

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



**GUATEMALA, FEBRERO DE 2018**

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

**ESTUDIO LEGAL DEL CONTRATO MERCANTIL DE FIANZA Y DE LAS  
OBLIGACIONES MANCOMUNADAS SOLIDARIAS EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
por

**MAYRA ARACELY MUÑOZ MÉNDEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES Y LOS TÍTULOS DE  
ABOGADA Y NOTARIA**

**Guatemala, febrero de 2018**

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase**

Presidente:	Lic.	Ileana Noemí Villatoro Fernández
Secretario:	Lic.	Jorge Eduardo Avilés Salazar
Vocal:	Lic.	José Alfonso Lucas Chitay

**Segunda Fase**

Presidente:	Licda.	Roxana Elizabeth Alarcón Monzón
Secretario:	Licda.	Rosa Amalia Cajas Hernández
Vocal:	Licda.	Ana María Ramírez Mejía

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



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

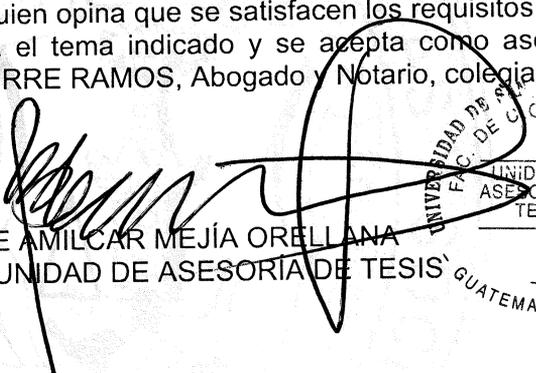
Ciudad Universitaria, zona 12  
GUATEMALA, C.A.

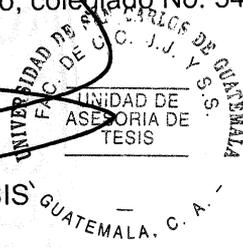
UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 04 de marzo de 2013.

ASUNTO: MAYRA ARACELY MUÑOZ MÉNDEZ, CARNÉ No. 200411479, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20130117.

TEMA: "ESTUDIO LEGAL DE LOS CONTRATOS MERCANTILES DE NEGOCIACIONES CONSENSUALES Y DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS SOLIDARIAS EN GUATEMALA".

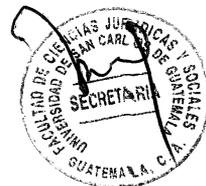
Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS, Abogado y Notario, colegiado No. 3426.

  
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



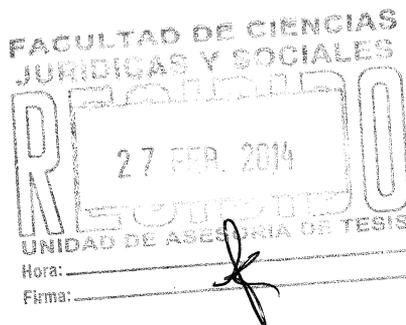
Adjunto: Nombramiento de Asesor  
cc.Unidad de Tesis  
BAMO/iy.

**CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS  
ABOGADO Y NOTARIO**



Guatemala 26 de febrero del año 2014

**Doctor  
Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala**



Distinguido Doctor:

Hago de su conocimiento que de conformidad con el oficio emitido de fecha cuatro de marzo del año dos mil trece mi se me nombró asesor de la bachiller Mayra Aracely Muñoz Méndez de su tesis intitulada: **“ESTUDIO LEGAL DE LOS CONTRATOS MERCANTILES DE NEGOCIACIONES CONSENSUALES Y DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS SOLIDARIAS EN GUATEMALA”**. Para el efecto me permito señalar los siguientes aspectos:

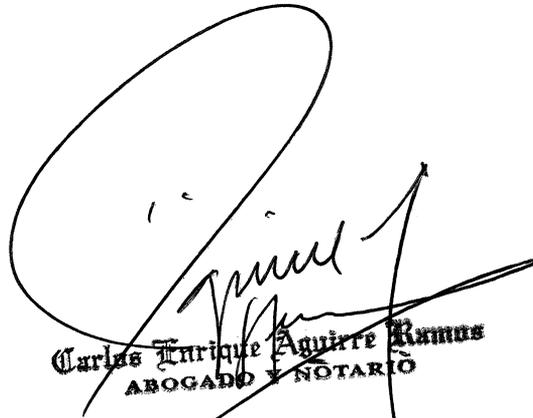
- a) La sustentante durante el desarrollo de su tesis utilizó apropiadamente información científica relacionada con el tema que investigó, a través de la recolección de datos doctrinarios y jurídicos recabados y después de dar lectura detenidamente a la misma puedo indicar que se adapta perfectamente a los lineamientos exigidos.
- b) Para desarrollar la tesis utilizó la metodología acorde y las técnicas necesarias para fijar claramente los puntos teóricos esenciales, aptos, básicos y acordes a la realidad actual guatemalteca, para así señalar la importancia de estudiar jurídica y doctrinariamente el contrato de fianza, siendo los métodos empleados: histórico, descriptivo, analítico y sintético. Las técnicas documental y de fichas bibliográficas empleadas, permitieron llevar un orden cronológico y coherente del trabajo de tesis.
- c) En cuanto a la redacción, vocabulario empleado, desarrollo de los capítulos, conclusiones y recomendaciones, es claro que determinan ampliamente el contrato de fianza y las obligaciones mancomunadas solidarias en la sociedad guatemalteca.
- d) El tema de la tesis es de bastante interés para profesionales, estudiantes y ciudadanía en general ya que abarca la realidad nacional dentro del marco jurídico penal, señalando a su vez la necesidad de cumplir con los objetivos generales, específicos y colaterales, así como también presenta la comprobación de la hipótesis formulada relativa a la importancia de determinar lo fundamentos jurídicos que informan el contrato de fianza en la legislación mercantil guatemalteca.
- e) La bachiller estuvo de acuerdo en llevar a cabo las sugerencias indicadas, siempre bajo el respeto de su posición ideológica. Se cambió el título de la tesis y quedó de la siguiente manera: **“ESTUDIO LEGAL DEL CONTRATO MERCANTIL DE FIANZA Y DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS SOLIDARIAS EN GUATEMALA”**.



**CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS  
ABOGADO Y NOTARIO**

Doy a conocer que el trabajo de tesis de la sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Carlos Enrique Aguirre Ramos  
ABOGADO Y NOTARIO

**Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos**  
**Asesor de Tesis**  
**Colegiado 3426**



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de septiembre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MAYRA ARACELY MUÑOZ MÉNDEZ, titulado ESTUDIO LEGAL DEL CONTRATO MERCANTIL DE FIANZA Y DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS SOLIDARIAS EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.





## **DEDICATORIA**

### **A DIOS:**

Por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

### **A MI PADRE:**

Carlos Humberto Muñoz Castro, por los ejemplos de perseverancia y constancia que lo caracterizan y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir adelante y por su amor.

### **MUY ESPECIALMENTE:**

A mi abuelita (Q.E.P.D.), Dolores Sequen Castro, por quererme y apoyarme siempre, esto también se lo debo a usted.

### **A MI HERMANA:**

Nancy Carina Muñoz Méndez, por ser el ejemplo de una hermana mayor, por apoyarme en cada momento de mi vida a la cual amo mucho.

### **A MI CUÑADO:**

Ing. Luis Antonio Icuté García, por el apoyo incondicional, conocimientos y amistad brindados.



**A MI NOVIO:**

Por estar a mi lado en el cumplimiento de esta meta.

**A:**

La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, forjadora de mis conocimientos.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil.....	1
1.1. Importancia.....	3
1.2. Conceptualización.....	6
1.3. Definiciones.....	7
1.4. Reseña histórica.....	7
1.5. Contenido.....	9
1.6. Características.....	13
1.7. Fuentes.....	14
1.8. Evolución del comercio.....	15
1.9. Diversas instituciones y operaciones comerciales.....	19
1.10 Importancia del comercio.....	21
1.11. El derecho común como subsidiario del derecho mercantil.....	23
1.12. Relación del derecho mercantil con otras disciplinas jurídicas.....	24

### CAPÍTULO II

2. El contrato.....	29
2.1. Definición.....	31
2.2. Reseña histórica.....	31



	<b>Pág.</b>
2.3. Elementos.....	33
2.4. Requisitos.....	34
2.5. Formación del contrato.....	36
2.6. Forma de los contratos.....	39
2.7. Efectos de los contratos.....	40
2.8. Efectos de los contratos para terceros.....	41
2.9. Garantías contractuales.....	42
2.10. Métodos de interpretación.....	43
2.11. Diversas teorías.....	45
2.12. Ineficacia de los contratos.....	46
2.13. Responsabilidad contractual.....	46
2.14. Clasificación.....	47
2.15. Tipología del contrato.....	52

### **CAPÍTULO III**

3. Obligaciones mancomunadas y solidarias.....	55
3.1. Importancia.....	56
3.2. Reseña histórica.....	57
3.3. Obligaciones mancomunadas o créditos divididos.....	58
3.4. Obligaciones solidarias.....	60
3.5. Solidaridad activa.....	62
3.6. Solidaridad pasiva.....	63



**Pág.**

3.7. Acción de regreso..... 64

**CAPÍTULO IV**

4. El contrato mercantil de fianza y las obligaciones mancomunidades solidarias..... 67

4.1. Naturaleza jurídica..... 68

4.2. Conceptualización..... 69

4.3. Características..... 70

4.4. Análisis legal del contrato mercantil de fianza y las obligaciones mancomunadas solidarias en la sociedad guatemalteca..... 75

**CONCLUSIONES..... 83**

**RECOMENDACIONES..... 85**

**BIBLIOGRAFÍA..... 87**



## INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis analiza el contrato mercantil de fianza y las obligaciones mancomunadas y solidarias en Guatemala. El consentimiento en el contrato mercantil de fianza tiene que ser expreso, por lo cual no se puede establecer que la fianza se presume y sobre todo se tiene que indicar que es una manifestación de la voluntad que tiene que ser expresada de manera clara e inequívoca para que se considere expresa.

El que la fianza sea un contrato consensual, significa que efectivamente se puede perfeccionar con el simple acuerdo de voluntades, pero además debe ser también expreso. Ese acuerdo de voluntades, tiene que llevarse a cabo entre el fiador y el acreedor.

Los objetivos de la tesis dieron a conocer que mediante el contrato de fianza se obliga al fiador frente al acreedor de un tercero, a dar respuesta del cumplimiento de la obligación de terceros y el fiador no puede asumir como propia la obligación del deudor principal, debido a que únicamente se puede obligar a cancelar al acreedor en virtud del crédito que tiene contra el deudor principal.

La hipótesis formulada comprobó que lo único a lo cual el fiador se encuentra obligado es a pagar en caso de incumplimiento por parte del deudor afianzado y ello será una cantidad de dinero, la cual debe ser constitutiva del contenido directo de la deuda o la que suponga la indemnización que por el incumplimiento haya sido concedida al acreedor.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primer capítulo, indica el derecho mercantil, importancia, conceptualización, definiciones, reseña histórica, contenido, características, fuentes, evolución del comercio, diversas instituciones y operaciones comerciales, el derecho común como subsidiario del derecho mercantil y la relación del derecho mercantil con otras disciplinas jurídicas; el segundo capítulo, señala el contrato, definición, reseña histórica, elementos, requisitos, formación del contrato, forma de los contratos, efectos de los contratos, garantías contractuales, métodos de interpretación, diversas teorías, ineficacia contractual, clasificación y tipología del contrato; el tercer capítulo, analiza las obligaciones mancomunadas y solidarias, importancia, reseña histórica, obligaciones mancomunadas a créditos divididos, solidaridad activa, solidaridad pasiva y acción de regreso y el cuarto capítulo, estudia el contrato mercantil de fianza y las obligaciones mancomunadas solidarias.

Los métodos que se utilizaron durante el desarrollo de la tesis fueron los siguientes: histórico, con el cual se dieron a conocer las obligaciones mancomunadas; el método descriptivo, señaló las obligaciones solidarias; el método analítico, indicó su importancia; y el método sintético, analizó el contrato de fianza regulado en la legislación mercantil guatemalteca. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas con las cuales se obtuvo la información doctrinaria y jurídica relacionada con el tema de la tesis investigado. Lo que asegura al fiador no es tanto la deuda como la responsabilidad del deudor, siendo ello lo que le otorga a la fianza su naturaleza de contrato de garantía personal prestada por terceros y en donde se determinan las obligaciones mancomunadas y solidarias.



## CAPÍTULO I

### 1. Derecho mercantil

Es referente a la disciplina jurídica del derecho privado reguladora del conjunto de normas relacionadas con los comerciantes en el ejercicio de su profesión, a las actuaciones comerciales que se encuentran legalmente calificadas como tales, así como a las relaciones que se derivan de la realización de estos.

Ello, significa en una terminología amplia, la rama del derecho que se encarga de la regulación del ejercicio del comercio por los diversos operadores económicos en el mercado.

La internacionalización progresiva de los negocios, así como también la necesidad de los poderes públicos del establecimiento de un marco protector de los consumidores y del mantenimiento de la estabilidad económica y financiera, ha venido permitiendo que se tenga conocimiento de la publicidad del derecho mercantil, el cual es referente a que son cada vez más el número de normas de derecho las que se relacionan con la rama jurídica en estudio para salvaguardar sus intereses.

