

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a Native American man on a horse, holding a staff. Above him is a crown and a lion. The seal is surrounded by Latin text: "ACADEMIA COACTEMALTENSIS INTER CAETERAS OBIS CONSPICUA CAROLINA" at the top and "ACADEMIA COACTEMALTENSIS INTER CAETERAS OBIS CONSPICUA CAROLINA" at the bottom.

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE
CONFIRMING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA**

RICARDO EFREN CHACÓN GARCÍA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE
CONFIRMING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA**

TESIS

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

Por

RICARDO EFREN CHACÓN GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2011

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Rina Verónica Estrada Martínez
Secretario: Lic. César Augusto López López
Vocal: Licda. Dora Reneé Cruz Navas

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Secretario: Licda. Iliana Noemí Villatoro Fernández
Vocal: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez

Razón: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis"
(Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en
Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Licenciado

Luis Fernando Villatoro López

**ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 6243**



Guatemala, 27 de abril de 2011

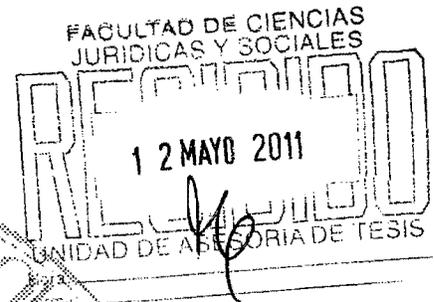
Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro:

De manera respetuosa me dirijo a usted, para informarle que en cumplimiento a la resolución en la que fui nombrado como Asesor del trabajo de tesis del bachiller **RICARDO EFREN CHACÓN GARCÍA**, intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE CONFIRMING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA"**, procedo a dictaminar sobre el contenido sustentado por el autor.

El trabajo de tesis del bachiller es un punto relevante ya que constituye contribución científica al estudio del derecho mercantil en virtud de que señala los lineamientos generales en cuanto al estudio del contrato, esto debido a que tiene como objetivo principal mediante un análisis jurídico doctrinario, explicar el origen y evolución, el nacimiento, concepto, objeto, elementos, naturaleza jurídica, características, operaciones afines, modalidades, su forma contractual, incidencias, ventajas y desventajas que surgen en cuanto a su aplicación en Guatemala.

14 calle 12-37 zona 1, interior 43-4 Telefonos: 2251-3614 y 5202-7852



Licenciado

Luis Fernando Villatoro López

ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 6243



Al hacer referencia al trabajo realizado por el Bachiller es necesario resaltar que el contenido científico y técnico de la tesis fue realizado con sumo rigor, dedicación, estudio y análisis. En cuanto a la metodología, técnicas de investigación y redacción cumplen las expectativas del objeto del trabajo, así como el análisis, conclusiones y recomendaciones.

De igual manera vale resaltar que se efectuaron las consultas bibliográficas, se realizaron los estudios doctrinarios, se aplicaron los métodos deductivo, analítico y sintético, asimismo, se utilizó un vocabulario jurídico adecuado.

Por todo lo anteriormente señalado y en base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE** en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por la estudiante cumple con los requisitos establecidos.

Sin otro particular me suscribo atentamente.

Licenciado
Luis Fernando Villatoro López
Abogado y Notario

Lic. Luis Fernando Villatoro López

Colegiado: 6243

Asesor de Tesis



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, trece de mayo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **JORGE ARÉVALO VALDEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **RICARDO EFREN CHACÓN GARCÍA**, Intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE CONFIRMING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

Licenciado Jorge Arévalo Valdez

Abogado y Notario

Colegiado 4807

1era avenida 3-14 zona 10 Ciudad de Guatemala

teléfono: 23610074



Guatemala, 13 de julio de 2011

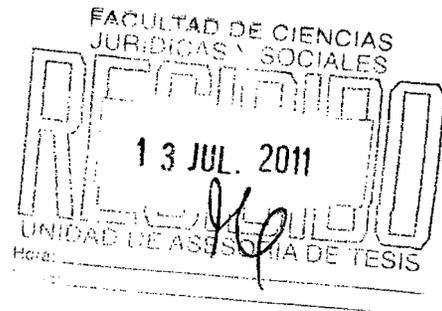
Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro:

En cumplimiento del dictamen emanado de la Unidad de Tesis con fecha 13 de mayo de 2011 se me designó REVISAR el trabajo de tesis del bachiller **RICARDO EFREN CHACÓN GARCÍA**, carné número 200515626, titulado **“ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE CONFIRMING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA”**, por lo que por este medio hago constar que se efectuaron las sesiones de trabajo para la revisión correspondiente.

Al respecto considero que el trabajo presentado reúne los requisitos establecidos. El trabajo elaborado merece la siguiente opinión:

a) Contenido científico: considero que el aporte dado es de mucha importancia ya que con la investigación realizada del contrato, se explica su origen y evolución, objeto, elementos, naturaleza jurídica, características, operaciones afines, modalidades, su forma contractual y todos los demás aspectos que lo caracterizan.

b) Dentro del trabajo de tesis, se realizaron las debidas consultas bibliográficas de autores en el ámbito jurídico, lo cual permitió una práctica realización; en cuanto a

Licenciado Jorge Arévalo Valdez

Abogado y Notario

Colegiado 4807

1era avenida 3-14 zona 10 Ciudad de Guatemala

Teléfono: 23610074



técnicas de investigación se utilizaron los métodos deductivo, analítico y sintético así como una forma de redacción correcta.

c) Estimo que la contribución del trabajo aporta elementos innovadores a la doctrina de esta materia.

d) Conclusiones acertadas respecto al tema, con recomendaciones oportunas, las que estimo deben tomarse en consideración.

Confío que el bachiller atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesarias y en general realizó el trabajo investigativo y analítico, redactando dicho trabajo con un lenguaje jurídico adecuado.

Por todo lo anteriormente señalado y en base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE** en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por la estudiante cumple con los requisitos establecidos.

Sin otro particular, me suscribo de usted atentamente;

Lic. Jorge Arévalo Valdez

Revisor de Tesis

Colegiado No. 4807

Jorge Arévalo Valdez
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, treinta y uno de agosto del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante RICARDO EFREN CHACÓN GARCÍA, Titulada ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE CONFIRMING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- AL CREADOR: Ya que sin su voluntad no estaría en esta instancia.
- A MIS PADRES: Johnny Efrén Chacón Paniagua y Norma Judith García Rodas por su cariño, ejemplo y apoyo incondicional durante toda mi vida.
- A MI HERMANA Por su apoyo y ánimos durante mi carrera.
- A MI FAMILIA Abuelas, tíos y primos que son parte de mi vida.
- A MIS AMIGOS Quienes sin el apoyo y amistad que me han brindado no sería quién soy el día de hoy
- A: A la gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por abrirme las puertas del conocimiento.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico	1
1.1. Interpretación del negocio jurídico	9
1.2. El hecho y el acto jurídico, su relación con el negocio jurídico	11
1.3. Negocio jurídico mercantil.....	13
1.4. El contrato	15
1.4.1. La evolución del contrato en Roma	17
1.4.2. Definición.....	18
1.4.3. Ineficacia de los contratos.....	19
1.5. Características de las obligaciones mercantiles.....	25
1.5.1. Solidaridad de los deudores.....	25
1.5.2. Exigibilidad de las obligaciones sin plazos	26
1.5.3. La mora mercantil	27
1.5.4. Derecho de retención.....	28
1.5.5. Nulidad de las obligaciones plurilaterales	30
1.5.6. Capitalización de intereses	31
1.5.7. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo.....	31
1.6. Contrato mercantil	32
1.6.1. Principios de la contratación mercantil	33
1.7. Características de los contratos mercantiles.....	34
1.7.1. La representación para contratar	34
1.7.2. Forma del contrato mercantil	35
1.7.3. Cláusula compromisoria.....	36
1.7.4. Los contratos por adhesión.....	36
1.7.5. Omisión fiscal	38
1.7.6. Libertad de contratación.....	39

1.7.7. Efectos de la cláusula rebus sic stantibus	39
1.7.8. Contratante definitivo	40
1.8. Clasificación de los contratos.....	40
1.8.1. Unilaterales y bilaterales	40
1.8.2. Onerosos y gratuitos	41
1.8.3. Consensuales y reales.....	41
1.8.4. Nominados e innominados.....	41
1.8.5. Principales y accesorios.....	42
1.8.6. Conmutativos y aleatorios.....	42
1.8.7. Típicos y atípicos	43
1.8.8. Formales o solemnes y no formales.....	43
1.8.9. Condicionales y absolutos	44
1.8.10. Tracto único y tracto sucesivo.....	44

CAPÍTULO II

2. Análisis descriptivo del contrato de confirming	45
2.1. Consideraciones preliminares.....	45
2.2. Evolución y origen	47
2.3. Definición.....	49
2.4. Objeto.....	52
2.5. Sujetos del contrato de confirming	54
2.5.1. Pagador u ordenante, el empresario-cliente de confirming	54
2.5.2. La entidad financiera.....	55
2.5.3. Los proveedores	57
2.6. Naturaleza jurídica del contrato de confirming	57
2.7. Características.....	60
2.8. Operaciones afines.....	65
2.9. Modalidades	66
2.9.1 Clases de confirming	66



	Pág
2.9.1.1 Gestión de pagos	66
2.9.1.2 Financiación a los proveedores	69
2.9.1.3. Financiación de cliente	70
2.10. Otros pactos usuales en el contrato de confirming; el confirming de inversión...70	70
2.11. Forma contractual.....	73

CAPÍTULO III

3. Posición jurídica del cliente, la entidad de confirming y los acreedores	75
3.1. Función económica.....	76
3.2. El pago anticipado del crédito como pago por tercero con subrogación.....	77
3.3. Subrogación	78
3.4. La relación jurídica subyacente entre la entidad de confirming y su cliente y la subrogación por pago	79
3.5. Relación entre el derecho personal de la entidad de confirming y el crédito adquirido por subrogación	80
3.5.1. El carácter abstracto del compromiso de pago	82
3.5.2. Revocación de la orden de pago.....	82
3.5.3. Importe del crédito pagado, acuerdos de reparto del interusurium.....	86
3.5.4. Momento en que es exigible el crédito satisfecho anticipadamente	88
3.5.5. Intereses debidos a la entidad de confirming	89
3.6. La situación jurídica de los acreedores y el papel de su voluntad en los efectos del pago.....	90

CAPÍTULO IV

4. Aplicación del contrato de Confirming.....	93
4.1. Incidencias en el tráfico comercial	93

4.1.1. Consecuencias que tendría el empresario que dejara de pagar una
 factura..... 93
 4.1.2. Consecuencias que tendría la entidad financiera si se negara a pagar una
 factura..... 94
 4.1.3 Consecuencias que tendría el empresario si no dispone de saldo suficiente
 para pagar las facturadas presentadas por los proveedores..... 95
 4.1.4. Consecuencias en cuanto a la cesión del crédito por parte del proveedor
 confirmado a un tercero 96
 4.1.5. Consecuencias en el caso de la cesión de un crédito a un tercero por parte
 del proveedor confirmado y la entidad realiza el pago al proveedor
 cedente..... 97
 4.2. Ventajas y desventajas para el cliente 97
 4.3. Ventajas para la entidad financiera..... 99
 4.4. Ventajas para el proveedor 99
 4.5. Similitudes y diferencias entre el contrato de confirming y factoring 100
 CONCLUSIONES..... 107
 RECOMENDACIONES..... 109
 BIBLIOGRAFÍA 111



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se fundamenta o justifica en la falta de regulación y codificación de los llamados contratos atípicos mercantiles, que se da en virtud de la rapidez con que se realizan las transacciones mercantiles y por la constante evolución del derecho mercantil, por lo tanto, es necesario el estudio jurídico doctrinario del contrato de confirming en base a la teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles.

