordinario y se regirá por las leyes comunes. El Autor Edmundo Vásquez Martínez, tomando como base la definición legal del mutuo civil y las condiciones de comercialidad que tiene el Código de Comercio, afirma que el contrato de préstamo mercantil, es el contrato celebrado entre comerciantes, o en el que al menos el deudor lo sea, por el que uno (prestamista o mutuante), entrega a otro (prestatario o mutuario); dinero u otras cosas fungibles destinadas a actos de comercio, con la obligación de devolver igual cantidad de la misma especie y calidad.

El actual Código de Comercio no regula este contrato, sino que conforme el artículo 694 del mismo Código, solo a falta de disposiciones en ese libro, se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil; por lo tanto al tratarse de un mutuo mercantil tendrá que

regirse por lo dispuesto para el mutuo civil.

3.7.3 Mutuo Bancario:

Es un contrato consensual (que se perfecciona por el mero consentimiento) y es bilateral porque genera obligaciones recíprocas de las partes, lo cual constituye una alteración de la doctrina tradicional que considera al préstamo como contrato real y unilateral, ya que la práctica le da las características contrarias.

El contrato de Préstamos Bancarios corresponde a las operaciones activas, o sea aquellas que realiza el Banco proporcionando capital siendo por lo tanto el Banco el acreedor y el cliente el deudor.

Su definición es de ser un contrato activo bancario por medio del cual el prestamista, que en este caso es el Banco, proporciona dinero o concede su capacidad crediticia a un determinado cliente llamado Prestatario, a cambio de una retribución convenida y obligándose éste último a la devolución de bienes y valores prestados.

De esta definición se infiere que puede haber préstamo de dinero, de títulos, de firma y de especie.

3.8 El Interés:

El autor Guillermo Cabanellas, define el interés de la siguiente manera: "Provecho, beneficio utilidad, ganancia. Lucro o réditos de un capital, renta. Importe o cuantía de los daños o perjuicios que una de las partes sufre por incumplir la otra la obligación contraída. Valor de una cosa."⁷¹

"Alesandri y Domarrivia, señalan que "los intereses constituyen la remuneración que el deudor de dinero u otras cosas ha de satisfacer al acreedor por la privación que para él supone

⁷¹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II. Pág. 411.

el no disfrute del capital debido".

La cuestión del interés en el mutuo ha sido objeto de discusiones de tipo ético, económico y jurídico, desde la antigüedad. Originariamente, el mutuo era fundamentalmente gratuito y, como dice Puig Brutau, era una de las "figuras jurídicas en las que puede encarnar fácilmente el espíritu de altruismo; pero en el mutuo con interés se ha manifestado muchas veces la fuerza del egoísmo, hasta el punto de que a veces se ha dicho que la historia del préstamo con interés es la historia de la usura".

Por ello, el mutuo tradicional es gratuito y sólo corren intereses cuando así lo pactan las partes expresamente. Así lo establecía el artículo 1,921 del Código Civil de 1,877 ("En el mutuo no se deben intereses, sino en el caso de estar pactados y los intereses serán los convenidos") y también así está consignado en los Códigos Civiles de México (arto. 2,393), España (arto. 1,775), Argentina (arto. 2,248), de Colombia (arto. 2,230), etc.

El artículo 1,946 CC., siguiendo al Código Civil Italiano (arto. 1,815), invierte la tendencia tradicional en relación a intereses en el mutuo, al establecer que "salvo pacto en contrario, el deudor pagará intereses al acreedor". De allí que, en nuestro medio, el mutuo es normalmente un contrato oneroso y sólo excepcionalmente, cuando se pacta que no generará intereses, tendrá la calidad de gratuito.⁷²

3.8.1 El interés en los préstamos de cosas y dineros: "La determinación de los intereses, cuando el préstamo es de dinero, no representa problema alguno, pues es el resultado de un cálculo matemático simple (cantidad prestada, multiplicada por la tasa de interés y aplicada al tiempo corrido); pero cuando el objeto del préstamo son cosas, encontramos algunos problemas que merecen atención:

⁷² Viteri Echeverría, Ernesto R. Ob. Cit. Pág. 363.

3.8.1.1 Obligación de devolver "igual cantidad de la misma especie y calidad" (art. 1,942 CC.): Esta norma parecería impedir que el mutuante pueda exigir el pago de intereses, sobre las cosas fungibles prestadas, pues el mutuario cumple su obligación devolviendo igual cantidad de lo recibido.

El legislador incurrió en el error de incluir en el artículo 1,942 CC., una definición o concepto del mutuo gratuito, cuando el mutuo es fundamentalmente oneroso en nuestro medio (art. 1,946 CC.). La restitución de igual cantidad de cosas implica el cumplimiento de la obligación, cuando no corren intereses; pero es totalmente incongruente con el mutuo con intereses, en donde el cumplimiento de la obligación del mutuario comprende indisolublemente la restitución de lo prestado, más los intereses. (artos. 1,403 y 1,407 CC.).

Es claro que, en esas condiciones, la norma del artículo 1,942 CC. no puede interpretarse literal y estrictamente, si las partes no han pactado que el mutuo sea gratuito y que en el caso del mutuo oneroso, el mutuario debe también pagar los intereses convenidos o, en su defecto, los legales; y

3.8.1.2 Cómo calcular intereses en el mutuo de cosas? A falta de pacto entre las partes, ello dependerá de la forma de restitución del mutuo. Así, si el mutuario debe devolver "igual cantidad de la misma especie y calidad", sin que las cosas se hayan apreciado (art. 1,952 CC.), los intereses se calcularían sobre el valor que tengan las cosas al momento de entregarse, pues ese fue el "valor recibido" por el mutuario y el "valor entregado" por el mutuante. Si las cosas fueron apreciadas (art. 1,953 CC.), los intereses se calcularían sobre ese valor y si el mutuario está en la imposibilidad de restituir en especie y cumple en dinero su obligación de acuerdo con el artículo 1,954 CC., el valor de las cosas en la fecha de devolución sería la base para el cálculo de los réditos...

En Guatemala, las partes son libres para convenir el tipo de interés y, en la actualidad, no existe norma alguna que

establezca un tope al tipo de interés. Hasta los bancos, que históricamente han estado sujetos a la fijación de tasas máximas de interés por parte de la Junta Monetaria, están ahora en libertad de convenir con sus clientes, el tipo de interés que generarán los préstamos y los depósitos de ahorro, según resolución No. 144-89, emitida por la Junta Monetaria, en su sesión del 25 de agosto de 1,989.

Por ello, corresponde en primer lugar a las partes convenir, en el contrato, sobre el tipo de interés que devengará la obligación y únicamente a falta de pacto, se "presumirá que las partes aceptaron el interés legal" (arto. 1,946 CC.). Se trata de una presunción legal, que admite prueba en contrario y que permitiría establecer, por el comportamiento de las partes durante el plazo del mutuo, que en efecto corren intereses a una tasa diferente de la legal."⁷³

3.8.2 Acumulación y capitalización de intereses: "El artículo 1,949 CC. prohíbe la capitalización de intereses en las obligaciones civiles, aunque permite a los bancos hacerlo si la Junta Monetaria lo autoriza. Por su parte, el artículo 691 CdeC., permite expresamente la capitalización de intereses en las obligaciones mercantiles, mediante pacto expreso y "siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa máxima permitida a los bancos".

En doctrina se diferencia la acumulación de la capitalización de intereses o anatocismo, entendiéndose por acumulación el hecho de que los intereses en mora generaran a su vez intereses, en tanto que por capitalización se entiende aquella operación por la cual el monto de los intereses no pagados se adiciona al capital adeudado, de modo que generan interés como capital. En Guatemala, acumulación y capitalización de intereses son sinónimos y producen el mismo efecto: que los intereses en mora generan, a su vez, intereses al mismo tipo que

⁷³ Ibidem. Pág. 364.

el préstamo."⁷⁴

3.8.3 Forma de pago de intereses: "Los intereses deben pagarse en los plazos, forma y lugar convenidos y, salvo estipulación en contrario, en los que rigen la obligación principal..."

3.8.4 Pago de intereses y prórroga del plazo: De acuerdo con el artículo 1,951 CC., "en los préstamos de dinero, el pago de los intereses caídos o de los incurridos después del vencimiento del plazo, no implicará prórroga de éste", norma que nos parece muy clara y razonable. Pero, ¿qué ocurre si el acreedor recibe del deudor intereses anticipados?

En Argentina, como lo señala Borda, "importa concesión tácita de plazo recibir intereses adelantados en los préstamos de dinero, el plazo se entiende entonces prorrogado durante todo el periodo cubierto por los intereses". Nuestro Código Civil, no toca expresamente ese tema, pues la norma que comentamos antes se refiere a "intereses caídos o incurridos después del vencimiento del plazo", lo que implica que ya se han generado y que son frutos civiles ya producidos. En nuestra opinión, procedería interpretar, a contrario sensu, que la recepción por el acreedor de intereses que no tienen la calidad de "caídos o incurridos", como lo serían los intereses anticipados, si produce la prórroga del plazo por el periodo cubierto por ellos, además de que sería una manifestación tácita de consentimiento por parte del acreedor (arto. 1,252 CC.)."⁷⁵

3.8.5 Cuotas Niveladas: "En los préstamos de dinero a largo plazo, es usual que se pacte lo que se llama "cuota nivelada", o sea que la amortización que periódicamente debe realizar el deudor, ha sido calculada matemáticamente para comprender (I) los intereses correspondientes al periodo vencido y (II) una parte para abonar a capital. De esa manera, conforme transcurre el plazo del préstamo, se va reduciendo la suma que corresponde a

⁷⁴ Ibidem. Pág. 367.

⁷⁵ Ibidem. Pág. 368.

intereses en cada amortización y, paralelamente, va aumentando la proporción que se aplica a reducir el capital."⁷⁶

3.8.6 Intereses en caso de pago anticipado: "De conformidad con el artículo 1,956 CC., "el deudor de una suma de dinero puede anticipar el pago, pero cubriendo los intereses respectivos por todo el tiempo que falte para el vencimiento del plazo".

Ello confirma lo que antes hemos indicado en cuanto a que en el mutuo oneroso de dinero, el plazo se estipula en beneficio de ambas partes, pues si bien el deudor puede pagar anticipadamente, su obligación, el acreedor no tiene obligación de aceptar el pago si no se le pagan intereses por todo el plazo.

El texto de esa norma legal sólo se refiere a los préstamos de dinero, lo que excluye al mutuo de cosas y nos obliga a considerar si el deudor puede, en ese caso, cumplir anticipadamente su obligación de restituir y, en su caso, cómo se calcularían los intereses. El artículo 1,282 CC. contiene el principio que, a falta de convenio u otras circunstancias, "el plazo se presume convenido a favor del deudor", por lo que nada obsta a que el mutuuario ejercite el derecho que le otorga esa norma y pueda liberarse anticipadamente. Por otra parte, los intereses convencionales correrían únicamente hasta la fecha del pago, al no serle aplicable la norma del artículo 1,956 CC."⁷⁷

3.8.7 Mora en el pago de intereses: "Nuestro Código Civil guarda silencio en cuanto a los efectos de la mora del deudor en el pago de los intereses convencionales, de modo que el incumplimiento del deudor en el pago de los intereses únicamente daría derecho al cobro de los mismos y ello obliga a los notarios y demás personas que participan en la preparación de contratos de mutuo, a considerar la necesidad de incluir estipulación expresa que regule esa situación.

El artículo 1,204 del Código Civil Argentino, citado por

⁷⁶ Ibidem. Pág. 369.

⁷⁷ Ibidem. Pág. 370.

Borda, permite al acreedor pedir la resolución del contrato y exigir el pago o devolución de lo mutuado, en caso de mora del deudor en el pago de los intereses.

Por su parte, el artículo 693 CdeC., establece que cuando se ha estipulado que una obligación "ha de ser pagada por tractos sucesivos, salvo pacto en contrario, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación. Esa norma, aplicable a las obligaciones mercantiles, permitiría al acreedor, el exigir el pago total de lo mutuado, en caso de mora del deudor en el pago de intereses a su vencimiento, aun cuando no haya vencido el plazo del préstamo."⁷⁶

3.8.8 Presunción de pago de intereses e imputación de pagos:

"Es conveniente recordar que si se ha pactado el pago periódico de intereses de una obligación, la constancia de pago de intereses correspondientes al último periodo, constituye presunción legal de pago de los anteriores (arto. 1,402 CC.) y que el pago del capital presume el de los intereses, salvo que se hubiere aceptado el pago con la reserva correspondiente (arto. 1,403 CC.).

El artículo 1,407 CC., impide al deudor aplicar el pago a capital, si hubiere intereses pendientes e igualmente, aplicar el pago a intereses, si hay gastos pendientes a cargo del deudor, salvo que el acreedor consienta a ello."⁷⁷

3.8.9 Intereses e imputación de pagos en obligaciones bancarias:

"Las instituciones bancarias tienen un régimen especial en lo que se refiere a estos temas y así vemos que, de conformidad con el artículo 86 de la Ley de Bancos (Dto. 315 del Congreso), el plazo de los créditos corre en beneficio del deudor, quien puede en cualquier tiempo hacer amortizaciones extraordinarias o cancelar totalmente el saldo insoluto de la obligación y que el artículo 87 de esa misma Ley, señala que un banco sólo puede cobrar

⁷⁶ Ibidem. Pág. 370.

⁷⁷ Ibidem. Pág. 371.

intereses sobre los saldos a cargo de sus deudores y por el tiempo que tales saldos estuvieren vigentes. Por ello, en caso de pago anticipado de un préstamo bancario, el acreedor no puede valerse del beneficio que le otorga el artículo 1,956 CC. y sólo puede cargar intereses hasta la fecha del pago y únicamente por el saldo pendiente.

Por otra parte, en las obligaciones bancarias es usual que el deudor tenga el derecho de imputar a sus pagos, en forma diferente de como lo establece el artículo 1,407 CC. y, de esa manera, los bancos aceptan pagos parciales a cuenta del préstamo, aun si hay intereses o gastos pendientes de pago y llevan separadamente las cuentas del capital adeudado y de los intereses y gastos. Ello es consecuencia de una interpretación literal y estricta del artículo 86 de la Ley de Bancos, ya que como el derecho que otorga al deudor de hacer amortizaciones y pagos, en cualquier tiempo, es incondicional y absoluto, el imputar los pagos en la forma que, para las obligaciones civiles, establece el artículo 1,407 CC. constituiría una limitación de ese derecho."⁸⁰

⁸⁰ Ibidem. Pág. 371.

CAPITULO IV

4. FINANCIAMIENTOS PROVENIENTES DEL EXTERIOR

4.1 Origen:

Cuando escribo sobre el origen me refiero a la fuente de la cual emana el préstamo, o sea la persona individual o colectiva que adquiere la calidad de prestatario, la cual muy bien puede ser un banco extranjero o un Estado extranjero; asimismo la concesión de préstamo proveniente del exterior en moneda extranjera también puede ser otorgado por una financiera o cualquier persona extranjera a un nacional y aún a un extranjero.

Las fuentes de donde puede provenir el financiamiento internacional son de dos clases:

4.1.1 Las fuentes oficiales de financiamiento: Las reservas oficiales y los servicios de crédito. Entre las principales fuentes oficiales de financiamiento destacan el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) y los gobiernos nacionales.

4.1.2 Las fuentes privadas de financiamiento: que son los mercados internacionales de capitales.

4.2 Créditos Otorgados en Moneda Extranjera:

Los créditos otorgados en moneda extranjera son aquellos otorgados desde un país extranjero a un nacional o a un extranjero en moneda que no sea el quetzal, para ser pagados en el extranjero, excluyéndose de la posibilidad legal de existencia como tal a cualquier crédito u obligación que carezca de los requisitos antes apuntados.

