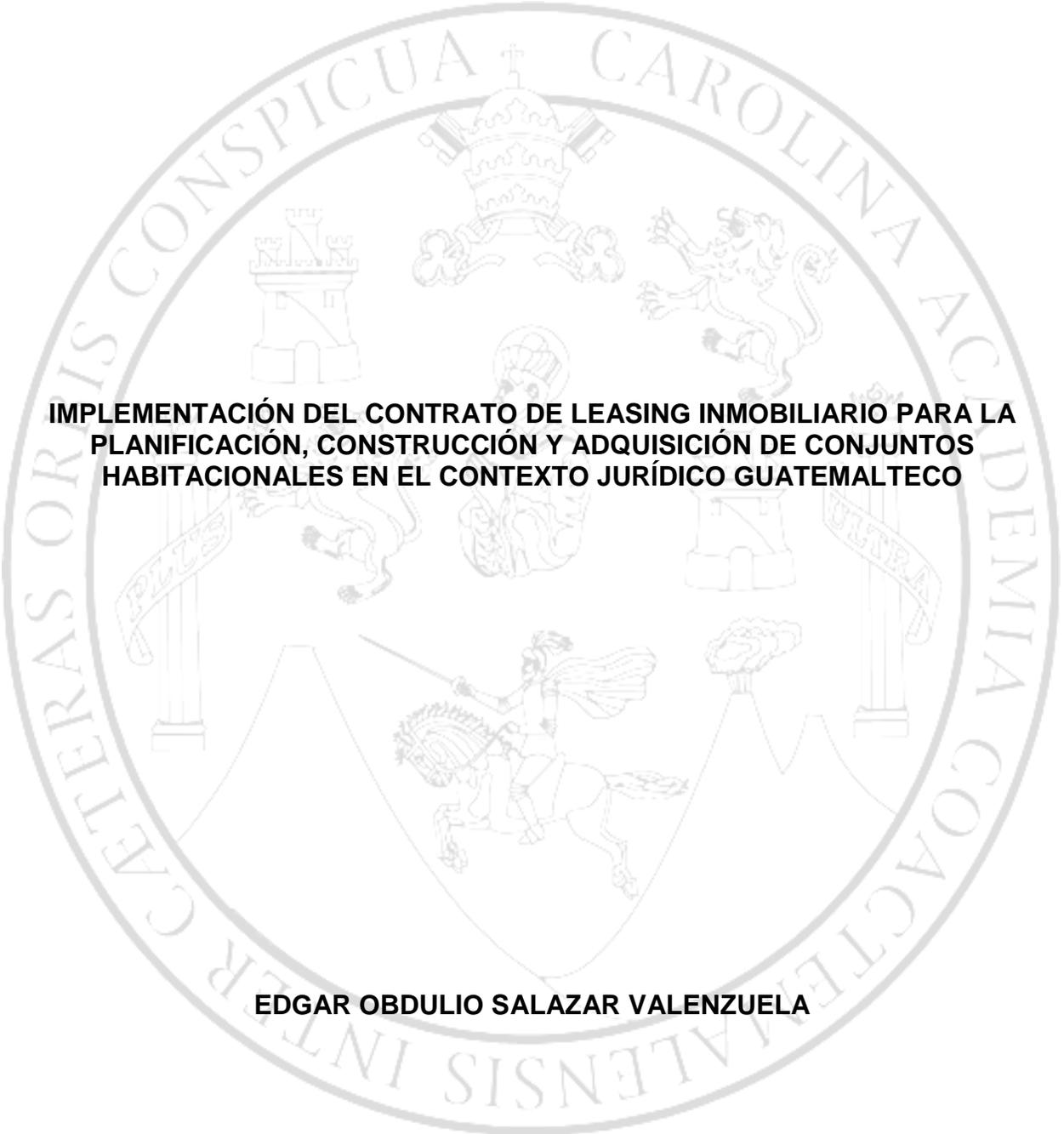


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a large, circular emblem. It features a central shield with a figure on horseback, a crown above, and various heraldic symbols. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin motto "CETERAS ORIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER".

**IMPLEMENTACIÓN DEL CONTRATO DE LEASING INMOBILIARIO PARA LA
PLANIFICACIÓN, CONSTRUCCIÓN Y ADQUISICIÓN DE CONJUNTOS
HABITACIONALES EN EL CONTEXTO JURÍDICO GUATEMALTECO**

EDGAR OBDULIO SALAZAR VALENZUELA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2020

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

**IMPLEMENTACIÓN DEL CONTRATO DE LEASING INMOBILIARIO PARA LA
PLANIFICACIÓN, CONSTRUCCIÓN Y ADQUISICIÓN DE CONJUNTOS
HABITACIONALES EN EL CONTEXTO JURÍDICO GUATEMALTECO**

TESIS

Presentación a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDGAR OBDULIO SALAZAR VALENZUELA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2020

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

VOCAL I en sustitución del Decano:

Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIO: M.S.c. Luis Renato Pineda

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. William Armando Vanegas

Vocal: Licda. Karim Rubi Arriaga Castillo

Secretaria: Licda. Sandra Elizabeth Giron Mejía

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Milton Roberto Riveiro González

Vocal: Licda. Nidia Magaly Ruiz Hernandez

Secretario: Lic. Maynor Leonel Florian Carbonell

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

DEDICATORIA

A DIOS: Por ser quien guía mi vida, por su gracia e infinita bondad, al permitirme alcanzar una meta más.

A MI MADRE: Gregoria Valenzuela Moya, el amor de mi vida, siempre te llevo en mi mente y corazón, esto es por y para ti, besos hasta el cielo mamá.

A MI PADRE: Raúl Salazar Flores, por haberme guiado por buen camino, inculcarme buenos principios y sus sabios consejos para ser un hombre correcto.

A MIS HERMANOS: Otto Ovidio Salazar Valenzuela, Ramiro González Valenzuela, Harminda González, Nohemí González, por sus oraciones, por el amor, apoyo, compañía constante y ejemplos para seguir adelante.

A MI FAMILIA: En general, tía Juana, primos, sobrinos, para que vean, que con esfuerzo y con empeño se pueden alcanzar las metas. Gracias por siempre darme su apoyo.

A MIS AMIGOS: Ana Silvia Revolorio, Mery Rocio Juaroz Salazar, Maria del Rosario Alvarado Andrade, Jorge Mario Chávez Carvajal, Valquiria Barrera, Dennis Castro, por días enteros de lucha y desvelos, por el conocimiento compartido y por la etapa de vida estudiantil que será inolvidable, a ustedes: Cristian Eduardo Valdez Santos, Sergio Ivan Valdez Santos por su cariño, comprensión y por compartir conmigo este triunfo.

A MI ASESOR: Edgar Armindo Castillo Ayala, por sus conocimientos profesionales, por asesorar con dedicación y esmero el presente trabajo de tesis.

A: La prestigiosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme permitido formarme en sus aulas, un agradecimiento especial.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, a la que prometo honrar en toda mi vida profesional.

PRESENTACIÓN

Cabe destacar que la investigación realizada es de tipo cualitativa y pertenece a la rama del derecho mercantil. Además esta se realizó conforme el contexto jurídico persistente en el territorio guatemalteco del año 2018 hasta el año 2019. Por su parte, como objeto de estudio se tuvo al contrato de leasing inmobiliario y como sujeto de estudio a la población guatemalteca en general, la que se le reconoce el derecho a la propiedad y a una vivienda digna.

Como aporte académico obtenido de la investigación realizada se plantea la necesidad de utilizar el contrato de leasing inmobiliario para la adquisición de conjuntos habitacionales, que se entiende a los fines del informe como viviendas, con base en el contexto jurídico guatemalteco; lo anterior en virtud de la naturaleza mercantil del referido contrato, por lo que tiende a predominar características y principios que permitan la agilidad y la rapidez de la transacción, y los propios rasgos financieros que implica para las partes, dentro del cual existirá una disminución de los riesgos que estos últimos corren, constituyéndose como una opción viable a los medios de financiamiento y adquisición de viviendas habituales que se emplean en la realidad guatemalteca.

HIPÓTESIS

La no existencia de la modalidad de contrato de leasing inmobiliario provoca un problema para la población al no poder adquirir una vivienda digna como una nueva alternativa de financiamiento, ya que en los últimos años existe una variedad de proyectos habitacionales. Esta figura de contrato aporta el beneficio de la adquisición de viviendas por parte de la población guatemalteca, por su naturaleza comercial, atipicidad y como un método de financiamiento se vuelve una alternativa viable a los medios usuales de crédito; por lo que es necesario motivar el uso del referido contrato a nivel nacional, como una opción jurídica y financiera idónea.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Es necesario destacar que la hipótesis fue contextualmente validada, por lo que se evidenció la necesidad de utilizar, en el contexto jurídico guatemalteco, el contrato de leasing inmobiliario para la adquisición de conjuntos habitacionales, viviendas, por cuanto la naturaleza mercantil del referido contrato permite una agilidad y rapidez en la transacción de los que otros medios jurídicos carecen. Además, la base financiera que promueve implica una disminución de los riesgos para las partes contratantes, constituyéndose como una opción viable a los medios de adquisición de conjuntos habitacionales y sus medios de financiamiento usuales a nivel nacional.

También se debe destacar que en la actividad investigativa se aplicó el método analítico para abstraer los puntos esenciales de la hipótesis planteada; así mismo se usó el método sintético para organizar lógicamente los resultados obtenidos de la investigación realizada. También se aplicó la técnica bibliográfica y documental para la recopilación de las fuentes legales y doctrinarias que sirven de sustento científico y legal de los resultados que se expondrán en el respectivo contenido capitular.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil como disciplina jurídica que regula la actividad comercial...	1
1.1. Antecedentes del derecho comercial	3
1.1.1. Consideraciones generales de las distintas etapas del derecho mercantil	4
1.1.2. Antecedentes del derecho mercantil guatemalteco	10
1.2. Definición de comercio como materia del derecho mercantil	13
1.3. El derecho mercantil como disciplina jurídica reguladora del comercio	17
1.4. En el comercio en el contexto de la administración pública de Guatemala....	20

CAPÍTULO II

2. El derecho civil guatemalteco y su concepción de la propiedad	23
2.1. El derecho civil como disciplina jurídica reguladora de las relaciones entre particulares.....	24
2.1.1. Etimología del término derecho civil	27
2.1.2. Definición del derecho civil como una exclusión de las materias autónomas.....	28
2.2. El derecho de la propiedad desde el enfoque teórico	29

Pág.

2.3. La propiedad con base en el ordenamiento jurídico nacional	32
2.3.1. Regulación constitucional	33
2.3.2. La propiedad en la regulación ordinaria	35
2.4. Los bienes inmuebles en el orden jurídico civil de Guatemala	37

CAPÍTULO III

3. Las obligaciones jurídicas en relación a los contratos mercantiles	39
3.1. Concepción jurídica de las obligaciones	40
3.2. De las partes en las obligaciones en relación al deber jurídico y el derecho subjetivo	44
3.3. El cumplimiento de las obligaciones por medio del acto del pago	45
3.4. El ámbito contractual mercantil guatemalteco	47
3.4.1. Las obligaciones mercantiles en general	48
3.4.2. Los contratos mercantiles	49

CAPÍTULO IV

4. El contrato de leasing inmobiliario para la planificación, construcción y adquisición de conjuntos habitacionales en el contexto jurídico guatemalteco	55
4.1. Definición de contrato de leasing	56
4.1.1. El leasing como un arrendamiento con opción de compra	56
4.1.2. Conceptualización general del leasing	59

4.2. Antecedentes del leasing	59
4.3. El leasing como un medio de financiación	60
4.4. El leasing inmobiliario.....	62
4.5. El leasing como un medio para motivar la adquisición de vivienda en el contexto jurídico guatemalteco	63
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	71
BIBLIOGRAFÍA	73

INTRODUCCIÓN

En el contexto jurídico guatemalteco se determina desde la propia base constitucional el deber del Estado de proteger, así como fomentar la propiedad privada y con ello la obtención de conjuntos habitacionales, es decir viviendas, que además deben de ser dignos para cualquier ser humano.

Existe para tal fin diversos métodos, desde el sector público y privado, para financiar esta adquisición del respectivo inmueble, no obstante se ha inobservado las ventajas y facilidades que el contrato, de naturaleza mercantil y atípico, denominado leasing inmobiliario puede proveer a la población en general, siendo necesario investigar tal extremo y establecer los beneficios que produce el adquirir viviendas mediante la relacionada figura contractual, siendo este el motivo por el que se escogió como tema de investigación.

Como hipótesis, con base en la cual se procedió a desarrollar la conducente actividad investigativa, se determinó que en el contexto jurídico guatemalteco existe una falta de utilización del contrato de leasing inmobiliario para la adquisición de conjuntos habitacionales, es decir viviendas, parte de los miembros de la sociedad guatemalteca, a pesar de los beneficios que implica a nivel legal, debido a su naturaleza comercial y atipicidad, y a nivel financiero, sirviendo de alternativa viable a los medios usuales de financiamiento; siendo necesario motivar la utilización del referido contrato a nivel nacional. Cabe señalar que la hipótesis planteada fue contextualmente validada.