Dentro de la mayoría de legislaciones, así como de leyes una relación es tomada en cuenta como comercial y por ende sujeta al derecho mercantil, cuando un acto es de comercio. El derecho mercantil de actualidad es referente a este tipo de actuaciones, a pesar de que en la mayoría de ocasiones el sujeto que los lleva a cabo no tenga la



calidad de ser comerciante y ello sin perjuicio de que existen en el ordenamiento jurídico en el cual el sistema es de tipo subjetivo, la finalidad reguladora tanto de un estatuto jurídico, como también del ejercicio de la actividad económica, en sus relaciones contractuales que mantienen los empresarios entre ellos y con terceros. Se encarga de la regulación de las actividades comerciales e industriales en las cuales por lo general intervienen tanto comerciantes como empresarios.

"Por actividades comerciales se entienden tanto las de intercambio de bienes o de servicios que se llevan a cabo mediante un mercader o comerciante, o sea, la compra que se realiza es por parte del productor y la venta es posterior al consumidor, como las compras y ventas directas que llevan a cabo los productores sin la intermediación de un comerciante, pero con la finalidad de elaboración y obtención de ganancias al vender la mercancía que previamente hubieren adquirido con esa finalidad lucrativa".<sup>1</sup>

Por actividades industriales se entiende la elaboración de productos, sea en forma manual como sucede con la actividad manufacturera o bien mediante máquinas como ocurre en la actividad fabril; o las prestación de servicios, cuando una y otra se ofrecen al público consumidor denominado mercado.

Los comerciantes son tanto las personas físicas que se dedican a las actividades comerciales como también las sociedades mercantiles. Por su parte, los empresarios como su nombre lo indica tienen que ser aquellos que lleven a cabo diversas actividades comerciales. En cambio los comerciantes individuales no son empresarios,

---

<sup>1</sup> Mantilla Molina, Roberto. **Derecho mercantil**. Pág. 12.



debido a que no se encargan de la organización de una empresa para el ejercicio del comercio.

La tendencia de actualidad del derecho mercantil de reducir su aplicación a las empresas, o sea, organizarlas y explotarlas, así como abandonar las actividades no empresariales que rigen el día de hoy y que son una realidad.

Por su parte, el derecho mercantil tiene relación con el derecho civil ya que ambos se encargan de la regulación de los particulares y no de relaciones que sean auténticas del Estado y en dicho sentido aunque ambas integren al derecho privado, se diferencian, esencialmente porque el derecho civil es un derecho común.

Se aplica a todo el mundo y en casos de lagunas de otros derechos especiales como el mercantil, se encarga de suplir esas omisiones, en tanto, que el derecho mercantil es un derecho bastante especial, debido a que sólo se aplica a los comerciantes o empresarios, a actuaciones lucrativas y a ciertos casos.

### **1.1. Importancia**

El derecho mercantil integra parte del derecho privado y toma en consideración a todas las normas que se encuentran vinculadas a los comerciantes en referencia al desarrollo de sus labores. A nivel general, se puede establecer que el derecho mercantil se refiere a la rama del derecho que lleva a cabo el ejercicio de la regulación sobre el ejercicio de las actividades comerciales.

Dentro del derecho mercantil, existe la posibilidad de distinción relacionada con el criterio objetivo, que es el referente a los actos de comercio en sí mismos. En cambio, el criterio subjetivo, se encuentra bajo la vinculación que se desempeña como comerciante.

La disciplina jurídica no es estática, sino que se adapta claramente a las necesidades cambiantes del mercado, la comunidad y las compañías. De todas maneras, siempre se respetan los siguientes principios fundamentales: derecho individualista, debido a que se centra en los vínculos que existen entre los particulares; derecho progresivo, en el cual se cambia con el tiempo; internacionalización, el cual se integra al comercio global y consuetudinario, que se encuentra en las costumbres.

"El derecho mercantil se encarga de la estructuración de la organización comercial actual, así como también en fijar las condiciones auténticas de la normativa jurídica que se encuentra vinculada a los empresarios, tal y como ocurre con todos los vínculos del comercio".<sup>2</sup>

Los actos de comercio, por su lado son aquellos que se concretan con la intencionalidad de generación y de obtención de una utilidad o de una ganancia. Además, es indispensable que el derecho mercantil en la sociedad guatemalteca ejerza un papel esencial no únicamente en el desarrollo económico sino también en el político y por supuesto en el social.

---

<sup>2</sup> Sánchez Flores, Fernando. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 34.



Ello, se alcanza mediante la intervención directa en la producción de bienes y servicios que son los que se tienen que encargar de la satisfacción de las necesidades del ser humano.

La esfera de la actividad reconocida al individuo, como actuación de su personalidad y de su voluntad en las relaciones con los demás, dentro de la comunidad es lo que en la actualidad constituye el derecho privado.

Dentro del derecho privado cabe hacer distinción, debido a que el derecho civil es el que contiene las normas generales de la vida jurídica privada, y de otra relativa a que el derecho mercantil es el que abarca las normas especiales adaptadas a las exigencias de la producción, entendida la misma como la prestación de bienes económicos en el sentido amplio de la palabra.

En el derecho guatemalteco la distinción se impone. Además, coexiste un Código Civil que desde un punto de vista general y no con referencia a situaciones o actividades específicas regula la personalidad, la familia, la propiedad, las sucesiones, las obligaciones y los contratos.

La adaptación de las normas contenidas en el Código de Comercio de Guatemala opera con frecuencia sobre instituciones, cosas y negocios regulados por el Código Civil, las cuales modifica en atención a las exigencias de la producción. De forma que son dos ordenamientos que funcionan, uno como regla general y otro como caso especial, de ahí que la separación legislativa y doctrinal entre derecho civil y derecho



mercantil no constituya una separación absoluta y por el contrario, son dos derechos complementarios.

El primero funciona como derecho privado general como derecho común, en el cual se apoya el derecho mercantil para muchas de sus normas, conceptos y principios.

## **1.2. Conceptualización**

El derecho mercantil es la parte del derecho privado que abarca el conjunto de normas jurídicas relacionadas con el empresario y con los actos que aparezcan del ejercicio de su actividad económica, siendo las notas esenciales de este concepto las que a continuación se indican:

- a) **Parte del derecho privado:** debido a que es una de las dos categorías esenciales en que se divide el derecho objetivo.

El mismo, se preocupa de regular las relaciones existentes entre los particulares, y en concreto del derecho mercantil en donde regula las relaciones de los empresarios entre sí o de éstos con sus clientes.

Pero, en la actualidad no se puede establecer que se trate únicamente de derecho privado, debido a que el creciente intervencionismo estatal se lleva a cabo en cuanto a muchas normas de otros campos jurídicos.



- b) Derecho de los empresarios: el mismo es el sujeto de las relaciones constitutivas de la esencia de este derecho, lo cual no limita que de forma excepcional las normas de derecho mercantil puedan efectivamente aplicarse a casos en los que no intervenga un empresario.

### **1.3. Definiciones**

"Derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas que se encargan del estudio de los actos de comercio legalmente calificados como tales y de los comerciantes en el ejercicio de su actividad habitual, siendo de vital trascendencia en su formación y desarrollo profesional".<sup>3</sup>

El derecho mercantil es la rama del derecho que regula los derechos, las relaciones jurídicas y la conducta de las personas y empresas dedicadas al comercio.

Incluye dentro de su jurisdicción el transporte por tierra y mar, la marina mercante, seguros de vida y de accidentes, letras de cambio y la asociación y busca la regulación de los contratos de empresas, las prácticas de contratación y fabricación y venta de bienes de consumo.

### **1.4. Reseña histórica**

El derecho mercantil apareció en la Edad Media, como un derecho especial de los

---

<sup>3</sup> Uría, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil**. Pág. 15.

comerciantes. Durante los ordenamientos jurídicos de los pueblos antiguos se encuentran diversas manifestaciones de instituciones jurídico-mercantiles.

Originalmente y en gran parte de la historia antigua, no existe distinción alguna entre lo que más tarde fueron las distintas ramas del derecho. El derecho mercantil consecuentemente no se distingue como parte autónoma, debido a que si bien desde muy antiguo y debido al comercio marítimo, se van formulando reglas jurídicas de carácter típicamente mercantil. Esas reglas jurídicas no cuentan con matiz nacional, siendo las mismas respetuosas de las convenciones privadas y se encuentran impregnadas de la consideración de la buena fe.

El derecho romano no admitió nunca la existencia de reglas comerciales particulares y cuando encontró que existían fuera de su derecho las incorporó al derecho civil. Ello, por la adaptabilidad y flexibilidad del derecho privado general romano.

En Roma el derecho privado alcanzó una perfección admirable, en la cual se presentó un auténtico derecho mercantil. Durante los siglos X y XI, en el momento en que el derecho romano perdió su flexibilidad y se mezcló con el derecho canónico y germánico se formó el derecho común, el cual no se adaptaba a las necesidades de un comercio cada vez más floreciente, apareciendo el derecho mercantil bajo la presión de los mismos mercaderes, los cuales asociados en corporaciones, se encargaron de dictar las normas que estimaron ser las mayormente apropiadas.

Al señalar el carácter histórico del derecho mercantil se busca llamar la atención relacionada con su variabilidad, la cual se encuentra condicionada en buena medida, por su necesaria adaptación a las circunstancias económicas de un momento histórico determinado.

En la actualidad el derecho mercantil se preocupa de la regulación de dos tipos de relaciones que son las llamadas relaciones de organización empresarial y las relaciones de actuación que aparecen de los actos en los cuales se concreta la actividad empresarial, existiendo para el efecto relaciones con una importante interdependencia.

El ordenamiento jurídico vigente lo que busca es la regulación de las relaciones jurídicas, y muy particularmente se preocupa que las normas que afectan a la delimitación del sujeto de esas relaciones, o sea, lo relacionado con el empresario, y con las obligaciones profesionales que se le imponen que es el denominado estatuto del empresario a las normas que brindan protección a los elementos materiales que se emplean en el ejercicio de sus actividades, a los actos en que esa actividad se concretan y al régimen de los procedimientos concursales en el caso de insolvencia del empresario. A estas materias, la mayoría de la doctrina les añade el derecho de navegación marítima y aérea.

### **1.5. Contenido**

Se puede sistematizar dentro de una serie de diversos bloques que cuentan en común con una nota relativa al carácter privado, con fundamento en distintas actuaciones de

comercio y en el sentido anotado encuentra su división de la forma en que a continuación se presenta:

- a) **Derecho de competencia:** existe la competencia libre y la competencia desleal. Se encarga de la regulación legal de las normas jurídicas de ejercicio del comercio, del régimen de monopolios, de las sanciones y de los ilícitos llevados a cabo en el mercado que derivan en su caso un acto delictivo.
- b) **Existencia de un estatuto jurídico del comerciante o del empresario:** toma en consideración el régimen general de la empresa, los regímenes de publicidad, el establecimiento mercantil y sus negocios, el régimen de la contabilidad y sus normativas de desarrollo, la responsabilidad del empresario y la representación en el ejercicio comercial.
- c) **Derecho a la propiedad industrial:** se encuentra conformado por el derecho de marcas, patentes y modelos de utilidad.
- d) **Derecho de sociedades o societario:** se encarga del establecimiento de los diversos regímenes jurídicos de todas las sociedades que se encuentran caracterizadas como mercantiles, su fundación, disolución, funcionamiento interno y sus modificaciones estructurales.
- e) **Títulos de crédito y títulos valores:** se refieren a los efectos comerciales, vales, acciones, libranzas, cartas de crédito, conocimientos de embarque y anotaciones en cuenta.

- f) **Obligaciones y contratos mercantiles:** son el sector del ordenamiento que se encarga de caracterizar las múltiples y diversas figuras contractuales del tráfico mercantil, como la compraventa mercantil, el contrato de agencia, la comisión mercantil, los negocios en línea y los contratos publicitarios.
  
- g) **Derecho bancario, de seguros y del mercado financiero:** se encarga de la configuración de todo tipo de contrato bancario como puede ser la cuenta corriente, el préstamo, el depósito, el alquiler de cajas fuertes, el crédito documentario, la gestión de patrimonios, arrendamientos financieros y el régimen jurídico del mercado de valores.
  
- h) **Derecho concursal:** es el que se encarga de las situaciones de insolvencia de los sujetos del tráfico mercantil, previamente conocidos como regímenes de quiebras y de suspensión de pagos, con la finalidad de sanear la situación de insolvencia de un sujeto, esencialmente de una sociedad mercantil, para que sus acreedores sean resarcidos, pudiendo para el efecto terminar en convenio o en liquidación de la sociedad.
  
- i) **Derecho de la navegación:** puede ser marítima o aérea, así como también abarca el transporte terrestre.

Es el sector del ordenamiento jurídico que se encarga del régimen del empresario de la navegación y el aéreo, el régimen del buque y aeronave, de los deberes de salvamento y averías.

Es de importancia no confundir el derecho marítimo con el derecho de mar. También, se estudia el transporte terrestre por cualquiera de sus medios.

- j) Derecho mercantil internacional o derecho de los negocios internacionales: se encarga de sistematizar las normas jurídicas de derecho internacional privado que son aplicables a casos de competencia judicial internacional privado, de reconocimiento y eficacia de decisiones internacionales y problemas de ley aplicables ante situaciones de confrontación entre ordenamientos ante un negocio jurídico mercantil internacionalizado.