El objetivo de la presente investigación es conocer mediante un análisis jurídico doctrinario el objeto, características, elementos, ventajas, desventajas e incidencias de la aplicación del contrato de confirming así como sus similitudes y diferencias con otros contratos atípicos mercantiles y los elementos que conforman este tipo de contratación; la hipótesis que se pretende comprobar es que el objeto del contrato de confirming o también llamado factoring, es la prestación de un servicio administrativo-financiero que consiste en gestionar los pagos de una empresa a sus proveedores, ofreciendo a estos últimos la posibilidad de cobrar sus facturas con anterioridad a la fecha de vencimiento cobrando una comisión por servicios de gestión al cliente y también una comisión al proveedor por adelantar el pago.

Para tener una noción del presente trabajo, se puede afirmar, que el objeto del contrato de confirming, es la prestación de un servicio administrativo-financiero que consiste en gestionar los pagos de una empresa a sus proveedores, ofreciendo a estos últimos la posibilidad de cobrar sus facturas con anterioridad a la fecha de vencimiento cobrando una comisión por servicios de gestión al cliente y también una comisión al proveedor por adelantar el pago, su característica propia es que el servicio anteriormente mencionado es prestado, según la doctrina, únicamente por una sociedad anónima especial que puede ser una entidad financiera o un banco y su naturaleza jurídica es

eminentemente privativa en virtud de que la sociedad anónima especial que presta este tipo de servicios lo hace con ánimo de lucro.

El trabajo puesto a consideración consta de cuatro capítulos, el primero desarrolla lo concerniente a la clarificación de lo que es el negocio jurídico como tal, las definiciones básicas, elementos, características, condiciones, y la forma de contratación dentro del ordenamiento jurídico nacional; en el segundo se realiza un análisis descriptivo del contrato de confirming, su origen y evolución, su nacimiento, concepto, objeto, elementos, naturaleza jurídica, características, operaciones afines, modalidades, su forma contractual; el tercero se refiere a la posición jurídica del cliente, la entidad de confirming y los acreedores; en el cuarto se analiza la aplicación del contrato, sus características básicas de la aplicación y sus incidencias en el tráfico comercial y las similitudes y diferencias entre el contrato de confirming y el de factoring.

Para el desarrollo de este trabajo se utilizaron tres métodos de investigación, el deductivo, por medio del cual a partir de las características generales de los contratos mercantiles se logró describir de manera más sencilla el contrato; el analítico, en virtud del cual se desglosaron todos los elementos característicos; y el sintético por medio del cual se unieron todos los elementos del contrato para con esto tener una visión más clara de lo que este tipo de contratación implica en cuanto a efectos legales; y la técnica de investigación utilizada fue la de fichaje, registrando de esta manera la información recopilada para su mejor manejo.

El desarrollo de este trabajo de investigación es de gran importancia para el ámbito mercantil, ya que frecuentemente se pueden presentar dudas e inconvenientes sobre este tipo de contrato, por lo cual se tornó imperativo el sentar precedente sobre dicha temática.



CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico

Para iniciar el estudio se debe analizar ciertos elementos previamente, por lo cual se inicia con lo que se podría denominar la génesis del negocio jurídico.

En las fuentes romanas no se puede pretender hallar expresamente formulada una doctrina del negocio jurídico. Urgidos como estaban los romanos de crear un derecho apto para satisfacer sus múltiples necesidades jurídicas, en un momento histórico en que sojuzgaron al mundo de aquellos tiempos, no podían detenerse a meditar sobre todas las cuestiones que implica un sistema o doctrina general del ordenamiento jurídico privado. Sólo les interesaban a los juristas romanos los aspectos concretos de la vida jurídica.

Se puede admitir que en la época clásica se tuvo conciencia del negocio jurídico, pero no fue elaborada su doctrina general como hoy se ha hecho. Estos conceptos previos y condicionantes comprendidos dentro de la doctrina del negocio jurídico no fueron objeto de las sabias meditaciones de los juristas clásicos, atendidos



como estaban a la magna labor de crear un derecho positivo.

Es preciso avanzar en el tiempo y llegar a los siglos XVIII y XIX para encontrar una elaboración sistemática del derecho privado. Especialmente a la famosa escuela de los pandectistas alemanes le estaba reservada la tarea de crear una doctrina conscientemente formulada del negocio jurídico. Las repetidas elaboraciones y reelaboraciones que se hicieron del derecho romano a través de la edad media y de la edad moderna, con criterios y métodos diversos, debían culminar necesariamente en un sistema. Esta gloria le cabe a los juristas alemanes del siglo XIX y, por ello, el código germano se distingue de los demás por su carácter científico y por su técnica perfecta, considerándose como el producto más valioso de la ciencia jurídica en ese siglo de intensa renovación espiritual.

De la ciencia pandectística se pasa a la época actual en que filósofos, juristas y sociólogos han contribuido a crear una teoría fundamental del derecho, se observa claramente un progreso jurídico extraordinario. El concepto universal del derecho, la relación jurídica, el derecho subjetivo, el derecho jurídico y la norma, han sido objeto de investigación desde diversas posturas filosóficas, integrando escuelas que, actualmente, luchan por el predominio dentro del amplio marco de la filosofía y de la ciencia. Estos conceptos condicionantes que constituyen el armazón del derecho, en su más amplio sentido, son aportes logrados que en el futuro indudablemente han de



influir en las codificaciones y en el derecho que surja de este momento histórico tan trascendente, en el que se debaten orientaciones y propósitos que han de variar inexorablemente el curso de la vida jurídica y social.

A pesar de estas afirmaciones que se hacen como una introducción al estudio de la teoría del negocio jurídico en relación con la legislación romana, no se puede dejar de expresar la creencia en la posibilidad de construir sobre los datos que proporcionan las fuentes romanas una doctrina de esta clase, ajustada al espíritu de aquel pueblo.

Se afirma que en los textos romanos se encuentran soluciones prácticas y principios de aplicación positiva, aunque no teorías ni sistemas. Pero esto no es óbice para que, tomando como base esas soluciones y generalizaciones muy frecuentemente formuladas con independencia de las instituciones, puedan servir de fundamento a los propósitos de elaboración de un sistema o teoría general del negocio jurídico a tono con las ideas de los romanos.

Al estudiar la esencia del negocio jurídico se observa como se le reconoce a la voluntad para poder crear relaciones jurídicas reconocidas por el derecho. Los romanos no definieron, desde luego, el negocio jurídico, pero es posible construir como base de sus principios, una definición.



Se define negocio jurídico diciendo: es una declaración de la voluntad individual en el orden privado reconocido por el derecho como apta para producir un resultado jurídico. Su elemento esencial como se deduce del concepto anterior, es la voluntad, pero siempre que se manifieste o exteriorice.

A la voluntad interna no puede reconocerse eficacia jurídica, pues de lo contrario se le privaría al derecho de uno de sus efectos o consecuencias más importantes como es la seguridad o certeza jurídica. También puede consistir en varias declaraciones de voluntad, según la naturaleza del negocio jurídico.

Se dice declaración de voluntad individual en el orden privado para excluir las sentencias judiciales o las resoluciones gubernamentales y, en general, a todo lo que corresponda al derecho público.

Pero el problema surge cuando se trata de precisar los últimos términos de la definición.
¿La voluntad que constituye el alma del negocio jurídico que alcance debe tener?

Algunos autores afirman que es necesario que la declaración de voluntad se dirija a la producción de todas las consecuencias jurídicas propias del acto, de tal modo que

solo lo querido por el sujeto es lo que se reconoce por el ordenamiento jurídico. Este criterio es indudablemente exagerado porque si fuera cierto se realizaría en la práctica muy pocos negocios jurídicos con todos sus efectos, ya que estos no pueden tenerse siempre a la vista por las personas que intervienen en él.

Existen múltiples definiciones de diversos autores sobre el negocio jurídico de las cuales se cita la de Giorgio del Vecchio para quien el negocio jurídico es: "un acto voluntario y licito que produce consecuencias jurídicas".¹

Manuel Osorio, expresa: "Negocio jurídico en la moderna literatura jurídica se da este nombre a todo acto voluntario y licito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y especifica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derecho y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado."²

Para Miguel Reale negocio jurídico es un: "tipo de acto jurídico que no solo se origina por un acto de voluntad, sino que implica una declaración expresa de voluntad creadora de una relación entre dos o más sujetos."³

Carlos Vásquez expresa: "NEGOCIO JURIDICO: no es más que un acuerdo de

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

² Osorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**. Pág. 483.

³ Reale, Miguel. **Introducción al Derecho**. Pág. 168.



voluntades que producen consecuencias jurídicas”⁴

De Castro y Bravo indica: “la definición en cuanto a legislación más antigua que tenemos sobre el negocio jurídico es del código civil de Sajonia del año 1863 el cual definía el negocio jurídico diciendo que: un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes a construir, extinguir o cambiar una relación jurídica”⁵.