Sobre el particular anota el Doctor Luis Beltranena Valladares: "Ello no excluye al Notario guatemalteco de participación directa en la preparación y legalización de créditos en moneda extranjera especialmente en virtud de las facultades extraterritoriales que la Ley Notarial Guatemalteca

otorgó a los Notarios; y muchos de los miembros de nuestro gremio habrán viajado al extranjero para formalizar contratos de préstamo en moneda extranjera, sobre todo cuando en dichos contratos se constituyen garantías reales como prendas o hipotecas sobre bienes situados en la República, lo que conlleva a la obligada protocolización de los contratos, la expedición de los testimonios para el registro de las garantías de que se trate y el cumplimiento en su caso, de las obligaciones fiscales respectivas."⁰¹

Al respecto de lo anotado por el Doctor Luis Beltranena Valladares, en la actualidad también la Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89 del Congreso de la República, regula la actuación notarial en el extranjero en el artículo 43 así: "Los funcionarios diplomáticos y consulares guatemaltecos, cuando sean notarios, están facultados para hacer constar hechos que presencien y circunstancias que le consten y autorizar actos y contratos en el extranjero que hayan de surtir efectos en Guatemala. Asimismo podrán autorizarlos los notarios guatemaltecos y todos lo harán en papel simple, surtiendo sus efectos legales como acto notarial a partir de la fecha en que fueren protocolizados en Guatemala. La protocolización se hará en la forma que establece el artículo 38 de esta ley.

4.3 Regulación Legal de los Contratos de Crédito Otorgados en Moneda Extranjera:

El contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior, esta regulado por diversos cuerpos legales, pero básicamente por los siguientes:

4.3.1 Código Civil Decreto Ley No.106:

⁰¹ Beltranena Valladares, Luis. Créditos otorgados en moneda extranjera. II Curso "Contratación Financiera y Tributación" Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Pág. 101.

De este Código podemos extraer lo siguiente: En el artículo 1955, establece que el préstamo en dinero se arreglará para la restitución, a lo establecido en los artículos 1395 y 1396. El 1395 regula que el pago en moneda nacional lo hará el deudor entregando igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda en la fecha en que se le requiera de pago, siempre que ya sea exigible la obligación. Y el artículo 1396 regula que si el pago tuviere que hacerse en moneda extranjera, cumplirá el deudor con entregar su equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en la plaza el día del pago.

A primera vista se crea la obligación de hacer el pago obligatoriamente en quetzales lo que acarrearía como problema que los prestamistas internacionales no estuvieran interesados con invertir en Guatemala, porque a ellos no les interesaría el pago en quetzales, problema que se soluciona como adelante veremos.

4.3.2 Ley Monetaria Decreto No. 203 del Congreso de la República:

De esta ley podemos extraer los siguientes artículos: El artículo 2 establece que todos los precios, impuestos, tasas, honorarios, sueldos, salarios, comisiones, primas, intereses, dividendos, alquileres, contratos y obligaciones de cualquier clase o naturaleza, que deban ser pagados, cobrados, percibidos o ejecutados en la República, se expresarán y liquidarán exclusivamente en quetzales. Es nula toda cláusula calificativa o restrictiva que imponga obligaciones en plata u oro metálico, en monedas extranjeras o en cualquier unidad monetaria que no sea el quetzal. No obstante, dicha nulidad no invalidará el contrato principal, cuando éste pueda interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional, en cuyo caso se liquidarán las respectivas obligaciones en quetzales, efectuando la conversión sobre la base de las paridades legales correspondientes, ya sea al tiempo de la celebración del contrato o bien al momento del pago, según resulte más favorable al deudor. El artículo 3

regula que únicamente se exceptúan de la limitación anterior: a) Las obligaciones que establezcan pagos desde Guatemala al extranjero o desde el extranjero a Guatemala y las directamente relacionadas con la financiación de las mismas...

Es en esta excepción que regula el artículo tercero en donde se basan los préstamos otorgados con financiamiento proveniente del exterior para que los intereses que se pacten y el capital sean pagados en moneda extranjera.

4.3.3 Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos. Decreto No. 37-92 del Congreso de la República:

De esta ley podemos extraer el artículo 14 el cual establece que cuando en los documentos que contienen actos y contratos gravados, por cualquier circunstancia se consignen valores en moneda extranjera, para la determinación del impuesto, se efectuará la conversión a moneda nacional, con base en el tipo de cambio que corresponda a la transacción, conforme a las disposiciones cambiarias vigentes en la fecha en que se facione el documento correspondiente.

4.3.4 Ley Orgánica del Banco de Guatemala. Decreto No. 215 del Congreso de la República.

De esta ley, se debe analizar los siguientes artículos: Artículo 30 que establece que la Junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia de la República, así como la dirección suprema del Banco de Guatemala. Con tales objetivos, la Junta Monetaria tendrá las siguientes atribuciones:...1) Fijar las tasas máximas de interés sobre las operaciones pasivas y activas de los bancos y regular el crédito bancario, de acuerdo con las disposiciones de esta ley;...

En la actualidad, la Junta Monetaria ha liberado las tasas de interés activas y pasivas que los bancos puedan cobrar,

estando ahora los mismos en libertad de convenir con sus clientes, el tipo de interés que generarán los préstamos y los depósitos de ahorro, según resolución No. 144-89, de la Junta Monetaria, en sesión celebrada el 25 de agosto de 1989.

El artículo 101 regula que los bancos podrán pactar contractualmente tasas variables de interés activas y pasivas dentro de los límites legales. En ningún caso las variaciones en las tasas de interés constituyen novación de las obligaciones respectivas.

Esto es aplicable a las tasas de interés que se regulen en la contratación de un préstamo con financiamiento proveniente del exterior.

4.4 Las Garantías:

Son los medios por los cuales el acreedor de un préstamo se asegura que en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, su derecho se verá protegido.

Por exigencia legal todo préstamo tiene como garantía general el patrimonio entero del deudor. Así lo establece el artículo 1329 del Código Civil, Decreto Ley No. 106 que establece que la obligación personal queda garantizada con los bienes enajenables que posea el deudor en el momento de exigirse su cumplimiento.

Sin embargo, en los contratos de préstamo tratando de asegurar la efectividad de los derechos del acreedor y previniendo el riesgo de insolvencia total o parcial del deudor, o que el deudor con la finalidad de incumplir se quede sin ningún bien al momento de exigir el cumplimiento de la obligación, se establecen garantías especiales tales como: a) Garantía personal prestada por un tercero, comúnmente denominada fianza; b) Garantía real, que consiste en la afectación de bienes determinados a la seguridad del préstamo, existen dos: 1) La Hipoteca; y 2) La Prenda.

4.4.1 La Fianza (Garantía Personal):

Conforme el artículo 2100 del Código Civil, por el contrato de fianza una persona se compromete a responder de las obligaciones de otra. El fiador puede estipular con el deudor una remuneración por el servicio que le presta.

Es el contrato por el que una persona llamada fiadora distinta del deudor y del acreedor en una determinada obligación, se obliga con el acreedor a pagar dicha obligación, en caso de que el deudor no lo haga.

En nuestro país para que la fianza sea valida debe constar por escrito y el fiador sólo será responsable por aquello a que expresamente se hubiere comprometido. El fiador esta facultado para obligarse a menos pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiere obligado a más, se tendrá por reducida su obligación en cuanto al exceso.

En la práctica cuando se celebra un contrato de préstamo y se establece como garantía la fianza, la misma resulta siendo un contrato accesorio, que se establece dentro de una cláusula del mismo contrato principal.

4.4.2 La Hipoteca (Garantía Real):

Establece el artículo 822 del Código Civil que la hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.

La hipoteca es un derecho real el cual recae sobre bienes inmuebles, y que sin implicar el traslado de la posesión a persona distinta del dueño, asegura a su titular el cobro de cierta cantidad, autorizándole en el caso de incumplimiento de la obligación, para que pueda promover la venta del inmueble sobre el cual recae la misma y hacerse el pago de lo adeudado.

En Guatemala, solamente puede hipotecar la persona que pueda enajenar, y únicamente pueden ser hipotecados los bienes inmuebles que pueden ser enajenados. La constitución y

aceptación de la hipoteca deben de ser expresas.

La hipoteca constituida legalmente afecta únicamente los bienes inmuebles sobre los que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente ni aun por pacto expreso. La constitución de la hipoteca da derecho al acreedor para promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación sea exigible y no se cumpla.

4.4.3 La Prenda (Garantía Real):

El artículo 880 del Código Civil regula que la prenda es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación.

La prenda es un derecho real por el cual una cosa mueble se constituye en garantía de una obligación, con entrega de la posesión al acreedor o un tercero y derecho de éste para enajenarla en caso de incumplimiento y hacerse pago con lo obtenido.

En Guatemala, los bienes pignoralos, al constituirse la garantía, deberán ser depositados en el acreedor o en un tercero designado por las partes, o bien en el propio deudor si el acreedor consiente en ello. La persona que reciba la prenda tiene las obligaciones y derechos de los depositarios.

La prenda afecta únicamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, sin que el deudor quede obligado personalmente, salvo pacto expreso.

El contrato de prenda da al acreedor el derecho de ser pagado con preferencia a otros acreedores del precio en que se venda la prenda. Es nulo todo pacto que autorice al acreedor para apropiarse la prenda o para disponer de ella por sí mismo en caso de falta de pago.

La prenda debe constar en escritura pública o documento privado, haciéndose constar la especie y naturaleza de los bienes dados en prenda, su calidad, peso, medida, cuando fueren necesarios, y demás datos indispensables para su identificación;

nombre del depositario y especificación de los seguros que estuvieren vigentes sobre los bienes pignorados. La aceptación del acreedor y del depositario deberá ser expresa.

4.5 Tasas de Interés Aplicables:

4.5.1 Tasas Nacionales:

En Guatemala, las partes son libres para convenir en el tipo de interés y, en la actualidad no existe norma alguna que establezca un tope al tipo de interés. Hasta los bancos, que históricamente han estado sujetos a la fijación de tasas máximas de interés por parte de la Junta Monetaria, están ahora en libertad de convenir con sus clientes, el tipo de interés que generarán los préstamos y los depósitos de ahorro, según resolución No. 144-89 emitida por la Junta Monetaria, en su sesión del 25 de agosto de 1,989.

Por ello, corresponde en primer lugar a las partes convenir, en el contrato, sobre el tipo de interés que devengará la obligación y únicamente a falta de pacto, se "presumirá que las partes aceptaron el interés legal" (arto. 1,946 CC.).

4.5.1.1 Tasa de Interés Legal:

Establece el artículo 1946 del Código Civil que salvo pacto en contrario, el deudor pagará intereses al acreedor y, a falta de convenio, se presumirá que las partes aceptaron el interés legal. El artículo 1947 del mismo Código regula que el interés legal es de seis por ciento anual. El máximo del interés convencional puede ser fijado por una disposición especial. Al interpretar estos artículos se puede notar que se trata de una presunción legal, que admite prueba en contrario y que permitiría establecer, por el comportamiento de las partes durante el plazo del mutuo, que en efecto corren intereses a una tasa diferente a la legal.

Debe señalarse que las partes no gozan de absoluta libertad para convenir en la tasa de interés, a regir en el contrato que

celebren, pues existen las siguientes dos limitaciones:

a) La que establece el artículo 1947 del Código Civil en el sentido de que el máximo del interés convencional puede ser fijado por una disposición especial.

b) La que establece el artículo 1948 del Código Civil, respecto al interés usurario, el cual establece que no habiendo limitación legal expresa, las partes pueden acordar el interés que les parezca, pero cuando sea manifiestamente desproporcionado con relación al interés normal aceptado en la localidad, el juez podrá reducirlo equitativamente, tomando en cuenta el tipo corriente y las circunstancias del caso.

"En Guatemala, rigió por mucho tiempo un "tipo máximo de interés" (6% anual, de conformidad con el Decreto Gubernativo No. 1,755) y no fue sino hasta por el Decreto Presidencial No. 307, emitido el 7 de junio de 1955, que se liberó la tasa de interés en las operaciones no bancarias. Por otra parte, el artículo 30, inciso 1) del Decreto No. 215 del Congreso (Ley Orgánica del Banco de Guatemala), faculta a la Junta Monetaria para "fijar las tasas máximas de interés sobre las operaciones pasivas y activas de los bancos", aunque como antes hemos señalado, en la actualidad la Junta Monetaria ha liberado las tasas activas y pasivas que los bancos puedan cobrar. Para terminar con este tema, cabe señalar que de conformidad con el artículo 1 del Decreto No. 53-79 del Congreso, se ha fijado un tipo máximo de interés del seis por ciento (6%) anual, sobre los préstamos que las compañías aseguradoras hacen a sus asegurados con garantía de los valores de rescate de sus pólizas y que esta es, en nuestra opinión, la única instancia en que actualmente rige un tipo máximo de interés."⁹²

4.5.1.2 Tasa de Interés Convencional:

El interés convencional es aquel que acuerdan los

⁹² Viteri Echeverría, Ernesto R. Ob. Cit. Pág. 366

contratantes y que registrá el contrato de préstamo. En Guatemala, las partes pactan libremente este tipo de interés, con la única observación de no incurrir en un interés usurario.

4.5.1.3 Tasa de Interés Usuraria:

El interés usurario es aquel que se pacta en forma desproporcionada al interés normal aceptado en la localidad donde se realiza el contrato. Por ejemplo supongamos que el tipo de interés normal en la ciudad de Guatemala, es del 22 al 30 por ciento, interés usurario sería que por ignorancia o necesidad en un contrato se fijará un tipo de interés del 50%. Nuestra legislación en el artículo 1948 del Código Civil, le da la facultad a los jueces para reducir equitativamente el tipo de interés convenido entre las partes, si este es manifiestamente desproporcionado con relación al interés normal aceptado en la localidad.

No hay que olvidar que conforme el artículo 276 del Código Penal, la usura es un delito penado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales y que comete ese delito quien exige de su deudor, en cualquier forma, un interés mayor que el tipo máximo que fije la ley o evidentemente desproporcionado con la prestación, aun cuando los réditos se encubran o disimulen bajo otras denominaciones.

4.5.1.4 Intereses Moratorios:

"No deben confundirse los intereses que genera el préstamo, como la renta del capital del que el acreedor se priva, de los intereses moratorios, que son los que se deben pagar por el deudor en compensación de los daños y perjuicios que al acreedor causa la mora en la restitución del capital, a falta de otro pacto (arto.1,435 CC.).

Los intereses moratorios, corren aún si el mutuo es gratuito, pues no se generan, ni justifican por el beneficio que el mutuario obtiene de la utilización de lo mutuado, sino derivan del incumplimiento o mora del mutuario en sus obligaciones de

restitución.

De acuerdo con el artículo 1,435 CC., las partes son libres para pactar y convenir en la forma como el deudor debe indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que le cause la mora en el cumplimiento de la obligación que consista en el pago de dinero, de modo que los intereses moratorios se aplicarían únicamente a falta de otro pacto al respecto y se deben calcular, en ese caso, al tipo de interés convenido y, si el mutuo era gratuito o no se pactó sobre intereses, al tipo legal del 6% anual.

Por ello, nos parece que son válidos los pactos por los cuales, en caso de mora, el deudor conviene en pagar un interés más alto que el aplicable durante el plazo de la obligación o en indemnizar de otra forma a su acreedor."⁸³

4.5.1.5 Tasa de Interés Variable:

"Los efectos de la devaluación monetaria y de la inflación, se reflejan en el tipo de interés, de modo que éste va ajustándose a las variaciones que generan esos fenómenos económicos. Ello ha resultado en el establecimiento de tasas de interés variable (Ver Decreto Ley No. 122-84, que modificó el artículo 101 del Decreto No. 215 del Congreso -Ley Orgánica del Banco de Guatemala) y en que, contractualmente, se establezcan fórmulas de "escala móvil" o "indexación" en cuanto al tipo de interés."⁸⁴

4.5.2 Tasas Internacionales:

Estas se utilizan en los préstamos otorgados por Bancos, financieras o instituciones internacionales. Dentro de estas encontramos:

⁸³ Ibidem. Pág. 369.