"Las distintas partes del derecho mercantil son influenciadas por materias como la normativa relacionada con los consumidores y usuarios en sus relaciones comerciales, por el derecho informático, por toda la normativa regulatoria de las distintas profesiones y de sus regímenes jurídicos".<sup>4</sup>

Por otro lado, se encuentran una serie de materias de carácter interdisciplinario con otras ramas del ordenamiento. En dicho sentido, el derecho penal se encarga de la regulación e imposición de penas a los delitos societarios y concursales, así como también de las estafas a través de la utilización de instrumentos mercantiles como los títulos valores, los delitos en materia de competencia y propiedad industrial, entre otros. Por su lado, el derecho del trabajo se encarga de la regulación de las asociaciones con los empresarios y con la formalización de los mismos con los trabajadores de contratos que surgen a la vida jurídica y funcionan dentro del seno de las empresas modernas.

---

<sup>4</sup> Ibid. Pág. 35.

La regulación del sistema financiero se encuentra particularmente sujeta a un intenso control jurídico público, esencialmente en materia de supervisión financiera mediante los organismos públicos, debido al carácter esencial para la economía y la necesidad de la protección de los consumidores. Consiste en una manifestación de la publicidad del derecho mercantil en relación a normas originarias.

### **1.6. Características**

A continuación se presentan las características del derecho mercantil, siendo las mismas las siguientes:

- a) **Derecho profesional:** es creado y desarrollado para la resolución de conflictos y para la actividad auténtica de los empresarios.
- b) **Es un derecho consuetudinario:** debido a que a pesar de encontrarse codificado, se fundamenta en la tradición y en la costumbre de los comerciantes en el ejercicio de su profesión.
- c) **Derecho progresivo:** al igual que evolucionan las condiciones sociales y económicas, el derecho mercantil debe evolucionar.
- d) **Derecho global o internacionalizado:** las relaciones económicas cada vez son mayormente internacionales, debido a lo cual este derecho ha tenido que hacerlo



también y para ello distintos organismos laboran en su normativización y armonización internacional.

Cuenta con una subdivisión que es el derecho bancario, que se encarga de regir las relaciones de los comerciantes que operan como sociedades nacionales de crédito, tanto en sus relaciones con los particulares como con el Estado y entre sí o bien mediante los organismos comunes a estos comerciantes.

### **1.7. Fuentes**

Se denomina fuentes del derecho mercantil a todo aquello que se origina en su aspecto objetivo de norma o regla obligatoria de conducta y es constitutivo, por ende, de la forma especial en la cual se desarrolla y desenvuelve esa rama del derecho, pudiendo ser las que a continuación se indica:

- a) La ley: el derecho mercantil es positivo y se encuentra regulado con disposiciones de carácter normativo como leyes, derechos reales y derechos reales legislativos.

Consiste en una rama de derecho privado común y por ello en el caso de ausencia de una norma específica y es imposible la aplicación analógica de una disposición del mismo derecho mercantil y para completar un laguna, deberá regir el derecho común que es el derecho civil.

- b) **Costumbre:** se refiere a la repetición constante y uniforme de los actos tomando en consideración las convicciones jurídicas relativas a la certeza de que puede ser objeto de una sanción legal o judicial. En el derecho mercantil cobran especial importancia los usos del comercio.
  
- c) **Jurisprudencia:** es una interpretación de la ley llevada a cabo mediante los órganos jurisdiccionales. No es fuente del derecho como lo regula la legislación civil, pero es de gran utilidad y de apoyo interpretativo.

Debido al carácter internacional de los jueces y de los magistrados, la jurisprudencia es consensualmente tomada en consideración como la mayor fuente interpretativa del derecho positivo en el caso de que existiera una laguna, aunque formalmente no sea una fuente.

### **1.8. Evolución del comercio**

El comercio como intercambio de productos que se encuentran destinados al consumo, es tan antiguo como la misma agrupación. Tan pronto como el hombre se asentó y dejó la vida errante de la agricultura ocasional y de la caza, tuvo la necesidad de adquirir bienes que no era capaz de producir, cambiándolos por los que cultivaba.

A pesar de lo anotado, los actos y contratos relacionados, primero mediante la permuta y después con la compraventa no se regularon de forma original en una rama autónoma de derecho sino que formaron parte del derecho civil.

Diversas son las motivaciones que se aducen para la explicación de esta situación; la primera, es el escaso desarrollo del comercio y de la industria hasta la Edad Media; y la segunda, la actividad del pretor romano, que mediante diversos criterios de equidad y de justicia aplicaban la ley y ya lo hacían menos rígida y más flexible; la tercera, relativa a las actitudes de los comerciantes.

"Durante la Edad Media cuando por virtud de la pacificación de la vida urbana y del paso de las peregrinaciones y de las cruzadas, se incrementó el comercio, aparecieron las ciudades y centros comerciales y en ellos los gremios y las corporaciones de los comerciantes, entonces surgió el derecho mercantil".<sup>5</sup>

Los comerciantes al regular sus transacciones en las ferias y mercados a los cuales acudían, crearon su mismo derecho en estatutos y ordenanzas, las cuales se basaban en sus costumbres y necesidades, que por ser semejantes dieron paso a un derecho que era uniforme nacional e internacionalmente.

De esa forma, el derecho mercantil surgió como un derecho clasista y subjetivo, como derecho de y para los comerciantes, únicamente llevaban a cabo relaciones entre ellos y las que ellos mismos establecían con sus clientes se encontraban regidas mediante las ordenanzas de los estatutos de los mercaderes quienes además de dedicarse profesionalmente al comercio, tenían que inscribirse o matricularse en registros especiales.

---

<sup>5</sup> Bolafío, León. **Derecho mercantil**. Pág. 50.



También, para la protección de sus relaciones con la clientela, y para brindarles protección a sus acreedores, aparecieron las dos instituciones auténticas del derecho mercantil como lo son la contabilidad y la quiebra.

A comienzos del siglo pasado, las diversas Ordenanzas de las ciudades y de los reinos, se consolidaron y dieron lugar a los primeros códigos de comercio. El primero fue el Código de Comercio francés de 1808, que fue imitado en todos los países.

El mismo, se encargó de incluir a las empresas dentro de las materias que regulaban, con lo cual el derecho mercantil se extendió para una comprensión tanto de las actividades comerciales, como también las de producción de mercaderías y de servicios industriales.

Con los códigos de comercio y anteriormente con leyes de mayor alcance que éstos, como las Ordenanzas francesas comerciales, el derecho mercantil clasista se convirtió en derecho mercantil nacional y sin perder el papel predominante del comerciante dio lugar a determinados actos y a ciertas actividades, calificadas de comerciales independientemente de la intervención de los mercaderes. El carácter subjetivo del derecho mercantil se transforma en objetivo y en la actualidad es el derecho de los actos de comercio.

Después, la inclusión de las empresas permitió que con el auge de la economía capitalista un nuevo cambio operara, que todavía lleva sus actuaciones dentro del derecho mercantil y se convierte en el derecho de las empresas, siendo el mismo el que

tiende a regir de forma exclusiva a las mismas y a la actividad que con ellas se lleva a cabo, para con ello excluir al acto de comercio aislado, así como también a la actividad de los artesanos y de los pequeños comerciantes, o sea, a los pequeños negocios individuales y a la actividad industrial o familiar de talleres y de pequeñas tiendas.

"El derecho mercantil de actualidad es regulador de la totalidad de las actividades económicas, y debido a ello se ha logrado desarrollar tanto que su crecimiento y sus cambios son bastantes, grandes y bien constantes, debido a la tendencia actual de la regulación de esta materia, la cual debe realizarse en leyes especiales y distintas que regulen mejor las nuevas necesidades y que permitan la realización de modificaciones rápidas de conformidad con los cambios de planes y sistemas económicos".<sup>6</sup>

Por otro lado, el Estado en todas partes interviene en el proceso económico, y en países como el guatemalteco en relación a tantas desigualdades económicas y de pobreza, debido a que es tendiente a una mayor intervención en el proceso económico, o sea, tanto en la producción industrial como en la distribución, para con ello hacer llegar a toda la población los mínimos satisfactores de orden económico como el alimento, vestido, vivienda, educación, transporte y medicina.

Los mismos, buscan tener precios económicos y sancionar los abusos de las grandes empresas nacionales y extranjeras productoras y distribuidoras de artículos de primera necesidad.

---

<sup>6</sup> Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** Pág. 23.

Esas actividades comerciales e industriales estatales también se llevan a cabo mediante empresas que cuando son exclusivamente de carácter público, o sea, sin intervención de capitales privados, no se rigen por el principio de lucro o utilidad, sino del de obtención del costo, y en muchas ocasiones del de prestaciones sociales.

También, el Estado moderno se encarga de la determinación de la política económica, estableciendo para el efecto una serie de normas y principios de orden público, prohibiendo monopolios privados y cláusulas o pactos de tipo restrictivo de la competencia comercial y fijando limitaciones a la libertad comercial, en beneficio del bien común e inclusive en lo relacionado con la convivencia pacífica.

### **1.9. Diversas instituciones y operaciones comerciales**

Las instituciones y actividades de tipo comercial de importancia son en primer orden, los mercados, cualquiera que sea su tamaño y la forma de ofrecer sus mercancías al público; desde el punto de vista más sencillo en los mercados populares, las tiendas y los supermercados.

En segundo orden, las pequeñas, medianas y grandes empresas que elaboran mercancías y bienes relacionados a cualquier género como alimentos, medicinas, ropa, calzado, gas, petróleo, automóviles y embarcaciones, o bien que se encargan del ofrecimiento de servicios como el transporte aéreo, ferroviario, de camiones, eléctrico y telefónico.

En tercer orden, se encuentran los bancos, las compañías de seguros y de fianzas, así como los almacenes generales de depósito, las agendas de diversa índole y las bolsas de valores donde se compran y venden acciones de sociedades.

En todas las instituciones anotadas se lleva a cabo la celebración de contratos comerciales de compraventa de depósito, de comisión, de transporte, de seguros, de crédito, de prestación de servicios y otros y se emplean ciertos documentos por medio de los cuales se llevan a cabo los pagos y se obtienen créditos para la obtención de préstamos sobre ellas.

A través de las empresas, las cuales por lo general funcionan como sociedades anónimas y de los títulos de crédito como la letra de cambio, el pagaré y el cheque se llevan a cabo la mayoría de las operaciones comerciales, hasta el punto que se afirma que la sociedad anónima y esos documentos, son constitutivos de los pilares en que descansa el capitalismo moderno.

El Estado se encarga de la regulación y de la vigilancia de esas actividades comerciales, ya sea mediante comisiones oficiales como la de seguros o de las oficinas públicas, o bien a través de reglamentos y disposiciones.

Debido a la participación activa que tiene el Estado en el comercio y en la industria, así como en la multiplicación de las empresas, sociedades, fideicomisos formados por el sector público surge la existencia de un capitalismo estatal.



## **1.10. Importancia del comercio**

"La actividad comercial busca la satisfacción de las necesidades de actualidad y las futuras de los consumidores, mediante la adquisición o acopio y el depósito de productos, su abasto y oferta a la clientela mediante intermediarios y su distribución".<sup>7</sup>

En cuanto a la participación del comercio en la vida cotidiana del individuo, se puede afirmar que desde que se nace hasta la muerte existen empresas de carácter mercantil alrededor del ser humano que impone la celebración día a día de distintas operaciones mercantiles de compras, transportes y servicios. Para la protección de los intereses comerciales y para el debido fomento de sus actividades, desde la Edad Media los comerciantes se agruparon en universidades, gremios y corporaciones, que dictaban leyes, primero únicamente para normar las relaciones de sus miembros y posteriormente las que ellos establecían con sus clientes. Originalmente, las disputas y diferencias entre los comerciantes se resolvían entre ellos mismos, sin acudir a los tribunales.

Se debe tomar en consideración la actividad mercantil en función del sujeto en cuyo beneficio se ejerce su finalidad inmediata y su participación en muchas de las actividades del hombre moderno.

Desde el punto de vista del sujeto, se tiene que tomar en consideración al mismo en relación a:

---

<sup>7</sup> **Ibid.** Pág. 45.



- a) **Individualidad:** ante la imprescindible necesidad de allegarse a los distintos medios de subsistencia y de relación con sus semejantes. El hombre necesita relacionarse con sus semejantes y cambiar u obtener de los mismos artículos de los cuales carece.
  
- b) **Colectivamente:** tanto en relación a la subsistencia de grupos y de asociaciones de las relaciones de sus componente, como de las facilidades de acceso a los mercados locales, nacionales e internacionales en las sociedades cooperativas y en las mutualistas y de bienes y dinero en la sociedad anónima primordialmente, para de esa forma realizar obras o bien acometer labores cuya cuantía e importancia se exige de grandes capitales.
  
- c) **Nacionalmente:** para que con ello la población del país cuente con acceso a un mayor número y a una mayor cantidad de satisfactores, a precios a los cuales pueda pagar y en situaciones óptimas de oferta y de demanda y para que mediante los impuestos a la producción y a la industria se cubra con ello el enorme costo de las obras y de los servicios públicos como son los caminos, los puentes, los medios de comunicación, los hospitales, las universidades y la policía.
  
- d) **Internacionalmente:** para la adquisición de productos del extranjero que no se elaboren en el país, y para la colocación fuera de los excedentes de los bienes que se producen.