De acuerdo a las definiciones anteriormente expuestas se puede decir que el **negocio jurídico** es un acto voluntario y lícito que se da entre dos o más personas, realizado de acuerdo a una norma jurídica, y que en virtud del cual se crean, modifican o se extinguen derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado, creándose entre estas personas una relación que producirá consecuencias jurídicas.

En virtud de lo anterior el Código Civil decreto ley 106 en el Artículo 1251 indica que para la validez de un negocio jurídico se requiere la capacidad legal del sujeto que declara la voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito, por lo cual estos elementos son indispensables para que el negocio nazca a la vida jurídica y se produzcan todos sus efectos.

⁴ Vásquez, Carlos. **Derecho civil IV**. Pág. 2.

⁵ De Castro y Bravo. Federico. **El negocio Jurídico**. Pág.20.



A mi criterio puedo afirmar que los requisitos generales son los siguientes:

- a. La declaración de la voluntad;
- b. La capacidad en el sujeto;
- c. Consentimiento que no adolezca de vicio; y
- d. Objeto lícito y posible

En cuanto al primer requisito ya se destacó su importancia señalando la necesidad de que la voluntad se exteriorice, pues como dijo ULPIANO refiriéndose al Derecho Penal: *cogitatione nemo penam patitur*, es decir nadie se perjudica por su pensamiento. La capacidad tanto de derecho como de hecho es una condición de carácter general a todos los actos jurídicos. La capacidad legal es la aptitud derivada de la personalidad que una persona tiene para contraer obligaciones y ejercer derechos; cuando se refiere a consentimiento que no adolezca de vicio se habla de que cuando se presta el consentimiento no deben de haber circunstancias que hagan ineficaz el negocio, estas circunstancias pueden ser: el dolo, el error y la violencia:

- a. El error, que es la falsa noción que se tiene de una cosa, no todos los errores anulan el acto;
- b. El dolo, que tiene lugar cuando una de las partes o un tercero induce a error a la otra

para decidirla a prestar su consentimiento, mediante el empleo de maniobras fraudulentas con el propósito de obtener una ventaja a sus expensas;

c. La violencia, que es un acto de fuerza material o moral ejercida contra una persona para obligarla a prestar su consentimiento en un contrato.

La licitud del objeto es natural que se exija, pues el derecho no puede amparar nada que sea inmoral o ilícito.

La posibilidad del objeto está íntimamente relacionada con su existencia tanto física como jurídica. Si se conviene la entrega de una cosa que no puede realizarse físicamente no puede reconocérsele por el derecho validez a este pacto, debido a la inexistencia del objeto. Además, hay imposibilidades jurídicas cuando existiendo físicamente el objeto, el derecho prohíbe que se celebren pactos sobre él. En el derecho romano se encuentran cosas fuera del comercio jurídico, como las públicas, sagradas y religiosas. En los textos romanos se significa especialmente, que las estipulaciones sobre ellas eran inútiles.

El requisito que exige que el ordenamiento jurídico reconozca a declaración de voluntad consecuencias reales, constituye un elemento esencial, ya que si no fuera así el derecho quedaría a merced de la voluntad humana, y no le fijaría a esta los límites



propios de la convivencia social.

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

1.1. Interpretación del negocio jurídico

Es sabido que los romanos fueron maestros en la interpretación, en determinar cuál era la *lex specialis* del caso concreto, el *ius*. Esa interpretación se dio tanto respecto de la ley y del edicto, que quizá sea la más importante, pero también respecto de los actos jurídicos, porque muchas veces fue necesario precisar el sentido y alcance. El problema no existía respecto de los negocios formales en los que la declaración de voluntad debía hacerse observando determinada solemnidad, puesto que lo único que cabía era verificar la observancia ritual de la forma. La forma presuponía la voluntad y como ésta sólo podía emitirse mediante aquélla, no cabía la posibilidad de averiguar qué quiso decirse, menos aún por qué. Piénsese en una *mancipatio*, donde el que va a adquirir la propiedad, en presencia de quien transmite, de cinco testigos y de una persona que sostiene una balanza, toma un trozo de cobre y toca la balanza, luego de pronunciar las palabras rituales: *Afirmo que este esclavo es mío de acuerdo con el derecho de los*

quirites y que lo he comprado con este cobre y esta balanza de bronce. O en una estipulación: ¿Prometes solemnemente darme el esclavo Stico? Prometo. Aquí no puede haber ningún problema de interpretación y, en todo caso, no cabe sino estar a las palabras pronunciadas.

Pero con la aparición y desarrollo de los negocios no formales, se incrementó la necesidad de interpretar el negocio para encontrar el verdadero sentido de la voluntad declarada. Sobre esto no existieron reglas fijas y la labor interpretativa osciló entre dar prioridad a las palabras, verba, o a la intención, voluntas, haciendo una interpretación literal o subjetiva, respectivamente. Sin embargo, es posible dar algunas pautas más o menos generales. Así, en los actos inter vivos parece dominar la interpretación objetiva, la que tiene en cuenta las palabras en su sentido propio según el negocio de que se trata; en los negocios mortis causa, como todo depende de la voluntad unilateral del disponente, la interpretación debe tratar de establecer con precisión esa voluntad. Por tanto, serán importantes las palabras empleadas, pero el elemento decisivo será la voluntad; la interpretación objetiva deberá ser complementada decisivamente por la subjetiva.

En el derecho justiniano parece predominar la valoración sobre la voluntad de las partes en todo tipo de negocio, aplicándose preferentemente una interpretación subjetiva o individual.



1.2. El hecho y el acto jurídico, su relación con el negocio jurídico

Si se concibe el derecho privado como un sistema de derechos subjetivos, surge la cuestión primordial de estudiar de qué manera nacen éstos a la vida y cuáles son los hechos que tienen la virtualidad de crearlos. Tal estudio exige la consideración de los llamados hechos y negocios jurídicos.

Los jurisconsultos romanos, con su proverbial espíritu práctico y su característica hostilidad hacia la abstracción, no construyeron una teoría general de los hechos y negocios jurídicos, sino que fueron considerando, en los casos concretos que se les presentaban, qué situaciones merecían ser protegidas por medio de acciones y en qué circunstancias debía reconocerse a una determinada persona una facultad para actuar respecto de una cosa o de otra persona también determinada. La dogmática moderna, recogiendo los principios básicos suministrados por la jurisprudencia romana, elaboró la teoría del negocio jurídico, cuya paternidad se atribuye al jurista alemán Gustavo Hugo. Con los antecedentes romanos, que son los que particularmente interesan, y con los resultados de las construcciones doctrinarias actuales, se aborda el tema de los hechos y negocios jurídicos.

Hecho es toda acción u obra del hombre o de la naturaleza que cae bajo la percepción

de los sentidos. Los hay capaces de producir innumerables consecuencias pero que, sin embargo, no tienen fuerza gravitante en el área de lo jurídico. Estos son denominados genéricamente hechos o hechos simples. Otros hechos, positivos o negativos, por el contrario, cumplen una función eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, es siempre a causa o consecuencia de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho.

Estos acontecimientos o circunstancias de hecho, a los que derecho objetivo atribuye el efecto de producir la adquisición, modificación, transformación o extinción de derechos, son los llamados hechos jurídicos. A manera de ejemplo de tales hechos que pueden ser de infinita variedad, se puede citar el nacimiento o la muerte de un individuo, la tormenta que destruye una cosecha, la sequía que agosta los sembradíos, los acrecentamientos naturales de las cosas producidos por aluvión o avulsión de tránsito, la producción de frutos, etcétera.

Considerando que los hechos jurídicos son acontecimientos de orden natural, los efectos jurídicos que pueden acarrear se reconocen inmediatamente al verificarse la condición objetiva.

La norma jurídica considera como relevante y digno de valoración el carácter de ser

fenómenos naturales, lo cual significa que sus efectos jurídicos se producen por imperio de la ley. Ahora bien, cuando el hecho jurídico no es producido por factores naturales, sino por el actuar del hombre, por un acto de voluntad del sujeto, estamos en presencia del acto jurídico, que se puede definir diciendo que es el acto voluntario susceptible de producir el nacimiento, la modificación, la transformación o la extinción de los derechos.

1.3. Negocio jurídico mercantil

Villegas Lara indica que: “teniendo en cuenta que el derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas codificadas o no que regulan la actividad profesional de los comerciantes, las cosas mercantiles y los negocios jurídicos mercantiles”⁶, según esto, se puede deducir que el negocio jurídico mercantil es el negocio que tiene por objeto un acto de comercio, y de esta manera se define que un acto de comercio es todo aquel acto regulado en el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República, o cualquier otro análogo, entonces, el negocio jurídico mercantil puede ser considerado un acto de comercio en función de la condición de las partes que intervienen, es decir, si son comerciantes o no, todo esto en función de su objeto, por ejemplo, si tiene un objeto que el Código de Comercio reputa mercantil o no, o en función de los dos criterios tomados conjuntamente.

⁶ Villegas Lara, Rene Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco**. Pág. 21.

En virtud de lo anterior el Código de Comercio indica en el Artículo segundo que son comerciantes las personas que en nombre propio y con fines de lucro ejercen las siguientes actividades:

- a. La industria dirigida a la producción y transformación de bienes y la prestación de servicios;
- b. La intermediación de bienes y la prestación de servicios;
- c. La banca, seguros y fianzas; y
- d. Los auxiliares de los anteriores.

Del Artículo anterior se deduce que actos o actividades se consideran de comercio y que personas se consideran comerciantes. Asimismo, cabe mencionar que la legislación guatemalteca considera comerciantes a las sociedades con forma mercantil cualquiera sea su objeto.

Por lo tanto se puede considerar que el negocio jurídico mercantil es en el cual intervienen personas consideradas comerciantes realizando los actos calificados de comercio indicados en la legislación, es decir, es un acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica en virtud de la cual dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones derivados de actos o actividades de comercio.



1.4. El contrato

En el sistema contractual romano solo se consideraban contratos aquellos acuerdos tipificados en el ius civile, por lo cual, para entrar en el estudio de los contratos es necesario dejar claro el sentido de los términos convención, pacto y contrato.

La convención es el acuerdo de voluntades que recae sobre un negocio jurídico que tenga por objeto crear, modificar o extinguir algún derecho destinado a producir efectos, es decir, a reglar los derechos de las partes. Era un negocio bilateral o multilateral por cuanto requería el concurso de dos o más voluntades. La convención constituye el género con respecto a los contratos.