⁸⁴ Ibidem. Pág. 369.

4.5.2.1 Tasa de Interés LIBOR:

LIBOR significa "London InterBank Offering Rate" y es aquella tasa de interés en que, en una fecha determinada, se ofrecen préstamos de semejantes características en el mercado interbancario de Londres, Inglaterra.

Se aplica en toda Europa, es una tasa de interés preferencial que se utiliza en la concesión de créditos. Es preferencial ya que es la tasa que se utiliza para contratar entre bancos y se usa como referencia de tasas de interés de préstamos.

En el contrato de préstamo que incorporo como apéndice en este trabajo se conviene que la tasa de interés a regir será la tasa LIBOR.

4.5.2.2 Tasa de Interés PRIME RATE:

Es aquella tasa preferencial que un banco determinado aplica en cierta fecha a los préstamos que otorga a sus clientes financieramente más sólidos.

Su uso se da siempre entre bancos y en los Estados Unidos de América, esto no prohíbe que se pueda usar como tasa de referencia en otros países.

4.5.2.3 Tasa de Interés Floating Prime Netto:

Es una tasa variable que se usa en los contratos de crédito y que toma como referencia para su fluctuación a la tasa de interés LIBOR o la tasa de interés PRIME RATE.

4.6 El Principio de la Autonomía de la Voluntad y su aplicación en este tipo de contratos:

4.6.1 La Autonomía de la Voluntad en la doctrina:

"... Para Marty la doctrina de la autonomía de la voluntad individual, como fundamento del derecho, puede sintetizarse en dos proposiciones:

"Primera Proposición: Salvo rarisimas excepciones no hay obligación sin voluntad"...

...Segunda Proposición: Toda obligación nacida de la voluntad es por esto mismo justa".⁸⁸

"Betti define la autonomía de la voluntad considerándola como "la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegada por el mismo titular de ellas.

Borja Soriano sostiene que "la noción de la libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido está permitido". Y agrega: "Esto que en el dominio de Derecho se llama principio de la autonomía de la voluntad".

Gert Kummerov, joven y brillante jurista venezolano, en su trabajo doctoral, recoge el mismo principio expuesto por Borja Soriano de que el elemento básico de la autonomía de la voluntad, siendo el consentimiento de los sujetos ligados por el contrato, implica el reconocimiento del principio de lógica jurídica de que: "lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido", y establece en seguida que los corolarios de ese principio en el derecho civil, pueden resumirse así:

a) Los individuos son libres para obligarse o para no hacerlo:

b) Los individuos son libres para discutir las condiciones del contrato, determinando su contenido, su objeto y sus efectos, con la única limitación del respeto al orden público y las buenas costumbres.

c) Los individuos pueden escoger las normas que mejor convengan a sus intereses, rechazar las supletorias y atenerse sólo a las reglas tipo.

d) En principio, ninguna formalidad se establece para la manifestación de la voluntad, ni para la prueba de acuerdo. Las solemnidades son excepcionales.

⁸⁸ De Buen Lozano, Nestor. Ob. Cit. Pág. 213.

e) Las mismas partes pueden determinar los efectos de las obligaciones. Si algún conflicto surgiera entre ellas con motivo de una violación de la norma creada, el órgano estatal limitará su misión a descubrir la intención de las partes, aplicando la sanción que las propias partes exijan, sin entrar a examinar si tal sanción recibe efectiva realización en lo fáctico.

f) Los intereses individuales libremente discutidos, concuerdan con el bien público".⁶⁴

A la autonomía de la voluntad también se le llama de la LIBERTAD CONTRACTUAL y se fundamenta en que los sujetos contratantes pueden celebrar el contrato en la forma que lo estimen de mutuo acuerdo pero siempre observando los principios que norma la ley para cada figura contractual.

El principio de autonomía de la voluntad lo podemos encontrar en nuestra legislación en los siguientes casos: El artículo 50. de la Constitución Política de la República de Guatemala, norma que: "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma. El artículo 1251 del Código Civil establece que: "El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito; el artículo 1574 del mismo cuerpo legal el cual establece que: "Toda persona puede contratar y obligarse: 1o. Por escritura pública; 2o. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; 3o. Por correspondencia; y 4o. Verbalmente."

4.6.2 Límites al principio de la autonomía de la voluntad:

Dentro de estos límites es donde puede jugar libremente el principio de la autonomía de la voluntad y al ser violados ya no

⁶⁴ Ibidem. Pág. 213.

existirá este principio. Estos límites son los siguientes:

4.6.2.1 La voluntad es libre de decidir, en un contrato, respecto de todo aquello que la ley no le prohíbe o le ordena.

4.6.2.2 Aun cuando no se incluyan, se entenderá que en todo contrato operan, per se, las cláusulas que se refieren a los requisitos esenciales.

4.6.2.3 Las cláusulas relativas a los elementos naturales de un contrato, se entienden implícitas en el mismo, salvo que expresamente se excluyan.

4.6.2.4 Las normas relativas al orden público y a las buenas costumbres son inderogables por voluntad de los particulares.

4.6.2.5 Las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley resultan aplicables en los contratos, por encima de lo que se hubiere pactado.

Con lo anteriormente plasmado, se puede decir que el principio de la autonomía de la voluntad faculta:

- a) Para contratar;
- b) Para no contratar;
- c) Para determinar las condiciones del contrato;
- d) Para modificar el contrato; y
- e) Para dar por terminado el contrato.

Las dos primeras corresponden a una voluntad individual y las últimas tres, necesariamente deben de ser de mutuo consentimiento.

4.6.3 Aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el contrato de préstamo con financiamiento exterior:

Se puede afirmar categóricamente que este principio actúa con toda normalidad en la contratación de préstamos con financiamiento internacional, ya que al efectuar este tipo de contrato dos personas sean estas individuales o colectivas lo hacen en uso de sus facultades y con la expresión de su libre voluntad.

Además hay que tomar en cuenta que por la magnitud de este tipo de contratos la mayoría de veces estos son discutidos profundamente en lo que atañe al contenido de sus cláusulas, el monto del préstamo, la forma y lugar de pago, los intereses que devengará la negociación, las facultades del acreedor y las obligaciones del deudor, lugar de ejecución y en si todo lo que se relaciona con el contrato; por lo cual se puede decir que se ejercita plenamente el principio de autonomía de la voluntad.

CAPITULO V
5. BENEFICIOS FISCALES EN LOS CONTRATOS
DE PRESTAMO PROVENIENTE DEL EXTERIOR

5.1 La Obligación Tributaria:

Partiré por definir lo que doctrinariamente es la relación jurídico tributaria, para el autor Sergio Francisco de la Garza, "es un vínculo jurídico entre dos personas denominadas sujeto activo y pasivo, en las que la primera tiene el derecho de exigir la prestación y la segunda la obligación de efectuar la prestación de dar, hacer, no hacer o tolerar."⁸⁷

La relación jurídica tributaria es el vínculo jurídico obligacional que se entabla entre el fisco como sujeto activo, que tiene la pretensión de una prestación pecuniaria a título de tributo y un sujeto pasivo, que esta obligado a la prestación.

Por su parte el autor Carlos M. Giuliani Fonrouge, al escribir sobre la relación jurídica tributaria dice que: "la relación jurídico tributaria está integrada por los correlativos derechos y obligaciones emergentes del ejercicio del poder tributario, que alcanzan al titular de éste, por una parte, y a los contribuyentes y terceros por otra...

Como se desprende de lo expuesto, la obligación tributaria, esto es, el deber de cumplir la prestación, constituye la parte fundamental de la relación jurídico tributaria y el fin último al cual tiende la institución del tributo...

En nuestra opinión, el contenido de la obligación tributaria es una prestación jurídica patrimonial, constituyendo, exclusivamente, una obligación de dar; dar sumas de dinero en la generalidad de los casos o dar cantidades de cosas, en las situaciones poco frecuentes en que el tributo es fijado en especie, pero siempre obligación de dar...

⁸⁷ De La Garza, Sergio Francisco. Derecho Financiero Mexicano. Pág. 435.

Como corolario de lo expuesto, podemos concretar el concepto de obligación tributaria, diciendo que es el vínculo jurídico en virtud del cual un sujeto (deudor) debe dar a otro sujeto que actúa ejercitando el poder tributario (acreedor), sumas de dinero o cantidades de cosas determinadas por ley."**

El Código Tributario de Guatemala, Decreto No. 6-91 del Congreso de la República, en el artículo 14 define lo que constituye la Obligación Tributaria así: "La obligación tributaria constituye un vínculo jurídico, de carácter personal, entre la Administración Tributaria y otros entes públicos acreedores del tributo y los sujetos pasivos de ella. Tiene por objeto la prestación de un tributo, surge al realizarse el presupuesto del hecho generador previsto en la ley y conserva su carácter personal a menos que su cumplimiento se asegure mediante garantía real o fiduciaria, sobre determinados bienes o con privilegios especiales. La obligación tributaria pertenece al derecho público y es exigible coactivamente."

Analizando el artículo anterior se puede observar que habla de un vínculo jurídico, esto porque es un vínculo que se encuentra regulado por la ley que se da entre sujetos con derechos y obligaciones. Su fin es el cumplimiento del pago o exigencia de un tributo, el cual se activa al realizarse el hecho generador plasmado en las diferentes leyes tributarias. Pertenece al derecho público porque afecta a la generalidad y puede ser pedida por cualquiera y al decir que es exigible coactivamente le da la facultad al sujeto activo de ejecutar el cumplimiento de la misma a través de los órganos legalmente establecidos.

Carlos M. Giuliani Fonrouge, resume la relación jurídico tributaria y la obligación tributaria de la siguiente manera:

"1) La relación jurídico tributaria, que es de derecho público,

** Giuliani Fonrouge, Carlos M. Derecho Financiero. Vol. I. Pág. 413.

corresponde a la vinculación que se crea entre el Estado y los particulares -contribuyentes o terceros-, como consecuencia del ejercicio del poder tributario.

2) La obligación tributaria, que es parte de aquélla:

- a) Consiste en un vínculo personal entre el Estado y el contribuyente;
- b) Siempre es una obligación de dar sumas de dinero o cantidades de cosas;
- c) Tiene su fuente única en la ley;
- d) Nace al producirse la situación de hecho a la cual vincula la ley el establecimiento del gravamen (presupuesto del tributo);
- e) Presenta caracteres específicos que permiten calificarla de autónoma, no solamente frente a las obligaciones del derecho privado, sino también con respecto a otras instituciones del derecho público, por corresponder a fenómenos propios y exclusivos del derecho financiero."⁹⁹

5.1.1 Elementos de la Relación Jurídico Tributaria:

5.1.1.1 Elementos Personales:

El vínculo jurídico creado por la obligación tributaria es de orden personal y se establece entre:

5.1.1.1.1 El Sujeto Activo: Es el Estado y todas sus instituciones centralizadas y descentralizadas y es al ente al que la ley confiere el derecho de recibir una prestación pecuniaria, en que se materializa el tributo, surgiendo la obligación de lo contenido en la ley, que es el canal por el cual se manifiesta el poder tributario del Estado.

Con respecto al sujeto activo de la obligación jurídico tributaria, el Código Tributario, establece en el artículo 17: "Sujeto activo de la obligación tributaria es el Estado o el ente público acreedor del tributo.

⁹⁹ Ibidem. Pág. 428.

5.1.1.1.2 El Sujeto Pasivo: Es la persona que, por estar sometida al poder tributario, resulta obligada por la ley a efectuar la prestación que generalmente es el pago en dinero que se hace al Estado y muy eventualmente en especie. Puede ser una persona individual así como una persona colectiva.

El Código Tributario, en el artículo 18 establece que: "Sujeto pasivo es el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyentes o de responsable."

5.1.1.2 El Hecho Generador:

Es el presupuesto legal hipotético y condicionante cuya configuración fáctica en determinado lugar y tiempo con respecto a una persona de lugar a que el Estado pretenda un tributo.

Es el presupuesto legal necesario para que se lleve a cabo la prestación.

El Código Tributario en el artículo 31 define el hecho generador de la obligación tributaria así: "Hecho generador o hecho imponible es el presupuesto establecido por la ley, para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria."

5.1.1.3 Elemento Temporal:

Este indica el exacto momento en que se configura o el legislador estima debe tenerse configuradas las descripciones del comportamiento objetivo contenido en el hecho imponible.

Es la época del pago de la obligación, por ejemplo el artículo 16 de la Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos, Decreto Número 37-92 del Congreso de la República establece el momento de pago del impuesto.

5.1.1.4 Elemento Cuantitativo:

"Todo hecho generador como presupuesto debe contener además en la ley un elemento cuantitativo, pues el hecho generador debe

ser medido de acuerdo con los criterios que proporciona la ley al fijar el presupuesto de hecho. Es la base mensurable del aspecto material de la hipótesis de la ley tributaria, que va a permitir fijar el criterio para la determinación en cada obligación tributaria concreta, es una parte del aspecto material del hecho generador que se puede expresar en peso, volumen, altura, valor, cantidad, precio, etc."*

5.1.1.5 Elemento Impositivo o Base Impositiva:

Es el porcentaje que el contribuyente debe pagar al sujeto activo y el parámetro que se utiliza para determinar el monto de la obligación tributaria. Por ejemplo en el caso del Impuesto al Valor Agregado es el siete por ciento (7%) de conformidad con el artículo 10 de dicha ley y del Impuesto del Timbre y de Papel Sellado Especial para Protocolos es el tres por ciento (3%) de conformidad con el artículo 4 de la ley en mención, sin olvidar la existencia de las tarifas específicas que regula el Decreto No. 37-92 del Congreso de la República en su artículo 5.

5.1.1.6 Elemento Finalista:

Todos los tributos persiguen una finalidad de carácter económico, todo tributo lleva implícito en la ley que lo crea, el objeto que persigue gravar, y según sea la voluntad del legislador, así será la finalidad que la ley persigue, la cual puede ser de muy variada índole, pero entre los objetos principales de los tributos podemos encontrar: a) El Capital; b) La Renta; c) El Patrimonio; y d) Los Actos Formales.

5.2 Definición de Beneficio Fiscal:

Guillermo Cabanellas, entiende por beneficio: "En general, el bien que se hace o se recibe... Favorecimiento, mejora... Derecho que compete a uno por ley o privilegio..."

* De la Garza, Sergio Francisco. Ob. Cit. Pág. 414.

De mayor actualidad, aunque la raíz de algunos sea muy anterior, son los beneficios antes indicados que, jurídicamente, integran verdaderos privilegios concedidos por las leyes en ciertos actos, a favor de distintas personas, que se hallan en una situación jurídica especial, para que contrarresten debidamente los perjuicios que tal condición pueda originarles."⁹¹

Se puede decir que beneficio fiscal es todo aquel privilegio que por ley favorece de cualquier manera a una persona sea esta individual o colectiva por medio del cual se le exime del cumplimiento de una obligación tributaria.

5.2.1 La Exención:

El Estado a través de su poder tributario tiene la potestad de crear y cobrar tributos, asimismo de eximir al contribuyente del pago de un impuesto.

La exención es la situación jurídica en cuya virtud el hecho o acto realizado por el sujeto pasivo resulta afectado por el tributo en forma abstracta pero se dispensa de pagarlo al mismo por descripción especial establecida legalmente.