Como objetivo general de la investigación se planteó el encontrar los fundamentos jurídicos y legales que sustenten la respectiva hipótesis, determinando los motivos por los cuales es necesario la utilización del contrato de leasing inmobiliario para la adquisición de conjuntos habitacionales. Por su parte entre las teorías que fundamentan la investigación se encuentran la del bien común como fin de todo Estado así como la vivienda digna como un derecho fundamental. Entre términos a destacar se encuentra el de contrato, propiedad y leasing.

El contenido del informe se estructuró así: en el capítulo uno, regula las bases generales del derecho mercantil; en el capítulo dos, se desarrolla lo relativo al derecho a la propiedad desde la perspectiva del ámbito del derecho; en el capítulo tres, se aborda lo referente a las obligaciones jurídicas y los contratos mercantiles; finalmente en el capítulo cuatro, se expone lo referente al contrato de leasing así como del contrato de leasing inmobiliario, determinando los motivos de porque en el contexto jurídico nacional debe de utilizarse para la adquisición de conjuntos habitacionales.

En la investigación se aplicó el método analítico para abastecer los puntos esenciales de la hipótesis planteada, así mismo el método sintético para ordenar racionalmente los resultados de la investigación; se utilizaron las técnicas bibliográfica y documental.

Se debe señalar que no existe una implementación del contrato de leasing inmobiliario para la adquisición de conjuntos habitacionales por lo que debe de motivarse este tipo de contrato dentro del contexto jurídico nacional para que la población guatemalteca pueda contar con una vivienda digna.

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil como disciplina jurídica que regula la actividad comercial

Todo Estado moderno se organiza para la protección de la persona, siendo esta la unidad mínima de la sociedad que integra a esa construcción política. En tal sentido las distintas esferas que integran el aparato estatal, sea la económica o política entre otras, buscarán crear un ambiente propicio para el desarrollo integral de esa unidad social mínima. Esto también sucede en la esfera del derecho, puesto que el sistema jurídico y legal que lo integra buscará preceptuar y garantizar todos los aspectos necesarios para que la persona posea un adecuado crecimiento en todos los aspectos de su realidad. Tal situación es la que plantea la finalidad estatal del bien común, la cual buscará una situación de bienestar generalizado en donde siempre se propicie la mejoría de condiciones, incluyendo las económicas.

Lo argumentado con anterioridad encuentra su fundamento jurídico en la máxima norma del sistema legal guatemalteco, la Constitución Política de la República de Guatemala, que en su Artículo 1 preceptúa lo siguiente: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.”

Ahora bien, es una aseveración categórica que la carta magna guatemalteca se encarga de organizar jurídica y políticamente al Estado, por lo que si en ella se plantea la protección de la persona y la realización del bien común, tal extremo deberá de ser observado por cada parte del aparato estatal.

Debe de considerarse además que el Artículo 2 también de la Constitución Política de la República de Guatemala regula lo siguiente: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.” Por tanto no es un equívoco asegurar que es un objeto y fin estatal el buscar una expansión de toda aquella actividad que permita cumplir con su deber de garantizar cada uno de los aspectos que en la carta magna se establece, concretamente los del Artículo constitucional citado.

Toda la exposición de ideas hasta aquí desarrolladas sirve como sustento a la actividad comercial dentro del territorio guatemalteco, puesto que dentro de los aspectos que deben de procurarse para la protección de la persona se encuentra el económico, siendo la actividad comercial un excelente medio para impulsar un crecimiento en ese ámbito, lográndose así mismo crear una situación idónea para seguir en la perpetua realización del bien común, puesto que un sector socioeconómico medio predominante, dedicándose a una actividad lítica que a su vez proporciona ingresos a las arcas estatales, mediante los pagos fiscales correspondientes, plantea una situación general de bienestar en la población guatemalteca.

Además, para cumplir los deberes y garantizar todo lo que el precepto constitucional previamente citado establece, en especial el desarrollo integral, es necesario motivar el auge y crecimiento exponencial de cualquier actividad que lo permita, destacándose dentro de estas al comercio. Tal actividad, realizada conforme los parámetros legales, influye de forma positiva en todas las esferas sociales, considerándose por tanto un medio idóneo para el crecimiento económico integral de Guatemala.

Ahora bien, si desde la base general de la organización política y social de Guatemala el comercio puede encontrar un respaldo y protección, ello también implica que debe de existir una disciplina jurídica que se encargue de regular todos los aspectos de trascendencia y relevantes para el derecho, siendo esta rama la del derecho mercantil, también denominada como derecho comercial. Es precisamente esta ramificación del derecho, de naturaleza privada, que se encarga de regular todo lo relativo a la actividad comercial, a nivel general y guatemalteco.

Pues bien, debido a los elementos esenciales del tema que fue investigado y cuyos resultados se expondrán en el informe, es necesario destacar determinados aspectos de la rama jurídica referida en el párrafo anterior, el derecho mercantil, lo que procederá a realizarse en los siguientes puntos, anotándose tanto los aspectos doctrinarios relevantes como lo legales, siempre desde la base jurídica nacional.

1.1. Antecedentes del derecho comercial

El materialismo histórico propuesto por grandes pensadores como Karl Marx y Friedrich Engels determina que el devenir histórico de la humanidad, conforme la base económica de cada etapa, puede dividirse a grandes rasgos en un período primitivo, uno esclavista, el feudal y el capitalista, que sería el vigente hasta la actualidad.

Ahora bien, los anotados padres del comunismo y el socialismo si bien plantean su visión histórica con una orientación ideológica, lo cierto es que dejan entrever una actividad predominante desde el principio del ser humano y la sociedad organizada, siendo esta el comercio. Así en la etapa primitiva se comerciaba mediante la actividad del trueque,

mientras que la esclavista y feudal el objeto del comercio eran las personas y las tierras, respectivamente, mientras que la capitalista es la fuerza de trabajo el principal objeto de comercio. En cualquier caso el individuo y la población siempre han buscado satisfacer sus necesidades a través de todos los medios posibles, respaldándose para esto, entre otras actividades, al comercio.

Ahora bien, se debe de anotar ciertos puntos importantes de los antecedentes del derecho mercantil, tanto a nivel generalizado como a nivel nacional, para esclarecer los motivos que impulsaron su individualización y autonomía, lo que se procederá a realizar en los siguientes apartados.

1.1.1. Consideraciones generales de las distintas etapas del derecho mercantil

El derecho mercantil surge como un resultado lógico del desarrollo de una actividad humana destacable, como lo es el comercio. Debe de recordarse que el derecho en cuanto ciencia posee como materia solo aquellas asuntos con relevancia jurídica, puesto que un Estado en donde se pretende regular todo aspecto de la vida humana en sociedad creará una situación insostenible en donde prevalecerá los equívocos legales y una normativa casuística perjudicial al desarrollo integral de la persona.

Ahora bien, el comercio si constituye una actividad con relevancia jurídica y social suficiente para ameritar que se regule de forma general en el ordenamiento jurídico nacional de cualquier estructura política. Cabe resaltar, por lo tanto, que para comprender al derecho mercantil es necesario relacionar el propio desarrollo de la actividad comercial.

En ese sentido puede sostenerse que “la actividad comercial, entendida en su concepto económico como intermediación en la distribución de la producción, y la industrial, transformación de la riqueza, nacen y se desarrollan con el hombre mismo, siempre marcado por la constante búsqueda de negocios y riqueza. Tales circunstancias nos permiten afirmar que el derecho comercial es una categoría histórica, por ser el fruto de ciertas circunstancias históricas y económicas que producen su aparición como rama separada por insuficiencia del derecho común, desbordado por las necesidades del comercio.”¹

Ya se ha referido con anterioridad que el comercio como tal surge de la propia actividad de trueque, acorde a la cual se intercambiaba una mercancía por otro, conforme una ley implícita de equivalencia de intercambio aceptada por las tribus primitivas. Esta figura se volvió obsoleta de forma relativamente temprana conforme fue ampliándose y creciendo la población y las mercancías producidas. Surge así figuras como la moneda y la valorización de los bienes conforme un valor que se le consideraba intrínseco a otro bien que servía de base al sistema, en este caso los denominados metales preciosos como el oro, la plata o el bronce.

Además no solo el sistema en base a moneda y metales preciosos que constituyó un cambio en el comercio, también la forma de transportar la mercancía permitió que se extendiera las relaciones comerciales entre distintas civilizaciones. Si una actividad se extiende lo suficiente y posee un impacto social considerable, especialmente en la esfera económica, es usual que motive a una regulación legal, independientemente del sistema

¹ Pisani, Osvaldo. **Elementos de derecho comercial**. Pág. 6.

jurídico que se posea, por ejemplo ya sea que un individuo con autoridad suprema emita esas normativas o un órgano o entidad designando. Ese fue el caso de la actividad comercial cuya extensión fue tal que amerito que se comenzará a emitir normas que regularán sus generalidades.

Puede parecer, no obstante, que lo sostenido en el párrafo anterior puede parecer una mera construcción racional, sin embargo cabe señalar que “A modo de ejemplo podemos citar el Código de Hammurabi, en la antigua Babilonia, que regulaba entre otros institutos las sociedades, el depósito y las operaciones bancarias. También encontramos regulaciones sobre contabilidad en la antigua China al igual que normas sobre derecho marítimo en el derecho griego, helénico. En el derecho romano y a pesar del amplio desarrollo de sus institutos jurídicos, fuente indiscutible de nuestra legislación civil, no se conoció la existencia de un derecho mercantil desarrollado.”²

Ya desde la época del hombre prehistórico y a raíz del abandono del nomadismo y la aparición de la agricultura, surge el comercio en forma de exceso de producción derivado de ello existen pues distintos precedentes a un derecho mercantil, tanto en las primeras civilizaciones e imperios humanos.

Esta tendencia, como se ha venido afirmando reiteradamente dentro del punto, se debe precisamente por la gran relevancia que el comercio implica para la sociedad en general, constituyendo una conducta humana fundamental para el buen desempeño dentro de la esfera política, como económica y jurídica.

² **Ibíd.** Pág. 7.

Es claro que así como el derecho en general se desarrolló, también lo hizo el derecho mercantil, prueba de ello es lo relativo a los cuerpos normativos denominados como Ley Mercante o Ley del Comerciante, de los que cabe anotar que “surgen en los siglos XIII Y XIV en Europa, constituida por costumbres comerciales, jurisprudencia que surgía de la resolución de conflictos mercantiles, las que junto con otras normas que regulaban actividades relacionadas a la comercialización e industrialización de productos fueron posteriormente agrupadas en recopilaciones, llamadas estatutos.

Este fenómeno fue una consecuencia de la necesidad que existió de regular la incipiente actividad mercantil que comenzaba a operar en Europa, que empieza a recuperarse del resquebrajamiento político y jurídico producido por la caída del Imperio Romano de Occidente. Esta actividad que se desarrollaba en los mercados locales, primero, y en las ferias, que convocaba a concurrencias más allá de las fronteras locales, después, requería la aplicación de normas que permitieran agilidad en su funcionamiento y en los negocios que allí se celebraban y celeridad en la solución de cualquier conflicto.”³

Cabe recalcar que dichos estatutos creados, que constituían la Ley Mercante, posteriormente pasarán a ser de aplicación general en la estructura política correspondiente, debido a que en la época predominaban figuras políticas como los imperios o principados entre otros. Un claro ejemplo de esta aplicación generalizada es lo relativo al Consulado del Mar que correspondía a la zona del puerto de Barcelona y que posteriormente se utilizó para regular el tráfico marítimo Mediterráneo.

³ **Ibíd.**

Posteriormente y luego de lograr cierta consolidación política y jurídica a nivel global, surgiendo de forma definitiva la figura del Estado, se buscó consolidar toda la regulación mercantil en cuerpos normativos concretos, que sirviesen de base jurídico para esta actividad. “En este sentido puede relacionarse lo relativo a Francia, durante el reinado de Luis XIV, con las Ordenanzas de 1673 para el comercio terrestre y las de 1681 para el comercio marítimo, conocidas como Ordenanzas de Colbert, en homenaje a su inspirador, y en España las Ordenanzas de Bilbao del año 1737.”⁴

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

No obstante los ejemplos referidos en el párrafo anterior, lo cierto es que dichos cuerpos normativos nunca lograron tener el impacto que las entidades que los emitían buscaban, por lo que se requirió no solamente de una corriente del pensamiento jurídico sino de un movimiento ideológico para lograr la consolidación de cuerpos legales unificados que regirán la generalidad de la materia mercantil en la respectiva estructura política, siendo este movimiento el de la codificación, propio también de los movimientos liberales, republicanos y constitucionales.

Estos denominados códigos buscaban evitar cualquier equívoco al reunir en un solo cuerpo legal todos los aspectos relevantes de una disciplina jurídica, incluyendo en este caso la mercantil.

⁴ **Ibíd.** Pág. 8.

Esta época de codificación, como se le denomina, surgen cuerpos legales centralizados para las distintas ramas jurídicas, como mejores o peores resultados, pero cuyas secuelas persisten hasta hoy en día.

En relación a esta época cabe resaltar que “el primer Código de Comercio que se dictó destinado a regular la actividad mercantil, fue sancionado en Francia en 1807 y comenzó a regir el uno de enero de 1808. Aunque no fue bien conceptuado, la doctrina comercialista destaca la importancia que tuvo en la evolución del derecho comercial, por ser el primero que calificó la materia comercial describiendo los actos y conductas que la ley considera comerciales.