Díaz Menchu y Alveño Hernández señalan: "En la época clásica el puro y simple acuerdo de voluntades respecto a algún aspecto no contemplado por el ius civile no era considerado contrato sino pactum."⁷, en base a lo anterior, el pacto es diferente a la convención, ya que se refiere a aquellas relaciones que carecen de acción, ya que solamente engendran una excepción.

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

Con el paso del tiempo, el pacto se fue asimilando al contrato al otorgarle acciones para exigir su cumplimiento. El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades reconocido por el derecho civil, dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles, estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica, cosa que también ocurría con algunos pactos que no entraban en la categoría de contratos, pero existía también un gran número de convenciones o pactos que a diferencia de los contratos no estaban provistos de acción para exigir su cumplimiento y carecían de nombre.

El hecho de que la voluntad de las partes constituya el elemento fundamental de las convenciones en donde se atribuye que la convención forma ley entre las partes, es un principio reconocido por los romanos como de derecho natural, y por lo tanto admiten que toda convención no reprobada, hace nacer una obligación natural entre las partes contratantes, pero para que la obligación tuviese fuerza ejecutoria en el derecho de los quirites, era preciso que además tuviese una causa civil, estos eran los contractus.

Para dar una definición completa de contrato en cuanto al derecho romano Camares Ferro indica: "Es la convención que tiene una denominación especial (ej. Compra venta, locación, etc.) O en su defecto, una causa civil obligatoria (como sería por ej. La transmisión de la propiedad de una cosa: datio) y a la que el derecho sanciona con una acción"⁸.

⁸ Camares Ferro, José **Curso de Derecho romano**, Pág. 149.



1.4.1. La evolución del contrato en roma

Como he expresado anteriormente, no todo acuerdo de voluntades era considerado contrato, sino solamente aquellas relaciones a las que la ley atribuía el efecto de engendrar obligaciones civilmente exigibles.

Peña Guzmán y Arguello señalan: “En el derecho justiniano, el contrato es el acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra, incluyendo como tales a toda clase de negocio que tuviera por fin la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica”⁹.

Finalmente, cuando la evolución del derecho romano hizo del acuerdo de voluntades el elemento característico del contrato, se acepta que puedan ser perfeccionados por el mero consentimiento de las partes, apareciendo así los contratos consensuales.

⁹ Peña Guzmán, Luis Alberto y Arguello, Luis Rodolfo. **Derecho Romano** Pág. 216.



1.4.2. Definición

Para esbozar la definición de contrato en el derecho actual se pueden mencionar las siguientes definiciones como la de Manuel Osorio: “en una definición jurídica se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a regir sus derechos”¹⁰

Capitant citado por Manuel Osorio define el contrato como: “acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con el objeto de crear en ellas vínculos de obligaciones”¹¹.

Para Puig Peña contrato es:” el acuerdo de voluntades anteriormente divergentes, por virtud de la cual las partes dan vida, modifican y extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”¹²

El Código Civil argentino en el Artículo 1137 indica que: hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

¹⁰ Osorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 167.

¹¹ **Ibid.** Pág. 167

¹² Puig Peña, Federico. **Compendio de Derecho civil español.** Tomo III, Pág. 329.

Cabanellas citando a Savigny para quien el contrato es: "el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas".¹³

El código civil español no da una definición sino que indica el momento en que se considera que hay contrato ya que en su Artículo 1254 expresa que el contrato existe desde que una o varias personas consientan en obligarse respecto de otra, u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Igualmente al respecto el Código Civil en su Artículo 1517 expresa que Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

En virtud de lo anterior, se puede deducir que la definición del maestro Puig Peña es la más acertada ya que engloba todos los elementos del contrato, desde su esencia hasta sus elementos característicos.

1.4.3. Ineficacia de los contratos

Se consideran ineficaces los contratos que carezcan de alguno de los elementos

¹³ Guillermo Cabanellas, **Diccionario Jurídico Elemental**. Pág. 101.

esenciales, o que estuvieran viciados de alguna manera. La ineficacia tiene distintas manifestaciones y efectos según la clase de invalidez que se cause al contrato, las cuales se citan a continuación:

Nulidad absoluta: según Cabanellas es la: “Ilegalidad absoluta de un acto. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Puede resultar también de una ley. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos”¹⁴.

Osorio indica sobre la nulidad absoluta: “es la del acto que carece de todo valor jurídico, con excepción de las reparaciones y consecuencias que por ilícito o dañoso puede originar. La nulidad absoluta puede ser declarada por el juez y debe serlo, aun sin petición de parte, cuando aparezca manifiesta. Pueden alegarla cuantos tengan interés en hacerlo, menos el que haya ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. La nulidad absoluta, o nulidad estricta, no admite confirmación.”¹⁵

El Artículo 1301 del Código Civil indica que hay nulidad absoluta en un negocio jurídico

¹⁴ Guillermo Cabanellas. **Ob. cit.** Pág. 293.

¹⁵ Osorio, Manuel. **Ob. cit.** Pág. 629.

cuando su objeto sea contrario al orden público, contrario a las leyes prohibitivas expresas y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.

Tomando en cuenta lo anterior, se puede decir que la nulidad absoluta se produce por falta de requisitos esenciales, y en el caso que cumpliendo los requisitos, el objeto de dicho contrato sea contrario al orden público o a las leyes prohibitivas expresas por lo tanto es nulo; asimismo, tomando en cuenta el segundo párrafo del Artículo 1301 del Código Civil que indica que los negocios jurídicos que adolezcan de nulidad absoluta no producen efectos ni son revalidables por confirmación, se puede deducir que las partes no pueden subsanar la nulidad absoluta, ya que la acción para demandar la nulidad no caduca ni prescribe ya que no se puede dar existencia por el transcurso del tiempo a algo que no existe, ni puede revalidarse por confirmación y que una vez quede firme la sentencia que declara absolutamente nulo el negocio o contrato y se tienen por no ocurridos los efectos que este hubiera producido.

Nulidad relativa o anulabilidad: Osorio indica:” es la que ha de ser alegada y probada por ciertas personas para que la invalidación surta efecto. Cabe subsanarla por la confirmación, porque sus defectos no son substanciales en absoluto, ni de orden público inexcusable.” Carlos Vásquez Ortiz indica al respecto: “Un negocio jurídico es anulable cuando aun produciendo sus efectos, estos pueden cesar en virtud de acción

judicial ejercitada por quien alega la existencia de vicios y defectos de su constitución.”¹⁶

Según Puig Peña: “la nulidad relativa tiene lugar cuando existe un vicio o defecto del actor, singularmente uno de los vicio del consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación)”.¹⁷

Según la legislación guatemalteca son tres las causas que pueden producir nulidad relativa: incapacidad relativa de las partes o de una de ellas, vicios del consentimiento y por la ausencia de formalidades esenciales en el caso de obligaciones de menores, incapaces o ausentes.

Una de las diferencias con la nulidad absoluta es que la nulidad relativa solo puede hacerla valer nada más que los afectados por el vicio y puede quedar el acto anulado o subsanado por la confirmación que depende del legitimado a demandar la nulidad o consentirla expresa o tácitamente en cuyo caso queda subsanada o prescrita.

Rescisión: Cabanellas indica que rescisión es:” Privar de su eficacia ulterior o con

¹⁶ Vásquez Ortiz, Carlos. **Ob. Cit.** Pág.36.

¹⁷ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 430.

efectos retroactivos una obligación o contrato”¹⁸. Por su parte Osorio dice:” Una de las formas de su extinción por causas sobrevinientes después del perfeccionamiento de aquéllos. En sentido más concreto, la expresión hace referencia a la extinción del contrato anulándolo por lesión”

Es posible inferir, que la rescisión es un procedimiento encaminado a hacer ineficaz un contrato que en condiciones normales sería obligatorio, esto a causa de factores externos los cuales ocasionan perjuicios a uno o ambos contratantes.

La legislación guatemalteca apunta a que concurren ciertos elementos como lo son: la existencia de un contrato válido, que no se haya consumado sino que este pendiente de cumplimiento y que las partes acuerden disolverlo o que se declare disuelto en virtud de resolución de juez competente.

Se puede decir que la rescisión voluntaria se da cuando es de mutuo acuerdo y están pendientes de cumplimiento los contratos válidamente celebrados; rescisión judicial cuando se precisa de un motivo específico indicado por la ley derivando en la interposición de una demanda en juicio sumario por el contratante que ha sufrido perjuicio económico o lesión patrimonial, y de esta manera la sentencia declarara

¹⁸ Guillermo Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 376.



disuelto el negocio o contrato en virtud de la acción rescisoria, la acción para pedir la rescisión dura un año a partir de la celebración del contrato; y la rescisión forzosa o legal que se da cuando surgen situaciones fortuitas ajenas a los contratantes que impiden el cumplimiento del contrato.

Las personas sin impedimento alguno en cualquiera de sus contrataciones pueden estipular motivos específicos para la rescisión de estos, siempre que, los motivos no contraríen ninguna norma legal.

En cuanto a los efectos de la rescisión se infiere que esta se equipara en su elemento fundamental a la nulidad, en virtud de que al declararse la rescisión de un contrato las cosas vuelven a su estado anterior, es decir, las partes deben restituirse lo que respectivamente hubieren recibido y los servicios prestados deberán justipreciarse ya sea para pagarlos o para devolver el valor de los prestados; en el caso de haber perjudicado a un tercero por la rescisión se entenderá subsistente la obligación solo en cuanto a los derechos de la persona perjudicada.



1.5. Características de las obligaciones mercantiles

Antes de iniciar con lo concerniente al contrato mercantil es necesario tomar en cuenta las características propias de las obligaciones mercantiles para con esto tener un panorama general de las incidencias que pueden surgir dentro de la contratación mercantil.

1.5.1. Solidaridad de los deudores

Partiendo de la idea de que las obligaciones mancomunadas son las obligaciones en las cuales intervienen dos o más personas ya sea en la parte activa o en la parte pasiva como bien lo indica el Artículo 1347 del Código Civil. La mancomunidad puede ser simple o solidaria, es simple cuando uno de los sujetos responde de una parte de la obligación y solidaria cuando cualquiera de ellos responde de la totalidad frente al sujeto del derecho. De acuerdo al Artículo 1353 del código anteriormente mencionado, para que una obligación mancomunada sea solidaria, se necesita que se pacte expresamente.

En cuanto a la mancomunidad simple el Artículo 1348 del Código Civil establece

que por la simple mancomunidad no queda obligado cada uno de los deudores a cumplir íntegramente la obligación, ni tiene derecho cada uno de los acreedores para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso, el crédito o la deuda se consideraran divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya, y cada parte constituye una deuda o un crédito separado.