Para Manuel Ossorio, la exención es: "Situación de privilegio o inmunidad de que goza una persona o una entidad para no ser comprendida en una carga u obligación o para regirse en leyes especiales. Liberación, libertad, franqueza. Exceptuación, excusa."⁹²

El Código tributario regula en el artículo 62 que debe entenderse por Exención, y establece: "Exención es la dispensa total o parcial del cumplimiento de la obligación tributaria, que

⁹¹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. Pág. 263.

⁹² Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Pág. 303.

la ley concede a los sujetos pasivos de ésta, cuando se verifican los supuestos establecidos en dicha ley. Si concurren partes exentas y no exentas en los actos o contratos, la obligación tributaria se cumplirá únicamente en proporción a la parte o partes que no gozan de exención."

En el artículo 63 del citado Código se establece: "La ley que establezca exenciones, especificará las condiciones y requisitos exigidos para su otorgamiento, los tributos que comprenda, si es total o parcial y en su caso, el plazo de su duración. Para las leyes que contengan beneficios fiscales para el fomento de actividades económicas o para el desarrollo de ciertas áreas geográficas, el plazo máximo de su duración será de diez (10) años."

Asimismo en el artículo 64 se establece: "Salvo disposición en contrario de la ley tributaria, la exención no se extiende a los tributos que se instituyan con posterioridad a su otorgamiento."

Y por último el artículo 65 establece: "Las exenciones y beneficios tributarios que se otorguen serán aplicables, exclusivamente, a los contribuyentes que realicen en forma efectiva y directa, actividades, actos o contratos que sean materia u objeto específico de tal exención o beneficio y mientras cumplan con los requisitos legales previstos en las leyes que los concedan. En ningún caso los beneficios obtenidos podrán transferirse a terceros por ningún título."

5.3 Beneficios fiscales de los Contratos de Préstamo con Financiamiento Provenientes del Exterior:

El contrato de préstamo otorgado en moneda extranjera y con financiamiento proveniente del exterior goza de los siguientes beneficios fiscales:

5.3.1 Exención al Impuesto de Timbres Fiscales:

Este tipo de contratos esta exento del impuesto de timbres fiscales, cuya tarifa es del tres por ciento conforme el artículo

4 de la Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos, Decreto Número 37-92 del Congreso de la República. La exención de este impuesto esta regulado en la ley en mención en el artículo 11 que establece: "Están exentos del impuesto, los documentos que contengan actos o contratos, en los siguientes casos:... 7. Los contratos o documentos que contengan préstamos provenientes del exterior, siempre que los bienes hubiesen sido importados o las divisas hubieren sido cambiadas en el sistema bancario nacional... 17. Los créditos, préstamos y financiamientos otorgados entre particulares, sean personas individuales o jurídicas y los documentos acreditativos de los mismos..."

En este caso debe aplicarse el numeral 7 con la única obligación que existe es la de que las divisas sean cambiadas en el sistema bancario nacional para poder gozar de la exención.

5.3.2 Exención del pago del Impuesto Sobre la Renta a Personas no Domiciliadas:

Esta exención esta establecida para las personas no domiciliadas en Guatemala, y se encuentra regulada en el artículo 45 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, Decreto Número 26-92 del Congreso de la República, el cual norma que: "El impuesto a cargo de personas individuales o jurídicas no domiciliadas en Guatemala, se calcula aplicando a las rentas de fuente guatemalteca, percibidas o acreditadas en cuenta, los porcentajes siguientes con carácter de pago definitivo:... b) El doce y medio por ciento (12.5%) sobre pagos o créditos por concepto de intereses, honorarios, dietas, comisiones, bonificaciones y otras prestaciones afectas al impuesto, incluyendo sueldos y salarios; se exceptúan los intereses por concepto de préstamos otorgados por instituciones financieras, siempre que las divisas correspondientes hayan sido negociadas en el sistema bancario nacional..."

Aquí se exonera del pago del doce y medio por ciento sobre los intereses que se generen siempre y cuando se cumpla con que las divisas que forma parte del préstamo hayan sido negociadas en el sistema bancario nacional.

La finalidad de las dos exenciones anteriores o sea la del pago del Impuesto de Timbres Fiscales y la exención del Impuesto Sobre la Renta a Personas no domiciliadas en Guatemala, es estimular la inversión en el país evitando el pago de estos impuestos y darle un mayor flujo de divisas al Estado para que lo pueda usar en el cumplimiento de sus obligaciones.

5.3.3 No afecto al Impuesto al Valor Agregado:

Estos contratos no se encuentran afectados al pago del Impuesto al Valor Agregado cuya tarifa imponible es del siete por ciento (7%) sobre la base imponible, ya que no están incluidos como hecho generador de este impuesto conforme el artículo 3 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, Decreto Número 27-92 del Congreso de la República de Guatemala.

CAPITULO VI

6. CONTRATOS DE PRESTAMO PROVENIENTES DEL EXTERIOR
Y SU FACCIÓNAMIENTO NOTARIAL6.1 Obligaciones previas al facciónamiento de la escritura pública de préstamo con financiamiento proveniente del exterior:

Al ser requerido un Notario guatemalteco para la autorización de un contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior, debe cumplir previamente con las siguientes obligaciones:

6.1.1 Debe, de conformidad con la ley, identificar plenamente a los otorgantes. En ese sentido se pueden dar las siguientes situaciones:

6.1.1.1 Que tanto el acreedor como el deudor, sean personas individuales, si son de su conocimiento debe hacerlo constar y cuando no sean de su conocimiento debe identificarlos por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por medio de dos testigos conocidos por el Notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.

Lo usual es la cédula, el pasaporte si son extranjeros y la figura de los testigos tiene poca aplicación.

6.1.1.2 Si el acreedor es una persona individual y el deudor es una persona jurídica colectiva, al momento de identificar al representante de la misma, debe presentarle el documento con que acredite la representación legal que ejercita consistente en el nombramiento del representante y las actas donde se autorice la celebración del contrato, las condiciones que van a regir el mismo y se le autorice a firmar las escrituras respectivas.

Puede también actuar un mandatario de la persona jurídica colectiva quien deberá presentar el testimonio de la escritura pública de mandato debidamente registrado en el Registro de

Poderes del Archivo General de Protocolos y en el Registro Mercantil.

6.1.1.3 Que el acreedor sea una entidad internacional, que podría ser una sociedad, corporación, financiera, o cualquier otra entidad legalmente establecida y el deudor sea una persona individual, en este caso para acreditar la representación del personero de la entidad internacional se necesitaría protocolizar el mandato proveniente del exterior en el cual se le faculta al representante a la celebración del contrato cumpliendo los requisitos del caso o bien que un Notario guatemalteco viaje al exterior y autorice el mismo con la obligación de protocolizarlo.

6.1.1.4 Cuando el acreedor y el deudor son personas jurídicas colectivas, como es el caso que presento como anexo en este trabajo, se debe proceder en la forma ya establecida, o sea el sujeto acreedor como entidad internacional, la cual puede ser una sociedad, corporación, financiera, o cualesquiera otra entidad legalmente establecida, debe acreditar la representación del personero que nombre y se hace protocolizando el mandato proveniente del exterior en el cual se le faculta al representante a la celebración del contrato o bien que un Notario guatemalteco viaje al exterior y autorice el mismo con la obligación de protocolizarlo, en dicho mandato deben constar todas las facultades que se le dan al mandatario y los términos generales del contrato en mención; y en el caso del deudor, cuando es una persona colectiva al acreditarse la representación del otorgante debe tenerse a la vista el documento que acredite la representación legal o sea el nombramiento del representante legal y el acta de asamblea totalitaria donde se autorice la celebración del contrato, las condiciones que van a regir el mismo y se nombre al representante que deberá comparecer a firmar las escrituras respectivas y el acta de consejo de administración si ese es el órgano de administración de la sociedad donde se

nombre al representante de la sociedad que deberá comparecer ante Notario a celebrar el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior.

En la práctica lo que sucede es que cuando el acreedor es una persona jurídica colectiva internacional, contrata los servicios de un Bufete Profesional y nombra como su mandatario en el país donde les interese invertir a un Abogado, para mayor seguridad en su inversión.

6.1.2 Vertir al idioma español los documentos que provengan del exterior en cualquier otro idioma que no sea el español y que tengan relación con la negociación, a través de un traductor jurado.

6.1.3 En el caso de que el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior vaya a tener como garantía de su cumplimiento hipoteca sobre bienes inmuebles debe establecerse previamente que el o los inmuebles que se hipotecaran se encuentren libres de gravámenes, anotaciones y limitaciones; o si se da el caso de que el préstamo se garantizara con prenda debe establecerse a quien se nombrará como depositario, si son bienes muebles identificables que se encuentren inscritos en el Registro respectivo que estén libres de gravámenes, anotaciones o limitaciones.

6.1.4 Como Profesional del Derecho el Notario debe asesorar y dirigir a los otorgantes sobre el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior, las formalidades que deben cumplirse, las condiciones a que se van a someter, coordinar los acuerdos y conciliar buscando soluciones equitativas en aquello en que los otorgantes no se pongan de acuerdo.

6.2 La Representación:

El autor Guillermo Cabanellas, entiende por Representación: "...Sustitución de una persona, en cuyo nombre se actúa. Sucesión en una cualidad o derecho...Carácter o dignidad con que actúa una persona. Grupo o comisión que expone las pretensiones, intereses, quejas o sentimientos de una colectividad, organizada o no...

En el Derecho Civil, la representación ofrece tres aspectos fundamentales:

- 1o. En la capacidad general de las personas, para suplir sus limitaciones, como se proponen la patria potestad y la tutela;
- 2o. En orden a la posibilidad de delegar las facultades propias, como el poder y el mandato;
- 3o. En tanto que institución hereditaria, como derecho de representación que corresponde a ciertos herederos forzosos."⁷³

La representación es una relación jurídica por medio de la cual se lleva a cabo una acción representativa en nombre de otro.

El Licenciado Arturo Fajardo Maldonado citando a los autores Luis Díez-Picazo y Antonio Guillón, escribe que: "la representación desde el punto de vista de la legitimación, se le ha definido como la "concesión de un poder de legitimación a una determinada persona para que obre en interés y por cuenta de otra" o bien "como la situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas."⁷⁴

El Licenciado Nery Roberto Muñoz, acerca de la representación anota: "La representación legal es aquella que la ley establece como solución para las personas que necesitan ser

⁷³ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo III. Pág. 551.

⁷⁴ Fajardo Maldonado, Arturo. Problemas de la Representación en el Derecho Internacional Privado. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Publicaciones Nos. 23 y 24. Pág. 13

representadas, por no poderlo hacer por sí mismas, por falta de posibilidad física o mental plena o por otra causa especial.

La representación puede ser de una persona individual a otra, para que haga valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, o porque dicha persona no puede o no quiere hacerlo, o bien que se trate de personas jurídicas que actúan por medio de personas individuales.

La representación se tiene por disposición de la ley, como sucede con los menores e incapaces; por voluntad de la persona al otorgar un mandato.

Así también las personas jurídicas, necesitan contar un representante legal, que las represente."⁹³

6.3 Formas de acreditar la Representación:

Dependiendo de la institución que represente el sujeto así será la forma en que debe acreditar la representación. Básicamente pueden ser los siguientes casos:

6.3.1 Representación del Estado:

El Procurador General de la Nación, es el representante legal del Estado de conformidad con el artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el mismo es nombrado por el Presidente Constitucional de la República.

El Notario al autorizar un instrumento público en el cual comparezca el Procurador General de la Nación, debe tener a la vista certificación del Acuerdo Gubernativo en que se le nombró y certificación del Acta de toma de posesión del cargo.

6.3.2 Representación del Municipio:

El representante legal del municipio es el Alcalde Municipal, quien es electo popularmente.

⁹³ Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial. Pág. 111.

De conformidad con el artículo 60 del Código Municipal, el Alcalde preside y representa a la municipalidad, es el personero legal de la misma. Es además, el órgano ejecutivo del gobierno y administración municipal y jefe de los mismos.

Al acreditarse la representación del Alcalde Municipal, el Notario debe tener a la vista Certificación de la elección que lo declaró como tal y certificación del acta de toma de posesión del cargo.

6.3.3 Representación de una entidad privada:

"Para el caso de entidades privadas, sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, etc., es necesaria el acta notarial de nombramiento, autorizada por Notario en base a la escritura social de constitución y/o el libro de actas de la entidad, para el caso que en él constara la designación, el acta debe inscribirse en el Registro Mercantil.

En estos casos el representante legal puede ser el Presidente, Vice-presidente, Gerente, etc., puede haber más de un representante, cada uno de ellos tendrá su propio nombramiento."⁷⁶

6.3.4 Representación de un Banco Privado:

Al igual que en una sociedad, el Notario al autorizar un instrumento público debe tener a la vista el Acta Notarial de nombramiento, faccionada y autorizada por un Notario en la cual se le nombró como representante del banco, la cual debe estar inscrita en el Registro Mercantil.

6.3.5 Representación de un Banco Estatal:

Estos pueden tener uno o más representantes, pudiendo ser el Gerente, Presidente u otro de alta jerarquía.

El Notario debe tener a la vista el Acta Notarial de

⁷⁶ Ibidem. Pág. 113.

nombramiento, expedida por un Notario, en base al Acuerdo Gubernativo en que se le nombró y del acta de toma de posesión del cargo.

6.3.6 Representación mediante Mandato:

El mandatario para acreditar su representación lo debe hacer con el testimonio de la escritura pública en la cual se le otorgó el mandato.

El testimonio de esta escritura debe inscribirse en el Registro de Mandatos que funciona en el Archivo General de Protocolos de la Corte Suprema de Justicia.

Si se trata de un mandatario de una sociedad mercantil, el mandato debe ser otorgado por el representante legal de sociedad, quien debe tener facultades para lo mismo, inscribirse también en el Registro de Mandatos y en el Registro Mercantil, el que lleva un libro de mandatos.

6.3.7 Representación de una entidad del Exterior:

Para acreditar la representación de una entidad del exterior si se hace a través de mandatario, este previamente tuvo que ser protocolizado e inscrito en el Registro de Mandatos y si es una sociedad mercantil, también en el Registro Mercantil.

6.4 La Escritura Pública:

El contrato de mutuo no es un contrato solemne, por el cual se ordene a las partes su celebración en escritura pública, pero si en el mismo se constituyen garantías reales debe constar en escritura pública.

En el presente caso, el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior casi siempre por la magnitud de lo dado en préstamo, se garantiza con hipoteca o prenda sobre los bienes del deudor, por lo cual siempre se celebra en escritura pública.

Si el contrato se celebrará en el exterior y tuviere que inscribirse las garantías en Guatemala, el contrato debe protocolizarse previamente a su inscripción en el Registro General de la Propiedad.

6.5 Estipulaciones específicas del contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior:

Al autorizar el Notario una escritura pública que contenga un contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior puede hacerlo de la siguiente manera:

6.5.1 En la cláusula primera hará constar la cantidad que el acreedor da en préstamo al deudor, la forma en que se desembolsará la cantidad porque puede darse el caso de que se haga de una sola vez o en amortizaciones dependiendo del acuerdo de las partes.

6.5.2 En la cláusula segunda se establecerá el destino que se le dará a la cantidad dada en calidad de préstamo, también que se autorice al acreedor para que pueda realizar inspecciones donde verifique que la cantidad de dinero prestada, se esté utilizando adecuadamente.

6.5.3 En la tercera cláusula constará el plazo para el cumplimiento de la obligación de restituir lo dado en calidad de préstamo y la forma de pago que podría ser en amortizaciones o de un solo pago a convenir por las partes.