Este modo de conceptualizar la materia comercial por descripción del acto que se considera comercio, con independencia del sujeto que lo realiza, se conoce como método o sistema objetivo.

Este primer código inició una tendencia hacia la codificación, que fue seguido, utilizando criterios similares, por países como España, en donde Fernando VII promulgó el primer Código de Comercio el 30 de mayo de 1829, el de Holanda promulgado para Bélgica y Holanda, Reino de los Países Bajos, el 23 de marzo de 1826, y también el de Portugal, sancionado por ordenanza del 28 de septiembre de 1833. También fue un antecedente el primer Código de Comercio argentino.”⁵ Esta corriente de codificación persiste en la actualidad y cabe mencionar los distintos códigos que conforman el ordenamiento jurídico guatemalteco, destacándose, el Código de Comercio de Guatemala.

⁵ **Ibíd.** Pág. 9

Ahora bien, existe también una serie de antecedentes en relación al derecho mercantil a nivel nacional, los cuáles serán desarrollados de forma suficiente en el siguiente punto, tomando nota solo de los aspectos relevantes.

1.1.2. Antecedentes del derecho mercantil guatemalteco

La historia de Guatemala, usualmente dividida en época prehispánica, colonial y moderna, se ha caracterizado por la adopción de las corrientes y figuras que predominaban en cada una de las distintas épocas del devenir histórico de la humanidad, así en la época prehispánica las culturas olmecas y mayas, así como sus derivados, empleaban mayoritariamente la figura del trueque, mientras que en la época de la colonia se aplicaban las mismas normativas que rigiesen en el territorio español.

Siguiendo la anterior línea de ideas, cabe recalcar que posterior a la época de la colonia, cuando Guatemala estaba en ese período de transición entre colonia española al Estado independiente también se sumó a la corriente de codificación, por lo que comenzó a emitir sus propios códigos encargados de regular de forma específica las generalidades de la materia mercantil, es decir, la actividad comercial.

Ahora bien, debido a las tendencias monopolistas que poblaron al Estado guatemalteco a finales del siglo decimonónico y durante la mayoría del siglo XX, tales regulaciones eran sumamente amplias en cuanto su materia y buscaban impedir cualquier limitante a la autonomía de la voluntad de las partes.

En la mayoría de las legislaciones, una relación se considera comercial, y por tanto sujeta al derecho mercantil, si es un acto de comercio el derecho mercantil actual se refiere a estos actos, de los que lo son intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante (sistema objetivo); sin perjuicio de ello, existen ordenamientos jurídicos en que el sistema es subjetivo, en base a la empresa, regulando tanto su estatuto jurídico, como el ejercicio de la actividad económica, en sus relaciones contractuales que mantienen los empresarios entre ellos y con terceros.

En concreto, puede resaltarse que “Guatemala, al igual que el resto de los dominios españoles de América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli. La Recopilación de Leyes de Indias, la Leyes de Castilla, las Siete Partidas y la Ordenanza de Bilbao, para citar las más conocidas, contenían normas destinadas al comercio. La Capitanía General del Reino de Guatemala estaba sujeta al Virreinato de la Nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante las insistencias de los comerciantes de la Capitanía, se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por Real Cédula del 11 de diciembre de 1793.

Al suceder la independencia política de Centro América no se dio como consecuencia una legislación propia. Las Leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años, acaeciendo un estancamiento legislativo guatemalteco debido a la coyuntura política que existió entre conservadores y liberales. Sin embargo, tal situación se prolongó hasta la Revolución de 1871, iniciándose una nueva etapa en el ordenamiento jurídico nacional en donde debe recibir especial atención el Código de la Revolución de 1871.

Además en el año de 1877, al promulgarse los nuevos código de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una leyes especial de enjuiciamiento mercantil.”⁶

Ciertamente el derecho mercantil guatemalteco posee una larga trayectoria, sin embargo ello no implica que siempre haya estado en constante evolución, ya que la propia problemática política del Estado ha provocado un estancamiento jurídico generalizado.

Ahora bien, fuese contraproducente que un cuerpo legal emitido en el año de 1877 estuviese vigente en la actualidad, puesto no se abocaría a los avances jurídicos que se han logrado en el último siglo y medio, siendo que a diferencia de los cuerpos legales de otra naturaleza jurídica, como la constitucional, el ámbito del derecho mercantil se encuentra en constante modificación debido a su perpetuo objetivo de garantizar la celeridad y efectividad de la actividad comercial.

Por tanto, con base en lo sostenido en el párrafo anterior, es procedente seguir con los antecedentes generales del derecho mercantil guatemalteco, para lo cual debe anotarse que “El Código de 1877 fue sustituido por el Código de Comercio de Guatemala de 1942, que era prácticamente una refundición suya. Este último fue emitido mediante Decreto 2946 del Presidente de la República como una mejor sistematización mercantil, sirviendo a la vez como un medio de reunión en un mismo cuerpo las leyes dispersas del ámbito comercial nacional, observándose principalmente las convenciones internacionales en materia de letra, de cambio, de pagaré, y cheque.

⁶ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I. Pág. 12.

Finalmente, es emitido en el año de 1970 el Código de Comercio de Guatemala, mediante el Decreto 2 -70 del Congreso de la República de Guatemala. Es un instrumento moderno adaptado a la nueva necesidad de tráfico comercial de Guatemala, tanto en el aspecto nacional e internacional, y busca la unificación legislativa que hiciera viable un movimiento comercial que generaría el llamado mercado común centroamericano, tomando en cuenta otros códigos de Centro América especialmente el de Honduras.”⁷

Con lo expuesto en el apartado se considera suficientemente abordado no solamente el tema de los antecedentes del derecho mercantil guatemalteco sino del derecho mercantil en general, por lo que se hace necesario abordar la materia del derecho mercantil, es decir, la actividad comercial en concreto, lo que se realizará en el siguiente punto.

1.2. Definición de comercio como materia del derecho mercantil

Para comprender la actividad comercial se hace imprescindible entenderla como una actividad intrínsecamente económica que realiza el ser humano en sociedad. Dos aspectos se desprenden de la anterior afirmación, primero que el comercio posee una relación de género y especie con la actividad económica, pudiéndose resumir tal relación desde un enfoque lógico al afirmar que toda actividad comercial es una actividad económica pero no toda actividad económica es una actividad comercial. Y segundo, el comercio no es un acto individual, debiéndose de realizar como una consecuencia de una interacción con otros individuos.

⁷ **Ibíd.** Pág. 13.

Ahora bien, toda actividad económica se realiza con el fin de satisfacer una necesidad, no solamente las básicas sino todas aquellas que la sociedad y la civilización puedan generar, sirviendo precisamente el comercio para satisfacer tal situación. No obstante, exista una particularidad de la actividad comercial y es el ánimo de lucro, el cual implica que el comerciante no busca solamente satisfacer una necesidad, en un intercambio equivalente de inversión y venta, sino que pretende aumentar el patrimonio de este, el cual cabe resaltar es la personificación del individuo dedicado al comercio.

En cuanto al comercio como una actividad económica cabe resaltar que estas últimas “se encuentran relacionadas con la existencia y desarrollo del ser humano, están asociadas con la subsistencia y bienestar de la humanidad o incluso con su malestar. En este sentido, todas las personas han realizado y realizan actividades económicas. Para llevar a cabo cualquier tarea social, primero, las personas satisfacen sus necesidades vitales y para ello deben producirse y adquirirse los bienes materiales.

Por eso se dice que la actividad económica está en la base de la sociedad y que la economía tiene un aspecto práctico y otro teórico. El primero se refiere a la actividad diaria, a la relación económica y social que en la realidad se desarrolla. El segundo, su aspecto teórico y científico, que se va desarrollando paulatinamente, a través de un transcurso intelectual, lógico, basado en la actividad cotidiana.”⁸

La actividad comercial es intrínsecamente económica y esta es realizada por ciertos individuos que se considerarán comerciantes, según lo determine el ordenamiento

⁸ Hernández Andrade, Jorge Fidel. **Introducción a la economía**. Pág. 17.

jurídico de cada Estado. En el caso de Guatemala, conforme el Artículo 2 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República, se determina lo siguiente en relación a la calidad de comerciante: “Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

1º La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.

2º La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.

3º La Banca, seguros y fianzas.

4º Las auxiliares de las anteriores.”

Ahora bien, el precepto legal previamente citado determina de forma expresa que actividades de realizarse ameritan la calificación de comerciante a quien las ejecute, destacándose debido a que son sumamente amplias desde el enfoque conceptual, pudiéndose especificar en un sin número de actividades concretas, por lo que ciertamente se motivada desde la base jurídica-conceptual mercantil de Guatemala al comercio.

Además, un elemento que si es común a todas las actividades comerciales es el ánimo de lucro perseguido por el comerciante, puesto que de no existir esto puede ser

conceptualizado con base a otras figuras jurídicas que no poseen el lucro como una finalidad, no obstante no es necesario traerlas a colación.

También cabe resaltar que los comerciantes pueden ser individuales y sociales, siendo que el primero responde a lo que desde el enfoque jurídico se denomina como persona física, es decir al individuo, y los segundos son la personificación de la voluntad de una o más personas que desean realizar una actividad comercial lucrativa pero con una forma societaria, denominadas a estas como personas jurídicas, es decir un abstracto jurídico producido por la consolidación de distintas voluntades, con un fin superior.

Cabe resaltar que aunque parezca contradictorio conforme los criterios jurídicos generales de las personas jurídicas, y por tanto de las sociedades, si existen en la actualidad personas sociales de un individuo, denominadas Sociedades de Emprendimiento, creadas por la Ley del Fortalecimiento al Emprendimiento, Decreto 20-2018 también del Congreso de la República de Guatemala. Estas últimas se crean para buscar fomentar aún más el comercio a nivel nacional, pudiendo una persona abocarse a la estructura social y los beneficios que esta conlleva.

Existen entonces comerciales individuales y sociales, los cuáles se dedican a cualquiera de las actividades que se regulan en el Artículo 2 del Decreto 2-70, Código de Comercio de Guatemala. Ahora bien, si desde el enfoque legal la actividad comercial, y por tanto la materia del derecho mercantil, se encuentra regulado en ese precepto legal previamente enunciado, citado y analizado, desde el enfoque teórico puede definírsele de forma aún más amplia y por tanto aplicable a cualquier sistema legal.

Al respecto cabe señalar, verbigracia, que por comercio se entiende a “todo acto que realiza o facilita una interposición en el cambio.”⁹ En ese sentido, el término cambio hace referencia al intercambio de bienes o servicios por el pago de un precio, por lo que comercio es todo lo que facilita ese tipo de transacciones.

Por otra parte, también puede definirse al comercio como “todo acto o hecho jurídico de interposición económica determinando por la especulación.”¹⁰ Esta definición atiende a una conceptualización comercial más avanzada, en donde el valor de los bienes o servicios se determina gracias a un proceso predictivo de índole racional, que busca mediante el análisis de ciertos datos la valorización de las transacciones y los objetos de esas transacciones, siendo comercio todo lo relacionado a esta actividad.

Habiéndose establecido lo que se entiende por materia mercantil es necesario proceder a desarrollar lo relativo a la rama jurídica que se encarga de su regulación, cuyos antecedentes también ya han sido abordados previamente, debiéndose de adelantar que esta disciplina es propia del derecho privado.

1.3. El derecho mercantil como disciplina jurídica reguladora del comercio

El derecho es una rama del conocimiento humano sumamente amplia, que se caracteriza por su dificultad para sintetizar todo aquello que pueda ser jurídico, siendo que no es que exista una falta de elementos para incorporar en la definición sino una cantidad considerable de estos, toda vez es todavía una labor actual determina el ser del derecho.

⁹ Rocco, Alfredo. **Principio del derecho mercantil**. Pág. 9.

¹⁰ Bolaffio, Mario. **Concursos y quiebras**. Pág. 13.

Ahora bien, mientras que una definición general de derecho no es una labor que persiste en la actualidad y para la cual debe de tomarse en consideración distintos ejemplos y elementos esenciales, el definir una disciplina jurídica específica presenta menos dificultades, puesto que puede circunscribirse de forma concreta su objeto de estudio y regulación, siendo este el caso del derecho mercantil.

Ahora bien, como ya se anotó existen muchas formas a través de las cuáles definir el ser del derecho, sin embargo es pertinente mencionar algunas a fin de tener la base suficiente para comprender de forma concreta al derecho mercantil. En tal sentido cabe primero señalar que por derecho, desde un enfoque amplio, puede entenderse a la disciplina del conocimiento humano que tiene por fin el estudio y la regulación de la conducta humana en sociedad.

La definición de derecho señalada en la página anterior es sumamente general, por lo que es necesario traer a colación otra definición que concreten en determinados puntos intrínsecos del ser del derecho.

Al respecto debe anotarse que por derecho se entiende “a un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerar las soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica.”¹¹ Es decir que son normas sociales de conducta dictadas por una autoridad para ser cumplidas, así mismo poder resolver los problemas de una forma justa que de acuerdo a lo ocurrido a través de la historia se puedan cumplir en la actualidad.