### **1.11. El derecho común como subsidiario del derecho mercantil**

La aplicación subsidiaria del derecho civil, exige la inexistencia de una norma mercantil aplicable. Por ende, el derecho civil es supletorio y ello no quiere decir que el derecho común sea fuente del derecho mercantil, debido a que en todo caso el derecho civil es un ordenamiento jurídico que tiene sus mismas fuentes. También, en todo caso, las leyes civiles son señaladas dentro del campo de las relaciones mercantiles sin la existencia de variaciones en su verdadera naturaleza.

"Se tiene que tomar en consideración que las normas de derecho mercantil escritas o consuetudinarias tienen que contar con prioridad absoluta, a pesar de que la norma civil sea mayormente moderna o bien de tipo especial que la norma mercantil."<sup>8</sup>

El derecho civil tiene que ser aplicado con preferencia a los usos cuando se trate de una materia de orden público, en relación a aquellos que no puedan derogar o cuando así se establezca en la ley mercantil.

El mismo, se aplicará en los casos ordinarios, cuando se dé una auténtica laguna en el ordenamiento mercantil, aunque esta aplicación tiene que llevarse a cabo cautelosamente debido a que no se tiene que olvidar que las normas civiles tienen que ser dictadas en atención a los fines más generales de convivencia social y no en contemplación a las necesidades especiales del tráfico comercial.

---

<sup>8</sup> Vicente Gella, Agustín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 41.



## **1.12. Relación del derecho mercantil con otras disciplinas jurídicas**

- a) **Derecho constitucional:** la Constitución Política de la República de Guatemala como fundamento general de un ordenamiento jurídico determinado prescribe las directrices materiales de las normas jurídicas.

La magnitud de esos principios puede inclusive llegar al extremo de la imposición de todo un programa estatal, cuya realización es el contenido de las actividades legislativas y ejecutivas.

El derecho constitucional abarca las distintas condiciones de producción del derecho que está legislado. La tendencia socializadora del derecho la impone la Constitución Política de la República de Guatemala y el derecho mercantil al desarrollar los principios constitucionales y ello no hace más que dar efectivo cumplimiento a las referidas condiciones.

Las relaciones entre una y otra rama son por ende de máximo interés social, político y económico.

- b) **Derecho civil:** tanto el derecho civil como el derecho mercantil integran el derecho privado. El primero, constituye el derecho común y general frente al cual el derecho mercantil sienta su derecho especial. Las relaciones que unen a ambas disciplinas jurídicas son estrechas y determinadas por la complementariedad del derecho mercantil.

- c) **Derecho del trabajo:** el comerciante o empresario tanto individual como colectivo, necesita de su empresa y de la colaboración de los auxiliares y dependientes.

Esa colaboración es generadora de relaciones que se regulan a través de normas del derecho del trabajo y se establece a través de un contrato laboral, de manera que el derecho mercantil tiene que encontrarse en constante contacto con el derecho del trabajo.

El derecho mercantil se encarga de la regulación de la actividad externa de la empresa y pertenece al ámbito del derecho del trabajo en cuanto a las relaciones jurídicas entre el empresario y sus auxiliares y dependientes, o sea, en cuanto a las actividades internas de la empresa.

- d) **Derecho administrativo:** la actividad del empresario mercantil necesita de una serie de controles del Estado, para cuyo efecto se han emitido normas jurídicas y disposiciones que se refieren a actos administrativos que los organismos estatales tienen que cumplir en estrecha vinculación jurídica con el derecho mercantil.
- e) **Derecho procesal:** las relaciones que regula el derecho mercantil no siempre se desenvuelven dentro del cauce normal, debido a que con frecuencia se producen violaciones e incumplimientos, apareciendo con ello conflictos que es necesario ventilar en los tribunales de justicia.

"El procedimiento para la obtención de la satisfacción de la justicia mercantil es lo que en la actualidad constituye la materia del derecho procesal. El derecho mercantil mediante normas de remisión, no únicamente tiene presente al derecho procesal en su conjunto, sino que también llega inclusive a señalar, como lo hace el Código de Comercio de Guatemala dentro del título que regula los procedimientos mercantiles, en donde la vía propia de las acciones mercantiles es referente al juicio sumario".<sup>9</sup>

- f) **Derecho tributario:** las relaciones entre el derecho mercantil y el derecho tributario surgen del hecho de que la actividad de los comerciantes o empresarios mercantiles deben tener presente en las disposiciones del derecho tributario como agentes fiscales que necesitan de la utilización de conceptos y relaciones propias del derecho mercantil.
  
- g) **Derecho internacional:** entre las características del derecho mercantil se considera su internacionalidad. Cada día son más frecuentes los tratados bilaterales y multilaterales que se encargan de cuestiones de carácter mercantil y los esquemas de integración o unión económica entre los distintos Estados tienen como materia fundamental las relaciones comerciales.

Además, se hace necesaria la armonización y la unificación de normas de derecho mercantil, y de ello deriva que el movimiento de unificación de normas jurídicas sea armónico y más vigoroso que en ninguna rama del derecho.

---

<sup>9</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Pág. 13.



La regulación de las relaciones de los Estados entre sí y de los conflictos de aplicación de las leyes de los distintos países, constituyen la materia del derecho internacional público y del derecho internacional privado, con los cuales el derecho mercantil tiene relaciones bastante estrechas.





## **CAPÍTULO II**

### **2. El contrato**

Consiste en un acuerdo de voluntades verbal o escrito, que está manifestado en común entre dos o más personas con capacidad que se obligan en virtud del mismo, regulando para ello sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca si el contrato es bilateral o bien compelerse una parte a la otra si el contrato es unilateral.

El contrato genera derechos y obligaciones, que son relativos para las partes contratantes y para sus causahabientes.

Pero, además el acuerdo de voluntades que genera exige para su perfeccionamiento otros hechos o actos que deben ser de alcance jurídico, tales como llevar a cabo una determinada entrega o la exigencia de formalidades en documento especial como sucede con los contratos formales, de forma que en esos casos especiales, no es suficiente con la sencilla voluntad.

El Artículo 1517 del Código Civil Decreto Ley 106 regula: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación".

De todas formas, el contrato en general, tiene una connotación bien particular y es parte integrante de la categoría más amplia de los negocios jurídicos.

Además, es una función elemental la generación de los efectos jurídicos, o sea, la existencia de obligaciones exigibles, es de forma que las relaciones entre los sujetos no derivan de efectos jurídicos.

En cada país puede presentarse la existencia de requisitos contractuales que difieren en lo superficial, pero su conceptualización y requisitos restantes fundamentales del contrato son en esencia los mismos.

La divergencia de requisitos tiene relación directa con la variedad de realidades sociales, culturales y jurídicas de cada uno de los países.

Además, la mayoría de los códigos civiles de los países cuyos ordenamientos jurídicos son provenientes históricamente del sistema romano y germánico, contienen diversas definiciones que se aproximan al contrato.

Para la formación de un negocio obligacional por actos jurídicos, como también para toda modificación del sistema del contenido de un negocio obligacional, se tiene que exigir un contrato celebrado entre las partes, a excepción que la ley disponga de otra forma.

Los actos jurídicos son tendientes al establecimiento, modificación y extinción de las relaciones de derecho civil, y pueden ser unilaterales o bilaterales de conformidad con la legislación.



## **2.1. Definición**

"El contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa".<sup>10</sup>

## **2.2. Reseña histórica**

Es de importancia el análisis de la historia del contrato y entre sus antecedentes históricos existe un mayor grado de coincidencia en la doctrina y se pueden citar los que a continuación se indican:

- a) **Sistema contractual romano:** en el derecho romano el contrato surge como una manera de convenio o acuerdo. La convención es relativa al consentimiento de dos o más personas que se avienen sobre una cosa que tienen que prestar o dar. La consensualidad era el prototipo dominante.

La convención se divide en pacto y en contrato, siendo el pacto el que no tiene nombre alguno ni causa y el contrato es quien efectivamente lo tiene.

En dicho contexto, se entiende por nombre la palabra que produce la acción y la causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación.

---

<sup>10</sup> Molina Bello, Manuel. **El contrato**. Pág. 50.

**El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato, al tomar en consideración las acciones y el instrumento adecuado para exigir su cumplimiento.**

**El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades encaminado a la creación de obligaciones civilmente exigibles y se encuentra siempre protegido por una acción a la cual se le atribuía plena eficacia jurídica.**

**En el derecho romano existían contratos unilaterales y bilaterales. Los primeros, se encargaban de obligar a una de las partes y los segundos, obligaban a ambas partes como sucedió en el caso de la compraventa.**

- b) Acciones en los contratos en Roma: la acción era el otro elemento esencial de los contratos en el derecho romano. Las acciones relacionadas con los contratos podían ser directas o contrarias.**

**Las acciones directas eran aquellas con las cuales contaba el acreedor frente al deudor desde el mismo momento de la celebración del contrato, mientras que las acciones contrarias eran aquellas a través de las cuales se pedía siempre la indemnización o sea nacían después de haberse realizado el contrato.**

- c) Contratos nominados en el derecho romano: fueron los contratos en virtud de los cuales una parte recibía objetos tasados con la obligación futura de venderlos o devolverlos después de determinado tiempo.**

- d) **Contratos tipificados en las Siete Partidas:** el Código de las Siete Partidas del Rey Alfonso X de Castilla, ha ejercido durante varios siglos una enorme influencia jurídica en el derecho contractual de España y también en la mayoría de países hispanohablantes de América.

### **2.3. Elementos**

Los elementos del contrato son los siguientes:

- a) **Elementos personales:** los sujetos del contrato pueden ser personas naturales o jurídicas con capacidad de obrar en derecho, lo cual es necesario para obligarse. En dicho sentido, la capacidad en derecho se subdivide en capacidad de goce y en capacidad de ejercicio o de obrar de forma activa o pasiva que consiste en la aptitud jurídica para el ejercicio de derechos y para contraer obligaciones sin asistencia ni representación de terceros que se denomina también capacidad de actuar.
- b) **Elementos reales:** integran las denominadas prestaciones y contraprestaciones, o sea, las cosas o los servicios que son objeto del contrato, por una parte, y la entrega a cambio de ello de una cantidad de dinero por la otra.
- c) **Elementos formales:** se refieren al conjunto de signos a través de los cuales se manifiesta el consentimiento de las partes en la celebración de un contrato. En

algunos contratos existe la posibilidad de que se exija una manera específica de celebración.

## **2.4. Requisitos**

Los requisitos que se exigen para alcanzar la eficacia del contrato son los siguientes:

- a) **Consentimiento:** consiste en el elemento volitivo, o sea el querer interno y la voluntad que manifestada bajo el consentimiento produce efectos en derecho. La perfección del contrato exige que el consentimiento sea prestado de forma libre por todas las partes intervinientes, por razón o por efecto del principio de relatividad de los contratos.

"La voluntad se exterioriza mediante la concurrencia sucesiva de la oferta y de la aceptación, en relación a la cosa y a la causa que han de constituir el contrato. Además, será nulo el consentimiento viciado, por haber sido prestado por error, con violencia o intimidación o dolo, o bien por algún sujeto ajeno al objeto del contrato".<sup>11</sup>

La ausencia de vicios del consentimiento es imprescindible para la validez y eficacia contractual, cuya finalidad requiere que la voluntad no se encuentre presionada por factores externos que modifiquen la auténtica intencionalidad. Los mayormente destacados son los vicios del consentimiento.

---

<sup>11</sup> **Ibid.** Pág. 46.

- **El error:** cuando versa el error existe una equivocación en relación al objeto del contrato, o sobre alguno de sus aspectos esenciales. El error es motivo de nulidad del contrato cuando recae sobre la naturaleza del contrato, sobre la identidad del objeto, o bien sobre las cualidades específicas de la cosa. El error no tiene que ser de mala fe debido a que en caso contrario, se convierte en dolo.
  
- **Fuerza o violencia:** en la violencia se ejerce una fuerza irresistible que genera un grave temor a una de las partes del contrato, o bien en relación a que una de las partes haya abusado de la debilidad de la otra. La amenaza de acudir ante la autoridad judicial para reclamar un derecho no es coacción, a no ser que se amenace abusivamente de este derecho.
  
- b) **Objeto:** pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no se encuentren fuera del comercio de los hombres, aún las cosas futuras.

Pueden también ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las normas jurídicas, a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

- c) **Causa:** la normativa civil de los ordenamientos jurídicos exige que exista una causa justa para el nacimiento de los actos jurídicos.

La causa es el motivo determinante que lleva a las partes a la celebración del contrato establecido.

Un contrato no tiene causa cuando las manifestaciones de voluntad no corresponden a la función social relativa que deberá ser cumplida, ni tampoco se simula o se finge una causa. El contrato debe tener una causa y la misma debe ser existente, verdadera y lícita.

La causa es el origen o el hecho jurídico generador de distintas obligaciones o de un acto jurídico. La causa fin consiste en el propósito o finalidad buscada por las partes al llevar a cabo el acto o el negocio jurídico. La problemática de la causa gira en relación a la causa fin. Existen discrepancias y debates que todavía permanecen activos en relación a si tiene que considerarse a la causa fin o como un elemento primordial de los actos jurídicos.

"Para quienes toman en cuenta que la causa fin no tiene que ser parte de los elementos esenciales del acto jurídico, expresan que la misma se confunde con su objeto o con su consentimiento y afirman esta postura relacionada con que los elementos esenciales del negocio jurídico son el sujeto, el objeto y la forma".<sup>12</sup>

## **2.5. Formación del contrato**

Es importante llevar a cabo el análisis de los actos, causas, hechos, requisitos y formas que de manera instantánea o sucesivamente tienen que confluir para la perfección y el cumplimiento del contrato

---

<sup>12</sup> Lozada Bustos, Edgar. **Los contratos**. Pág. 59.