6.5.4 En la cláusula cuarta se consignará el tipo de interés que regirá la negociación pudiéndose aplicar simultáneamente diversas tasas de interés, la forma de pago de los intereses y la forma de determinar las tasas de interés internacionales.

6.5.5 En la cláusula quinta se establecerá el lugar de pago, las modalidades del mismo y la moneda en que se deberán realizarse los pagos.

6.5.6 En la cláusula sexta se harán constar las garantías con que se cubre el préstamo en caso incumpla el deudor, estas como ya vimos pueden ser fiduciaria, hipotecaria o prendaria en forma indistinta o conjunta.

Si la garantía es fiduciaria deberá constar quien la presta, si es hipotecaria que bienes se gravan identificándolos con el número de finca, folio y libro en que se encuentran inscritos en el Registro General de la Propiedad y si es garantía prendaria deberá constar quien será el depositario e identificar plenamente los bienes que se van a pignorar y si están inscritos o no. Y asimismo se deberá dejar constancia de que los bienes que se gravan se encuentran libre de gravámenes, anotaciones o limitaciones que puedan afectar los derechos del acreedor, haciendo la advertencia de ley por parte del Notario al propietario de los bienes que puede ser un tercero o el mismo deudor.

6.5.7 En la séptima cláusula constará la aceptación por parte del acreedor de las garantías que se constituyen a su favor por el contrato que celebran, en especial si es hipoteca.

6.5.8 En la cláusula octava se podrá dejar constancia de todas las condiciones especiales que regulan el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior, entre estas podrían estar dar aviso por la existencia de algún litigio en contra del deudor, entregar balances generales de la forma en que está manejando el deudor sus bienes y otros.

6.5.9 En la novena cláusula se estipularán las causas por las cuales el acreedor puede dar por vencido el plazo de la

obligación en forma anticipada.

6.5.10 En la cláusula décima se hará constar los pactos procesales que regirán el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior en caso de incumplimiento o cualquier otra situación que se prevea.

6.5.11 En la cláusula décima primera se puede dejar la facultad al acreedor para poder negociar libremente el crédito en forma total o parcial a su elección.

6.5.12 En la cláusula décima segunda se puede dejar establecido que en caso de ampliaciones al contrato, las mismas se regirán en base al contrato principal de préstamo.

6.5.13 En la cláusula décima tercera se dejará constancia del lugar que fijan acreedor y deudor para recibir citaciones, notificaciones y emplazamientos obligándose a avisar por escrito de cualquier cambio de dirección.

6.5.14 En la cláusula décima cuarta se deja constancia de una declaración final en el sentido de que las partes declaran que el contrato se realiza de conformidad con la ley y si es una sociedad internacional que se hace en base al numeral quinto del artículo doscientos veinte del Código de Comercio y en base a la literal a) del artículo tercero de la Ley Monetaria por lo que el préstamo puede convenirse y expresarse en moneda diferente al Quetzal, por ejemplo en Dólares de los Estados Unidos de América y que esa es la moneda en que debe de pagarse el préstamo.

6.5.15 En la cláusula décima quinta se establece quien cargará con todos los gastos del crédito tales como honorarios, registro de garantías y desembolso con ocasión del préstamo usualmente es el deudor.

6.5.16 En la décima sexta cláusula se concluirá con la aceptación del contenido íntegro del contrato que contiene el préstamo con financiamiento proveniente del exterior.

6.6 Constitución de garantías:

El momento de constituir las garantías en un contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior es al documentar el préstamo. Si solo se constituyera garantía fiduciaria la misma podría constar en un documento privado ya que en este caso no es obligatorio que se autorice en escritura pública.

Es diferente si la que se constituye es una garantía hipotecaria, pues esta debe de constar y constituirse en escritura pública de conformidad con el artículo 1125 numeral 2o. del Código Civil y como ya lo expusimos en el punto anterior ésta se constituye en la escritura de préstamo.

Cuando se trata de la constitución de una garantía prendaria se tiene la facultad de que la misma se constituya en escritura pública o documento privado de conformidad con el artículo 884 del Código Civil.

6.7 Solemnidad en el otorgamiento y autorización del contrato:

Partamos por definir lo que es un contrato solemne, Guillermo Cabanellas, lo define así: "El convenio que, por expreso precepto de la ley, ha de ser otorgado con sujeción a determinadas formas, substanciales para la validez del contrato y la eficacia de sus cláusulas. Por lo general, desaparecido el formulismo romano de los primeros tiempos, donde las palabras poseían valor sacramental casi siempre, la exigencia impuesta como garantía en las legislaciones modernas consiste en la forma documental y, para mayor seguridad, la de escritura pública ante

notario u otro funcionario con fe pública..."⁷⁷

Con lo anotado podemos afirmar que el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior será solemne cuando en el mismo se constituyan garantías hipotecarias o prendarias ya que el mismo se tendrá que autorizar en escritura pública para que el mismo pueda surtir efectos e inscribirse en el Registro General de la Propiedad.

Sobre la autorización del contrato debe tenerse presente el principio general del Derecho Notarial de unidad del acto, sobre el cual el Licenciado Nery Roberto Muñoz, anota: "Este principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada, y no es lógico ni legal, que sea firmado un día por uno de los otorgantes y otro día por el otro, debe existir unidad del acto. Algunos instrumentos como el testamento y donación por causa de muerte, llevan incluso hora de inicio y finalización.

Desde luego la unidad del acto es documental, ya que no podría exigirse en los contratos que es posible la aceptación expresa posterior, ya que la misma ley lo permite."⁷⁸

En este caso la autorización de un contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior debe de realizarse en un solo acto en el cual estén presentes acreedor, deudor, fiadores y todos los que intervengan en el mismo y el Notario que autoriza.

6.8 Responsabilidad Notarial:

Guillermo Cabanellas, al escribir sobre la responsabilidad, expone: "Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. Deuda. Deuda moral. Cargo de

⁷⁷ Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 518.

⁷⁸ Muñoz, Nery Roberto. Introducción al Estudio del Derecho Notarial. Pág.10.

conciencia por error. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario."⁹⁹

Sobre la responsabilidad notarial el Licenciado José Dante Orlando Marinelli Golom, expone: "Es conveniente que el Notario esté capacitado, intelectual y moralmente, para lograr eficazmente su función, sin generar resultados dañosos, tanto para los particulares como para él mismo, de ahí donde descansa lo que se conoce como Responsabilidad Notarial, que no se circunscribe a una sola, sino a un conjunto de responsabilidades que darán por resultado, su buena observancia, a un instrumento público pleno y perfecto, evitando resultados negativos para la vida de éste."¹⁰⁰

En si la responsabilidad del Notario consiste en cumplir en forma adecuada con su función notarial ya que si por un mal asesoramiento o no cumplimiento de las obligaciones legales a que esta sujeto el contrato o la actividad que se desarrolla es responsable por los daños que cause.

Existen diversas clases de responsabilidad entre estas podemos mencionar: 6.8.1 Responsabilidad penal; 6.8.2 Responsabilidad Civil; 6.8.3 Responsabilidad Administrativa; 6.8.4 Responsabilidad Disciplinaria, reglamentaria o profesional; 6.8.5 Responsabilidad Fiscal.

6.8.1 La responsabilidad penal se da cuando el notario en el ejercicio de sus funciones comete un delito. Su finalidad es la de sancionar los delitos cometidos, con abuso de la función que se le otorga o que comprometa la fe pública de que esta investido.

⁹⁹ Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Tomo III. Pág. 574.

¹⁰⁰ Marinelli Golom, José Dante Orlando. Las responsabilidades del Notario y su régimen en el Derecho guatemalteco. Pág. 3

6.8.2 La responsabilidad civil del Notario, como la de cualquier persona es esencialmente de tipo reparador, una relación de causalidad: si se causa daño, este debe resarcirse.

El artículo 1668 del Código Civil establece que: "El profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusable, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión."

6.8.3 La responsabilidad administrativa es aquel conjunto de obligaciones posteriores al otorgamiento de un acto. Comprende los avisos que se dan a las instituciones de la Administración Pública de los actos autorizados, y que se le requieren al Notario para los efectos posteriores de los mismos.

6.8.4 Responsabilidad Disciplinaria, reglamentaria o profesional es aquella en que se incurre cuando se falta a la Ética Profesional o se atenta contra el prestigio y decoro de la profesión.

6.8.5 Responsabilidad Fiscal, al respecto la Licenciada Zulma Rodríguez, en su trabajo de tesis anota: "Puede decirse que la responsabilidad fiscal del Notario es aquella que este tiene ante las cargas impositivas del Estado, individualmente y con el deber que tiene de advertir a los otorgantes lo referente a las cargas fiscales derivadas de los actos o contratos en los que interviene, y evitar de esta forma la evasión tributaria originada por la simulación, actuando como profesional liberal del derecho con funciones públicas."¹⁰¹

6.9 Obligaciones posteriores a la autorización de la escritura pública de préstamo con financiamiento proveniente del exterior:

¹⁰¹ Rodríguez Álvarez, Zulma Lisbeth. La Actividad Notarial y la Modernización Tributaria. Pág.73.

Al haberse autorizado una escritura pública que contiene un contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior se debe cumplir con las siguientes obligaciones:

6.9.1 Extensión del testimonio a favor del acreedor que le servirá como documento para inscribir las garantías que se constituyeron a su favor y de título.

6.9.2 Extensión del testimonio especial para el Archivo General de Protocolos, cubriendo el impuesto de timbre notarial en la primera hoja de dicho testimonio de conformidad con el valor del contrato. En este caso normalmente los contratos son por más de cinco mil quetzales y por ley el impuesto a pagarse son cinco quetzales en timbre notarial.

6.9.3 A solicitud del interesado presentar el testimonio para la inscripción de las garantías a los registros públicos correspondientes.

6.10 Registro de las Garantías:

Este trámite no es obligación del Notario, aquí su obligación radica de conformidad con el artículo 29 numeral 11 del Código de Notariado, en advertir a los otorgantes que deben presentar el testimonio de la escritura respectiva a los registros respectivos.

En la práctica es el Notario el que realiza esta actividad al presentar los documentos al Registro respectivo; por ejemplo si lo que se desea registrar es una garantía hipotecaria debe de hacerse en el Registro General de la Propiedad respectivo, dependiendo del lugar donde se encuentren ubicados los inmuebles. Al mismo tiempo se pueden inscribir garantías prendarias en el Registro General de la Propiedad; de bienes muebles que se encuentren inscritos o que deban inscribirse, tales como vehículos, maquinaria, unidades económicas, unidades de trabajo,

etcétera.

6.11 Aplicación práctica del contrato de préstamo con
financiamiento proveniente del exterior:

Al realizar el trabajo de campo en esta investigación, el mismo arrojó los siguientes resultados:

6.11.1 La mayoría de los Notarios encuestados, en su ejercicio profesional, no han autorizado o tenido intervención en la celebración de contratos de préstamo con financiamiento proveniente del exterior.

6.11.2 Los Notarios cuentan con poca información sobre las tasas de interés internacional aplicables a dicho contrato.

6.11.3 En el caso de los beneficios fiscales de que goza el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior, son pocos los Notarios que conocen los mismos y consideran que dichos beneficios si estimulan este tipo de operaciones.

6.11.4 La garantía que más se utiliza para este tipo de contratos es la hipotecaria, pero también se han autorizado contratos de esta naturaleza con garantía prendaria y fiduciaria.

6.11.5 Los Notarios en su mayoría consideran que el principio de autonomía de la voluntad no prevalece en el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior.

6.11.6. Los Notarios en su totalidad consideran que la legislación que regula el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior no es adecuada ni suficiente.

El contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior es de aplicación práctica reducida, es decir no se celebran este tipo de contratos con frecuencia, razón por la cual

no se le ha puesto la atención debida al conocimiento de las particularidades del mismo, de las tasas de interés internacional aplicables y de los beneficios fiscales de que goza el mismo.

CONCLUSIONES:

I. El contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior, es aquel en el cual una persona extranjera o entidad internacional dá en calidad de préstamo una cantidad de dinero en moneda extranjera, a un nacional o entidad nacional o un extranjero residente en el país, con la obligación de éste de devolverle dicha cantidad más intereses pactados en el plazo convenido.

II. Las funciones principales del Notario en la celebración y autorización de un contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior consisten en hacer del conocimiento de los otorgantes las obligaciones que adquieren, así como las formas en que se aplican las tasas de interés internacional.

III. Los beneficios fiscales de que goza el contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior tienen como finalidad estimular la inversión extranjera.

IV. La legislación guatemalteca que se puede aplicar al contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior está dispersa, por lo que para su pleno conocimiento es necesario un estudio integral de varias leyes, entre ellas: El Código Civil, el Código de Notariado, el Código de Comercio, la Ley del Banco de Guatemala, la Ley de Bancos, la Ley del impuesto de timbres fiscales y de papel sellado especial para protocolos, la Ley del impuesto sobre la renta y la Ley Monetaria.

V. El contrato de préstamo con financiamiento proveniente del exterior, no es de aplicación frecuente en Guatemala, pero la tendencia es que día a día se utilice más por lo que los Notarios guatemaltecos deben conocer y dominar las particularidades de este contrato.

VI. La necesidad de la existencia de financiamientos internacionales radica en los montos de dichas operaciones, que entidades nacionales no cubren, así como tasas de interés preferencial que pueden obtenerse, aunque se corre el riesgo cambiario por obligarse en moneda extranjera.

B I B L I O G R A F I A

A) LIBROS:

1. Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. Editorial Porrúa, S.A. 3a. Edición. México. 1976.
2. De Buen Lozano, Néstor. La decadencia del contrato. Editorial Porrúa, S.A. 2a. Edición. México. 1986.
3. De La Garza, Sergio Francisco. Derecho Financiero Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 12 Edición. 1974.
4. Gimenez-Arnuá, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España. 1976.
5. Giuliani Fonrouge, Carlos María. Derecho Financiero. Ediciones Palma. Buenos Aires, Argentina. 1970.
6. Marinelli Golom, José Dante. La responsabilidad del Notario y su régimen en el derecho guatemalteco. Tesis de Grado. Universidad Mariano Gálvez. Guatemala. 1979.
7. Martínez Segovia, Francisco. Función Notarial. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961.
8. Muñoz, Nery Roberto. El Instrumento Público y el Documento Notarial. Editorial Llerena, 3a. Edición. Guatemala. 1993.
9. Muñoz, Nery Roberto. Introducción al Estudio del Derecho Notarial. Ediciones Mayte. Guatemala. 1990.
10. Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Tomos III y IV. Editorial Arazandi, 2a. Edición. Madrid España. 1979.
11. Rodríguez Alvarez, Zulma Lisbeth. La Actividad Notarial y la Modernización Tributaria. Tesis de Grado. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1994.
12. Rodríguez V., Hilda Violeta. Lecturas seleccionadas y casos de Derecho Civil IV. Editorial de la Cooperativa de Ciencia Política R.L. Guatemala. 1992.
13. Viteri Echeverría, Ernesto R. Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco (Parte Especial). Editorial Serviprensa Centroamericana. Guatemala. 1992.

B) DICCIONARIOS:

1. Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Argentina. 1981.
2. Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta, S.R.L. 11a. Edición. Buenos Aires, Argentina. 1976.

C) ARTICULOS DE REVISTA:

1. Aguirre Godoy, Mario. La capacitación jurídica del Notario. Publicación No. 8 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala. 1972.
2. Beltranena Valladares, Luis. Créditos otorgados en moneda extranjera. II Curso Contratación Financiera y Tributación. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala. 1990.
3. De la Cámara Alvarez, Manuel. El Notario latino y su función. Publicación del Colegio de Abogados. Serviprensa Centroamericana. Guatemala: 1973.
4. Fajardo Maldonado, Arturo. Problemas de la Representación en el Derecho Internacional Privado. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Publicaciones No. 23 y 24. Guatemala. 1988.
5. Quezada Toruño, Fernando José. Régimen jurídico del Notariado en Guatemala. Publicación No. 11 y 12 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala. 1973.
6. Reynoso Gil, Carlos Enrique. Los sujetos de la relación crediticia: un análisis jurídico. II Curso de Contratación Financiera y Tributación. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala. 1990.