¹¹ Villoro Toranzo, Miguel. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 127.

Por otra parte, por derecho puede entenderse “al orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.”¹²

Sin que realmente se presente la definición como tal, siempre cabe señalar el enfoque respecto al ser del derecho de la escuela tridimensional, cuyo creador y principal exponente Luis Recasens Siches proponía que la esfera jurídica se componía de conducta humana, valor y norma.

Con todas las anteriores definiciones y posturas previas cabe replantear la primera definición de derecho expuesta y afirmar que es la ciencia que mediante principios, doctrinas, instituciones y normas jurídicas, con base en una valoración previa, busca regular la conducta de la sociedad, buscando orientar está a un fin determinado conforme los criterios ideológicos del aparato estatal. Este último elemento teleológico se anota a raíz del uso al que se le da al derecho dentro de una estructura y organización política, tomándose en cuenta que en un Estado liberal el fin del derecho será promover los aspectos propios de la ideología liberal, por anotar algún ejemplo.

Es procedente entonces establecer le definición propia de la disciplina jurídica denominada derecho mercantil. Previo a ello cabe resaltar que a esta rama se le conoce como derecho comercial. Con la anterior anotación en cuenta puede sostener que el

¹² García Máynez, Eduardo. **Filosofía del derecho**. Pág. 135.

derecho mercantil es “la rama del derecho que se ocupa de regular las conductas, comportamientos, sujetos e instituciones que conforman la actividad comercial o mercantil. Así mismo es el conjunto de normas jurídicas que rigen y regulan la materia o actividad comercial.”¹³

En una integración entre las definiciones de derecho en general y la propuesta en relación al derecho mercantil puede afirmarse que por esta última se entiende a la rama del derecho privado que mediante principios, doctrina, instituciones y normas jurídicas busca regular todo lo relativo al comercio, entendiendo esta última como una conducta humana eminentemente social y de gran relevancia para el desarrollo de la población, orientando está al cumplimiento de los parámetros y finalidades propias del Estado, como lo son los fines y deberes del aparato estatal guatemalteco de protección a la persona, cuidado a la familia y la realización del bien común.

Habiéndose desarrollado de forma suficiente lo relativo a la definición de derecho mercantil, es necesario abordar un último punto del capítulo, relativo al derecho mercantil en el fuero de la administración pública.

1.4. En el comercio en el contexto de la administración pública de Guatemala

La administración pública es el manejo adecuado, efectivo y eficiente de los recursos del Estado, constituyendo también una función primordial del aparato estatal que le corresponde al Organismo Ejecutivo de Guatemala. Ahora bien, la mencionada entidad

¹³ Pisani. **Op. Cit.** Pág. 5.

fundamenta todos sus actos en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que cabe señalar que el Artículo 43 de la referida carta magna determina como un derecho humano individual primordial la libertad de comercio, por lo que debe de establecer al ambiente idóneo para que esta se desarrolle y en su caso promoverla.

En tal sentido es función del Ministerio de Economía promover el comercio, como lo determina el Artículo 32 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, preceptúa en lo conducente: “Le corresponde hacer cumplir el régimen jurídico relativo al desarrollo de las actividades productivas no agropecuarias, del comercio interno y externo...”

Corresponde al mencionado Ministerio de Economía el promover el comercio y este junto con otras entidades, como la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor por anotar alguna, buscarán el correcto desarrollo de la actividad comercial a nivel nacional, lo cual no constituye un extremo que debe de obviarse.

CAPÍTULO II

2. El derecho civil guatemalteco y su concepción de la propiedad

Al verificar los términos que componen el título del informe se puede abstraer el tema que abarcará, de forma sintética, el capítulo, puesto que previo a ahondar en la temática contractual y del contrato mercantil en concreto cuyo relación con la adquisición de bienes motivo del informe, es necesario establecer ciertas generalidades del derecho civil y lo relativo al derecho de propiedad.

Cabe señalar que el derecho de propiedad es tan antiguo como el comercio y la civilización misma, aún más cabe señalar que el ser humano previo a constituir sociedades debidamente organizadas ya alegaba, mediante el uso de la fuerza física, la pertenencia de ciertos bienes e incluso individuos, oponiéndose por cualquier medio a la apropiación por otras personas. Tal situación es lo que el connotado jurista Francesco Carnelutti denomina como un estado de guerra, en donde la capacidad de imponer su voluntad sobre el resto de ser humanos radica en la violencia que es posible ejercer sobre ellos, una situación a la que el referido jurista califica como insostenible y la cual viene a ser resuelta por el derecho, incluso en sus etapas más primitivas y supersticiosas.

Por su puesto, la propiedad es un tema sumamente vasto, por lo que se deben de abordar solo determinados aspectos de esta a objeto de plantear una visión general suficiente y poder proseguir con el tema contractual, el cual constituye el otro tema de relevancia en el tema investigado.

Ahora bien, previo a que se pueda abordar la propiedad de forma concreta y con base en el ordenamiento jurídico guatemalteco es necesario desarrollar determinadas aristas de la rama del derecho que se encarga de regularla, siendo esta el derecho civil, lo que se procederá a realizar en el siguiente punto.

2.1. El derecho civil como disciplina jurídica reguladora de las relaciones entre particulares

El derecho posee una materia sumamente amplia, a tal grado que este es el motivo por el cual se dificulta plantear una definición general, siendo igualmente válidas definiciones que plantean elementos esenciales distintos. Sin embargo en el capítulo anterior ya se presentaron algunas que devienen de distintas corrientes del pensamiento jurídico, con el objeto de esclarecer el ser del derecho, habiéndose también planteado una propia con un enfoque integrativo.

Por derecho se debe entender “un orden para promover la paz. Tiene por objeto que un grupo de individuos pueda convivir de tal forma que los conflictos que susciten entre ellos puedan solucionarse de una manera pacífica, esto es, sin recurrir a la fuerza y de conformidad con un orden de validez general. Este orden es el derecho.”¹⁴

La anterior definición se encuentra en consonancia con el enfoque respecto al derecho que Carnelutti sostenía, puesto que ambas entienden que esta rama del conocimiento humano sirve para establecer una situación de armonía entre los seres humanos que

¹⁴ Kelsen, Hans. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. Pág. 23.

coexisten en sociedad. Mientras el derecho comercial o mercantil se encarga de establecer esa situación de armonía en las relaciones con las actividades propias del comercio, en otros términos entre el comerciante y el consumidor, el derecho civil busca regular aquellos aspectos jurídicamente relevantes de las relaciones que ocurren entre particulares.

En realidad al respecto toma mayor relevancia la distinción entre las dos grandes ramas del derecho, la pública y la privada, puesto que si bien la materia mercantil era fácilmente distinguible por las implicaciones de la actividad comercial, en el derecho civil resulta más complicado establecer cuál es su materia debido a su amplitud, sin embargo al relacionarlo como parte del derecho privado es posible delimitar más claramente que puede ser su objeto de estudio y regulación.

Siguiendo la anterior línea de ideas, es pertinente recalcar la diferenciación entre el derecho público y el derecho privado. Desde la perspectiva de García Máynez esta radica precisamente en la naturaleza de la relación jurídica, puesto que en los asuntos públicos se conocerá materia estatal, ejerciéndose cualquiera de las tres funciones principales del Estado; por su parte los asuntos privados conocerán de las relaciones entre los particulares, pudiendo intervenir una entidad estatal pero en su calidad de persona jurídica sin ninguna diferencia con cualquier otra persona que forme parte de esa relación jurídica.

Ambas conocen de relaciones jurídicas, pero el derecho público sobre asuntos de índole propiamente estatal y el derecho privado de los asuntos de índole particular.

Ahora bien, existen diversas relaciones jurídicas que surgen en el fuero particular, dentro de las cuales existen algunas que son propiamente del derecho civil. Como primera labor debe de eliminarse aquellas que ya se conocen son materia de otra disciplina jurídica, por lo que se excluyen de estas relaciones particulares las de índole comercial, puesto que son objeto de estudio y regulación del derecho mercantil.

Realizado el ejercicio lógico anterior, es procedente determinar que incluye la materia civil, lo cual puede ser abordado desde el enfoque jurídico nacional, planteándose conforme las cinco grandes materias que componen el máximo cuerpo normativo civil del sistema jurídico guatemalteco, el denominado Código Civil, el cual como su nombre lo indica responde a una estructura codificada, siendo dichas materias las siguientes:

- a) La persona y la familia.
- b) Los bienes, la propiedad y demás derechos reales.
- c) Sucesión hereditaria.
- d) Registro de la propiedad.
- e) El derecho de obligaciones.

De las cinco materias generales que a su vez constituyen los cinco apartados generales del Código Civil de Guatemala atañen al respectivo tema de investigación la segunda y la quinta. Ahora bien al capítulo le compete desarrollar lo relativo a las segunda materia

y en concreto lo relativo a la propiedad. Por su parte el quinto libro sirve como sustento legal de aplicación supletoria en el caso de la materia contractual mercantil, pero en ello se profundizará en el siguiente capítulo.

2.1.1. Etimología del término derecho civil

Se puede conocer un concepto sabiendo el origen del término que lo denomina, ese es el motivo por el cual existe una gran tendencia al explicar su etimología, es decir la procedencia de las palabras a través de la cual que explica su significado y su forma.

En relación al derecho mercantil o comercial no se hizo necesario profundizar al respecto porque se dedicó un punto a explicar a la actividad comercial, sin embargo siendo que no se abordarán cada una de las cinco materias civiles generales conforme el sistema jurídico nacional, es necesario puntualizar en la etimología de derecho civil.

En ese sentido, siempre se hace necesario anotar los orígenes romanos de la mayoría de las instituciones modernas, al menos de sus primeras versiones racionalmente desarrolladas. Al respecto debe señalarse que “la palabra civil proviene del latín *civile*. En Roma se distinguía el *ius naturale* que era común a todos los hombres sin distinción de nacionalidad y el *ius civile* que era el derecho propio de los ciudadanos romanos. La ciudad, o polis en griego, era noción equivalente a lo que hoy denominados Estado, con lo cual el derecho civil se refería al derecho vigente en Roma y comprendía normas de derecho público y privado.”¹⁵

¹⁵ Llambías, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil parte general**. Pág. 44.

Esa concepción del derecho civil desde el contexto romano antiguo evolucionó hasta lo que es hoy en día, la rama más amplia del derecho privado que regula todas las materias mencionadas en la página anterior.

2.1.2. Definición del derecho civil como una exclusión de las materias autónomas

Se ha determinado que el ámbito del derecho privado se constituye de las relaciones que pueden acaecer entre los particulares, habiéndose ya establecido que el derecho civil comprende todo aquellos asuntos propios de las relaciones jurídicas entre particulares que en virtud de su relevancia e impacto no hayan motivado la creación de una disciplina jurídica propia e independiente.

Es con base en lo anterior que puede afirmarse que el derecho civil es la rama del derecho privado que regula y estudia todos los asuntos entre los particulares con exclusión de lo que sea propio de otras ramas del derecho. Puede decirse que “es la rama del derecho que comprende el régimen de los bienes, derechos reales, de las obligaciones y contratos, de la familia y las sucesiones, además de cierto número de nociones generales y comunes a todas esas instituciones especiales, siendo aquel derecho donde se regulan los requisitos generales de los actos jurídicos privados.”¹⁶

Concretizando conforme la realidad jurídica guatemalteco, el derecho civil puede definirse como la rama del derecho privado que mediante principios, doctrina, instituciones y normas jurídicas busca regular lo relativo a la persona y la familia; así como los asunto y

¹⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 231.

derechos relativos a los bienes, a la propiedad y el resto de derechos reales que se constituyen a través de este último; regula también la sucesión hereditaria y el derecho de obligaciones. De tal forma puede definirse el derecho civil nacional, integrando los distintos objetos de regulación que preceptúa su máxima norma, formando parte integral del ordenamiento jurídico guatemalteco en general. Empleándose su contenido habitualmente de forma supletoria en defecto de otras regulaciones también de índole privada, debido a la amplitud de su regulación.

2.2. El derecho de la propiedad desde el enfoque teórico

Primeramente debe determinarse al derecho de la propiedad desde un enfoque teórico, esto es, desde la base de los estudios que han pretendido determinar sus elementos esenciales para posteriormente integrarse al ordenamiento jurídico respectivo.

El derecho a la propiedad, entendiendo el término derecho en su acepción como facultad exigible, posee una larga trayectoria, habiéndose presentado una construcción conceptual de esta en la primera página del informe. Sin embargo, en concreto, puede señalarse que se determinó como un derecho fundamental para todo ser humano posterior a los movimientos liberales iniciados en la independencia de los Estados Unidos de América y la consecuente Revolución Francesa, puntos históricos de inflexión en donde se promovía derechos que le son inherentes a todo individuo, destacándose dentro de estos al de libertad.

La conceptualización del derecho de la propiedad como inherente a todo ser humano devino de la constante usurpación que los denominados monarcas realizaban en contra

de sus ciudadanos, apropiándose de todos aquellos territorios que desearán puesto que conforme los vestigios del sistema feudal, todo territorio era del rey o la nobleza, por lo que aunque alguien alegase derecho sobre un bien este siempre podría ser arrebatada. Tal situación de abuso promovió que aquellos movimientos liberales determinarían la existencia de derechos propios del ser humano que no podían ser vulnerados por nadie, evidentemente inspirados en la corriente iusnaturalista del derecho que incluía la propiedad.