- a) **Acuerdo de voluntades:** el contrato necesita que exista una manifestación inequívoca relacionada con la voluntad de las partes, que integrarán el acto jurídico relacionado.

De esa manera, cuando los contratantes expresan su voluntad en el momento de que se forma el contrato, ello se denomina entre presentes.

Cuando la manifestación de la voluntad ocurre en momentos diferentes, se denomina entre ausentes.

La distinción de ello, es de importancia para poder llegar a la determinación exacta del momento en el cual el contrato entra en la vida jurídica de los contratantes.

El contrato entre presentes entrará en vigencia en el momento de la manifestación simultánea de la voluntad, mientras que el contrato entre ausentes únicamente lo será hasta que el último contratante haya dado su manifestación.

- b) **Oferta y aceptación:** la oferta consiste en una manifestación unilateral de la voluntad dirigida a otro.

La misma es de carácter obligatorio, es decir, una vez haya sido emitida el proponente, no puede modificarla en el momento de la aceptación del sujeto interesado.

La aceptación de la oferta debe ser explícita, de forma que el otro contratante debe mostrar su consentimiento expreso o tácito, de forma que se indique su inequívoca intención de aceptar la oferta y adherirse a las condiciones del oferente.

"La vigencia obligatoria de la oferta varía en los diversos ordenamientos jurídicos. Para algunos, el oferente puede variar la oferta mientras ésta no haya sido aceptada, en cambio en otros la oferta debe mantenerse intacta por todo el período que usual o legalmente, se reconozca al contratante para aceptarla".<sup>13</sup>

- c) **Aceptación del contrato entre ausentes:** existen varias teorías en relación al momento en que un contrato despliega sus efectos jurídicos cuando se trata de partes distanciadas físicamente entre sí y confluyen distintas teorías.

La primer teoría, es la teoría de la emisión, y se refiere a que la oferta es aceptada en el momento en que se produce la aceptación; la segunda teoría, es la teoría de la remisión o expedición, y en la misma la aceptación se produce en el momento en que se acepta y se da remisión de dicha aceptación al oferente; la tercer teoría, es la de la recepción, y en la misma la aceptación se produce en el caso de la aceptación, remisión y llegada de esta última al ámbito donde el oferente lleva a cabo su actividad; la cuarta teoría, es la teoría del conocimiento, y en ella se exige la aceptación, remisión, llegada al ámbito y el conocimiento de ello.

---

<sup>13</sup> **Ibid.** Pág. 90.

- d) **Etapa precontractual:** el precontrato tiene como objetivo la preparación de un contrato futuro.

Pueden identificarse tres diferentes tipos de precontrato: el pacto de contrahendo, en donde las personas se obligan entre sí, para llevar a cabo diversas negociaciones que ocurren como resultado un contrato futuro.

No pueden romperse las negociaciones arbitrariamente sin incurrir en ad contractual; la promesa unilateral aceptada, se refiere a cuando un sujeto presenta una oferta para un contrato futuro o otro sujeto.

El oferente conviene en no retirar la oferta durante un determinado plazo y solamente el oferente se encuentra obligado en este pacto, siendo las propuestas comerciales un ejemplo típico de este precontrato.

## **2.6. Forma de los contratos**

La forma puede ser determinante en relación a la validez y eficacia de los contratos.

Los contratos pueden ser verbales o escritos.

Los primeros, si su contenido se conserva únicamente en la memoria de los intervinientes, y los segundos, si su contenido se ha transformado en texto gramatical reflejado o grabado en soporte permanente y duradero que permita su lectura y exacta reproducción posterior.

"Los contratos escritos pueden además ser solemnes o no, dependiendo si los mismos deben formalizarse en escritura pública notarial, e incluso si la ley exige su inscripción en algún tipo de registro público. En los denominados contratos reales, su perfección exige además la entrega de la cosa".<sup>14</sup>

## **2.7. Efectos de los contratos**

El contrato es ley entre las partes, consiste en una expresión común. Pero, ello no significa que los contratos tienen un poder equivalente a las leyes.

Los preceptos fundamentales nacidos de los contratos, que los intervinientes tienen que observar serán los siguientes: las partes tienen que ajustarse a las condiciones estipuladas en el contrato y las condiciones y los efectos del contrato únicamente tienen efecto entre las partes que aceptaron el contrato y sus causahabientes. Los pactos contenidos en los contratos tienen que ejecutarse en los términos que fueron suscritos.

Las estipulaciones de los contratos típicos que fueran contrarias a la ley, se tienen por no puestas. Las disposiciones legales reconocen el contrato como fuente de obligaciones.

Las obligaciones contractuales son obligaciones civiles, debido a ello el acreedor puede exigir del deudor la satisfacción de la deuda de conformidad con lo pactado.

---

<sup>14</sup> Aguilar, Carlos Waldemar. **El contrato**. Pág. 36.

En caso de que el cumplimiento del objeto de la obligación no sea posible por equivalencia, el acreedor puede demandar la indemnización de daños y perjuicios.

Una vez que un contrato ha nacido válidamente, se convierte en irrenunciable, y las obligaciones originadas por el contrato válido no se pueden modificar unilateralmente de conformidad con la legislación vigente.

## **2.8. Efectos de los contratos para terceros**

Originalmente, los contratos únicamente tienen efectos entre las partes que los integran. Pero, hay contratos que surten efectos sobre terceros. Un tercero es un sujeto que no participó en la formación del vínculo contractual, y que por ende, no hizo manifestación alguna de voluntad sobre el contrato. Inclusive puede ser que el tercero ni siquiera supiera de la existencia del convenio.

- a) Terceros involucrados forzosamente: originalmente los herederos suceden al difunto en sus derechos y obligaciones, a excepción en aquellas que sean de forma personal. En algunos ordenamientos jurídicos, no opera la confusión de patrimonios, sino que el patrimonio de la sucesión responde de forma efectiva a las obligaciones del difunto.

La nulidad contractual del causante posterior a la sucesión afecta a los causahabientes, debido a que pueden encontrarse en la situación de tener que

restituir a terceros. De forma adicional, los causahabientes a título particular se verán lesionados por las restricciones que haya impuesto el causante.

"Cualquier contrato del deudor que afecte su patrimonio, implica una consecuencia para la garantía del acreedor. Para resguardarlo se ha establecido una acción oblicua y una acción pauliana, sin embargo cada una de ellas puede ser invocada únicamente bajo determinadas condiciones a conocer".<sup>15</sup>

La acción oblicua únicamente la puede ejercer el acreedor por la inacción del deudor en la protección de su mismo patrimonio, y la acción pauliana solamente se puede ejercer sobre un deudor que se encuentre en estado de insolvencia.

- b) Terceros involucrados voluntariamente por las partes: originalmente, no pueden asignarse obligaciones a sujetos que no hayan participado y consentido en la formación del vínculo jurídico. Pero es diferente en el caso de la constitución de beneficios a nombre de terceros.

## **2.9. Garantías contractuales**

Se utilizan como métodos de obtención de la seguridad jurídica en el sentido genérico, siendo la garantía una de las consecuencias de los contratos en especial los traslativos onerosos, en tanto que su existencia atribuye a las partes la facultad indubitada para

---

<sup>15</sup> **Ibid.** Pág. 89.

adquirir, ocupar, exigir o mantener el derecho real o personal transmitido, esgrimible tanto frente a la persona que lo ha transmitido, como frente a terceros, que por ello tienen que cesar en las persecuciones al mismo objeto del contrato, de forma que en su virtud el sujeto pueda efectivamente persistir en goce pacífico del beneficio o del patrimonio que haya sido obtenido por medio del contrato.

La prueba más ostensible del sistema de protección del contrato se encuentra en el saneamiento por evicción y saneamiento por vicios ocultos, al que legalmente se encuentran sujetos los transmitentes en un contrato y se origina en un punto de protección con el cual se propicia que en caso de que el adquirente sea despojado del objeto de acción reivindicatoria de un sujeto con mejor título de derecho, entre en juego la garantía por evicción y el enajenante tiene que devolverle únicamente el valor de la cosa y los gastos legales del contrato y de la acción emprendida de contrario. De la misma manera, ocurre con los vicios ocultos del bien transmitido. De forma que, una cosa es la garantía de los contratos y otra son los contratos de garantía.

Estos últimos contienen en sí las dos virtudes, o sea, son garantía genérica de su contenido para los sujetos que los han suscrito y además contienen como parte de su objeto, el mérito de asegurar el cumplimiento de otro contrato u obligación distinta.

## **2.10. Métodos de interpretación**

Existen diversos métodos de interpretación que pueden variar de acuerdo al Código Civil que rija.

Pero, se pueden observar fundamentalmente dos corrientes, dos métodos de interpretación que son el que se propone analizar el texto y el que se propone encontrar la intención común de las partes, y señalar lo que los autores quisieron decir.

Diversos autores tienen que llegar a conocer la voluntad común de las partes y ello es muy complejo y aumenta la discrecionalidad del juez.

- a) Pautas para la interpretación de expresiones ambiguas: las cláusulas susceptibles de dos sentidos deben entenderse como equívocas o ambiguas y tienen que interpretarse mediante los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito.

Los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato que tengan relación con lo que se discute, servirán para explicar la intencionalidad de las partes al tiempo de celebrar el contrato. Las cláusulas ambiguas se tienen que interpretar por lo que es de uso y costumbre en el lugar del contrato.

- b) Interpretación a favor del deudor: las cláusulas ambiguas tienen que ser interpretadas en beneficio del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas, u oscuras, que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que ello provenga de su falta de explicación. Lo anterior, recoge una

antigua regla y se fundamenta en el principio de la responsabilidad que impone la carga.

De esa forma la oscuridad del pacto tiene que perjudicar al declarante. La generalidad de las leyes de defensa del consumidor establece que ante la duda debe interpretarse a favor del consumidor.

### **2.11. Diversas teorías**

A continuación se presentan distintas teorías relacionadas con el contrato, siendo las mismas las siguientes:

- a) **Teorías subjetivistas:** de conformidad con las mismas el juez tiene que buscar la solución fundamentada, en las intenciones que hayan tenido las partes al momento de contratar. La labor del juez es relativa a investigar estas intenciones.
- b) **Teoría objetivista:** el juez tiene que evaluar los datos objetivos que emanan del acuerdo para precisar cuál fue la intención de las partes.
- c) **Teoría de la imprevisión:** también se aplica a los contratos, en caso que, por cambios radicales en las condiciones económicas generales, la satisfacción del contrato se le haga en exceso gravosa y deban ajustarse las condiciones del contrato, para que se asemejen a lo que las partes tuvieron pensado originalmente.

## **2.12. Ineficacia de los contratos**

Son ineficaces los contratos que no cuenten con alguno de los elementos esenciales, o aunque éstos se dieran, no obstante estuvieran viciados de alguna manera. La ineficacia tiene diversas manifestaciones y efectos de acuerdo a la clase de invalidez que se origine al contrato. En referencia a ello son consecuencias de vicios invalidantes típicos la anulabilidad, la nulidad, la rescisión, resolución y la revocación.

## **2.13. Responsabilidad contractual**

Es aquella que nace a la vida jurídica del contrato y necesita que la parte que le exige se encuentre ligada a través de un nexo de orden contractual a la persona que la debe originalmente.

"El contrato puede ser mal ejecutado o bien no ser ejecutado del todo. En estos casos, el acreedor tiene el derecho de poder acudir a las instancias judiciales, para con ello obligar al deudor a satisfacer de manera forzosa el contrato o a ser indemnizado por daños y perjuicios. Tratándose de obligaciones de hacer, el cumplimiento forzoso no es posible".<sup>16</sup>

El incumplimiento tiene que ser culposo o doloso. Algunos ordenamientos que continúan con la teoría subjetivista de la valoración de la responsabilidad, toman en consideración el dolo para de esa forma agravar la responsabilidad del deudor.

---

<sup>16</sup> **Ibid.** Pág. 60.

En determinadas obligaciones, ni siquiera la fuerza mayor es eximente del cumplimiento de la deuda.

## **2.14. Clasificación**

La clasificación de los contratos es la siguiente:

- a) **Contratos unilaterales y bilaterales:** los primeros, son un acuerdo de voluntades del cual nacen obligaciones únicamente para una parte.

Los segundos, son el acuerdo de voluntades que dan nacimiento a obligaciones para ambas partes. Cuando en un contrato unilateral existen obligaciones que impliquen la transferencia de una cosa, si esta se destruye por caso fortuito o fuerza mayor, es necesario poder establecer quién tiene que sufrir la pérdida.

La cosa siempre perece para el acreedor en los contratos traslativos de dominio en donde el acreedor es el dueño, mientras en los contratos traslativos de uso, el acreedor a la restitución es el dueño y la cosa perece para él.

Si el contrato es bilateral no habría posibilidad de plantear el problema, debido a que esta cuestión supone que siendo las obligaciones recíprocas, una parte no cumple entregando la cosa, por un caso de fuerza mayor y en atención a ello la otra parte tiene que cumplir, debido a que no es imputable el incumplimiento del deudor.