D) LEYES:

1. Constitución Política de la República de Guatemala. 1985.
2. Código de Notariado. 1946.
3. Código Civil. 1963.
4. Ley del impuesto de timbres fiscales y de papel sellado especial para protocolos. 1992.

5. Ley del impuesto sobre la renta. 1992.
6. Ley Monetaria. 1945.
7. Código Tributario. 1991.
8. Ley del Banco de Guatemala. 1947.
9. Ley del impuesto al valor agregado. 1992.
10. Ley de Bancos. 1946.
11. Código de Comercio. 1970.

A N E X O S :

Modelo de escritura pública que contiene un contrato expresado en moneda extranjera de un préstamo con financiamiento proveniente del exterior en la que se pacta como tasa de interés la tasa internacional LIBOR.

CIEN (100).- En la ciudad de Guatemala, el uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, ANTE MI: LUIS ALFONSO MAGAÑA FRANCO, Notario, comparecen por una parte en representación de la entidad "INTER-BRITAIN INVESTING CORPORATION" el licenciado Fabricio Osorio Castillo, de treinta y cinco años, soltero, abogado y notario; y en representación de la entidad "INTERNATIONAL FARM DEVELOPMENT LIMITED", el licenciado Carlos Roberto Montenegro Westendorff, de treinta años, casado, abogado y notario; y por la otra parte en representación de las entidades "GANADERIA SAN JORGE, SOCIEDAD ANONIMA", "SERVICIOS ALIMENTICIOS, SOCIEDAD ANONIMA" y "NUTRICION NATURAL, SOCIEDAD ANONIMA", el Licenciado Armando Celis Martínez, de cuarenta años, casado, economista; y en representación de la entidad "MONTES DE OCA, SOCIEDAD ANONIMA" el señor Victor Antonio Jiménez Alecio, de cincuenta y nueve años, casado, agricultor. Los comparecientes son guatemaltecos y de este domicilio. Doy fe de conocer a los licenciados Osorio Castillo y Montenegro Westendorff, y por no concurrir igual circunstancia respecto a los otros comparecientes, se identifican de la siguiente forma: el Licenciado Armando Celis Martínez con la cédula de vecindad número de orden A guión uno y registro trescientos mil (A-1 300000), extendida por el Alcalde municipal de la ciudad capital; y el señor Victor Antonio Jiménez Alecio con la cédula de vecindad número de orden A guión Uno y registro Doscientos mil cien, (A-1 200100), extendida por el alcalde municipal de la ciudad capital. El Notario tuvo a la vista ambos documentos de identidad. El licenciado Fabricio Osorio Castillo actúa en su carácter de Mandatario Especial con Representación de la entidad "INTER-BRITAIN INVESTING CORPORATION" justificando la personería que ejercita con el testimonio del acta de protocolación número diez (10) autorizada en esta ciudad por la Notario Sonia Beatriz

Solorzano de León, el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y tres, registrado en el Registro de Poderes bajo el número doscientos setenta y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco (275475) e inscrito en el Registro Mercantil General de la República bajo el número dieciséis mil setecientos cincuenta (16750), folio doscientos diez (210) del libro quince (15) de Mandatos. El licenciado Carlos Roberto Montenegro Westendorff actúa en su carácter de Mandatario Especial con Representación de la entidad "INTERNATIONAL FARM DEVELOPMENT LIMITES" justificando la personería que ejercita con el testimonio del acta de protocolación número cincuenta y seis (56) autorizada en esta ciudad por el Notario Carlos Genaro Quiquívix Orozco, el veinte de noviembre de mil novecientos noventa y tres, registrado en el Registro de Poderes bajo el número doscientos ochenta y cinco mil seiscientos (285600) e inscrito en el Registro Mercantil General de la República bajo el número dieciseis mil ochocientos cuarenta (16840), folio quinientos veinte (520) del libro quince (15) de Mandatos. El licenciado Armando Celis Martínez, actúa en su carácter de Gerente General y Representante Legal de las entidades "GANADERIA SAN JORGE, SOCIEDAD ANONIMA", "SERVICIOS ALIMENTICIOS, SOCIEDAD ANONIMA" y "NUTRICION NATURAL, SOCIEDAD ANONIMA", justificando las personerías que ejercita: A) En lo que concierne a la entidad "GANADERIA SAN JORGE, SOCIEDAD ANONIMA", con: a) Primer testimonio de la escritura pública número diecinueve (19) autorizada en esta ciudad por el Notario Edgar Antonio Letona Gutiérrez, con fecha diez de diciembre de mil novecientos ochenta y seis, el cual quedó inscrito en el Registro Mercantil General de la República bajo el número trece mil doscientos veintisiete (13227), folio ochenta y siete (87) del libro sesenta (60) de Sociedades Mercantiles; b) la constancia de su nombramiento como Gerente General y Representante Legal de la indicada sociedad, contenida en Acta Notarial que en esta ciudad autorizó el Notario Edy Alvarez Escobar el uno de abril de mil novecientos noventa y dos, habiendo quedado inscrita en el Registro Mercantil General de la República, bajo el número noventa mil quinientos cincuenta y dos (90552), folio seiscientos

tres (603) del libro ochenta y tres (83) de Auxiliares de Comercio; c) Acta Notarial autorizada en esta ciudad por el Notario Edy Alvarez Escobar con fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y tres, que contiene transcripción de la Asamblea Totalitaria de Accionistas de la entidad "Ganadería San Jorge, Sociedad Anónima", celebrada el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y tres, en cuyo punto segundo el Consejo de Administración autoriza al señor Armando Celis Martínez para este acto; d) Acta Notarial autorizada en esta ciudad por el Notario Edy Alvarez Escobar con fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y tres, que contiene transcripción de la sesión del Consejo de Administración de la entidad "Ganadería San Jorge, Sociedad Anónima" celebrada el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y tres, en cuyo punto segundo se dispone que el Consejo de Administración autoriza al señor Armando Celis Martínez para este acto. B) En lo que concierne a la entidad "SERVICIOS ALIMENTICIOS, SOCIEDAD ANONIMA", con: a) primeros testimonios de las escrituras públicas números ochenta y cuatro (84) y ciento veintiuno (121), autorizadas en esta ciudad por el Notario Egly Mariano Barrios Cifuentes con fechas treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y dos de octubre de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente; y número veintiocho (28), autorizada en esta ciudad por el Notario Julio Cesar Lemus Castro con fecha treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y dos; los cuales quedaron inscritos en el Registro Mercantil General de la República bajo el número nueve mil ciento cuarenta y ocho (9148), folio doscientos diecisiete (217) del libro cuarenta y nueve (49) de Sociedades Mercantiles; b) la constancia de su nombramiento como Gerente General y Representante Legal de la indicada sociedad, contenida en Acta Notarial que en esta ciudad autorizó el Notario Edy Alvarez Escobar el treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y dos, habiendo quedado inscrita en el Registro Mercantil General de la República bajo el número noventa mil trescientos ochenta y nueve (90389), folio doscientos tres (203) del libro treinta y tres (33) de Auxiliares de Comercio; c) Acta Notarial autorizada

en esta ciudad por el Notario Edy Alvarez Escobar con fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y tres, que contiene transcripción de la Asamblea Totalitaria de Accionistas de la entidad "Servicios Alimenticios, Sociedad Anónima", celebrada el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y tres, en cuyo punto segundo se dispone que el Consejo de Administración autorice al señor Armando Celis Martínez para este acto; d) Acta Notarial autorizada en esta ciudad por el Notario Edy Alvarez Escobar con fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y tres, que contiene transcripción de la sesión del Consejo de Administración de la entidad "Servicios Alimenticios, Sociedad Anónima", celebrada el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y tres, en cuyo punto segundo se autoriza al señor Armando Celis Martínez para este acto. C) En lo que concierne a la entidad "NUTRICION NATURAL, SOCIEDAD ANONIMA", con: a) primer testimonio de la escritura pública número veinticinco (25) autorizada en esta ciudad por el Notario Carlos Arturo Krische Ovalle, con fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa, el cual quedó inscrito en el Registro Mercantil General de la República bajo el número diecinueve mil trescientos diez (19310), folio ciento veinticinco (125) del libro cuarenta (40) de Sociedades Mercantiles; b) la constancia de su nombramiento como Gerente General y Representante Legal de la indicada sociedad, contenida en Acta Notarial que en esta ciudad autorizó el Notario Edy Alvarez Escobar el treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y dos, habiendo quedado inscrita en el Registro Mercantil General de la República, bajo el número noventa mil doscientos cincuenta y tres (90253), folio seiscientos trece (613) del libro sesenta y tres (63) de Auxiliares de Comercio; c) Acta Notarial autorizada en esta ciudad por el Notario Edy Alvarez Escobar con fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y tres, que contiene transcripción de la Asamblea Totalitaria de Accionistas de la entidad "Nutrición Natural, Sociedad Anónima" celebrada el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y tres, en cuyo punto segundo se dispone que el Consejo de Administración autoriza al señor Armando Celis Martínez para este acto; d) Acta

Notarial autorizada en esta ciudad por el Notario Edy Alvarez Escobar, con fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y tres, que contiene transcripción de la sesión del Consejo de Administración de la entidad "Nutrición Natural, Sociedad Anónima", celebrada el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y tres, en cuyo punto segundo se autoriza al señor Armando Celis Martínez para este acto. El señor Victor Antonio Jiménez Alecio, actúa en su carácter de Presidente del Consejo de Administración de la entidad "MONTES DE OCA, SOCIEDAD ANONIMA", justificando la personería que ejercita con: a) primer testimonio de la escritura pública número seis (6) autorizada en esta ciudad por el Notario Mario Ricardo Hernández López, con fecha trece de enero de mil novecientos noventa y dos, el cual quedó inscrito en el Registro Mercantil General de la República bajo el número veintidós mil trescientos dieciocho (22318), folio cuatrocientos cuarenta y dos (442) del libro setenta y siete (77) de Sociedades Mercantiles; b) la constancia de su nombramiento como Presidente del Consejo de Administración de la indicada sociedad, contenida en Acta Notarial que en esta ciudad autorizó el Notario Edy Alvarez Escobar el trece de octubre de mil novecientos noventa y tres, habiendo quedado inscrita en el Registro Mercantil General de la República, bajo el número ciento un mil seiscientos treinta y ocho (101638), folio cuatrocientos setenta y tres (473) del libro sesenta y cinco (65) de Auxiliares de Comercio; c) Acta Notarial autorizada en esta ciudad por el Notario Edy Alvarez Escobar con fecha trece de mayo de mil novecientos noventa y tres, que contiene transcripción de la Asamblea Totalitaria de Accionistas de la entidad "Montes de Oca, Sociedad Anónima", celebrada el doce de mayo de mil novecientos noventa y tres, en cuyo punto segundo se dispone que el Consejo de Administración autoriza al señor Victor Antonio Jiménez Alecio para este acto; d) Acta Notarial autorizada en esta ciudad por el Notario Edy Alvarez Escobar con fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y tres, que contiene transcripción de Sesión de Consejo de Administración de la entidad "Montes de Oca, Sociedad Anónima" celebrada el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y

tres, en cuyo punto segundo autoriza al señor Victor Antonio Jiménez Alecio para este acto. Yo, el Notario doy fe: a) de haber tenido a la vista la documentación relacionada, la cual justifica ampliamente las representaciones que ejercen los señores Osorio Castillo, Montenegro Westendorff, Celis Martínez y Jiménez Alecio, siendo las mismas, a mi juicio y conforme a la ley, suficientes para el presente acto; b) que los comparecientes me aseguran encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles; y c) que en el carácter con que actúan, por el presente acto otorgan el **CONTRATO DE CREDITO** contenido en las cláusulas siguientes: - - - - -

PRIMERA: CREDITO: Las entidades INTER-BRITAIN INVESTING CORPORATION (en adelante llamada también "IBI") e INTERNATIONAL FARM DEVELOPMENT LIMITED (en adelante llamada también "IFDL"), en forma mancomunada y solidaria, (entidades que en lo sucesivo se denominarán "las acreedoras"), conceden a las entidades: "GANADERIA SAN JORGE, SOCIEDAD ANONIMA", de nombre comercial "SAN JORGE"; "SERVICIOS ALIMENTICIOS, SOCIEDAD ANONIMA", de nombre comercial "SERVIALI"; "NUTRICION NATURAL, SOCIEDAD ANONIMA", de nombre comercial "NUTRINAT"; y "MONTES DE OCA, SOCIEDAD ANONIMA", de nombre comercial "MONTES DE OCA" (que en lo sucesivo se llamarán "las deudoras"), un crédito por la cantidad de siete millones doscientos sesenta y nueve mil novecientos dólares de los Estados Unidos de América (\$7,269,900.00), suma por la cual dichas entidades se reconocen deudoras en forma mancomunada y solidaria de la que se ha desembolsado la suma que adelante se relaciona y cuya diferencia se desembolsará en la forma siguiente: a) Tres millones quinientos treinta y nueve mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América (\$3,539,800.00) que las deudoras declaran tener recibidos íntegramente y a entera satisfacción; b) Tres millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (\$3,500,000.00), que les serán entregados dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en las deudoras presente el testimonio de la presente escritura debidamente registrado y constancia fehaciente de que se han inscrito las garantías que se constituyen en este

instrumento, así como que sobre los bienes hipotecados en garantía del presente crédito no existen gravámenes, anotaciones, limitaciones ni situación alguna que afecte los derechos de las acreedoras. Tal desembolso será efectuado a discreción de las acreedoras y siempre y cuando se hayan cumplido a satisfacción de dichas acreedoras todos los requisitos para que tal desembolso pueda efectuarse, de acuerdo a lo que se ha convenido por las partes. Las deudoras quedan obligadas a restituir las sumas prestadas y a pagar los gastos, comisiones e intereses que resulten a su cargo, tal como se conviene más adelante en este instrumento; y c) Doscientos treinta mil cien dólares de los Estados Unidos de América (\$230,100.00) dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que las deudoras presenten el testimonio de la presente escritura debidamente registrado y constancia fehaciente de que se ha inscrito la garantía que se constituye en este instrumento, así como que sobre los bienes hipotecados no existen gravámenes, anotaciones, limitaciones o situación alguna que afecte los derechos de las acreedoras. Las deudoras quedan obligadas a restituir las sumas prestadas y a pagar los gastos, comisiones e intereses que resulten a su cargo, tal como se conviene más adelante en este instrumento. - - - - -

SEGUNDA: DESTINO: El crédito se invertirá en plantaciones de melón, existentes y por desarrollar, en las fincas: "Tenerife", "Nápoles", "Milán", "Munich" y "Varsovia", ubicadas en jurisdicción del municipio de Morales, departamento de Izabal; "Alcañiz", "Paris", "Caracas", "Nueva York", ubicadas en jurisdicción de Tenedores, departamento de Izabal; y "Brasilia", ubicada en jurisdicción de Morales, departamento de Izabal. Las deudoras autorizan a las acreedoras para que puedan efectuar inspecciones en dichos inmuebles, ya sea en forma directa o indirecta y cada vez que lo estimen necesario. Dichas inspecciones se realizarán por cuenta de las deudoras.- - - - -