Ahora bien, la propiedad incluye esa capacidad de oponerse frente a terceros, no prescribiendo está bajo ningún término. En concreto, puede decirse que por el derecho en cuestión se entiende “a la facultad legítima de gozar y disponer de una cosa con exclusión del ajeno arbitrio y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro. Es la cosa que es objeto de dominio, especialmente tratándose de bienes inmuebles.

En concreto, es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas que aplican el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.”¹⁷

En realidad la propiedad responde a un elemento natural de pertenencia y posesión, incluyéndose estos conceptos dentro de la misma propiedad. Además, al conjunto de

¹⁷ **Ibíd.** Pág. 619.

todos los bienes sobre los cuales se puede alegar propiedad constituye el patrimonio de una persona, que tendrá una serie de implicaciones jurídicas concretas.

Respecto al patrimonio, concepto íntimamente ligado a la propiedad, se puede sostener que “el patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona, y que pueden ser apreciables en dinero. En otros términos, es el conjunto de bienes y derechos, cargas y obligaciones, pertenecientes a una persona, física o jurídica; o en su caso el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona, que tienen una utilidad económica y por ello son susceptibles de estimación pecuniaria, constituidas por deberes y derechos, activos y pasivos.”¹⁸

Ahora bien, conforme el ordenamiento jurídico guatemalteco el concepto patrimonio se encuentra implícitamente reconocido, utilizándose ampliamente en los distintos libros que conforman el contenido del máximo cuerpo normativo civil nacional. No obstante, se regula de forma particular una forma especial de patrimonio, el familiar, en concreto en el Artículo 352 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, que preceptúa lo siguiente: “El patrimonio familiar es la institución jurídico-social por la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia.”

En síntesis puede sostenerse que la propiedad es el derecho de pertenencia que se ejerce sobre un bien determinado, siendo oponible ante terceros que deseen apropiarse

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 555.

de estos inobservando los parámetros legales. Por su parte el patrimonio es el conjunto de todos los bienes sobre los cuales una persona ejerce derecho de propiedad, aunándose las obligaciones que el individuo hubiere adquirido sobre el transcurso de su vida; es decir que la propiedad responde a la particularidad y el patrimonio a la universalidad, siendo por tanto conceptos íntimamente vinculados.

2.3. La propiedad con base en el ordenamiento jurídico nacional

La base de todo ordenamiento jurídico moderno se encuentra en la carta magna o Constitución, entendiendo esta como “un conjunto de normas jurídicas, que regulan los poderes y órganos del Estado y establecen las obligaciones y derechos con respecto al Estado, de las autoridades públicas y de los habitantes y ciudadanos, disponiendo el contenido social y político que debe animarla.”¹⁹

Con base en lo anterior puede sostenerse que en una situación idónea los derechos fundamentales de los ciudadanos de una estructura política encontrarán su regulación principal en ese cuerpo normativo superior.

Es por ello que en dicho cuerpo normativo superior guatemalteco se regula el derecho a la propiedad, puesto que de tal forma se determina a este como fundamental e intrínseco de todo miembro de la población, no pudiendo ser menoscabado, limitado o tergiversado de cualquier forma por persona o autoridad alguna.

¹⁹ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo Richter. **Derecho constitucional**. Pág. 129.

En este caso se le denomina como propiedad privada, incluyéndose este último término por la concepción moderna del concepto.

2.3.1. Regulación constitucional

En concreto, en el Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa lo siguiente respecto al derecho de propiedad: “Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley.

El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.”

Conforme el precepto legal previamente citado, a cada miembro de la sociedad guatemalteca se le reconoce como el derecho a la propiedad de tal forma que es parte de su propia esencia, radicando dicho reconocimiento en su humanidad y por tanto siendo de observancia obligatoria para la propia sociedad y las entidades que se encuentren constituidas o integradas en esta.

Además el derecho en cuestión se encuentra regulado dentro del título de los derechos humanos, concretamente aquellos que se califican como individuales, por lo que su importancia dentro de la esfera universal es tal que su agravio puede constituir contravenciones ante las obligaciones que se posee en la comunidad internacional, con

serias implicaciones al Estado. Por otra parte, su protección y fomento constituyen un deber estatal insoslayable, afirmación que encuentra su fundamento en el segundo párrafo del precepto legal previamente citado.

El segundo párrafo del Artículo 39 constitucional determina que mediante la protección de la propiedad privada se pretende lograr garantizar la realización del bien común, puesto que el propio precepto legal especula que mientras se logre tal protección, de tal forma que todo individuo pueda hacer uso y disfrutar de los bienes de su propiedad son más limitaciones que las legales, es posible promover el desarrollo tanto del individuo como de la sociedad en general. Ciertamente el referido precepto legal asume determinadas presunciones sociales y jurídicas, pero que son producto de los antecedentes que la vulneración al derecho a la propiedad ha generado.

Por su parte, como una limitación legal al derecho a la propiedad y de carácter constitucional se encuentra la expropiación, la cual se encuentra regulada en el Artículo 40 de la carta magna de Guatemala, que en su primer párrafo determina: “En casos concretos, la propiedad privada podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas. La expropiación deberá sujetarse a los procedimientos señalados por la ley, y el bien afectado se justipreciará por expertos tomando como base su valor actual.”

Se considera que se ha profundizado lo suficiente en relación al derecho de propiedad conforme el fundamento constitucional guatemalteco, por lo que se procederá a desarrollar ciertas generalidades en relación a su regulación ordinaria.

Ahora bien, como ya se anotó, el Código Civil de Guatemala dedica uno de sus cinco apartados generales a desarrollar todo lo relativo a la propiedad, los bienes y demás derechos reales, pero se abordarán solo determinados puntos.

2.3.2. La propiedad en la regulación ordinaria

El derecho a la propiedad encuentra una expresa y taxativa regulación constitucional, determinándose su alcance general, sin embargo como toda materia propiamente jurídica, este debe de ser desarrollado, encontrándose esto en la máxima norma en materia civil guatemalteco.

En concreto, el Artículo 464 del Código Civil, Decreto Ley 106, preceptúa lo siguiente: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes.”

El precepto legal previamente citado establece una definición legal de propiedad, dentro de la cual cabe recalcar la capacidad que se le otorga al propietario de utilizar su bien como desee y le sea más conveniente siempre con observancia de las limitaciones legales aplicables y con respecto al ordenamiento jurídico guatemalteco en general. Respecto a este último punto cabe resaltar lo establecido en el Artículo 464 del cuerpo normativo previamente citado, el cual determina: “El propietario, en ejercicio de su derecho, no puede realizar actos que causen perjuicio a otras personas y especialmente en sus trabajos de explotación industrial, está obligado a abstenerse de todo exceso lesivo a la propiedad del vecino.”

Existen pues una primera limitante al derecho a la propiedad en lo que respecta al respecto al ordenamiento jurídico nacional, sin embargo tal extremo se amplía aún más al determinar el precepto legal citado en el párrafo anterior que, en resumen, el ejercicio de los beneficios que la propiedad implica no pueden atentar contra el orden público, debiéndose de respetar las limitantes intrínsecas que se obtienen de los derechos del resto de individuos que conforman el conglomerado social del país.

Además también encuentra su fundamento ordinario lo relativo a la expropiación, que se encuentra regulada en el Artículo 467 del Código Civil, preceptuando al respecto lo siguiente: “La propiedad puede ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público, previa indemnización determinada de conformidad con la ley de la materia.” Este constituye el fundamento ordinario de la figura jurídica de la expropiación, la cual como bien establece el citado precepto legal encuentra una más amplia regulación en su normativa específica, le Ley de Expropiación.

Como último aspecto legal que es necesario destacar para la comprensión necesaria del derecho de propiedad, a los fines del informe y conforme el ordenamiento ordinario guatemalteco, es necesario destacar el Artículo 468 del cuerpo legal previamente citado, el cual preceptúa: “El propietario tiene derecho de defender su propiedad por los medios legales y de no ser perturbado en ella, si antes no ha sido citado, oído y vencido en juicio.”

El derecho a la propiedad incluye como parte de su propia esencia su defensa frente a terceros, es decir al resto de la población, y de tal forma evitar un contexto de violencia

institucionalizada, lo cual hace recordar las posturas de Carnelutti y Kelsen evocadas en su apartado respectivo.

La defensa del derecho en cuestión se entiende desde el enfoque jurídico, utilizándose todos los medios legales que existan para garantizar el uso libre de un bien propio, lográndose así la armonía social que el derecho pretende como finalidad, siendo que la concretización de dicha armonía es a lo que algunos autores denominan como justicia, elemento teleológico incuestionable del ámbito jurídico.

2.4. Los bienes inmuebles en el orden jurídico civil de Guatemala

El Artículo 442 del cuerpo legal citado en la página anterior define a los bienes de la forma siguiente: “Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles.”

Por su parte el Artículo 445, en su numeral tres, también del Código Civil de Guatemala determina que se reputan como bienes inmuebles a las construcciones adheridas al suelo, como las casas y edificios habitacionales, de manera fija y permanente, reputando esos extremos finales por la propia naturaleza de las construcciones.

Los conjuntos habitacionales, por tanto, conforme la base legal propuesta, se reputan como bienes inmuebles. Como conjuntos habitacionales se hace referencia a cualquier construcción adherida al suelo, de manera fija y permanente, destinados a la vivienda de una o más personas. Tal definición debe de tenerse en consideración para el resto del

informe y será abordada nuevamente en el último capítulo con el fin de establecer su relación con el contrato mercantil de leasing, pero previo a ello se expondrá lo relativo a las obligaciones en general y de los contratos mercantiles en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

3. Las obligaciones jurídicas en relación a los contratos mercantiles

A lo largo de los capítulos anteriores se estableció un determinado conjunto de conocimientos en ciertos temas cuya comprensión es necesaria para el entendimiento de la problemática que motivo la respectiva actividad investigativa y cuyos resultados se presentan en el informe. Pues bien, continuando con esta narrativa argumental, se hace imperativo proceder a exponer el tema del derecho de obligaciones, desde un enfoque general, y luego abordar el tema de los contratos mercantiles, puesto que uno de estos últimos en relación a los conjuntos habitacionales constituye el punto toral de la respectiva investigación.

Ahora bien el derecho de obligaciones como un concepto jurídico permite una primera impresión teórica sencilla gracias a los términos que lo denominan. Se refiere pues a las obligaciones que surgen en virtud de una relación jurídica, en concreto, con base en un negocio jurídico, en el que podrán participar una o más personas.

Ahora bien, por su parte el contrato es una armonización de voluntades, orientados a un fin determinado. Existen los de índole puramente civil y aquellas que por su naturaleza intrínseca se relación con la actividad comercial y por ende se consideran mercantiles, no obstante en ambos casos se producirá la creación de obligaciones y el derecho de exigir el efectivo cumplimiento de esas obligaciones y el deber jurídico que implican. De ambos temas se desarrollará sus puntos destacables en el capítulo.

3.1. Concepción jurídica de las obligaciones

La máxima norma en materia civil de Guatemala se encarga de regular lo relativo a las obligaciones, en general, y los contratos civiles, en particular, en su quinto libro, lo cual ya ha sido previamente anotado. Ahora bien, lo cierto es que el tema central del tema investigado se relaciona a un contrato propiamente mercantil, no obstante, como se profundizará más adelante, en regulación de las generalidades en lo relativo a las obligaciones mercantiles nuestra máxima norma en materia mercantil regula solo lo estrictamente necesario, remitiendo para el resto de aspectos a una aplicación supletoria de lo regulado al respecto en los preceptos legales de naturaleza civil.

Ahora bien, conforme el ordenamiento jurídico guatemalteco no es posible referir lo relativo a las obligaciones sin ahondar en el concepto del negocio jurídico; este último puede ser definido como “a todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado.”²⁰

El negocio jurídico constituye la forma más sencilla y a su vez concreta de manifestar la voluntad de una o más personas desde el enfoque jurídico, permitiendo entonces que se puedan adquirir derechos y contraer obligaciones en un ejercicio de la autonomía volitiva que todo ser humano posee. Esta manifestación de voluntad podrá tomar una forma estructurada que posteriormente se denominará contrato.

²⁰ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 483.

Las obligaciones surgen, con base en lo ya expuesto en el presente punto, de los negocios jurídicos que realicen las personas. Estos últimos poseen tres presupuestos legales previos a que se pueda considerar válidos, siendo los siguientes conforme el Artículo 1251 del Código de Civil de Guatemala, Decreto Ley 106:

- a) Capacidad legal: del sujeto que declara su voluntad, sea uno o varios individuos. Por capacidad se entenderá a la aptitud que tienen determinados sujetos de poder adquirir derechos y contraer obligaciones, siendo que conforme la base legal nacional la capacidad plena o de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, en el caso guatemalteco esta se presume desde cumplidos los 18 años, y la capacidad relativa, reconocida para menores de edad que cumplidos una determinada edad pueden ejercer determinados derechos de índole privada.