Asimismo la mancomunidad solidaria según el Artículo 1352 del Código Civil es cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de manera que todos o cualquiera de ellos pueden ser constreñidos al cumplimiento total de la obligación, y el pago hecho por un solo libera a los demás; con respecto a los acreedores cuando, cualquiera de ellos tiene el derecho de exigir la totalidad del crédito, y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor. Del articulado mencionado se establece una especialidad de las obligaciones mercantiles mancomunadas, en lo que al deudor o al fiador se refiere, si en una obligación mercantil hay varios deudores, su mancomunidad es solidaria en virtud del Artículo 674 del Código de Comercio, es decir, la solidaridad se presume en cuanto a obligaciones mercantiles, salvo disposición en contrario.

1.5.2. Exigibilidad de las obligaciones sin plazos

Según el Artículo 1283 del Código Civil, cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a

voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para lo que determine, au contrarie en este caso aparece una especialidad de las obligaciones mercantiles ya que el Artículo 674 del Código de Comercio indica que las obligaciones en las que no se pacte plazo son exigibles inmediatamente a menos que el término sea consecuencia de la propia naturaleza del contrato.

1.5.3. La mora mercantil

Teniendo en cuenta que la mora es el status jurídico en que se encontrara el sujeto si no cumple con su obligación o no acepta la presentación que le hace el deudor, la característica propia del derecho civil es que, para caer en mora, salvo las excepciones que establece el Artículo 1431 del Código Civil, es necesaria la interpelación, o sea, el requerimiento en forma judicial o por medio de un notario. Al contrario, en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, bastando únicamente que el plazo haya vencido o sean exigibles.

La excepción a esta regla, aunque por el tema que se trata no compete lo mencionare, son los títulos de crédito y cuando hay pacto en el contrato. El Código Civil establece que la mora del deudor genera daños y perjuicios que deben ser pagados al acreedor, pero ellos deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, el código

mencionado se orienta a obligar a que se pruebe fehacientemente que esos daños y perjuicios se han causado o que necesariamente deban causarse, no siendo suficiente la simple reclamación o pretensión, a menos que se trate de una cláusula indemnizatoria.

En lo mercantil sucede lo contrario, hay un mandato para el deudor moroso de pagar los daños y perjuicios salvo pacto en contrario; cuando la obligación tuviere por objeto una cosa cierta y determinada o determinable estos daños y perjuicios se cuantificarán en relación al interés legal sobre el precio del contrato y a la falta de este, por el que tenga en la plaza al día del vencimiento, el de su cotización en la bolsa si se trata de títulos de crédito, y en defecto de lo anterior, el que fijen expertos.

1.5.4. Derecho de retención

Al tenor del Artículo 682 del Código de Comercio, el derecho de retención es la facultad que se concede al acreedor mercantil cuyo crédito sea exigible, para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder, o de los que tuviere por medio de títulos crédito representativos cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple, o bien, hasta que el deudor lo cumpla y con esto la retención funciona como garantía del cumplimiento de la obligación.

Como los bienes retenidos siguen siendo propiedad del deudor, el acreedor debe velar por su conservación por eso la ley le asigna a este las obligaciones de un depositario las cuales son:

- a. Guardar la cosa depositada y abstenerse de hacer uso de ella;
- b. Registrar las cosas que se han entregado embaladas o selladas;
- c. Avisar de cualquier pérdida o deterioro que pudiera sufrir la cosa y de las medidas que deben tomarse para evitarlo; e
- d. Indemnizar los daños y perjuicios que por dolo o culpa sufiere el deudor con relación a la cosa.

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

- a. Cesa la retención si el deudor consigna la suma adeudada o la garantiza;
- b. La disposición que el deudor haga de los bienes retenidos, no afecta la retención;
- c. Cuando los bienes retenidos son embargados, el acreedor que los posee tiene derecho a conservar los bienes con carácter de depositario judicial, a ser pagado preferentemente si el bien retenido estaba en su poder en razón del mismo contrato que origino su cuenta y a ser pagado con prelación al embargante, si su relación de crédito es anterior a la de este; y

d. El acreedor que retiene pagará costas judiciales, daños y perjuicios, si no entabla la demanda dentro del término legal, o si se declara improcedente su demanda. La ley no es específica el término para entablar la demanda, al menos que en cada contrato se pronuncie sobre este particular.

1.5.5. Nulidad de las obligaciones plurilaterales

El Artículo 689 del Código de Comercio establece que la nulidad que afecte la obligación de una de las partes en un negocio plurilateral, no anula la totalidad del negocio jurídico, sino únicamente con relación a la parte que provoco la nulidad, salvo que ese hecho haga imposible la existencia del negocio.

El negocio jurídico plurilateral es aquel en que los sujetos que intervienen no tienen intereses ni status jurídicos contrapuestos, como el caso del contrato de sociedad, la disposición de esta naturaleza no es propia del derecho mercantil, porque también en el Código Civil está previsto el contrato de sociedad civil.



1.5.6. Capitalización de intereses

También llamada anatocismo lo cual es prohibido en el derecho civil ya que el Artículo 1949 del Código Civil prohíbe la capitalización de intereses. Capitalizar intereses significa que cuando el deudor deja de pagarlos, la cantidad que se adeude por ese concepto acrecienta el capital, de manera que, a partir de la capitalización, los intereses aumentan porque se elevó la suma del capital. La capitalización de intereses era conocida también como negocio bancario y está regulado en el Artículo 691 del Código de Comercio, también se extendió a todos tipo de obligación mercantil siempre que así se pacte en el contrato y que la tasa de interés no sobrepase la máxima que cobran los bancos, permitiéndola únicamente en el negocio bancario.

1.5.7. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo

Al tenor del Artículo 693 del Código de Comercio las obligaciones de tracto sucesivo a falta de un pago dan por vencido el plazo de la obligación, y la hace exigible salvo pacto contrario.



1.6. Contrato mercantil

En el derecho español, un contrato mercantil es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto un acto de comercio.

Un contrato puede ser considerado acto de comercio en función de la condición de las partes que intervienen en él, en otras palabras, si son comerciantes o no, en función de su objeto, si tiene un objeto que el Código de Comercio reputa mercantil o no, o en función de los dos criterios tomados conjuntamente, con todo esto en base a los Artículos segundo, cuarto y quinto del Código de Comercio en el cual el epígrafe indica lo anterior como negocio mixto. Por ejemplo, el contrato de constitución de sociedad anónima es eminentemente mercantil ya que se puede decir que en función de su objeto, que radica en la puesta en común de bienes y/o servicios para la realización de una actividad económica con ánimo de lucro, es independiente el carácter de comerciantes o no comerciantes de las partes que lo suscriban, mientras que el contrato de mutuo será mercantil si cualquiera de las partes es comerciante, en la legislación guatemalteca se da en el caso de que el mutuante sea una entidad bancaria o financiera.



1.6.1. Principios de la contratación mercantil

La doctrina señala varios principios dentro de los que es posible mencionar los siguientes:

- a. La verdad sabida;
- b. La buena fe guardada;
- c. Toda prestación se presume onerosa;
- d. La intención de lucro; y
- e. Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circularon.

Tomando en cuenta lo que establece el Código de Comercio en el Artículo 669, las obligaciones mercantiles se interpretan, ejecutan y cumplen de conformidad con los principios de verdad sabida, y de buena fe guardada.

El poco formalismo con que se desarrollan estos principios funcionan como parte de su propia sustancia, es así, que las partes obligadas conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar para no darle una interpretación distinta a los contratos, ya que de otra manera se destruirá



la seguridad del tráfico comercial.

El cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos son rigurosos porque solo de esa manera puede conseguirse armonía en la intermediación para la circulación de los bienes y la prestación de servicios.

1.7. Características de los contratos mercantiles

1.7.1. La representación para contratar

En el derecho mercantil se utiliza lo se denomina representación aparente, es decir, que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil.

En virtud de lo anterior el Artículo 670 del Código de Comercio establece lo siguiente: Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena



fe.

1.7.2 Forma del contrato mercantil

Según el Código Civil guatemalteco las personas pueden contratar y obligarse:

- a. Por medio de escritura pública;
- b. documento privado;
- c. Acta levantada ante el alcalde del lugar; y
- d. Por correspondencia y verbalmente.

En cuanto al derecho mercantil la forma se encuentra más simplificada, los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formalidades especiales en virtud de que una de las principales características de este derecho es el poco formalismo, por lo tanto, en cuanto al derecho mercantil cualquiera que sea la forma de contratación, las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron obligarse.

Hay contratos que quedan fuera de este rubro por cuanto que son los contratos



solemnes, dentro de los que se menciona el contrato de fideicomiso y el de sociedad, que deben celebrarse mediante escritura pública.

1.7.3. Cláusula compromisoria

La legislación civil guatemalteca establece que toda controversia relativa a los contratos puede dirimirse mediante juicio arbitral, si así se consigna en escritura pública. En el terreno mercantil es diferente ya que un contrato puede discutirse mediante arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria conste en escritura pública, lo que viene a ser una característica del contrato mercantil, según el Artículo 671 del Código de Comercio.

1.7.4. Los contratos por adhesión

El contrato por adhesión ha sido criticado en la doctrina por poner en desventaja al consumidor frente a la persona que ofrece un bien o un servicio, sin embargo quienes lo defienden consideran que es el medio más adecuado para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades. Por eso se ha considerado que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil. En el campo comercial

esta forma de contratar es lo más corriente, por eso es que el Código de Comercio establece reglas, para interpretar los contratos por adhesión con el objeto de proteger al contratante que recibe la oferta de contrato. Estos contratos son producto de la negociación en masa, son elaborados en serie, estos son sometidos a leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo.