TERCERA: PLAZO Y FORMA DE PAGO: El plazo de la presente obligación vencerá el veintinueve de enero del año dos mil tres. Las deudoras se obligan a pagar el crédito mediante trece (13) amortizaciones semestrales, iguales y consecutivas, a efectuarse

el día quince de los meses de enero y julio debiendo efectuar el primer pago el día quince del mes de enero de mil novecientos noventa y siete. Los trece (13) pagos serán por la cantidad de quinientos cincuenta y nueve mil doscientos veintitrés punto siete dólares de los Estados Unidos de América (\$.559,223.07), cada uno. Si las deudoras tuvieren diversas obligaciones a favor de las acreedoras, éstas tienen el derecho exclusivo de imputar cualquier pago que se reciba a alguna o algunas deudas especialmente.-----

CUARTA: INTERESES: Las partes convienen expresamente: a) Que una porción del préstamo por la suma de tres millones quinientos treinta y nueve mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América (\$.3,539,800.00) queda sujeta a una tasa fija de interés anual igual a un diez por ciento (10%); y b) Que la restante porción del préstamo por la suma de tres millones setecientos treinta mil cien dólares de los Estados Unidos de América (\$.3,730,100.00), queda sujeta a una tasa variable de interés anual igual a la tasa "LIBOR" más el cuatro y medio por ciento (4 1/2%) y será ajustable cada seis (6) meses. Los intereses anuales se calcularán sobre trescientos sesenta (360) días al año. Los intereses deberán pagarse por las deudoras sobre saldos deudores, en forma semestral y serán pagaderos los días quince de enero y quince de julio o quince de abril y quince de octubre de cada año, según lo determinen las acreedoras. La tasa "LIBOR" se determinará con base en publicaciones seleccionadas por las acreedoras o por el Banco de Guatemala, a opción de las acreedoras.-----

QUINTA: LUGAR Y MODALIDADES DEL PAGO: Todo pago relacionado con el presente contrato, incluyendo los relativos a capital e intereses, deberán efectuarlos las deudoras en las oficinas de "IBI" situadas en dos mil quinientos (2500) Cincinnati Avenue N. W., Washington, District of Columbia, veinte mil trescientos diecisiete, Estados Unidos de América, salvo que las acreedoras designen otro lugar de pago por escrito. Todos los pagos relacionados con este contrato, incluyendo los relativos a capital e intereses, deberán hacerse sin necesidad de cobro ni

requerimiento alguno, en dólares de los Estados Unidos de América, de conformidad con la norma contenida en la literal a) del artículo tercero (3o.) de la Ley Monetaria de la República de Guatemala.- - - - -

SEXTA: GARANTIAS: En garantía del capital, intereses, gastos y costas judiciales si estas llegaren a causarse, las entidades "GANADERIA SAN JORGE, SOCIEDAD ANONIMA"; "SERVICIOS ALIMENTICIOS, SOCIEDAD ANONIMA"; "NUTRICION NATURAL, SOCIEDAD ANONIMA", y "MONTES DE OCA, SOCIEDAD ANONIMA" constituyen PRIMERA HIPOTECA sobre las fincas, respectivamente inscritas a nombre de cada una de ellas en el Registro General de la Propiedad de la manera siguiente: a) Finca inscrita bajo el número tres mil setecientos treinta (3730), folio trescientos (300), del libro cinco (5) de Izabal, a nombre de Ganaderia San Jorge, Sociedad Anónima; b) Finca inscrita bajo el número cinco mil setecientos sesenta y seis (5766), folio ciento ocho (108), del libro noventa y uno (91) de Izabal, a nombre de Servicios Alimenticios, Sociedad Anónima; c) Finca inscrita bajo el número un mil trescientos setenta y ocho (1378), folio cuarenta y seis (46), del libro diecinueve (19) de Izabal, a nombre de Nutrición Natural, Sociedad Anónima; y d) Finca inscrita bajo el número trescientos cincuenta (350), folio setenta y ocho (78), del libro cinco (5) de Izabal a nombre de Montes de Oca, Sociedad Anónima. Todos los inmuebles responderán conjuntamente por el pago de la obligación, sus intereses, gastos y costas si éstas llegaren a causarse. La hipoteca se extiende a los bienes y derechos a que se refiere el artículo ochocientos treinta (830) del Código Civil e incluye todo cuanto de hecho y por derecho corresponde a las raíces hipotecadas. Por advertencia del Notario, los representantes de las entidades deudoras manifiestan que sobre los inmuebles hipotecados no pesa ningún gravamen, anotación o limitación que afecte o pueda afectar los derechos de las acreedoras, habiéndoseles hecho saber de las responsabilidades en que incurrirían en caso contrario.- - - - -

SEPTIMA: ACEPTACION DE GRAVAMENES: Los Licenciados Fabricio Osorio Castillo y Carlos Roberto Montenegro Westendorff, en

representación de las acreedoras, aceptan expresamente la constitución de los gravámenes hipotecarios a su favor y solicitan al Registro General de la Propiedad que al inscribir tales gravámenes, haga constar las modalidades del crédito. - - -

OCTAVA: CONDICIONES ESPECIALES: Las deudoras se obligan expresamente a: A) Dar aviso a las acreedoras, tan pronto como sea posible, pero en ningún caso después de cinco días calendario de haber tenido conocimiento, de cualquiera de los siguientes acontecimientos: a) Presentación de cualquier litigio en contra de cualquiera de las deudoras; b) La iniciación de cualquier conflicto laboral del que resulte o pueda resultar una reducción o cese en el suministro de mano de obra para las deudoras; c) Del surgimiento de cualquier disputa de importancia de las deudoras con algún organismo gubernamental o entidad autónoma o semiautónoma; y d) De cualquier hecho, sea cual fuere su naturaleza, que haya tenido o pueda eventualmente tener, un efecto sustancial en las operaciones, bienes o situación financiera de las deudoras; B) Las deudoras declaran expresamente que sus títulos de propiedad respecto de los bienes objeto de garantía, son perfectos y legales y se comprometen a asegurar y adoptar las acciones pertinentes para que las obligaciones asumidas respecto a este negocio mantengan validez y eficacia legal; C) Las deudoras se obligan a entregar a las acreedoras los siguientes documentos: a) Un balance general trimestral, así como sus estados de ingresos y egresos, documentos que deberán estar debidamente certificados por contador público y auditor suscritos por las deudoras. Dicha entrega se hará tan pronto como sea posible, pero en ningún caso después de treinta días calendario contados a partir del cierre de cada uno de los trimestres de cada año fiscal de las deudoras. b) Cualesquiera otros estados financieros, certificaciones contables, inventario de bienes, detalles de cuentas, presupuestos, pronósticos, programas de trabajo y en general cualquier documento o informe relacionado con las deudoras que pueda interesar a las acreedoras. Esta entrega se hará dentro de los cinco días siguientes al requerimiento escrito de las

acreedoras. D) Las deudoras tomarán las acciones que sean indispensables o aconsejables para evitar o remediar cualquier circunstancia o suceso que constituya motivo de incumplimiento de su parte o que con el transcurso del tiempo pueda llegar a constituirlo. Asimismo se obligan a hacer lo necesario y conveniente para que todas las garantías relacionadas en este instrumento, permanezcan inalterables y con plena eficacia. E) Las deudoras no podrán vender, ceder, arrendar, transferir o disponer en cualquier otra forma de los bienes hipotecados, a menos que cuenten con autorización escrita de las acreedoras. F) Las deudoras se comprometen a efectuar, a solicitud de las acreedoras, todos los actos y a tomar todas las acciones que se consideren necesarias para cumplir fielmente con la intención y propósito de este contrato. G) Las deudoras quedan obligadas a llevar conforme a la ley todos los libros de contabilidad y de comercio, así como las cuentas y registros idóneos para establecer en cualquier momento su situación financiera y velarán porque se preparen con la debida anticipación, todos los estados financieros y demás documentos contables o de otra naturaleza establecidos en este contrato. Las deudoras se obligan en esta materia a aplicar consistentemente los principios y prácticas contables generalmente aceptados. Las deudoras permitirán asimismo que cualquier persona designada por las acreedoras pueda, en cualquier tiempo, tener acceso a los libros de contabilidad, de comercio, comprobantes de asientos y en general a cualquier documento relacionado con la situación financiera de las deudoras, para efectuar o verificar auditorías o comprobaciones de cualquier naturaleza. Dichas personas quedan expresamente autorizadas por las deudoras para sacar copias o resúmenes de los documentos a que se refiere esta cláusula. H) Las deudoras se comprometen al pago puntual de todos los impuestos, tasas, arbitrios o contribuciones que pudieran corresponder a los bienes objeto de garantía, así como a que éstos se mantendrán suficientemente asegurados durante la vigencia del presente contrato y hasta que las obligaciones a su cargo hayan sido totalmente canceladas.- - - - -

NOVENA: VENCIMIENTO ANTICIPADO: Las acreedoras podrán dar por vencido el plazo de esta obligación en forma anticipada por cualquiera de las causas siguientes: a) Si las deudoras faltaren al cumplimiento de cualesquiera de las obligaciones que asumen en este contrato; b) Si las deudoras fueren objeto de demanda o embargo; c) Si los bienes hipotecados fueren objeto de demanda o embargo, enajenados o gravados total o parcialmente; d) Si las deudoras dejaren de hacer una sola amortización a cuenta de capital y/o intereses, en las fechas y forma convenida; e) Si los bienes hipotecados sufrieren depreciación tal que ya no ofrezcan garantía a las acreedoras, salvo que las deudoras ofrezcan o constituyan nuevas garantías a satisfacción de las acreedoras. La disminución del valor de las fincas hipotecadas, la calificará un Juez de Primera Instancia del Departamento de Guatemala, a solicitud de las acreedoras; f) Si las deudoras suspenden o están próximas o en inminente riesgo de suspender el pago corriente de sus obligaciones; g) Si se inicia o promueve en relación a las deudoras, concurso voluntario de acreedores o cualesquiera otros procesos o procedimientos que persigan la liquidación, reorganización o intervención de las deudoras o de sus patrimonios, o la cesión total o parcial de los bienes de las deudoras o la administración o intervención de dichos bienes o la obtención por las deudoras, de esperas o quitas por parte de sus acreedores; h) Si se inicia o promueve en relación a las deudoras, concurso necesario de acreedores o cualesquiera otro proceso o procedimiento que persiga la reorganización, liquidación o intervención de las deudoras, de sus negocios o bienes o la realización y venta de los mismos; i) Si se inician o promueven cualesquiera procesos o procedimientos encaminados a obtener la declaratoria de quiebra de las deudoras o se inician o promueven procesos o procedimientos que persigan la ocupación, realización y venta de los bienes de las deudoras o de cualquier parte sustancial de los mismos; j) Si se llevan a cabo modificaciones o cambios sustanciales a los pactos o cláusulas de las escrituras constitutivas de las deudoras o modificaciones o cambios sustanciales en las operaciones o negocios financiados

con fondos de las acreedoras o tiene lugar la realización de cualquier evento, condición o circunstancia que afecte o pueda afectar la capacidad de las deudoras de cumplir con las obligaciones a que se refiere el presente instrumento; k) En el evento que el Gobierno, el Congreso, o cualquier autoridad gubernamental nacionalice, expropie, condene, embargue o intervenga, las operaciones, negocios, bienes o propiedades de las deudoras, o en el caso que se adopten, inicien o promuevan, acciones, resoluciones o procedimientos encaminados a la disolución, liquidación, intervención, ocupación o cancelación de las operaciones, negocios, bienes o propiedades de las deudoras. En el evento de la expropiación de los bienes hipotecados, la indemnización correspondiente deberá ser pagada en su totalidad a las acreedoras.- - - - -

DECIMA: PACTOS PROCESALES: Las deudoras aceptan como título ejecutivo perfecto el testimonio de esta escritura; como buenas y exactas las cuentas que las acreedoras les presenten acerca de este negocio y como líquido, exigible y de plazo vencido el saldo que se les demande. Asimismo las deudoras renuncian al fuero de su domicilio y se someten a la competencia de los tribunales que elijan las acreedoras. Las deudoras aceptan y reconocen que en caso de ejecución, el documento suficiente que servirá para acreditar las obligaciones a su cargo y las modalidades del préstamo, será el testimonio de la presente escritura, debidamente inscrito en el Registro General de la Propiedad. Dichas acreedoras tendrán el derecho de solicitar la intervención de una o más empresas de las deudoras, al igual que de los inmuebles que estén garantizando obligaciones a favor de las acreedoras, cuya medida deberá decretarse sin necesidad de formar artículo ni de prestar cualquier fianza o garantía, quedando tales acreedoras libres de responsabilidad por la actuación del o los interventores que se nombren.- - - - -

DECIMA PRIMERA: NEGOCIABILIDAD DEL CREDITO: El presente crédito y sus garantías pueden ser negociados o cedidos total o parcialmente por las acreedoras, sin necesidad de previa o posterior notificación, aviso o consentimiento de las deudoras.-

DECIMA SEGUNDA: REGULACIONES ADICIONALES: El presente instrumento regirá las relaciones de las partes derivadas de o relacionadas con el Crédito que en él se documenta, incluyendo cualquier ampliación que del mismo pudieran acordar los acreedores ya sea con fondos propios o con fondos proporcionados por una tercera persona o entidad, caso este último en que el respectivo acreedor podrá gozar de los mismos privilegios, garantías y prerrogativas que se contienen en la presente escritura. - - - - -

DECIMA TERCERA: COMUNICACIONES ESCRITAS: Para los efectos de este contrato, las deudoras señalan sus oficinas situadas en la octava avenida diez guión veinticuatro zona uno, tercer nivel, oficina trescientos dos, Edificio Diez veinticuatro de esta ciudad y se obligan a comunicar por escrito a las acreedoras cualquier cambio que de ella tuvieren, en el entendido que si no lo hacen serán válidas las comunicaciones, notificaciones, avisos o emplazamientos que en tal dirección se les efectúen. - - - - -

DECIMA CUARTA: DECLARACION FINAL: Las partes declaran que la obligación que se documenta por medio de esta escritura se realizará de conformidad con el inciso quinto (5o.) del artículo doscientos veinte del Código de Comercio y con la norma contenida en la literal a) del artículo tercero (3o.) de la Ley Monetaria de Guatemala, por lo que puede convenirse y expresarse en Dólares de los Estados Unidos de América y ésta es la moneda en que se debe pagar el presente crédito. - - - - -

DECIMA QUINTA: GASTOS Y HONORARIOS: Todos los gastos, honorarios y desembolsos que ocasione este negocio, incluyendo los de su autorización, inscripción y cobro judicial o extrajudicial, correrán por la exclusiva cuenta de las deudoras. Lo antes pactado se hace extensivo a cualquier pago que las acreedoras pudieran efectuar para preservar sus derechos ~~derivados de este contrato~~ o relacionados con los bienes objeto de garantía. - - - - -

DECIMA SEXTA: ACEPTACION GENERAL: Los comparecientes en los conceptos con que actúan, aceptan los términos de la presente escritura. Yo, el Notario, doy fe de todo lo expuesto y además

de lo siguiente: a) Que tuve a la vista certificaciones recientes extendidas por el Registro de la Propiedad relativas a la propiedad de los bienes sobre los que se constituyen hipotecas; b) Que advertí a los comparecientes sobre los efectos legales del contrato de crédito y la escritura que lo documenta, así como la obligación que tienen de presentar su testimonio al Registro General de la Propiedad; y c) Que bien enterados de todo ello, previa lectura que les hice del contenido de la presente escritura pública, la aceptan, ratifican y firman.

ENCUESTA:

La presente encuesta tiene como objeto la realización del trabajo de campo del Bachiller Luis Alfonso Magaña Franco, en el desarrollo de la tesis intitulada "La función del Notario en la documentación de contratos de préstamos provenientes del exterior y sus beneficios fiscales".