- b) Consentimiento que no adolezca de vicio: este presupuesto se encuentra integrado por el elemento volitivo del negocio jurídico. La voluntad es un elemento indispensable de los negocios jurídicos ya que si un sujeto efectúa una declaración y padece de un error, o es engañado para que incurra en error este acto debe anularse. En ese sentido cabe señalar que la voluntad no es sino una materialización de la libertad material de una persona, en concreto, el ejercicio de dicha libertad con repercusiones en la realidad, lo que se conoce como dimensión fáctica normativa. Por libertad material se entiende a la capacidad de elección intrínseca de una persona de todo aquello que sea capaz de realidad, es decir, su capacidad de realizar aquello que le es física o racionalmente posible, conforme las normas naturales, sociales y jurídicas.

c) Objeto lícito: este último presupuesto hace referencia al respeto que debe de tener la materia del negocio jurídico al ordenamiento jurídico nacional en general, por lo que no puede versar sobre asuntos que por una ley o norma de cualquier índole sean considerados prohibidos y por ende su realización sea ilícita.

Al concretizarse un negocio jurídico se contrae obligaciones y el derecho de exigir el cumplimiento de esas obligaciones, incluso en el caso de aquellos negocios unilaterales, no obstante hasta este punto no se ha establecido en concreto, que es una obligación, que en síntesis puede entenderse por deber jurídico.

En concreto puede afirmarse que la obligación es “un deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto, y a cuyo incumplimiento por parte del obligado es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva, es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizadas.

En el ámbito civil, una obligación puede ser considerada como aquella cuyo cumplimiento es exigible o que, subsidiariamente, concede el derecho de resarcimiento económico.”²¹

Una obligación es un deber jurídico que implica un acto determinado, generalmente siendo estos de dar, hacer o no hacer, siendo la división común y legal. El fundamento de lo anterior se encuentra en el Artículo 1319 del Código Civil, el cual preceptúa lo siguiente: “Toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.”

²¹ **Ibíd.** Pág. 496.

La entrega de algo constituye una obligación de dar, mientras que la de hacer implica una acción concreta y por última la de no hacer implica una omisión, constituyendo también un acto de inactividad por parte del obligado.

En relación a las formas de las obligaciones cabe resaltar lo preceptuado en el Artículo 1320 del Código Civil de Guatemala, el cual preceptúa: “La obligación de dar cosa determinada comprende su entrega y la de sus accesorios y pertenencias, así como los frutos que produzca desde que se perfecciona el convenio. El deudor es responsable, asimismo, de su conservación, hasta que verifique la entrega.”

El acto de dar un determinado bien por lo tanto incluye tanto las partes esenciales de este así como las no esenciales, accesorias o contingentes, aunque cabe señalar que en respeto a la autonomía de la voluntad siempre bajo salvedad de pacto en contrario.

En relación a las obligaciones de hacer cabe señalar el Artículo 1323 del mismo cuerpo legal previamente referido, el cual establece: “En las obligaciones de hacer, el incumplimiento del obligado da derecho al acreedor para hacer por sí o por medio de tercero, a costa del deudor, lo que se hubiere convenido, si la calidad del ejecutante fuere indiferente.”

En las obligaciones de hacer existe, por mandato de ley conforme el precepto legal previamente citado, la facultad del acreedor, es decir quién tiene el derecho de exigir el cumplimiento del deber jurídico, de ejecutar el acto convenido por medio de su propia conducta o mediante tercero, siempre a costa del deudor.

Por último en relación a las obligaciones de no hacer, conforme lo establecido en el Artículo 1326 del Código Civil nacional, se podrán exigir pago de daños y perjuicios con solo el incumplimiento manifiesta, en este caso contrariar el acto omisivo.

Con todos los puntos pertinentes desarrollados en relación al tema de las obligaciones, conforme a los fines del informe, es necesario proceder a desarrollar lo relativo a las partes que integran una relación de obligaciones y como ello se repercute en lo que al deber jurídico y el derecho subjetivo corresponde.

3.2. De las partes en las obligaciones en relación al deber jurídico y el derecho subjetivo

Ya se determinó que la obligación es un deber jurídico debidamente constituido, lo que implica que existe una parte obligada, no obstante también debe de considerarse que dicho deber conlleva por principio de correlatividad un derecho subjetivo, es decir quien tiene la facultad de exigir el efectivo cumplimiento de la obligación, lo que permite inferir la existencia de otra parte. Ahora bien, existen negocios jurídicos unilaterales, en cuanto manifestaciones de voluntad, sin embargo incluso en estos pueden generarse determinados deberes jurídicos que conllevarán implícitamente el derecho subjetivo de un individuo de ejercer la acción correspondiente para solicitar la realización de la obligación incumplida.

Ahora hasta este punto no se ha aclarado de forma concreta que es un derecho subjetivo, no obstante este es un concepto ciertamente amplio que ha conllevado una serie de corrientes del pensamiento las cuales no es necesario profundizar en este punto, sin

embargo en síntesis puede decirse que es la facultad que tiene una personas de exigir mediante la fuerza que conlleva el imperio de la ley el efectivo cumplimiento de un deber jurídico, esto es de una obligación.

Las obligaciones conllevarán entonces deberes jurídicos así como derechos subjetivos, ya sea con una o más partes. Ello como producto de la ley de la correlatividad lógica que existe entre los referidos derechos y deberes. Al respecto el connotado jurista García Máynez establece en sus trabajos de lógica jurídica que la referida ley de la correlatividad es un producto esencial de todo negocio jurídico y que por tanto es innegable esa relación intrínseca entre ambos conceptos jurídicos.

3.3. El cumplimiento de las obligaciones por medio del acto del pago

Conforme la base legal nacional, las obligaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer, todas constituyendo un deber jurídico que conlleva una presunción de cumplimiento efectivo, conforme las bases que sustenta la obligación.

Las modalidades del cumplimiento de la obligación se realizarán conforme lo determine el medio que hace constar la manifestación de voluntad respectiva. Ahora bien, cabe señalar que todo pago es una obligación pero no toda obligación será de pago. El anterior extremo es necesario tenerlo en cuenta puesto que en relación al tema principal del informe siempre se encontrará relacionado a una obligación de pago.

En relación a la figura del pago cabe señalar lo regulado en el Artículo 1387 del Código Civil, que en su primer párrafo regula: “El pago deberá hacerse del modo que se hubiere

pactado, y no podrá efectuarse parcialmente sino por convenio expreso o por disposición de la ley.” En tal sentido, prevalecerá siempre la voluntad que se hubiera manifestado.

El pago contiene elementos de tiempo, modo y lugar, lo que significa que en la manifestación de voluntad que motiva la creación de las obligaciones deberá de establecerse el momento en que estas últimas deberán de cumplirse, teniendo la exactitud que requiera el caso. Ahora bien, conforme el Artículo 1401, todas las obligaciones deberán cumplirse sin mayor demora, que en el caso del pago implica que este se realizará inmediatamente, no obstante ese mismo precepto regula la salvedad que se procederá de tal forma solo si por su naturaleza no deba de esperarse un determinado, debiéndose de hacer efectivo el pago el día de su vencimiento.

Respecto al modo de pago, este se abocará a la forma determinada, siendo que por regla general deberá de realizarse en moneda del curso legal. Al respecto cabe señalar el Artículo 1395 del cuerpo legal previamente referido, el cual preceptúa: “El pago en moneda nacional lo hará el deudor entregando igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda en la fecha en que se le requiera de pago, siempre que ya sea exigible la obligación.”

El último aspecto, el lugar, se encuentra en consonancia con los demás requisitos que deben de establecerse en relación al pago, puesto que si este será inmediato o en un plazo y conforme si se hará en moneda nacional o se abocará a una divisa influirá de forma directa en el espacio en donde se cumplirá dicho pago. A respecto el Artículo 1398, también del Código Civil de Guatemala, establece: “El pago se hará en el lugar designado

en el contrato. Si no se designó y se trata de cosa cierta y determinada, se hará el pago en lugar en que la cosa existía al tiempo de contraerse la obligación. En cualquier otro caso, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor al tiempo de exigirse la obligación.”

Desarrollados todos los aspectos destacables en relación al cumplimiento de las obligaciones, haciéndose especial hincapié en lo relativo al pago puesto que se vincula directamente con el tema toral investigado, es necesario proceder a lo relativo al tema contractual desde el enfoque mercantil, lo que se hará en los siguientes puntos.

3.4. El ámbito contractual mercantil guatemalteco

Existe un cuerpo codificado que regula y establece las bases legales para toda la materia mercantil guatemalteca, el denominado Código de Comercio de Guatemala. Este cuerpo legal que ya ha sido relacionado en el primer capítulo del informe que se ha de ocupar de regular lo relativo a los aspectos fundamentales de la materia contractual de índole comercial, abocándose a la misma tendencia del Código Civil guatemalteco, puesto que dedica su libro cuarto a regular todo lo de la referida materia comercial.

Sin embargo dos aspectos deben de destacarse, primero que las obligaciones en general se abordan de forma muy general y segundo, con base en la anterior, la aplicación supletoria de los preceptos legales civiles.

En relación a la regulación escueta de las obligaciones mercantiles, cabe destacar que el comercio busca ser ágil y sencillo, para garantizar así dinamismo en las relaciones mercantiles que permita un movimiento constante de capital y bienes sin que se vea

truncado por los formalismos intrínsecos de otras disciplinas jurídicas, siendo este el motivo por el cual se regula de forma tan superflua estas generalidades. Es precisamente por lo anterior que en caso de duda y falta de regulación mercantil expresa, se aplicará supletoriamente lo establecido en el Código Civil en materia de obligaciones.

3.4.1. Las obligaciones mercantiles en general

En lo relativo a las obligaciones mercantiles desde un enfoque general cabe destacar, como ya se anotó previamente, que existe más bien una situación de regulación pormenorizada, que a la vez que busca establecer las menos formalidades posibles a la actividad comercial relacionada con los negocios jurídico y los contratos, depende también que en caso de necesidad se aplica supletoriamente lo establecido en la normativa civil, sobre la cual ya se han desarrollado determinados puntos anteriormente.

En otros términos, en relación al tema objeto de estudio cabe señalar que “el libro IV del Código de Comercio de Guatemala, contiene las normas que rigen en forma especial a las obligaciones y contratos de naturaleza mercantil. El Título I desarrolla las particularidades propias de las obligaciones mercantiles con el objeto de singularizarlas frente a las obligaciones civiles; y el Título II, contiene la sistematización de los contratos típicamente mercantiles.

Las disposiciones generales aplicables a las obligaciones mercantiles constituyen una serie de especialidades que se dan en estas relaciones jurídicas y la intención de la ley es hacer las evidentes. Sin embargo, la ley mercantil vigente no es profunda ni extensa al regular el campo de las obligaciones, sobre todo en su parte general; de manera que

cualquier omisión del Código de Comercio se hace sobre la base de la integración del derecho privado: derecho civil y derecho mercantil.”²²

La ley y los usos mercantiles son parte de los problemas que ofrecen las obligaciones mercantiles. Los contratos son la fuente más importante de las obligaciones mercantiles pues forman el mayor volumen en el sector entero de la contratación privada; por ello es importante conocer el derecho de las obligaciones en que se desarrolla la actividad económica actual, ya sean de carácter civil que son el antecedente de las obligaciones mercantiles, y también son las obligaciones mercantiles, propiamente dicho

Con base en lo expuesto en los primeros puntos del capítulo en relación a las obligaciones desde el marco civil y lo expuesto en la página anterior, se considera suficientemente abordado lo relativo a las obligaciones, incluyendo las mercantiles, debiéndose solamente anotar que la supletoriedad del derecho civil en materia contractual mercantil, a nivel nacional, encuentra su fundamento en el Artículo 694 de la máxima norma codificada en materia mercantil de Guatemala.

3.4.2. Los contratos mercantiles

Los contratos son negocios jurídicos bilaterales por los cuales se acuerda la creación, modificación o extinción de determinados derechos y obligaciones. En concreto, su definición legal, en aplicación supletoria, puede ser encontrada en el Artículo 1517 del

²² Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo III. Pág. 12.

Código Civil, Decreto Ley 106 el cual preceptúa: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

Existe pues una bilateralidad de partes en toda figura contractual, tomándose en cuenta que con ello no se quiere hacer referencia a dos individuos puesto que puede existir un acuerdo entre una persona abstracta y una persona física o entre dos personas abstractas, por lo que prevalecerá es la naturaleza bilateral de las partes que conforman el negocio jurídico. Ahora la particularidad de un contrato de índole mercantil radica en que este versará sobre materia comercial y en su caso alguna o ambas partes podrán ser calificadas de comerciantes, conforme los parámetros jurídicos guatemaltecos, diferenciándose por ello de forma esencial de los contratos civiles.

La búsqueda por una actividad comercial ágil que permita garantizar movimientos económicos constantes ha promovido el poco formalismo. Al respecto el Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 Código de Comercio de Guatemala, regula lo siguiente: “Los contratos de comercio, no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.”

El poco formalismo, exceptuando en los casos que la ley lo exige, implica precisamente que no existirán demoras para la ejecución de la obligación por incumplimiento de una

larga serie de requisitos y exigencias que no se cumplieron, como si sucede en otras ramas del derecho.