El Código de Comercio distingue dos situaciones que disciplina el contrato por adhesión:

- a. Contrato mediante formularios, Artículo 672: En los contratos estandarizados mediante formularios, su interpretación se rige mediante las siguientes reglas:
 - a.1. Se interpretan, en caso de duda, en sentido menos favorable de quien preparo el formulario;
 - a.2. Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparecen caracteres tipográficos más grandes o diferentes al resto del documento;
y
 - a.3. Las cláusulas adicionales prevalecen sobre las generales, aunque éstas no hayan sido dejadas sin efecto.

b. Contrato mediante pólizas, Artículo 673: Hay contratos que se celebran mediante pólizas como lo es el seguro, mediante facturas por ejemplo en una compraventa y mediante órdenes o pedidos en el suministro. En estos contratos puede suceder que los términos en que se contrató difieran de lo que dice el documento, para ello se puede pedir una rectificación dentro de quince días siguientes a aquel en que se recibe el documento; de lo contrario, se consideran aceptadas las condiciones consignadas. Asimismo, si la persona contra quien reclama no contesta dentro de quince días, se considera aceptada la rectificación. En estos dos casos debe tenerse silencio como táctica manifestación de voluntad. A estas formas de contratar también se les aplica las reglas de interpretación antes descritas.

1.7.5. Omisión fiscal

Cuando los sujetos contratantes no cumplen con la obligación fiscal, puede ocasionar que esos actos obedezcan de ineficacia, aun así, el tráfico mercantil puede verse afectado en la buena fe comercial, la ley establece que ello no produce la ineficiencia de los actos o contratos mercantiles, así como tampoco los libera de pagar los impuestos omitidos, todo esto en virtud del Artículo 680 del Código de Comercio.



1.7.6. Libertad de contratación

El contrato ha sido considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, es decir, para hacer o no hacer lo que la ley permite, ninguna persona está obligada a celebrar contrato. El Artículo 681 del Código de Comercio establece que nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho. La ley pretende que si una persona habilita una empresa para ofrecer al público bienes y servicios esta persona tiene la libertad jurídica para decidir si contrata o no con una persona.

1.7.7. Efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*

También conocida como teoría de la imprevisión, quiere decir que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas, *rebus*, se mantengan, *stantibus*, en las condiciones iniciales. El Artículo 688 del Código de Comercio establece que el deudor puede demandar la terminación del contrato únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la presentación. De esta manera la terminación que se diera por esas circunstancias no afectarán las obligaciones ya ejecutadas ni aquellas en las que ya se ha incurrido en mora.



1.7.8. Contratante definitivo

En cuanto a este tema el Artículo 692 del Código de Comercio es más que claro al establecer que una persona puede contratar con otra un determinado negocio, pero una de ellas lo hace como representante aparente, reservándose la facultad de designar quien será el contratante en definitiva dentro de un plazo no superior a tres días, y la validez de la designación depende de la aceptación del otro contratante o de una representación suficiente, pero si cumplido el plazo no se hace la designación o no fuere aceptado el contrato surtirá efectos entre los contratantes definitivos.

1.8. Clasificación de los contratos

1.8.1. Unilaterales y bilaterales:

Unilaterales: son aquellos en que la obligación recae únicamente en una de las personas contratantes, como lo es la donación pura y simple o el mandato gratuito.

Bilaterales: también llamadas sinalagmáticas, son aquellas en las que partes se obligan en forma recíproca por ejemplo la compraventa, suministro o el seguro.



1.8.2. Onerosos y gratuitos

Onerosos: son aquellos en que la prestación de una de las partes tiene como contrapartida otra prestación, en otras palabras, ante la obligación se tiene un derecho aunque no sean equivalentes las prestaciones.

Gratuitos: estos contratos se fundan en libertad, se da algo por nada. Como es obvio en el derecho mercantil no hay gratuitos porque la onerosidad es principio de este derecho.

1.8.3. Consensuales y reales:

Consensuales: un contrato es consensual cuando se perfecciona en el momento en que las partes prestan un consentimiento.

Reales: los contratos reales son aquellos en que la perfección del contrato se da siempre y cuando se entregue la cosa objeto del negocio.

1.8.4. Nominados e innominados

Nominados: son aquellos a los que la ley o las costumbres de los comerciantes les dan



nombre.

Innominados: son los contratos que carecen de nombre a consecuencia de una falta de regulación dentro de un sistema legal.

1.8.5. Principales y accesorios

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

Accesorios: un contrato es accesorio cuando es necesaria la existencia de otro contrato para que este tenga vida jurídica.

1.8.6. Conmutativos y aleatorios

Conmutativos: el contrato conmutativo es aquel en que las partes están sabidas desde que el celebra el contrato cual es la naturaleza y alcance de sus prestaciones de manera que aprecian desde el momento contractual el beneficio o la pérdida que les causa o les podría causar el negocio.

Aleatorios: el contrato es aleatorio cuando las prestaciones dependen de un acontecimiento futuro e incierto que determina la pérdida o ganancias para las partes, el



contrato de seguro por ejemplo.

1.8.7. Típicos y atípicos:

Típicos: un contrato es típico cuando la ley lo estructura es sus elementos esenciales: aparece en el listado que da la ley.

Atípicos: es atípico un contrato cuando no obstante ser contrato porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la ley de forma específica.

1.8.8. Formales o solemnes y no formales:

El derecho mercantil se caracteriza por el poco formalismo, entonces, esta clasificación tiene mucho sentido en el tráfico comercial, porque en él cualquier forma de contratar, salvo casos expresos de la ley como lo es el de sociedad, o el fideicomiso, tiene validez y vincula a las partes.

Formales o solemnes: son aquellos para los cuales la ley exige una determinada forma sin la cual carecen de validez jurídica.

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

1.8.9. Condicionales y absolutos

Condicionales: Un contrato es condicional cuando las obligaciones que genera se sujetan a una condición suspensiva o resolutoria.

Absolutos: Un contrato es absoluto, cuando su eficiencia no está sometida a una condición.

1.8.10. Tracto único y tracto sucesivo

Tracto único: cuando un contrato se consuma o se cumple de una vez en el tiempo, se clasifica como de tracto único o instantáneo.

Tracto sucesivo: si las obligaciones se van cumpliendo dentro de un término o un plazo que se prolongue después de celebrado el contrato, se llama sucesivo o de tracto-sucesivo.



CAPÍTULO II

2. Análisis descriptivo del contrato de confirming

2.1. Consideraciones preliminares

Es deber del Estado según la Constitución Política de la República de Guatemala garantizarle a los habitantes desarrollo integral de la persona, y en este caso, se entiende por desarrollo todas la actividades económicas para satisfacer necesidades, entre estas las actividades de comercio. Asimismo el texto constitucional también reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo salvo las limitaciones que la ley impone.

En virtud de lo anterior el Código de Comercio tiene una regulación que responde a las necesidades de desarrollo económico del país y tiene una orientación filosófica con enfoque realista. Orientado a esto la legislación guatemalteca tiene un criterio mercantil amplio y flexible para estimular la libre empresa facilitando su organización y tratando de agilizar el tráfico comercial.

En busca de la agilización del tráfico comercial por parte del comerciante ya sea individual o social, es necesario implementar nuevas formas de contratación, por lo cual, en el ámbito mercantil guatemalteco e internacional se utilizan contratos atípicos, que se fundamentan en la llamada libertad de configuración interna que tiene como límite la creatividad de las personas para con esto crear nuevas formas de contratación y plasmarlas en contratos que serán ley para los contratantes, aunque no estén reguladas legalmente. Asimismo esta libertad de contratación no debe de ir en contra de orden público ni en contra de las leyes prohibitivas expresas. En cuanto a la fundamentación de la falta de regulación y codificación de estos contratos se dice que es difícil codificar todos los contratos mercantiles en virtud de la rapidez con que se realizan las transacciones y la evolución del derecho mercantil.

Como no podía ser de otra forma, las entidades financieras ya sea entidades bancarias o de crédito, se encuentran en permanente evolución, en búsqueda de instrumentos financieros y prestación de nuevos servicios para atender bajo contraprestación, las necesidades de sus clientes. Para ello tienen como pilar de su prestación, entre otros muchos factores, a las necesidades de sus clientes directos o potenciales, así como la implantación de tendencia del mercado y figuras existentes en el ámbito internacional. Surgen así, en la última época, un importante número de figuras contractuales tales como el renting, factoring, forfaiting, leasing y como no el tema que compete abordar confirming.



2.2. Evolución y origen

El estudio del contrato de confirming es todavía escaso en la doctrina. La expresión confirming, es de origen británico; el contrato nace en el siglo XIX en Londres, y es introducido en Francia hacia 1958.

El confirming, como su propio nombre indica, se puede concebir como un servicio financiero de gestión del pago a proveedores consecuencia del tráfico mercantil ordinario de una persona, habitualmente jurídica, que requiere, por su volumen de contratación con los mismos, un importante nivel interno de gestión y atención administrativa de la cual quedará, en cierta medida, liberado por la atención que prestará a ello su entidad financiera como mandatario de dicho servicio. Existe en este caso una doble retribución, la del cliente y la del proveedor sin olvidar que es un medio o instrumento de racionalización de la gestión administrativa, orientada al pago de facturas del cliente a la entidad. El término **confirming**, proviene del verbo anglosajón **to confirm**, es decir, **confirmar**, siendo su gerundio el aludido en dicha expresión, la cual pretende dar cierta unidad de acto a la instrumentación financiera de pagos y gestión de cobros, que indudablemente, por mucha simultaneidad que se le pretenda dar, tiene un antes y un después, mucho más cuando las operaciones quedan sometidas, no en pocos casos, a un plazo por las condiciones existentes en la relación cliente-proveedor.



El término y figura y del confirming ve la luz en el derecho anglosajón, principalmente en Estados Unidos al ser usual su puesta en práctica desde hace años y trasladada desde allí a la Unión Europea y con ella a España.

En estos momentos de crisis, de falta de liquidez, de morosidad y de insolvencia muchas empresas tienen miedo a vender, ya que pueden quedarse tanto sin la mercancía como sin el dinero. La confianza es una base fundamental en los negocios, pero ahora la confianza hay que demostrarla.

Se conocen casos de empresas 100% solventes a las cuales un proveedor les ha denegado una compra a crédito por la situación de incertidumbre en la que se está, no por la situación de la empresa en concreto.

¿Y cómo podría ser posible solventar ese problema de confianza? ¿Cómo se puede demostrar fehacientemente que una persona es fiable y solvente al ciento por ciento? Pues sencillamente con el confirming.