En todas los contratos bilaterales que generan obligaciones recíprocas, cuando una parte no cumple o se allana a cumplir, carece de derecho para exigir a la otra el cumplimiento de una obligación y si a pesar de ello pretendiera exigir judicialmente el cumplimiento de una demanda el demandado le opondrá una excepción de contrato no cumplido.

- b) **Contratos conmutativos y aleatorios:** el primero, es aquel contrato en el cual las prestaciones que se deben las partes son verdaderas desde el momento en que se lleva a cabo la celebración del acto jurídico. Los segundos, son aquellos que surgen cuando la prestación depende de un acontecimiento futuro o incierto y al momento de contratar, no se saben las ganancias o pérdidas hasta el momento que se lleve a cabo este acontecimiento futuro.

Entre las características comunes a este acontecimiento se encuentran las siguientes: la incertidumbre sobre la existencia de un hecho como en la apuesta, o bien la interdependencia de las prestaciones, por que cuando la incertidumbre cesa, forzosamente una de las partes gana y la otra pierde y, además la medida de la ganancia de una de las partes es la medida de la pérdida de la otra.

- c) **Contratos principales y accesorios:** los primeros, son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los segundos, son los que se encuentran bajo la dependencia de un contrato principal. Son también llamados de garantía, debido a que generalmente se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal y de esa forma la garantía puede ser personal,

como la fianza, en que una persona se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace; o real, como el de hipoteca, el de prenda, en que se constituye un derecho real sobre un bien enajenable, para asegurar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

La regla de que lo accesorio sigue lo principal, sufre en ciertos casos excepciones, debido a que no podría existir el contrato accesorio, sin que previamente no se constituyese el principal; sin embargo el derecho presenta casos en los que puede haber fianza, prenda o hipoteca, sin que haya todavía una obligación principal, como ocurre cuando se garantizan obligaciones futuras o condicionales.

- d) **Contratos instantáneos y de tracto sucesivo:** los primeros, son aquellos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, es decir, su cumplimiento se lleva a cabo en un mismo acto. Los segundos, son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se lleva a cabo en un período determinado y que, por deseo de las partes pueden extenderse para la satisfacción de sus necesidades primordiales y éstos términos pueden ser la ejecución continuada y la ejecución única pero sin interrupción.
  
- e) **Contrato consensual y real:** los primeros, por regla general, se refieren claramente al consentimiento de las partes basta para la formación del contrato, debido a que las obligaciones nacen tan pronto como las partes se han puesto de acuerdo en la realización de los mismos. El consentimiento de las partes

puede manifestarse de cualquier manera. No obstante, es necesario que la voluntad de contratar revista una manera particular, que permita por medio de ella conocer su existencia. No es la simple coexistencia de dos voluntades internas lo que constituye el contrato, debido a que es necesario que éstas se manifiesten al exterior. Los segundos, quedan concluidos desde el momento en que una de las partes haya hecho a la otra la tradición o entrega de la cosa sobre la que versare el contrato.

- f) **Contrato formal, solemne o no solemne y no formal:** el primero, es aquel en que la ley ordena que el consentimiento se manifieste por determinado medio para que el contrato sea válido. En la legislación se acepta un sistema ecléctico o mixto respecto a las formalidades porque en principio, se considera que el contrato es consensual cuando el legislador imponga determinada formalidad que debe cumplirse con ella, debido a que caso contrario el acto se encontrará afectado de nulidad. El contrato formal solemne es el que además de la manifestación del consentimiento por un medio específico, necesita de determinadas estipulaciones por la ley para producir sus efectos propios. La distinción entre los contratos formales y solemnes estriba en lo relacionado a la sanción y su falta origina la nulidad relativa.
  
- g) **Contrato privado y público:** el contrato privado es el llevado a cabo por las personas intervinientes en un contrato con o sin asesoramiento profesional. Tiene el mismo valor que la escritura pública entre las personas que lo suscriben y sus causahabientes. El contrato público es el autorizado por los funcionarios o

empleados públicos, siempre dentro del campo de sus competencias y cuenta con una mejor condición probatoria. Los documentos notariales son los que tienen una mayor importancia y dentro de ellos principalmente las escrituras públicas.

- h) Contrato nominado o típico e innominado o atípico: el primero es el contrato que se encuentra previsto y debidamente regulado en la ley y por ello en ausencia de acuerdo sobre las partes, existen normas dispositivas a las cuales se tiene que acudir.

El contrato innominado o atípico como también se le denomina es al que la ley no le tiene previsto un nombre determinado, debido a que sus características no se encuentran reguladas.

Es de importancia hacer mención que los contratos innominados no son los que no están previstos por la legislación civil, debido a que todos los contratos lo están, sencillamente son los que no se encuentran expresamente definidos en sus artículos a pesar de que sin perjuicio de que las partes los definan de forma expresa en el momento de contratar, dentro del marco de su autonomía de la voluntad.

- i) Contratos determinados únicamente en su género: son aquellos contratos en los cuales únicamente se hace mención y existe la única posibilidad de la cantidad y calidad del objeto del contrato relacionado.

- j) Contratos por su publicidad: son aquellos que existen cuando son llevados a cabo bajo la autoridad de notarios o jueces. Los privados son los contratos otorgados mediante las partes contratantes sin la debida autorización o la existencia de fedatario público, aunque pueden efectivamente contar con la presencia de testigos.

### **2.15. Tipología del contrato**

"El número de modalidades de los contratos es ilimitado y puede ofrecer un sistema de tipo jurídico que cuente con la completa libertad para poder contratar, como casi infinitos son los derechos y obligaciones que pueden encargarse de crear las partes, incluyendo el hacerlo de forma pura y sencilla, o bien sometida a alguna modalidad determinada".<sup>17</sup>

Pero, la legislación civil de la mayoría de los países ha regulado los de mayor importancia, bien sea en sus respectivos códigos civiles, o bien en leyes de carácter especial, creando para el efecto un sistema de contratos típicos o nominados, cuya regulación esencial consta en las leyes y se encuentra sustraída a las partes del contrato con fines de seguridad, protección y equilibrio entre los eventuales sujetos.

La tipicidad de los contratos se lleva a cabo a través del principio de integración del contrato, aplicado con arreglo a la formulación que las partes hubieren atribuido a su contrato, o bien de conformidad se deduzca del contenido de las cláusulas del texto, si

---

<sup>17</sup> Molina. **Ob.Cit.** Pág. 57.



fueren oscuros los términos en los cuales el contrato se hubiere formulado por las partes.





## CAPÍTULO III

### 3. Obligaciones mancomunadas y solidarias

Las obligaciones se refieren al cumplimiento de una prestación de dar o de hacer o no hacer. Consisten en una relación obligatoria en donde existe un sujeto activo titular del derecho a exigir, denominado acreedor; y un sujeto pasivo o titular del deber, de soportar el cumplimiento de la obligación que se denomina deudor.

En todo ordenamiento jurídico se entrelazan, se oponen o se complementan derechos y obligaciones, ello es, la facultad de exigir algo derivado de una situación jurídica reconocida y el deber de manifestación de una conducta que no lesione sino que se adapte a esa situación.

No toda obligación derivada de un precepto legal o surgida por la manifestación de voluntad de una o más personas, consiste en la obligación cuyo estudio interesa al derecho de obligaciones. No interesan al mismo ciertas obligaciones o ciertos deberes jurídicos de lo que es en sí la actividad normal o a veces anormal de quienes integran un grupo social determinado y cuya conducta se encuentre en ese sentido regida por normas más o menos rígidas y explícitas.

En cambio, si interesan al derecho privado y por ende al derecho civil, las manifestaciones de voluntad por cuyo medio la persona, individual o jurídica y ello lo coloca en una situación de que otra u otras personas, pueden encargarse de la



exigencia de medios en virtud de haberse originado por una manifestación volitiva y creadora justamente de obligaciones.

La distinta naturaleza de las prestaciones obliga al legislador al establecimiento de una serie de reglas no siempre idénticas, que se encargan de la regulación de la práctica de las diversas legislaciones que existen.

La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una misma obligación no implica que cada uno de ellos tenga el derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar de forma íntegra las cosas que son objeto de la misma.

Únicamente habrá lugar para ello cuando la obligación expresamente lo determine de esa forma, constituyéndose con el carácter de solidaria. El cumplimiento de estas obligaciones plurales, permite el surgimiento de las denominadas obligaciones mancomunadas y obligaciones solidarias.

### **3.1. Importancia**

"En las obligaciones existe un acreedor o sujeto activo y un deudor o sujeto pasivo. Pero, en determinadas ocasiones existen las relaciones obligatorias con una pluralidad de personas. De esa manera, puede existir una relación obligatoria con diversos acreedores o con distintos deudores".<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Sánchez Flores, Octavio Guillermo. **Derecho de obligaciones**. Pág. 78.

Cuando existe una obligación pluripersonal aparece el problema o la cuestión referente a resolver quién o quiénes son los titulares del derecho de crédito, o bien quienes son los responsables del cumplimiento de la obligación.

En el caso de las denominadas obligaciones mancomunadas, ninguno de los deudores se encuentra bajo la obligación de cancelar la totalidad de la deuda sino únicamente una parte proporcional al número de ellas. Si concurre esa circunstancia en la parte acreedora o bien si se trata de una obligación pluripersonal ocurrirá lo mismo.

En el supuesto de las obligaciones solidarias ocurre exactamente lo contrario. Cada deudor tiene que encargarse de aportar la deuda por completo, en su conjunto. No obstante, el pago se tiene que llevar a cabo de una misma vez y cada uno de ellos puede efectuar el pago por completo al acreedor, sin perjuicio del derecho de repetición, que asiste a cada uno de las personas restantes.

El carácter solidario de las obligaciones no se presume, sino que requiere de la existencia de un acto expreso, mediante la voluntad de las partes, bien de la previsión de una norma legal o bien a través de la declaración llevada a cabo de una sentencia judicial firme.

### **3.2. Reseña histórica**

La obligación mancomunada nace en el derecho romano. Lo normal consistía en que no hubiera más que un mismo deudor y varios acreedores. Pero, puede que existan

varios deudores y varios acreedores a la vez. Esta pluralidad de sujetos puede ser inicial o bien posterior a la constitución de la obligación.

Cuando esa variedad produce la obligación se reparte y cada acreedor cuenta con el derecho a poder exigir y tiene que cumplir de forma efectiva con la porción o cuota respectiva, siendo este concepto el que apareció por primera vez en la época de Justiniano.

Dentro del derecho histórico español la obligación mancomunada comienza a aparecer no como tal sino como idea jurídica, donde se recoge lo relacionado con el derecho privado.

### **3.3. Obligaciones mancomunadas o créditos divididos**

"Existe una obligación mancomunada cuando uno de los acreedores únicamente puede reclamar al deudor la parte que es correspondiente del crédito denominada mancomunidad activa, o bien cuando cada uno de los distintos deudores únicamente se encuentra obligado a cumplir la parte de la deuda que le corresponda y se denomina mancomunidad pasiva".<sup>19</sup>

De esa manera, la idea de la mancomunidad trae la idea de una fragmentación completa del crédito o de la deuda en dependencia directa del número de acreedores o deudores.

---

<sup>19</sup> **Ibid.** Pág. 49.



Esa idea exige claramente una fractura de la conceptualización de mano común o mancomunidad, debido a que no supone la actuación conjunta de los interesados, sino todo lo contrario lo que busca es la actuación separada de cada uno de los acreedores o deudores.

Por ello, parte de la doctrina civilista hace énfasis en la necesidad de formular un cambio de orden semántico del adjetivo mancomunado, por otros como obligaciones o créditos parciarios.

El crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores se reputen créditos o deudas distintas unos de otros. En la práctica judicial, suele ocurrir a menudo la aparición de enormes problemas en los créditos mancomunados.

Si la división es imposible únicamente se perjudicará el derecho de los acreedores y los actos colectivos de éstos, y únicamente podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores.

La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde cualquiera de los deudores cuando faltan a su compromiso.

En el caso de un crédito mancomunado, si uno de los derechos resultare insolvente la solución se encuentra cuando se afirma que ningún deudor mancomunado se

encuentra obligado a asumir la cuota de los restantes. El deudor insolvente quedará obligado al cumplimiento de la obligación de pago.

### **3.4. Obligaciones solidarias**

La solidaridad puede ocurrir tanto desde el lado de los acreedores como del lado de los deudores.

En el primer caso, cualquiera de los acreedores puede reclamar al deudor o deudores la íntegra prestación objeto de la obligación.

En el segundo de los supuestos, todos y cada unos de los deudores quedan obligados al íntegro cumplimiento de la prestación cuando el acreedor o acreedores le obligue a ello.

De esa forma, puede darse el supuesto, poco frecuente en la práctica, de varios acreedores y de varios deudores. En ese caso, se acostumbra hablar de obligaciones solidarias mixtas.

En las obligaciones solidarias el cumplimiento de la obligación extingue la misma, pero la extinción de la obligación no comporta de forma necesaria el agotamiento de las consecuencias jurídicas de estas obligaciones, debido a que el cumplimiento de estas obligaciones, se complementa con el consiguiente reparto interno entre la pluralidad de sujetos en la obligación.



Este derecho de repetición o reclamación contra los restantes interesados, se produce tanto en las obligaciones solidarias activas como en las pasivas y en ellas se dan los siguientes supuestos:

- a) **Afianzamiento mutuo:** su nombre deriva de la relación con la cual se prestan entre los diferentes codeudores o coacreedores.