La única exigencia legal de observancia obligatoria radica en que si ha de surtir efectos en territorio nacional deberá de extenderse en español. Además el precepto legal previamente citado ciertamente hace hincapié en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, puesto que establece taxativamente que independientemente de la forma lo que acuerden las partes deberá de ser cumplido.

De forma general existen dos últimos aspectos que deben destacarse en relación a los contratos mercantiles, siendo estos lo relativo a los principios filosóficos que los rige y lo referente a sus tipos, desde el punto de vista de su regulación en el ordenamiento jurídico nacional. Respecto al primero de los puntos anotados, debe relacionarse el Artículo 669 también del Código de Comercio de Guatemala, que preceptúa:

“Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.”

La buena fe y la verdad sabida se presumen en todo contrato mercantil, constituyendo las matrices axiológicas por excelencia en el ámbito comercial. Por tanto, todo acto propio o relacionado con el contrato de índole comercial se entiende que se realiza para beneficios de ambas partes; mientras que por la verdad sabida se asume que toda

relación contractual los integrantes de esta conocen plenamente los derechos y las obligaciones que surgen por su acuerdo de voluntades.

Respecto al segundo punto, los tipos de contratos conforme su regulación en ley, cabe señalar que se dividen en dos grupos, los típicos y los atípicos. Los contratos típicos se encuentran expresamente regulados en ley, ya sea en el Código de Comercio de Guatemala o de forma especial en una ley específica de la materia mercantil; por su lado, los contratos atípicos son aquellos que si bien se avocan a un determinado fin y por tanto siguen una estructura determinada no se encuentran regulados expresamente en ley alguna, pudiéndose dar el caso que un contrato usualmente atípico por la extensión de su uso posteriormente se regule en norma expresa.

Tanto los contratos típicos como los contratos atípicos de índole comercial deben observar los principios filosóficos y las demás generalidades de las obligaciones jurídicas contractuales.

Cabe aclarar que la tipicidad o atipicidad de los contratos mercantiles es de mención necesaria puesto que el tema toral de la investigación gira entorno a un contrato atípico mercantil, aunque sobre este pesan distintas propuestas de ley ante del Congreso de la República de Guatemala para regularlo de forma típica en ley especial.

Finalmente, se debe comprender que el ámbito contractual mercantil es amplio, sin embargo habiéndose profundizado en determinados aspectos destacables de las obligaciones jurídicas en general, de su concepción civil, puesto que se aplican supletoriamente en materia comercial, y abordados las cuestiones necesarias de los

contratos mercantiles, es proceden a desarrollar el último capítulo del informe, en donde se expondrá los puntos centrales de la problemática investigada.

CAPÍTULO IV

4. El contrato de leasing inmobiliario para la planificación, construcción y adquisición de conjuntos habitacionales en el contexto jurídico guatemalteco

Existe una gran cantidad de contratos atípicos mercantiles, encontrándose dentro estos incluso aquellos que siendo usualmente atípicos por la importancia y uso constante en la práctica comercial terminan por ser regulados en un cuerpo legal específico, dejando de ser conceptualmente contratos atípicos. Ahora dentro del grupo del primer caso, es decir aquellos sin regulación taxativa en el ordenamiento jurídico nacional, se encuentra el contrato de leasing, existiendo distintos tipos de estos incluyendo el inmobiliario.

Existen quienes califican al leasing como un contrato de arrendamiento debido a que cumple con determinados requisitos que lo permiten, sin embargo posee elementos esenciales por los que puede ser considerado como un contrato distinto. En todo caso, por sus orígenes en el sistema jurídico anglosajón, el término que habitualmente se emplea para denominarlo es el de contrato de leasing, por lo que se utilizará este durante la exposición del capítulo.

Ahora bien, el contrato en cuestión tiene una serie de particularidades que requieren ser anotadas previo a poder abordar la problemática respectiva, que se relaciona a la falta de aprovechamiento de la figura del leasing inmobiliario para promover la adquisición de conjuntos habitacionales, viviendas, en contraposición a los métodos habituales usados para tal fin. Por tanto, se procederá el desarrollo temático respectivo.

4.1. Definición contrato de leasing

Un primer acercamiento al contrato de leasing permite dilucidar que en cuanto contrato es un acuerdo de voluntades entre dos partes por el cual se crea una serie de obligaciones y derechos, abocándose, no obstante, a la poca formalidad y respecto a los principios filosóficos de buena fe y verdad sabida que cualquier contrato mercantil debe de observar insoslayablemente.

Además, en cuanto contrato también es un negocio jurídico, por lo que existe una manifestación de la voluntad interna de los individuos que forman parte de este, debiéndose de respetar por ello los tres presupuestos que todo negocio jurídico debe de observar, es decir, manifestación de voluntad que no adolezca de vicio, capacidad de ejercicio y objeto lícito.

Sin embargo, estas generalidades propias de cualquier contrato no permiten establecer cuáles son los elementos esenciales y diferenciadores con otros contratos atípicos mercantiles, por lo que es necesario profundizar en estos.

4.1.1. El leasing como un arrendamiento con opción de compra

Existe una tendencia de emplear el término arrendamiento para describir el contrato de leasing en los sistemas jurídicos propios de los Estados hispanoparlantes, debido a la calidad en que se facilita el uso y disposición del bien, solamente agregándole los términos como financiero, operativo e inmobiliario, para describir su causa.

Tomando en cuenta sus características en común con el contrato de arrendamiento, el contrato de leasing puede ser definido como “un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes, dador, provee a la otra, tomador, una cosa mueble o inmueble para su uso, mediante el pago de un canon periódico y por un cierto plazo, concediéndole la opción de adquirir la cosa luego de abonado un mínimo determinado de períodos, mediante el pago de un valor residual, establecido de acuerdo a pautas fijadas en el contrato, que toman en cuenta no sólo el valor de la de cosa sino también el tiempo de su amortización y la cantidad ya pagada por el uso”.²³

“La ley francesa de 1966 lo denomina como credit-bail y lo define, en resumidas cuentas, como las operaciones de alquiler de bienes de equipo, de material, de utillaje o bienes inmobiliarios de uso profesional, especialmente comprados con vistas a ese alquiler por empresas que quedan como propietarias, cuando estas operaciones, sea cual fuere su denominación, dan al arrendatario la facultad de adquirir todo o parte de los bienes alquilados mediante un precio convenido, que tiene en cuenta, por lo menos en parte, las entregas efectuadas a título de alquiler.”²⁴

La ley francesa definió muy bien que es el arrendamiento financiero o como lo definimos en este apartado leasing, ya que ellos dando en alquiler un bien, material, bienes inmobiliarios dentro de un contrato dan la opción de que mediante un precio convenido puedan llegar a ser los propietarios de dichos bienes ya sea en adquirir una parte o todo los bienes que se encuentran en alquiler.

²³ Gastaldi, José María. **¿Qué es el leasing?** Págs. 16 y 17.

²⁴ **Ibíd.**

De esta forma es como ellos vieron el credit-bail como otra forma de crédito financiero para que toda persona interesada pueda llegar a tener algún bien.

Por su parte por canon se entiende “a la suma que se paga periódicamente al propietario de un inmueble por quien disfruta de su dominio útil, como reconocimiento del dominio directo que se reserva el dueño. El canon, a diferencia del arriendo o renta, no guarda relación con la mayor o menor importancia y utilidad que proporciona el fundo.”²⁵

Es pues, el monto acordado a pagar por el dador en lo que al contrato de leasing se refiere.

Ahora bien, por su parte la escuela belga lo define como “el contrato de financiación por el cual un empresario toma en locación de una entidad financiera un bien de capital, previamente adquirido por ésta a tal fin, a pedido del locatario, teniendo este arriendo una duración igual al plazo de vida útil del bien y un precio que permite al locador amortizar el costo total de adquisición del bien, durante el plazo de la locación, con más de un interés por el capital adelantado y un beneficio. Facultando, así mismo, al locatario a adquirir en propiedad el bien al término de la locación mediante el pago de un precio denominado valor residual.”²⁶

En tal sentido, la doctrina habitual conceptualiza al contrato de leasing como un tipo de arrendamiento, caracterizado por su opción de compra.

²⁵ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 102.

²⁶ Gastaldi. **Op. Cit.** Pág. 17.

4.1.2. Conceptualización general del leasing

Contrato de leasing como el acuerdo de voluntades entre medio del cual una de parte, denominada locador o dador, entre un bien para su uso a otra parte, denominada locatario o adquiriente, a cambio del pago de un canon periódico y cuyo monto así como lugar o medio de pago será acordado de común acuerdo por las partes, siendo pues que dentro de dicho canon se incluirá el pago de una amortización que permitirá que a la finalización del contrato se pueda adquirir el bien mediante la realización de un pago final que tomará en cuenta tanto las amortización ya realizadas así como el cálculo respectivo del valor del bien tomando en cuenta el desgaste y su pérdida de valor en el mercado.

El contrato de leasing como tal se compone de todos los elementos de cualquier negocio jurídico aunado a ciertos elementos del arrendamiento y la característica que, mediante la operación descrita en las definiciones presentadas, se plantea la posibilidad de compra a la parte adquiriente del bien para su uso. En todo caso, sabiendo ya las definiciones que el referido contrato de leasing posee, es pertinente proceder a establecer los antecedentes históricos, de forma general, de esta figura contractual.

4.2. Antecedentes del leasing

En cuanto un contrato de arrendamiento los antecedentes del contrato de leasing son sumamente amplios, pudiéndose remontar a las primeras civilizaciones, desde los pueblos orientales a los occidentales, pudiéndose incluir en esas épocas no solamente

bienes muebles o inmuebles sino además las fuerza de trabajo materializada en la figura de los esclavos, extremo que evidentemente ya no persiste.

Ahora bien, el contrato de leasing como se le entiende hoy en día “tiene sus inicios en el siglo XIX y XX, perfilándose ya con calidad esta institución sobre todo en los Estados Unidos de América y en diversos países de Europa.

En Estados Unidos las primeras compañías tuvieron su origen en los departamentos financieros y comerciales de las empresas industriales que se valieron del leasing para efectuar la venta de sus productos.”²⁷

Surge el contrato de leasing de forma propia durante la época de la expansión industrial, principalmente en el sector norteamericano, en concreto en los Estados Unidos de América, perfeccionándose hasta llegar a ser la figura contractual que es hoy en día. De los antecedentes expuestos puede inferirse la naturaleza eminentemente financiera del contrato en cuestión, por lo que se hace necesario explorar esta naturaleza.

4.3. El leasing como un medio de financiación

En las definiciones propuestas del contrato de leasing se ha establecido su símil con el contrato de arrendamiento con el aunado la opción de compra. Su elemento financiero

²⁷ Ortúzar Solar, Antonio. **El contrato de leasing**. Pág. 10.

se encuentra pues en la conceptualización de los cánones pagados como un medio de amortización, en parte, del precio de compra del bien objeto de leasing.

Para comprender este aspecto del contrato mercantil objeto, puede relacionarse la procedencia del término que lo nombra, siendo que en tal sentido “el enunciado *to lease* es el verbo que en los países de lengua anglosajón es utilizado para expresar el fenómeno de que alguien toma o da en locación, es decir arrendamiento, un bien determinado.

El término leasing, en cambio, es utilizado no para indicar el contrato de locación sin más, sino más bien para ilustrar un típico instrumento de financiación que tiene como base la locación, pero que no se agota en ella.”²⁸

Es pues empleado el término leasing para describir precisamente un arrendamiento con una finalidad de financiamiento para la adquisición del bien.

Se hace pertinente aclarar que por financiamiento y en concreto por su verbo raíz financiar se entiende “el acto de suministrar dinero a una persona para que desarrolle cierta actividad, o a una empresa para fomentar su desarrollo o ponerla en funcionamiento.”²⁹

El contrato de leasing constituye un medio de financiamiento puesto que permite la utilización de un bien mueble o inmueble para su uso y disfrute a su vez que permite la

²⁸ Bounocore, Vincenzo. **El leasing**. Pág. 15.

²⁹ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 322.

opción de adquirir esta, cumpliéndose las condiciones respectivas, por lo que motiva tanto a la empresa como a la adquisición de bienes por parte de los miembros de la población, puesto que los cánones que pagarán no solamente servirán para el derecho a la utilización de objeto del contrato sino su eventual compra, es decir, fungen como anticipo para adquirir el derecho de propiedad sobre dicho objeto.

Existen muchos medios de financiamiento usualmente utilizados en la cotidianeidad de las acciones económicas de una nación, algunos motivados por el sector privado y otros por el sector público, sin embargo lo destacable en esta situación es la poca apertura que existe para emplear figuras que faciliten la capacidad adquisitiva de las personas, garantizando un menor riesgo para ambas partes, siendo en este caso el contrato de leasing el que no se usa más ampliamente como un medio de financiamiento. No obstante, en el contexto jurídico nacional es para la adquisición de bienes inmuebles en donde mayores ventajas pueden representar, por lo que se profundizara en esto.

4.4. El leasing inmobiliario

El contrato de leasing inmobiliario se caracteriza debido a que el objeto del acuerdo de voluntades entre ambas partes es un inmueble y por tanto al finalizar el contrato se podrá ese inmueble, pudiendo abarcar desde edificios hasta viviendas.