2.3. Definición

En cuanto a este contrato el Doctor Carlos Molina Sandoval expone: “El confirming (servicio de pago a proveedores) es un servicio administrativo-financiero de gestión de pagos a proveedores que presta una entidad financiera (frecuentemente una entidad de factoring) a su cliente (firmante del contrato, comprador y deudor de operaciones) y al propio proveedor (acreedor) al que "confirma" el pago de sus créditos y ofrece eventualmente el anticipo del importe de ellos. Este contrato es usualmente ofrecido por entidades bancarias o de factoring y por ello puede abarcar, en algunos casos, la financiación a su cliente-empresa (mediante el adelanto de los fondos y pago a los acreedores) y la financiación a los acreedores-proveedores (mediante el descuento de los documentos que los acreedores tienen contra el cliente-empresa)”.¹⁹

El Doctor en derecho Fernando García Solé refiriéndose al presente contrato indica: “El factoring proveedor o confirming responde al tipo de contratos, al igual que el factoring y gestión de pagos, en los que el cliente acude a la entidad financiera en el ánimo de conseguir determinadas ventajas en la gestión empresarial”.²⁰

El confirming se puede concebir como un servicio financiero de gestión del pago a

¹⁹ Molina Sandoval, Carlos. **Negocios Bancarios**. Pág. 310.

²⁰ García Solé, Fernando. “**El confirming: una nueva técnica financiera**”. Pág. 123.

proveedores consecuencia del tráfico mercantil ordinario de una persona, habitualmente jurídica, que requiere, por su volumen de contratación con los mismos, un importante nivel interno de gestión y atención administrativa de la cual quedará, en cierta medida, liberado por la atención que prestará a ello su entidad financiera como mandatario de dicho servicio.

Juan Carlos Pérez Martínez expone: “El Factoring Proveedor o confirming consiste en mejorar la gestión de pagos de una empresa (cliente de la Entidad) a sus proveedores. Al propio tiempo, la entidad, por el mismo sistema va a facilitar la gestión de cobro de los proveedores y se articula a través de un Contrato de Gestión de los Pagos a Proveedores a suscribir entre la ENTIDAD y la empresa Cliente, intervenido por fedatario público, en el que puede incluirse un acuerdo, sólo en casos excepcionales, de reparto de los ingresos financieros (por márgenes de intereses y/o comisiones) derivados del descuento aplicado a dichos proveedores”.²¹

En virtud de las concepciones anteriores, se afirma que el confirming consiste en un servicio administrativo-financiero de gestión de pagos a proveedores que presta una entidad a su cliente-deudor de operaciones, y al propio proveedor-acreedor al cual confirma el pago de sus créditos y ofrece eventualmente el anticipo del importe de ellos; asimismo, puede en el caso del cliente ampliar el plazo de pago de las facturas

²¹ Pérez Martínez, Juan Carlos. **Contratos Financieros** Pág. 210.



pendientes por cancelar, es decir dándole financiación de sus pagos.

Este contrato es usualmente ofrecido por entidades bancarias o de factoring y por ello puede abarcar, en algunos casos, la financiación a su cliente-empresa mediante el adelanto de los fondos y pago a los acreedores y la financiación a los acreedores-proveedores mediante el descuento de los documentos que los acreedores tienen contra el cliente-empresa.

Por ello, se ha dicho que el confirming es un contrato de factoring al revés agregándose que en el factoring la entidad de crédito adquiere los créditos que frente a terceros tiene su cliente, de manera que pasa a ser su titular, pero en el confirming el cliente de la entidad de confirming es quien ostenta una posición de deudor de determinadas facturas y acude a la entidad no para cederles los créditos que surgen de su actividad mercantil, sino todo lo contrario, para canalizar a través de la entidad de confirming los pagos que ha de realizar a sus proveedores.

Según los autores de la materia en síntesis se afirma que el confirming es un contrato firmado con una entidad de crédito, financiera o de factoring mediante el cual la entidad confirma al proveedor el pago de la mercancía o el servicio, siendo la propia entidad quién pagará al proveedor cobrándole al cliente posteriormente un importe por el

manejo de las facturas y el monto de las facturas pagadas más los recargos adicionales dentro del plazo establecido en las propias facturas o el que hayan pactado; asimismo, la entidad ofrece al proveedor la opción de pagar anticipadamente las facturas pendientes menos el descuento por este adelanto y así de esta manera obtienen lucro del cliente y del proveedor. También pueden pactar entre el cliente y la entidad que el primero reciba una utilidad por los montos cobrados por la entidad a los proveedores en virtud del adelanto del pago.

Desde el punto de vista del cliente que contrata el servicio de confirming, disponer de este acuerdo supone abrir muchas puertas, tanto a proveedores nuevos como en armas de negociación, ya que se intenta negociar mejores precios con el proveedor ya que con el confirming se tiene garantizando el pago. Por supuesto, un contrato de confirming no lo consigue cualquiera, la entidad se cuidará mucho de escudriñar la empresa para cerciorarse de que es solvente y de que podrá hacer frente a todos los pagos que se realicen.

2.4. Objeto

El objeto del contrato, está considerado como el propósito que las partes intervinientes tienen de crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. En tal sentido se puede

afirmar que el objeto del contrato desde el punto de vista del cliente consiste en la intención de obtener los servicios administrativos y de gestión que la entidad puede brindarle, además de la financiación que puede suponerle la cesión de su cartera de deudas con la respectiva entidad. Desde el punto de vista de la entidad, el objeto consiste en el propósito de obtener una retribución por los servicios que brinda al proveedor, es decir, el adelanto del pago y también obtenerlo en caso de financiar al cliente.

En virtud de lo anterior, parece que ceder los pagos a un tercero no tiene mucho sentido, habida cuenta de que dicho tercero lo que adquiere es una obligación de pago, sin embargo se afirma que esto es un negocio para ambas partes, véase a través de un ejemplo: una empresa tiene la capacidad de disponer de un periodo de pago muy alto, entre los 90 y los 180 días, y que por su trayectoria es de reconocida solvencia. Evidentemente esta empresa trabajará con una entidad financiera que por su experiencia tiene claro que siempre que acepta una mercancía o un servicio la empresa-cliente paga la factura sin retrasos, en esta situación para la entidad financiera gestionar los pagos puede ser un gran negocio ya que dicha entidad conoce la capacidad de pago y solvencia a la vez que puesto que el cliente tiene un periodo de pago alto es posible que una buena parte de los proveedores anticipen el cobro de sus facturas. En esta situación, para dicha entidad el gestionar los pagos se convierte en una nueva fuente de negocio ya que por un lado puede financiar al cliente en el momento del vencimiento del pago y a la vez puede ofrecer a los proveedores la

posibilidad de anticipar el cobro sin tener que firmar con ellos ninguna póliza de garantía.

2.5. Sujetos del contrato de confirming

2.5.1. Pagador u ordenante, el empresario-cliente de confirming.

El cliente de confirming suele ser un empresario o entidad pública con gran número de proveedores y volumen de pagos. Desde un punto de vista jurídico es obvio que cualquier empresa podría servirse de esta modalidad de gestión de pagos, lo cierto es que las entidades de confirming usualmente son entidades de crédito, que suelen ser muy selectivas en la elección de sus clientes. La razones, como no podía ser de otro modo, son económicas; de un lado, sólo respecto a este tipo de empresas, al igual que sucede con las entidades públicas, resulta posible rentabilizar el trabajo administrativo que conlleva el confirming; de otro, se trata de contratar este servicio con sujetos de elevado crédito en el mercado que, previsiblemente, no vayan a desatender su obligación de provisión de fondos para el pago de las deudas a sus acreedores.



2.5.2. La entidad financiera

La entidad que intermedia en la operación de pago recibe del cliente pagador la información de las facturas a pagar ya confirmadas y realiza las gestiones oportunas para saldar las mismas en las fechas acordadas, así como financiar el pago al cliente. Una institución de crédito sería la más adecuada para poder realizar este tipo de servicio porque se necesitan capitales sólidos y amplios para poder dar el financiamiento antes indicado, aunque por ser un contrato atípico en Guatemala no existe prohibición en cuanto a que otro tipo de sociedad preste el mencionado servicio.

El contrato de confirming ha surgido en la esfera de la contratación bancaria, con las entidades de crédito las que ofertaron este servicio originalmente y las que siguen prestándolo a las empresas. Este hecho hace que surjan interrogantes sobre dos cuestiones esenciales a la hora de determinar qué sujetos pueden ser entidad de confirming. La primera de ellas es si las entidades de crédito pueden ejercer esta actividad; la segunda si les está reservada en exclusiva.

Tradicionalmente se ha considerado como actividad típica de las entidades de crédito la intermediación en el crédito. No obstante, junto a ésta, las entidades de crédito han llevado a cabo actividades parabancarias no crediticias, autónomas respecto a su

objeto esencial. En la actualidad, las actividades parabancarias llegan a desplazar al objeto típico y tradicional de las entidades de crédito, produciéndose de tal modo la llamada universalización o desespecialización.

De la misma manera se considera que la gestión de pagos objeto del contrato de confirming, como actividad de mera colaboración empresarial, sin el vínculo necesario con el objeto esencial de las entidades de crédito, no constituye actividad reservada a las mismas. Ciertamente, dentro del mandato de pago que conforma el confirming, es típico que la entidad de confirming se obligue a ofertar a los acreedores de su cliente el pago anticipado de sus créditos frente a éste. Mas en este supuesto no hay crédito sino pago en sentido estricto. Ciertamente, la entidad de confirming satisface el pago anticipadamente con cargo a su propio patrimonio por lo que, respecto a su cliente, existe anticipación de fondos. También es frecuente que se obligue a anticipar fondos para pagar, en nombre de su comitente, al vencimiento. En ambos supuestos existe, desde un punto de vista económico financiación, pues cualquier disposición crediticia a favor de un tercero está englobada en este concepto. No obstante, se entiende que no existe contrato de crédito en sentido estricto pues el objeto del contrato de confirming no es, principalmente, el aplazamiento del cumplimiento de una obligación dineraria sino una actividad gestora a la que acompaña, esto sí, la concesión de crédito por el comisionista, entendido en sentido amplio, en forma de anticipos, lo que de ninguna forma desvirtúa su calificación como contrato de colaboración.



2.5.3. Los proveedores

En la operativa bancaria del contrato de confirming es frecuente que la entidad de confirming ofrezca a los proveedores el anticipo de las facturas confirmadas por el cliente. Esto parece explicar que en los clausulados consultados las entidades de confirming se refieran a ellos como si se tratasen de una parte del negocio. Sin embargo, se ha de negar que el proveedor o proveedores del cliente de confirming sean, a su vez, parte de este contrato. Los proveedores podrán aceptar o no la oferta de anticipo realizada por la entidad de confirming, pero en ambos casos, el ofrecimiento de pago anticipado no constituye sino la ejecución del contrato de confirming. Se insiste en que éste nace del acuerdo de voluntades entre la empresa-cliente y la entidad de confirming. Nada incide en el nacimiento y perfección de este negocio la voluntad de los proveedores a los que se ofrece el pago anticipado.