Es el caso en el que aparece un fiador en la relación obligatoria en cuanto a alguien que no debe nada pero que todavía no siendo deudor paga en caso de no hacerlo el deudor, se encamina el fiador después a los correspondientes codeudores, para que abonen lo que el desembolso en su momento, se convierte en nuevo acreedor.

- b) **Mandato tácito:** es referente al hecho de que se sobreentiende que en la solidaridad cualquiera de ellos se encuentra obligado a cobrar y pagar en nombre de todos.

- c) **Fundamento de la responsabilidad:** en una obligación solidaria aunque existen varios deudores siempre existirá una deuda, pero no dejan de ser varios los responsables de esa única deuda.

Cada uno de los deudores no tiene el todo pero responde del todo, debido a que efectivamente puede reclamar a cualquiera de ellos. Igual ocurre en la parte contraria en donde ninguno de los acreedores lo es debido a la totalidad del



crédito, sin embargo cualquiera puede encargarse de requerir el pago de toda la deuda.

### **3.5. Solidaridad activa**

Cuando uno de los acreedores haya visto satisfecho su derecho, resulta claro que al tratarse de un crédito solidario, tiene que hacer partícipes a los acreedores restantes de ese cobro, debido a que en otro caso, los mismos verían sus legítimos intereses.

El acreedor que ha cobrado la deuda tiene que reembolsar a los demás acreedores la cuota o parte del crédito que les corresponda. La regla de igualdad prevista decae claramente ante la voluntad de los coacreedores.

"Para poder hacer efectivo el cobro de la cuota que le es correspondiente a los restantes coacreedores, la legislación les concede el denominado derecho de regreso contra el acreedor que haya efectivamente cobrado la deuda y por ende existirá una obligación debido a que las relaciones internas entre los coacreedores se encuentran en las reglas de la mancomunidad".<sup>20</sup>

Por otro lado, la responsabilidad por reembolso del acreedor solidario que ha cobrado la deuda se mantiene en el caso de que la extinción de la obligación tenga lugar por compensación, confusión o bien por remisión de la deuda de acuerdo a lo estipulado en la legislación.

---

<sup>20</sup> **Ibid.** Pág. 200.

La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda llevada a cabo por cualquiera de los deudores de la misma categoría extinguen la obligación. Además, el acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como también el que cobre la deuda, responderá activamente por los demás en relación a la parte que es relativa a la obligación.

### **3.6. Solidaridad pasiva**

Cuando existe una pluralidad de deudores, es igualmente evidente que el cumplimiento íntegro de la obligación por parte de cualquiera de ellos implica la extinción de la relación obligatoria frente al acreedor o a los acreedores, debido a que después de satisfechos los intereses de éstos es claro que la eventual reclamación a cualquiera de los restantes deudores se encuentra privada de causa y de fundamento.

El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación y mientras el cumplimiento de la prestación no haya tenido lugar, el acreedor sigue facultado para el reclamo del pago a cualquiera de los deudores.

El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos de forma simultánea.

Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se encaminen contra las demás, mientras de ello no resulte cobrada la deuda totalmente.



De esa forma mientras el crédito no haya sido cancelado, el acreedor cuenta con un amplio campo de acción. Como norma general, puede encargarse del reclamo del pago a cualquiera de los deudores solidarios o bien a varios de ellos de forma sucesiva o a todos ellos de manera simultánea.

### **3.7. Acción de regreso**

La extinción de las obligaciones solidarias por pago, no extingue de forma interna la obligación debido a que el codeudor que ha pagado, tiene el derecho a que los restantes deudores solidarios le satisfagan su parte. Este derecho de reembolso o acción de regreso se establece debido a que el pago únicamente puede ser reclamado por sus codeudores con los intereses del anticipo.

Lo anotado significa que una vez satisfecho el interés del acreedor entonces la obligación solidaria se convierte en mancomunada o dividida. Para el caso de que uno de los codeudores fuere insolvente, los demás codeudores solidarios habrán de aportar la cuota o parte del codeudor insolvente.

La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario tiene que ser suplida por los codeudores.

La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una misma obligación no quiere decir que cada uno de ellos tenga el derecho a poder pedir, ni cada uno de éstos tiene que prestar de forma íntegra las cosas objeto de la misma.



Únicamente habrá lugar para ello, cuando la obligación lo determine de forma expresa y se constituya con el carácter de solidaria.

La jurisprudencia en concordancia con la realidad cotidiana interpreta de manera laxa el término expresamente, debido a que en la mayoría de las relaciones jurídicas existentes, las reglas de la mancomunidad son una excepción limitada a los supuestos de cotitularidad.





## CAPÍTULO IV

### **4. El contrato mercantil de fianza y las obligaciones mancomunadas solidarias**

Las instituciones del derecho romano se han caracterizado por su duración en el tiempo, hasta el punto de permanecer muchas de ellas vigentes en las distintas legislaciones existentes.

Para la época de Justiniano únicamente subsistía la fianza fideiussio, la cual había extinguido el efecto extintivo de la litiscontestatio y se crearon tres beneficios determinantes para el fiador que fueron:

- a) **Beneficio de la división:** consiste en el derecho que tiene el cofiador para rechazar la demanda que exceda la cuota que resulte de la división de la deuda principal entre los cofiadores solventes en el momento de que sea dictada la sentencia.
- b) **Beneficio de excusión:** este derecho se refiere a que el fiador puede rechazar la demanda, si el acreedor no ha agotado las diversas posibilidades de que la deuda sea cancelada por el deudor principal.
- c) **Beneficio de cesión de acciones:** consiste en la acción de regreso que tienen los fiadores contra los deudores y los mismos no necesitan de una autorización voluntaria del deudor principal, y ello ocurre en motivo de la misma fianza.

- d) Con la fianza: existieron en Roma otras formas de garantía personal como el *receptum argentarii*, la solidaridad pasiva, la estipulación penal, la estipulación de indemnidad y el *mandatum pecuniae credendae*.

#### **4.1. Naturaleza jurídica**

El contrato de garantía es aquel en virtud del cual una persona se obliga al resarcimiento al acreedor por los perjuicios que padezca a consecuencia del incumplimiento del deudor.

"La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden por una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple. La misma, puede constituirse no únicamente en beneficio del deudor principal sino de otro fiador".<sup>21</sup>

Es un contrato que envuelve relaciones independientes que son la del acreedor con el fiador y la del fiador con el deudor.

Pero, no se puede señalar que se trata de dos contratos ni se puede decir que el deudor también es una de las partes en el contrato de fianza, debido a que es en referencia a un contrato celebrado entre el acreedor y el fiador, del cual surgen obligaciones del fiador.

---

<sup>21</sup> Rodríguez, Juan Pablo. **Contrato de fianza**. Pág. 19.

La relación entre el fiador y el deudor se reglamenta legalmente y aparece por el mismo perfeccionamiento de la fianza, aún en contra de la misma voluntad que pueda tener el deudor fiado.

#### **4.2. Conceptualización**

La fianza es una obligación que uno adquiere de hacer algo a lo que otro se ha obligado en caso de que este no lo haga.

Es una obligación accesoria de la cual una o bien más personas responden directamente de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a su cumplimiento en todo o en parte cuando el deudor principal no la cumpla.

De la definición anotada se pueden señalar los siguientes elementos:

- a) Obligación accesoria: tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de forma que no puede subsistir sin ella.
- b) Obligación con la cual se cauciona otra: caución quiere decir cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena.
- c) La fianza le proporciona al acreedor mayor seguridad.
- d) El fiador asegura los derechos del acreedor.



- e) Al deudor se le presta un servicio afirmando su deuda.

#### **4.3. Características**

Al señalar las características del contrato de fianza, se tiene que establecer que es un contrato de garantía personal diferente del resto de garantías reales.

Ello, debido a que se celebra para dar respuesta a una obligación ajena con el patrimonio del fiador y no recae sobre determinados bienes, debido a que recae sobre todos los bienes que pueda tener el fiador.

Tomando en consideración lo anotado, se puede señalar que el contrato de fianza tiene las siguientes características:

- a) **Consensual:** el contrato de fianza se entiende perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador, sin que se necesite de la orden o noticia del deudor de la obligación principal, e inclusive puede constituirse contra la voluntad del deudor. Ello, no requiere solemnidad alguna para su perfeccionamiento.

Se perfecciona por el mismo consentimiento de conformidad con el Artículo 2101 del Código Civil Decreto Ley 106: "La fianza debe constar por escrito para su validez".

El Artículo 2102 del Código Civil Decreto Ley 106 señala: "El fiador sólo será responsable por aquello a que expresamente se hubiere comprometido. Puede obligarse, a menos pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se le hubiere obligado a más, se tendrá por reducida su obligación en cuanto al exceso".

No implica en lo mercantil una imposición de formalidad, debido a que en el Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 2104 expresamente dispone que a falta de póliza, la fianza se puede probar por la confesión de la afianzadora o por cualquier otro medio si hubiere principio de prueba por escrito.

El Artículo 2105 del Código Civil Decreto Ley 106 indica: "El fiador puede pedir que el fiado le garantice las resultas de la fianza:

1. Si el deudor está para ausentarse de la República.
2. Si el deudor ha sufrido menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de insolvencia.
3. Si hubiere temor justificado de que el deudor oculte o dilapide sus bienes.
4. Si el fiador ha sido demandado por el acreedor para el pago de la deuda.
5. Cuando el deudor se haya obligado a obtener el relevo de la fianza dentro de cierto plazo, y éste haya vencido".

El Código Civil Decreto Ley 106 preceptúa en el Artículo 2107: "La excusión no tiene lugar:

1. Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella.
2. Cuando se ha obligado solidariamente con el deudor.
3. En caso de quiebra o de cesión de bienes del deudor".

El Artículo 2108 del Código Civil Decreto Ley 106 indica: "Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste lo requiera para el pago y señalarle bienes realizables del deudor que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación".

El Código Civil Decreto Ley 106 regula en el Artículo 2109: "El fiador podrá hacer valer las excepciones contra el acreedor cuando correspondan al deudor, aunque éste las hubiera renunciado".

- b) Unilateralidad: debido a que una de las partes se obliga para con la otra que no contrae obligación alguna.

En el contrato de fianza la obligación que aparece para el fiador consiste en pagar la deuda, en caso de no hacerlo lo realizará el deudor principal.

"La fianza es un contrato unilateral accesoria o de garantía en que el único obligado es el fiador, el acreedor no contrae obligación alguna y en este contrato el deudor no forma parte".<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Vásquez Martínez, Edmundo. **Derecho mercantil**. Pág. 91.

Las obligaciones aparecen para con el acreedor, sin que contraiga obligación beneficio de aquel, o sea, que por este contrato aparecen obligaciones para el fiador en beneficio del acreedor de la obligación principal.

Además, se pueden pactar cláusulas en las cuales se establezcan obligaciones d el acreedor para con el fiador, y en ese momento el contrato sería bilateral. Ello sería el caso en el cual se pacta una contraprestación no dineraria en beneficio del fiador, lo cual es constitutivo de una obligación para el acreedor. Pero la naturaleza del contrato de fianza es que sea un contrato unilateral.

- c) Gratuito: un contrato es gratuito cuando busca la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen.

La posibilidad de que el fiador pueda encargarse de estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por ser fiador, se puede pensar que se trata de un contrato oneroso.

Cuando existe alguna remuneración del deudor para con el fiador, el contrato se vuelve oneroso y lo hace un contrato de seguro, debido a que el dinero recibido como remuneración se considera una prima.

El contrato de fianza en ningún momento puede tener similitudes con el contrato de seguro, debido a que sus características y naturaleza jurídica son completamente distintas.

En relación al acreedor existe una ventaja evidente, debido a que previo a la celebración del contrato de fianza, carece de una garantía personal para el cumplimiento de la obligación personal.

- d) **Accesorio:** supone la existencia de una obligación principal y por ende correrá con la misma forma de operar, lo cual implica que una vez extinguida comienza la obligación principal de la fianza.

La accesoriedad de la fianza se encuentra regulada dentro del contexto del régimen jurídico al cual se encuentra sujeto el Código Civil especialmente en el Artículo 2104: "Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es válida. Se exceptúa el caso en que la nulidad proceda de incapacidad personal del deudor, si el fiador tuvo conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse".

- e) **Transmisible:** en relación a la transmisibilidad de las obligaciones y derechos que surgen por la celebración del contrato de fianza, los mismos son transmisibles a sus herederos, es decir, que los mismos son transmisibles mediante la sucesión por causa de muerte.

Dentro del derecho romano, diversas instituciones como la sponsio y la fidipromissio no permitieron que las obligaciones y los derechos surgidos fueran transmitido a los herederos y con posterioridad la fideijusio les otorgó el carácter de transmisibles.

#### **4.4. Análisis legal del contrato mercantil de fianza y las obligaciones mancomunadas solidarias en la sociedad guatemalteca**

El término afianzar tanto en su acepción corriente como jurídica quiere decir responder por otro. La fianza consiste en una garantía personal de la obligación que se agrega a una relación ya existente o surgida al mismo tiempo, de forma que el fiador se coloca al lado del deudor y promete al acreedor responder también por su parte al deudor principal.

Por ello, se ha establecido que fianza es la obligación que el fiador o garante asume como deber directo frente a un acreedor de asegurar el cumplimiento de una obligación no propia, o sea de otro sujeto, denominado deudor principal.

La fianza es uno de los contratos de los cuales se ocupa tanto la legislación civil como la mercantil. De ello, deriva que la misma aparezca únicamente el Código Civil Decreto Ley 106 en el Artículo 2100 indicando que: "Por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra.