Ese último aspecto es precisamente es el que atañe al informe, puesto que en Guatemala existe una falta de utilización del contrato de leasing inmobiliario para motivar la adquisición de viviendas por parte de los miembros de la sociedad, abocándose todavía

a figuras clásicas que si bien conservan su vigencias terminan implicando un riesgo mayor para cualquier de las partes, siendo que en el caso del leasing este riesgo puede ser distribuido de una forma más eficiente.

Lo cierto es que los conjuntos habitacionales, es decir, las viviendas, son un bien sobre el cual no cualquier persona tiene capacidad adquisitiva, no al menos para obtener la propiedad sobre este, aunque de hecho, como se anotó en su apartado respectivo, la propiedad privada es un derecho fundamental de todo ser humano y esta debe de motivarse, constituyendo su protección y promoción un deber del Estado de Guatemala, incluyéndose por lo tanto la motivación a la propiedad de bienes inmuebles como una obligación del aparato estatal guatemalteco.

Además, existe una obligación directa y constitucional relativa al fomento y protección de la vivienda, pudiéndose utilizar el contrato de leasing para tal fin, como se expondrá en el siguiente punto.

4.5. El leasing como un medio para motivar la adquisición de vivienda en el contexto jurídico guatemalteco

El término conjunto habitacional en el contexto del informe, como ya se anotó, se emplea como un sinónimo de vivienda, siendo que en tal sentido corresponde al Estado de Guatemala promover la vivienda para todo miembro de su población, garantizando con esto tanto su desarrollo integral como la realización del bien común.

No obstante, se hace necesario establecer los fundamentos constitucionales, aparte del ya citado relativo a la propiedad privada, en relación a la vivienda. El primero de estos se encuentra en el Artículo 105 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual regula lo siguiente: “El Estado, a través de las entidades específicas, apoyará la planificación y construcción de conjuntos habitacionales, estableciendo los adecuados sistemas de financiamiento, que permitan atender los diferentes programas, para que los trabajadores puedan optar a viviendas adecuadas y que llenen las condiciones de salubridad.

Los propietarios de las empresas quedan obligados a proporcionar a sus trabajadores, en los casos establecidos por la ley, viviendas que llenen los requisitos anteriores.”

Si bien se regula dentro del conjunto de derechos sociales, sigue siendo un derecho fundamental para todos los ciudadanos de Guatemala, en este caso concebidos en su calidad de trabajadores, por lo que es indispensable que se utilicen todos los medios que permitan esa adquisición de la vivienda.

Por su parte el Artículo 119, literal g, también de la Constitución Política de la República de Guatemala regula lo siguiente como una obligación del Estado: “Fomentar con prioridad la construcción de viviendas populares, mediante sistemas de financiamiento adecuados a efecto que el mayor número de familias guatemaltecas las disfruten en propiedad. Cuando se trate de viviendas emergentes o en cooperativa, el sistema de tenencia podrá ser diferente.”

Existe pues una necesidad primordial dentro del Estado de Guatemala de motivar la adquisición por parte de la población de viviendas, es decir conjuntos habitacionales, ello por cuanto de tal forma se está fomentado el desarrollado integral de la persona y paralelamente se garantiza el bien común de la sociedad.

Existe pues una normativa encarga de regular los aspectos pertinentes de dicha materia jurídica, siendo esta la denominada Ley de la Vivienda, Decreto 9-2012 del Congreso de la República de Guatemala, que en su Artículo 1 preceptúa su objeto: “La presente Ley tiene por objeto regular y fomentar las acciones del Estado, desarrollando coherentemente el sector vivienda, sus servicios y equipamiento social. Para ello se establecerán las bases institucionales, técnicas, sociales y financieras, que permitan a la familia guatemalteca el acceso a una vivienda digna, adecuada y saludable, con equipamiento y servicios.”

Se presenta entonces la necesidad en el ordenamiento jurídico nacional de regular aspectos más concretos en materia de vivienda para dar efectivo cumplimiento a los preceptos constitucionales que se materializan en deberes y obligaciones del Estado.

Se hace necesario concretizar, la problemática que motivó la respectiva investigación y cuyos resultados se han expuesto en todo el informe. En el Estado de Guatemala existe una obligación de índole constitucional de promover, fomentar y facilitar la adquisición de conjuntos habitacionales, se entiende como viviendas, no obstante también persiste una falta de utilización del contrato de leasing inmobiliario para dar efectivo cumplimiento al mandato de la carta magna guatemalteca, lo que impide que figuras relativamente

nuevas como estas logren crear espacio más amplios para las personas de todas las capacidades adquisitivas.

Además, se ha insistido oportunamente que el contrato de leasing crea una situación de riesgo más igualitaria en comparación de otros medios de financiamiento, puesto que el pago de los cánones solo incluye una cantidad establecida en calidad de amortización del valor de compra del bien, por lo que se estaría pagando mayoritariamente el arrendamiento del bien y en menor medida la compra, siendo que en caso que el adquiriente o arrendatario, como desee llamársele, decida no comprar, sea por plena voluntad o incapacidad material, la inversión perdida será mínima.

Por su parte el dueño del bien en caso de negación a la compra no solamente habrá gozado del pago del arrendamiento en calidad de canon sino que además habrá recibido determinadas cantidades en calidad de amortizaciones al precio del valor del bien, formando estas también parte del canon respectivo, siendo deducibles del costo del arrendamiento e incluso pudiéndoseles entender como pago por desgaste del bien. Y si en su caso existe la compra la parte que adquiere solamente deberá de pagar un mínimo conforme el valor actual del bien en el mercado y el dueño de este habrá disfrutado de una renta constante expresada en el pago del canon respectivo.

Es de especial importancia destacar que el derecho a la vivienda, además, constituye un derecho fundamento e intrínsecamente humano, es decir, un derecho humano, entendiendo estos como “aquellos inherentes al ser humano, en virtud de su condición

intrínseca de ser persona humana, que han venido reconociéndose a través del desarrollo dialéctico y contradictorio del devenir histórico-social, los cual han sido consagrados en textos legales de carácter nacional e internacional, para la eficacia de su plenitud y respeto, y que en virtud de la necesidad de protección de ciertos grupos sociales o situaciones de orden general, han venido especificándose.”³⁰

En tal sentido los conjuntos habitacionales, o viviendas, son de vital importancia para cualquier Estado, y debe de utilizarse cualquier medio jurídico que facilite su adquisición. En cuanto derecho humano la vivienda propia permite visualizar un nivel de desarrollo integral de la población misma, sirviendo como parámetro del nivel socioeconómico que cada miembro de la sociedad posee.

Lo cierto es que el derecho a la propiedad, en su entendido también como derecho humano, ha constituido desde siempre un motivo de lucha y logro social debido a que este permite que el individuo se realice, siendo la adquisición de bienes inmuebles, en concreto una vivienda, se logra institucionalizar como un medio de superación estatal, siendo el motivo por el que se busca constantemente el facilitar mediante la creación de los programas sociales para la adquisición de esa vivienda.

Por tanto cabe señalar que el contrato de leasing inmobiliario crea un sistema de financiamiento beneficioso para ambas partes contractuales, sirviendo como un medio para facilitar la adquisición de bienes a los miembros de la población nacional, con un

³⁰ Cáceres Rodríguez, Luis Ernesto. **Estado de derecho y derechos humanos**. Pág.121.

mínimo de riesgo y pérdida para los participantes; sirviendo también como un mecanismo para rivalizar con los medios de financiamiento habituales.

Teniendo con base en lo anterior, como último beneficio necesario de mencionar del leasing inmobiliario, la facilidad, poco formalismo y respecto a la autonomía de la voluntad que dicho contrato puede poseer, por su naturaleza mercantil, rompiendo los esquemas habituales propios de otros medios de financiamiento y compra de viviendas, es decir conjuntos habitacionales a fines prácticos.

Con base en lo expuesto en el párrafo anterior cabe afirmar que el leasing inmobiliario constituye una herramienta que puede servir tanto al sector público como privado para promover la adquisición de vivienda propia para cualquier miembro de la población guatemalteca, pudiendo dar efectivo cumplimiento al mandato constitucional de facilitar la adquisición de vivienda para cada parte integrante de la sociedad nacional, pudiéndose de tal forma garantizar el cumplimiento de la realización del bien común.

Es precisamente el último punto anotado en el párrafo anterior en donde mayormente radica la importancia del leasing inmobiliario, que se tienen para lograr esa realización, siendo en este caso el contrato en cuestión que por sus características permite que en lo que a vivienda se refiere ambas partes contractuales resulten beneficiadas, creando un estado de bienestar generalizado, que permite que tanto el dueño del bien como el locatario o adquiriente puedan tener una relación armoniosa fundamentada en las propias bases del ordenamiento jurídico guatemalteco, creándose así una situación que puede ser denominada como justa e idóneo al Estado.

Considérese que el Artículo 2 de la Ley de la Vivienda, Decreto 9-2012 del Congreso de la República de Guatemala, en su literal b, regula como principio general lo siguiente: “El derecho a una vivienda digna, adecuada y saludable, como derecho humano fundamental, cuyo ejercicio el Estado debe garantizar.”

Así mismo, el mismo cuerpo legal previamente citado, en sus literales b y c, preceptúan lo siguiente en relación a la problemática de la vivienda y los programas que deben de promover su adquisición:

“b) La solución del problema de la vivienda debe promoverse dentro de un marco de desarrollo integral y sostenible, es decir que involucre aspectos económicos, sociales, financieros, técnicos, jurídicos y ambientales.”

“c) Los programas y proyectos de vivienda que se impulsen deben garantizar el desarrollo sostenible, económico y ambiental de los procesos de producción habitacional, sus servicios, equipamiento comunitario y el ordenamiento territorial con el propósito de preservar los 3 recursos con visión de futuro.”

Dentro de esos programas que promueven la vivienda se pueden impulsar aquellos que utilicen el contrato de leasing inmobiliario como un medio de adquisición y sustento jurídico para las partes contractuales. Además en cuanto principio, el leasing desde el principio permite el uso de una vivienda digna para la parte arrendataria. No obstante no debe de obviarse que el contrato en cuestión es eminentemente mercantil, por lo que tendrá todos los beneficios que los contratos de índole mercantil poseen.

El contrato de leasing inmobiliario es de índole mercantil, por lo que cabe recalcar, como último punto y de nueva cuenta, que posee todos los beneficios que los acuerdos de voluntades de índole comercial poseen, como el poco formalismo, pero a su vez deberán de respetar los principios de buena fe y verdad sabida.

Finalmente, en síntesis puede afirmarse que mediante el uso del contrato de leasing inmobiliario, debido a los beneficios que posee, tanto del sector público como privado del Estado de Guatemala pueden promover una mayor adquisición de conjuntos habitacionales por parte de los miembros de la población y garantizar el derecho humano a la vivienda, lo que a su vez crea una situación de bienestar para ambas partes del contrato, facilitando el desarrollo integral individual y social, lo que eventualmente apoyará para la realización de bien común en el Estado de Guatemala.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En conclusión, la población guatemalteca tiene el derecho a una vivienda digna y a que se fomente formas para su obtención. No obstante un medio idóneo como lo es el contrato de leasing inmobiliario ha sido inobservado en el contexto jurídico guatemalteco, lo cual debe de cambiar e impulsarse su utilización en virtud de las ventajas que ostenta por su naturaleza comercial y la disminución de riesgos financieros que implica para las partes.

Se propone con base a lo anterior, que este tipo de contrato sea incorporado en el mercado inmobiliario a través de un contrato bancario autorizado por la Superintendencia de Bancos en los diferentes proyectos inmobiliarios que se están realizando a nivel nacional, para que la población guatemalteca tenga una nueva alternativa de adquisición de una vivienda digna.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLAFFIO, Mario. **Concursos y quiebras**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1973.
- BOUNOCORE, Vincenzo. **El leasing**. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1975.
- CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. **Estado de derecho y derechos humanos**. 2ª ed. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2011.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Filosofía del derecho**. 9ª ed. Ciudad de México, México: Ed. Porrúa, 1997.
- GASTALDI, José María. **¿Qué es el leasing?** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1995.
- HERNÁNDEZ ANDRADE, Jorge Fidel. **Introducción a la economía**. 10ª ed. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Servicios Profesionales, 2008.
- KELSEN, Hans. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. Ciudad de México, México: Ed. del Fondo de Cultura Económica, 1943.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil parte general**. 16ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot, 1960.
- ORTÚZAR SOLAR, Antonio. **El contrato de leasing**. 1ª ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1990.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1987.
- PEREIRA Orozco, Alberto y Marcelo Pablo Richter. **Derecho constitucional**. Pág. 129.
- PISANI, Osvaldo. **Elementos de derecho comercial**. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2006.
- ROCCO, Alfredo. **Principio del derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1960.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I. 5ª ed. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria de San Carlos de Guatemala, 2011.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo. III. 7ª ed. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria de San Carlos de Guatemala, 2011.

VILLORO TORANZO, Miguel. **Introducción al estudio del derecho.** 3ª ed. Ciudad de México, México: Ed. Porrúa, 1978.

Legislación:

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

Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto 114-97 del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

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

Ley de la Vivienda. Decreto 9-2012 del Congreso de la República de Guatemala, 2012.