- 1.- ¿Cómo Notario usted ha autorizado escrituras públicas que contienen contratos de préstamos o financiamientos en las que intervienen entidades extranjeras?

Respuesta: SI _____ NO _____

- 2.- ¿Cómo Notario usted ha tenido intervención en operaciones relacionadas con préstamos o financiamientos en las que intervienen entidades extranjeras?

Respuesta: SI _____ NO _____

- 3.- Conoce usted las siguientes tasas de interés:

LIBOR SI _____ NO _____

PRIME RATE SI _____ NO _____

FLOATING PRIME NETTO SI _____ NO _____

OTRAS: ESPECIFIQUE: _____

- 4.- ¿Conoce usted los beneficios fiscales de que goza el contrato de préstamo o de financiamiento proveniente del exterior?

Respuesta: SI _____ NO _____

- 5.- Si la respuesta anterior es afirmativa, ¿considera que dichos beneficios, estimulan este tipo de operaciones?

Respuesta: SI _____ NO _____

- 6.- Si la respuesta número uno fue afirmativa, ¿que tipo de garantías se constituyeron?

Respuestas: FIDUCIARIA _____

HIPOTECARIA _____

PRENDARIA _____

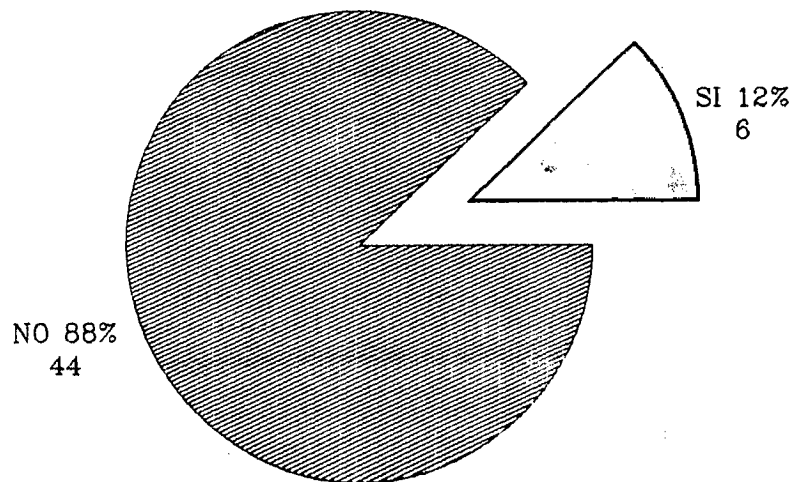
7.- ¿Considera usted que prevalece el principio de la autonomía de la voluntad en este tipo de contratos?

Respuesta: SI _____ NO _____

8.- ¿Considera usted que la legislación que regula este tipo de contratos es adecuada y suficiente?

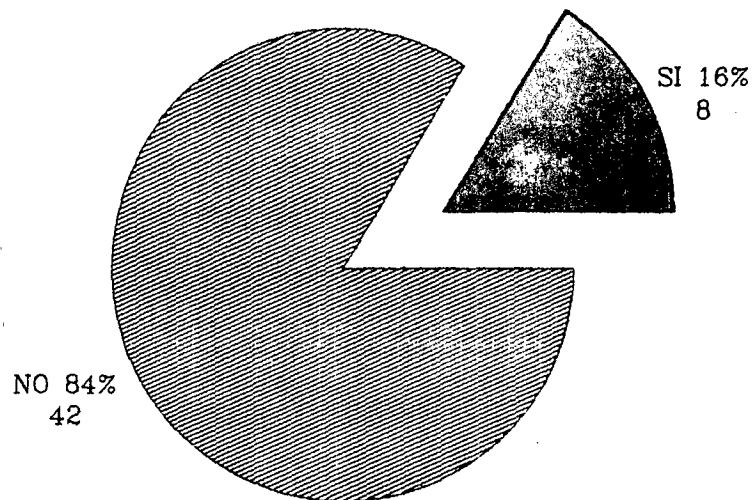
Respuesta: SI _____ NO _____

PREGUNTA NUMERO UNO (1)



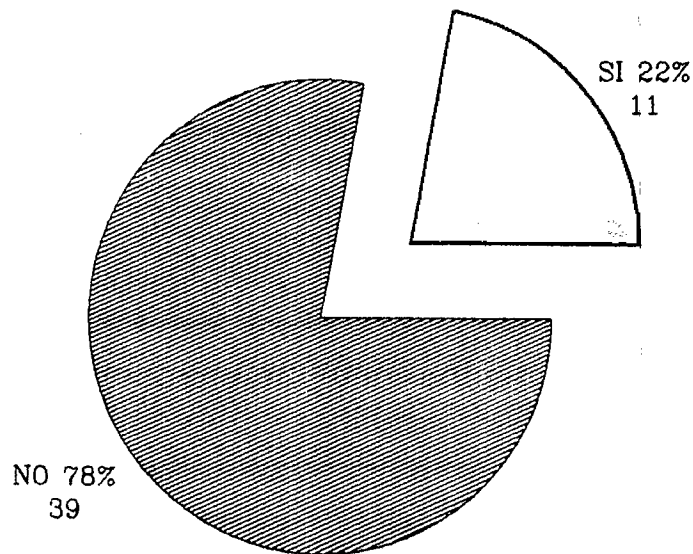
¿Cómo Notario usted ha autorizado escrituras publicas que contienen contratos de prestamos o financiamientos en las que intervienen entidades extranjeras?

PREGUNTA NUMERO DOS (2)



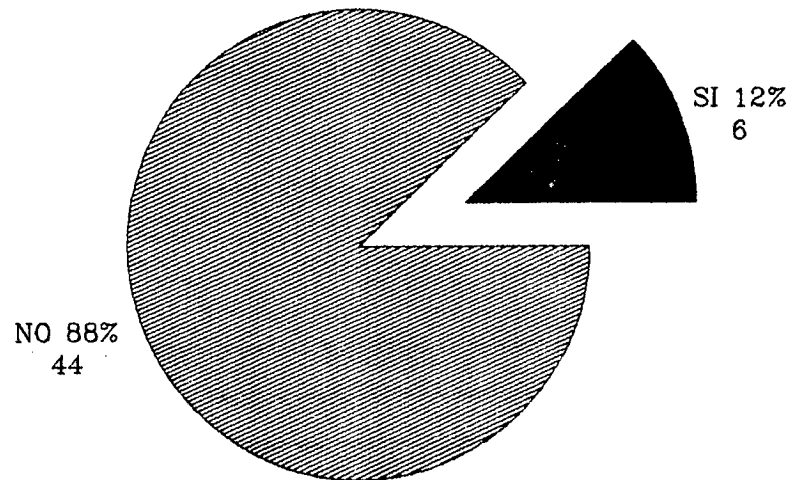
¿Cómo Notario usted ha tenido intervencion en operaciones relacionadas con préstamos o financiamientos en las que intervienen entidades extranjeras?

PREGUNTA NUMERO TRES (3)



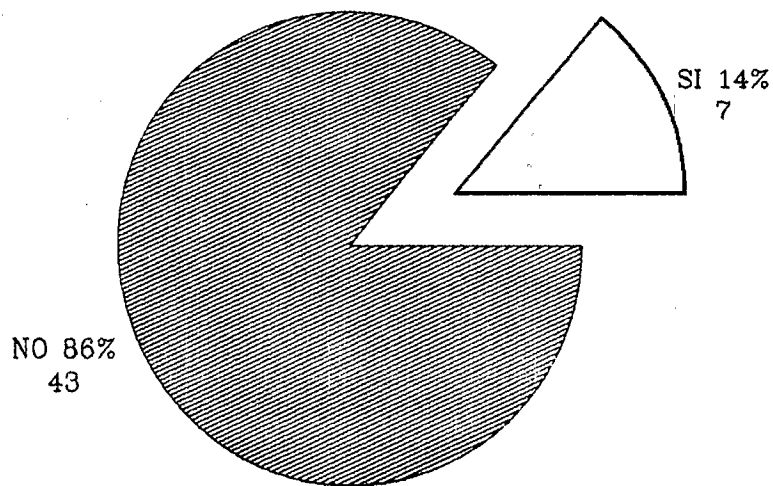
¿Conoce usted la tasa de interés LIBOR?

PREGUNTA NUMERO TRES (3)



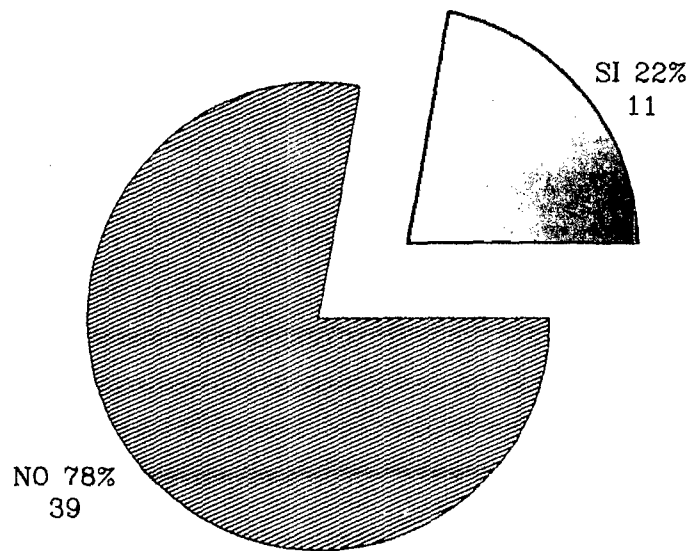
¿ Conoce usted la tasa de interés PRIME RATE?

PREGUNTA NUMERO TRES (3)



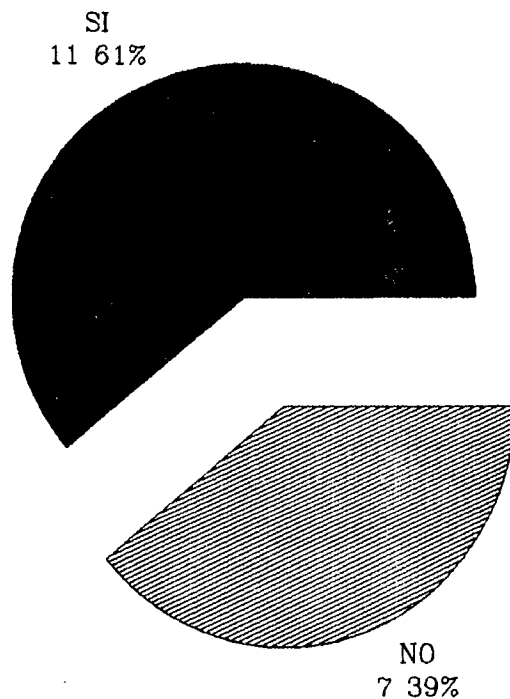
¿Conoce usted la tasa de interés FLOATING PRIME NETTO?

PREGUNTA NUMERO CUATRO (4)



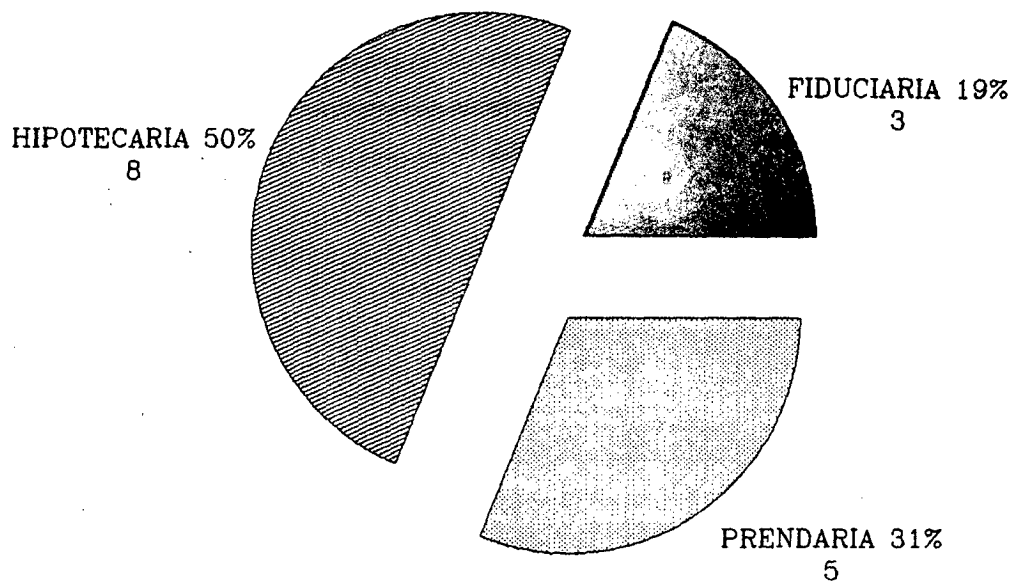
¿ Conoce usted los beneficios fiscales de que goza el contrato de préstamo o de financiamiento proveniente del exterior?

PREGUNTA NUMERO CINCO (5)



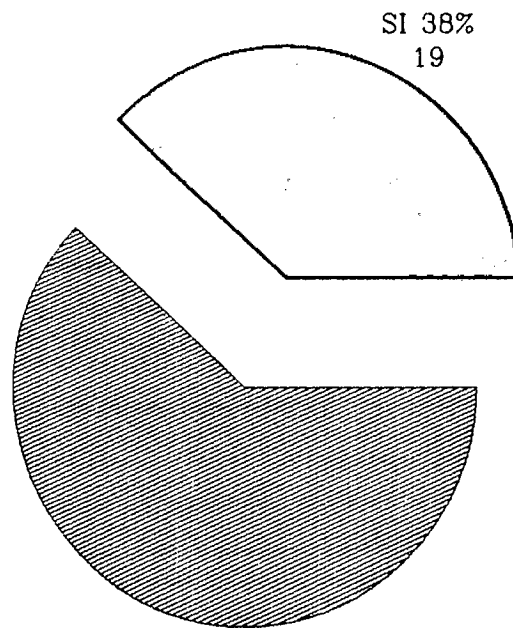
Si contesta afirmativo en la pregunta anterior, considera que dichos beneficios estimulan este tipo de operaciones?

PREGUNTA NUMERO SEIS (6)



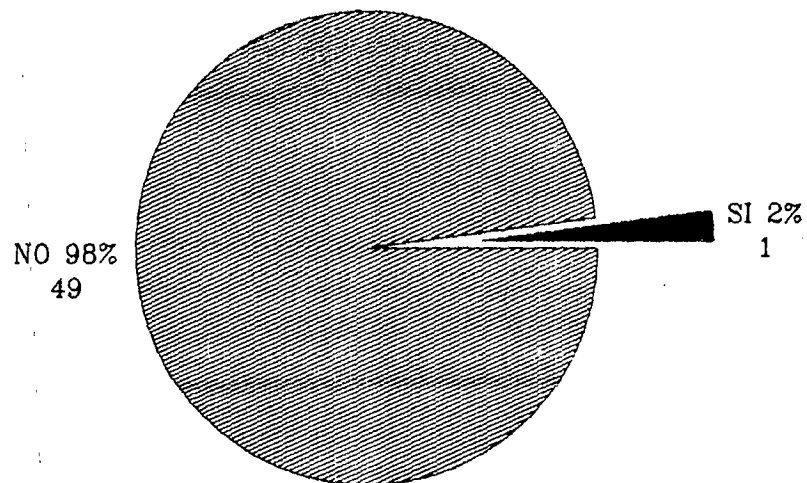
*Si su respuesta fue afirmativa en la pregunta número uno,
¿ qué tipo de garantías se constituyeron?*

PREGUNTA NUMERO SIETE (7)



¿Considera usted que prevalece el principio de la autonomía de la voluntad en este tipo de contratos?

PREGUNTA NUMERO OCHO (8)



¿ Considera usted que la legislación que regula este tipo de contratos es adecuada y suficiente?