El fiador puede estipular con el deudor una remuneración por el servicio que le presta".

El Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala al ocuparse de la fianza, lo hace partiendo de la premisa de que sus disposiciones se aplican a las fianzas que otorguen las afianzadoras autoridad de acuerdo a las estipulaciones legales y lo regula en el Artículo 1024: "Aplicabilidad del contrato de fianza. Las disposiciones de este capítulo se aplicarán a las fianzas que otorgan las afianzadoras autorizadas de conformidad con la ley".



El Artículo 1025 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala señala: "Contenido. La fianza se hará constar en póliza que contendrá:

1. El lugar y la fecha de su emisión.
2. Los nombres y domicilios de la afianzadora y del fiado.
3. La designación del beneficiario.
4. La mención de las obligaciones garantizadas y el monto y circunstancias de la garantía.
5. La firma de la afianzadora, la cual podrá ser autógrafa o sustituirse por su impresión o reproducción".

Las afianzadoras son entidades que necesitan de autorización gubernamental para poder operar y que se encuentran sujetas al control de la Superintendencia de Bancos. Además, las mismas llevan a cabo sus actuaciones mediante una empresa de la cual son titulares y su actividad es la que permite que se confiera el carácter de comerciante o empresario mercantil a quien la ejerce de conformidad con lo regulado en el Artículo 2 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Comerciantes. Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

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

Por su parte, la comercialidad de las fianzas surge de la realización habitual y profesional por medio de una empresa y ello se ha tomado en cuenta como la realización de las fianzas mediante una empresa, implicando el concepto de onerosidad, debido a que ninguna empresa puede dedicarse a dar fianzas gratuitas, lo cual va contra el concepto propio empresarial.

En el caso del tema de las garantías de las obligaciones originadas en Roma y cuyo desarrollo permitió y dio lugar a distintos tipos de garantías contemporáneas.

Para los efectos del estudio del desarrollo histórico de la fianza, es de importancia hacer referencia únicamente a aquellas garantías de orden personal que se considera tienen una mayor importancia para el estudio de la legislación mercantil guatemalteca.

"En el derecho romano la fianza se concibe como una forma de solidaridad pasiva a través de la cual una persona prometía todo o parte de lo que otra prometió. Esa estipulación es además de solidaria, subsidiaria y fue la manera de garantías mayormente extendida y empleada en la época republicana".<sup>23</sup>

El acreedor podía encargarse de dirigirse por el total contra el deudor principal o bien contra el fiador. En dicho sentido únicamente existían dos limitaciones: la obligación del fiador que caducaba si la fianza se había prestado efectivamente en Roma y era también intransmisible a los herederos.

---

<sup>23</sup> Ibid. Pág. 65.

Después, apareció otra manera de fianza que desplazó a las anteriores y que no era otra cosa que una autorización similar a la que se prestaba por los dependientes para con ello asumir la responsabilidad por los actos de ellos.

Las características de este tipo de fianza son las siguientes:

- a) No podía llegar a obligar a más que la obligación principal.
- b) Como la fianza era referente a una deuda, era entonces posible afianzar cualquier clase de obligaciones existentes.
- c) Por tratarse de un iussum, no se presentaba novación por el cambio de acreedor, a pesar de la identidad del objeto.
- d) La obligación era completamente transmisible a los herederos y se extendía por el tiempo.

El régimen jurídico al cual se encuentra sujeto el contrato de fianza mercantil, permite destacar los siguientes efectos:

- a) En relación a la afianzadora: la obligación fundamental del fiador consiste en pagar la obligación garantizada, una vez que la misma sea exigible y no haya sido cumplida por el fiado. La afianzadora se obliga de manera solidaria y no goza de los beneficios de orden y exclusión de conformidad con el Artículo 1026



del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Prueba de la fianza. A falta de póliza, la fianza se probará por la confesión de la afianzadora, o por cualquiera otro medio, si hubiera un principio de prueba por escrito".

Si la fianza no es limitada, entonces la afianzadora se obliga no únicamente por la obligación principal sino por el pago de intereses, daños y perjuicios en caso de mora y gastos judiciales según el Artículo 2103 del Código Civil Decreto Ley 106: "El fiador puede limitar su responsabilidad constituyendo prenda o hipoteca. Si la fianza no fuere limitada, el fiador queda obligado no sólo por la obligación principal sino por el pago de intereses, indemnización de daños y perjuicios en caso de mora, y gastos judiciales. El fiador no responderá de otros daños y perjuicios y gastos judiciales, sino de los que se hubieren causado después de haber sido requerido para el pago".

El Artículo 1347 del Código Civil Decreto Ley 106 indica: "Hay mancomunidad cuando en la misma obligación son varios los acreedores o varios los deudores".

Las obligaciones anotadas no se extinguen por inactividad del acreedor según lo estipula el Artículo 1031 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "No extinción de obligaciones. Las obligaciones de la afianzadora no se extinguirán porque el acreedor no requiera judicialmente al deudor el cumplimiento de sus obligaciones, ni porque se deje de promover en el juicio entablado en contra del deudor".

- b) **Derechos de la afianzadora:** siendo los mismos cobrar la prima, reembolsar la totalidad que se haya pagado al hacerse efectiva la fianza y subrogarse en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor de acuerdo al Artículo 2114 del Código Civil estipula: "El fiador que paga o cumple la obligación del deudor en todo o en parte, tiene derecho a que éste le reembolse la totalidad de lo pagado. El fiador se subroga por el pago en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, pero cualquiera reducción o beneficio que hubiere obtenido del acreedor aprovechará al deudor y en consecuencia, no podrá exigirle más de lo que efectivamente haya pagado".

El Artículo 1029 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula: "Exigibilidad de contragarantía. La afianzadora sólo podrá exigir que el fiado o el contrafiador le aseguren el pago:

1. Cuando se hayan proporcionado datos falsos sobre la violencia del fiado o del, contrafiador.
2. Si se constituyó contragarantía real y el valor de los bienes disminuye de tal manera que fueren insuficientes para cubrir el importe de la obligación garantizada.
3. Si la deuda se hace exigible o se demanda judicialmente su pago.
4. Cuando transcurran cinco años, si la obligación no tiene señalado plazo de vencimiento o éste no deriva de su naturaleza misma.

Para los efectos del presente Artículo, la afianzadora podrá embargar bienes de sus deudores. El embargo se mantendrá hasta que la afianzadora queda relevada de su obligación o se constituya contragarantía suficiente".



- c) **El beneficiario: la legislación guatemalteca señala que tiene que solicitarse el pago de la fianza por escrito y de manera fundamentada y la afianzadora incurrirá en mora si no cancela dentro de diez días la fianza sin reafianzamiento y de treinta días en caso contrario de conformidad con el Artículo 1030 del Código Civil Decreto Ley 106.**

**El Artículo 1032 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Prórroga o esperas. Si el acreedor concede una prórroga o espera a su deudor, deberá comunicarlo a la afianzadora dentro de los cinco días hábiles siguientes. En cualquier momento la afianzadora podrá cubrir el adeudo, y exigir su reembolso al deudor, sin que este pueda invocar frente a la afianzadora la espera concedida por el acreedor"**

**Las fianzas que otorguen las afianzadoras tienen que documentarse de manera de pólizas, cuyo texto tiene que ser aprobado por la Superintendencia de Bancos. Además, las mismas consisten en un medio de prueba del contrato de fianza.**

**De acuerdo a la ley, la póliza debe contener determinados requisitos, los cuales se encuentran regulados en el Artículo 1025 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.**

**La fianza mercantil adopta en la práctica distintas modalidades: fianza de automovilista, la cual es la mayormente generalizada debido a que mediante la**

legislación se le exige a toda persona que obtenga licencia de manejar y asegura con ello las responsabilidades en que las personas pueden incurrir como consecuencia de conducir un vehículo, lo cual se refiere a una fianza de conducta y por ende le es aplicable lo dispuesto en el Artículo 1028 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Fianza de conducta. Si se otorga una fianza para responder de la conducta de una persona, el beneficiario podrá exigir el pago, cuando pruebe, por cualquier medio y sin que necesite declaración judicial, que el fiado ha incurrido en el acto o la omisión prevista en el contrato".

Por su parte, también es de importancia analizar la fianza individual de fidelidad que es la que abarca los casos en que el fiado, por sí o en convivencia con otro, robe, defraude, estafe, hurte o cometa otras actuaciones delictuosas contra la propiedad del beneficiario o bienes que éste le haya confiado. La fianza de fidelidad de mercaderías en consignación es igual a la anterior únicamente que se contrae a valores o mercaderías en consignación. La fianza abierta de fidelidad, comprende las responsabilidades que pueden resultarle a uno o varios empleados mencionados nominalmente en una relación que se adhiere a la póliza.

El contrato de fianza mercantil es aquél mediante el cual una afianzadora a cambio de una retribución denominada prima se compromete con el acreedor a dar respuesta a las obligaciones de otro denominado fiado, para el caso de que llegue a existir incumplimiento.



## CONCLUSIONES

1. El desconocimiento de que la fianza se fundamenta en el hecho de que toda obligación mancomunada solidaria, tiene siempre una trascendencia patrimonial y a su vez puede también convertirse en caso de incumplimiento en una deuda pecuniaria, en relación a ese incumplimiento, ha derivado en una obligación que no ha permitido resarcir los daños y perjuicios.
2. No se conoce que la fianza únicamente puede existir en relación a las obligaciones, debido a que la obligación principal se encuentra por lo general viciada y con nulidad absoluta, debido a que para que se constituya un contrato de fianza no únicamente es necesario que sea válido y que se conozcan las obligaciones mancomunadas solidarias, sino que se genera a su vez la nulidad del contrato accesorio.
3. Aunque el deudor no tiene participación alguna se beneficia con el acreedor y obtiene garantía para su obligación mancomunada solidaria, caso en el cual se toma en consideración que si el fiador recibe del deudor alguna contraprestación por el servicio prestado a éste, el contrato deja de ser gratuito para finalmente convertirse en oneroso y se pacta remuneración del acreedor y al fiador.



4. El antecedente de la fianza no se expresa en el acto mismo de afianzar y debido a ello el negocio de la fianza no permite lugar alguno a una acción en beneficio de quien hubiera cancelado la deuda, para la obtención del pago por parte del deudor principal o y únicamente puede emplearse como acción relativa al negocio que origina el contrato de fianza.



## **RECOMENDACIONES**

- 1. El gobierno de Guatemala, tiene que indicar el desconocimiento de que la fianza se debe fundamentar en que toda obligación mancomunada y solidaria tiene trascendencia patrimonial y puede llegar a convertirse en una deuda pecuniaria en caso de incumplimiento cuando el mismo pueda derivar de una obligación mancomunada solidaria no ha podido permitir el resarcimiento de los daños y perjuicios.**
- 2. La Superintendencia de Bancos, debe señalar que no se conoce que la fianza pueda existir en relación a las obligaciones, debido a que la obligación principal generalmente se encuentra viciada, y que para que pueda constituirse un contrato de fianza y para que el mismo sea válido, deberán conocerse las obligaciones mancomunadas solidarias sin generar la nulidad del contrato accesorio.**
- 3. Los beneficiarios tienen que dar a conocer que a pesar de que el deudor no tenga participación con que el acreedor se beneficie y aunque obtenga garantías para sus obligaciones mancomunadas, se deberá considerar que si el fiador recibe del deudor alguna contraprestación por el servicio prestado, el contrato mercantil deja de ser gratuito y se convierte en oneroso.**



4. El gobierno de Guatemala, debe indicar que la fianza no se expresa en el acto mismo de afianzar y ello debido a que el negocio de la fianza no puede permitir acciones en beneficio de quienes hayan cancelado sus deudas, para obtener el pago por parte del deudor principal y así se pueda emplear como acción relativa al negocio que origina el contrato de fianza.



## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Carlos Waldemar. **El contrato de fianza**. Guatemala: Ed. José de Pineda Ibarra, 1974.

BOLAFIO, León. **Derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1965.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Tirant lo de Blanc, 1976.

GÓMEZ BLANES, Pablo Aranzadi. **El principio de accesoriedad de la fianza**. Barcelona, España: Ed. Aranzadi, 2008.

LARA VELADO, Roberto. **Introducción al estudio del derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Universitaria, 1969.

LOZADA BUSTOS, Edgar. **Los contratos**. Bogotá, Colombia: Ed. Wilches, 1992.

MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1986.

MOLINA BELLO, Manuel. **El contrato**. México, D.F.: Ed. McGraw-Hill, 1994.

RODRÍGUEZ, Juan Pablo. **Contrato de fianza**. Buenos Aires, Argentina: Ed. La ley, 2003.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Instituciones de derecho mercantil**. Navarra: Ed. Thomson -Aranzadi, 2006.

SÁNCHEZ FLORES, Octavio Guillermo. **Derecho de obligaciones**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2001.

URÍA, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Aguirre, 1969.



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

VICENTE GELLA, Agustín. **Curso de derecho mercantil.** Buenos Aires, Argentina:  
Ed. La Académica, 1991.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho Mercantil guatemalteco.** Guatemala: Ed.  
Universitaria, 2002.

VIVANTE, Cesar. **Tratado de derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Reus, 1932.

**Legislación:**

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

**Código Civil.** Decreto Ley número 106 del Jefe de la República de Guatemala, 1963.

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

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