2.6. Naturaleza jurídica del contrato de confirming

Existen personas que sostendrían que sería más apropiado hablar de contrato de financiamiento de compras o descuentos de compras, es preferible en definitiva, hablar de confirming por ser un contrato nacido y formado en el derecho anglosajón. Asimismo, refieren que no es descartable la posición de algunos autores, que estudian

el contrato de confirming como una especial modalidad, que su interpretación ha de hacerse de acuerdo con la normativa del contrato de comisión, con el que guarda la analogía propia de todos los contratos de gestión de intereses ajenos. De esta manera la entidad financiera, asignándole a este término el alcance del nombre dado a una de las partes en el contrato que se estudia, se obliga a gestionar el pago de los créditos del cliente anticipándole dicho pago al beneficiario o proveedor del cliente mediante descuento sobre facturas y otros documentos, o generalmente garantizándole el pago a este y que en el primer caso la entidad ganaría cierta cantidad por el anticipo del pago. Por su parte, el cliente se obliga a pagar el monto de las facturas, el costo de la gestión, y los intereses en el caso de la financiación del pago de sus facturas a consecuencia de una ampliación en el tiempo de pago.

Reverte Navarro expresa: "Las nuevas necesidades de la economía conducen a nuevas regulaciones de las relaciones contractuales que dan origen a la modificación, adición, yuxtaposición o modalización de pactos y negocios, evitando de ese modo la paralización o petrificación de los tipos contractuales ya existentes"²².

Valpuesta Gaztaminza al respecto al contrato indica: "es usualmente utilizado, como ya se ha expuesto, por grandes y medianas empresas para procurar una gestión eficaz de sus pagos y tesorería, para con esto racionalizar, agilizar y dar seguridad a sus

²² Reverte Navarro, Antonio **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales** Pág. 200.

relaciones con los proveedores. Ésta no es, desde luego, una necesidad nueva para las empresas, pero sí es cierto que se ha agudizado paulatinamente como consecuencia de las actuales características del mercado, que permiten al empresario servirse de multitud de proveedores distintos para atender sus necesidades. De tal modo, el empresario prefiere recurrir a otro empresario especializado que se ocupe de ella. Esta tarea ha sido desempeñada por los departamentos de contabilidad o administración de las empresas, pero cuando la contratación masiva exige una organización compleja para la gestión de pagos, surge la empresa especializada para atender este servicio, descargando de todo ese aspecto de la actividad empresarial a sus clientes²³. El nacimiento del confirming no responde al carácter novedoso de la necesidad que cubre, sino al progresivo aumento y complejidad de esa necesidad.

Aun cuando no sería desdeñable la tesis de que la entidad de confirming adquiere los créditos que los acreedores poseen frente a su cliente, mediante una compraventa de créditos, lo cierto es que tal tesis no ofrece una explicación completa a las consecuencias que para tal adquisición han sido queridas por las partes. Ya que como se ha de señalar en su posición de mero cesionario, la entidad de confirming habría de limitar lo exigido por el crédito adquirido a su contenido originario, tal como nació por voluntad de su cliente y el acreedor de éste. Pero las obligaciones pactadas entre las partes en el negocio de confirming permiten mantener que sus obligaciones en relación a tales créditos no derivan, en principio, de su contenido originario sino de lo pactado

²³ Valpuesta Gastaminza, Eduardo. **Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios** Pág. 325.

por las mismas en la comisión concertada. En consecuencia, se considera que una explicación coherente de esta situación jurídica se consigue entendiendo que, en efecto, hay transmisión de los créditos cuya satisfacción anticipa la entidad de confirming, pero no como consecuencia de una compraventa de créditos sino por subrogación, por el pago anticipado en nombre propio realizado por cuenta de su comitente; y ello determinará, con mayor amplitud que junto a las acciones derivadas del crédito adquirido la entidad de confirming posee las derivadas de la comisión en que el confirming consiste. Por lo que en definitiva su posición depende de tal relación jurídica subyacente y no sólo del crédito adquirido.

2.7. Características

a) Principal

Tiene esta característica por contar con autonomía e independencia propias, es decir, no depende ni está subordinado a ningún otro contrato pudiendo existir por sí solo.



b) Oneroso

El contrato de confirming es oneroso, ya que la empresa-cliente se compromete a pagar una comisión a la entidad de confirming a cambio de sus servicios. Ésta suele establecerse bien en forma de comisión porcentual sobre el importe total de las facturas cuyo pago se ordena bien en forma de comisión fija sobre cada uno de los pagos efectuados.

En ocasiones la entidad de confirming exime a la empresa-cliente de la comisión por la gestión de pagos. Se trata con ello de alentar a grandes empresas con un elevado número de proveedores a contratar este servicio. No obstante, esta posibilidad no convierte al contrato de confirming en un contrato gratuito. Los pagos anticipados que la entidad de confirming ofrece a los acreedores de su cliente y cuya satisfacción le permitirá la adquisición del crédito correspondiente se realizan por una cantidad inferior a su valor nominal; por su parte, el cliente se obliga a satisfacer a la entidad de confirming el importe nominal al vencimiento, en consecuencia la rebaja consentida por los acreedores beneficia directamente a la entidad de confirming que obtiene, de tal forma, la remuneración de sus servicios



c) Consensual y bilateral

El contrato de confirming nace del acuerdo de voluntades de dos personas, la entidad de confirming y la empresa-cliente, para las que surgen obligaciones recíprocas: de gestión de pagos y de retribución de la comisión respectivamente.

Aunque en cumplimiento de este negocio, la entidad de confirming ofrece a los acreedores-proveedores de la empresa-cliente el pago anticipado de sus créditos frente a ésta, ello no convierte a los acreedores en parte del contrato, pues no intervienen en su formación y perfeccionamiento sino tan sólo, en caso de aceptar tal oferta y en su ejecución como terceros beneficiarios de las prestaciones exigibles a la entidad de confirming.

d) Conmutativo

Ya que las prestaciones son determinadas y ciertas, entonces las partes pueden prever sus resultados. El contrato de confirming genera iguales obligaciones y cargas contractuales equivalentes o recíprocas entre las partes siendo estas la gestión de pagos y de retribuciones de las comisiones.



e) Formal

Agrego esta característica en virtud de que se considera que es necesario para la seguridad jurídica de las partes contratantes y por lo tanto no estaría de más celebrar el contrato en escritura pública.

El contrato de confirming suele formalizarse por escrito, con gran detalle del régimen jurídico querido por las partes.

f) De tracto sucesivo

Puesto que su ejecución se prolonga en el tiempo y no se consume en un solo momento.

g) De adhesión

Esta es una característica frecuente en el contrato de confirming en otros países. Es comúnmente considerado un contrato de adhesión debido a que en la gran mayoría de los casos el cliente se limita a aceptar las condiciones de la entidad sin poder

discutirlas, ni modificarlas ni objetar las ya establecidas, mucho menos proponer las suyas.

h) Atípico y nominado

Es atípico en virtud de que en la legislación guatemalteca no hay regulación en cuanto a este contrato y es nominado porque tiene nombre.

Valpuesta Gastaminza expone: “La doctrina española se muestra conforme en afirmar que son contratos atípicos aquellos que no coinciden, ni formal ni sustancialmente, con ninguno de los tipos regulados por la normativa en vigor. No es suficiente, para afirmar la atipicidad de un contrato, con una denominación nueva, cual es, en el trabajo, el contrato de confirming. Es necesario que el contenido contractual no corresponda, en lo sustancial, con ninguno de los contenidos de los contratos ya existentes”²⁴.

Por último, también se le ha considerado al confirming como un contrato normativo y constitutivo, porque se afirma que crea el marco para las operaciones futuras entre las partes que lo celebran.

²⁴ De La Cuesta Rute; Valpuesta Gastaminza, Eduardo. **Marco general de la contratación mercantil** Pág. 325.



2.8. Operaciones a fines

No se debe confundir el confirming con la transmisión de deudas ya que se diferencia de esta en que es de tracto sucesivo y la transmisión es de ejecución instantánea.

Tampoco debe confundirse el confirming, con los pagos confirmados o pagos domiciliados de menor vinculación en la responsabilidad del pago por parte de la entidad financiera. El confirming equivale a un pago certificado, con la diferencia de que aquí el banco avala el pago al proveedor. Para aclarar esto se dice que los pagos confirmados funcionan de la siguiente manera: el cliente llega a un acuerdo con una entidad bancaria por el cual la entidad acepta realizar la gestión de pagos a los proveedores, ofreciendo a éstos la posibilidad de cobrar sus facturas con anterioridad a la fecha de vencimiento, financiar, pero en ningún momento garantizan el pago.

Los pagos domiciliados ofrecen a las empresas tramitación del aviso y posterior abono de sus pagos a proveedores, acreedores, etcétera y el pago se realizará a partir de la fecha del vencimiento acordada, si hay saldo suficiente en la cuenta del cliente, con esto se deduce que debe de haber una cuenta de depósitos o alguna análoga para que de esta manera la entidad pague a los acreedores con el monto que hay en la cuenta no haciéndose responsable del faltante.

haciéndose responsable del faltante.



2.9. Modalidades

2.9.1. Clases de confirming

Si se enumeran los servicios que lleva asociados el confirming se puede decir que hay diferentes modalidades de contratación, aunque se trata más bien de la acumulación de servicios que constituye el mencionado contrato.

2.9.1.1. Gestión de pagos

La gestión de pagos está inherente en todos los contratos de confirming, ya que es precisamente lo que caracteriza a este tipo de operación, que consiste en que el banco paga los créditos cedidos con cargo a la cuenta del cliente abierta en la entidad financiera.

acreedores-proveedores, constituye el servicio básico de los ofrecidos dentro del confirming. El empresario-cliente comunica y ordena el pago a la entidad de confirming de las facturas aceptadas o confirmadas según la terminología usualmente utilizada, y a su cargo emitan a sus acreedores la confirmación del pago, indicando la fecha y el modo. Por su parte, la entidad de crédito se compromete al pago de tales deudas a la fecha de vencimiento. A su vez, la empresa-cliente debe proporcionar a aquella los fondos necesarios para realizar los pagos ordenados. A tal fin, se pacta la apertura de una cuenta corriente por el empresario-cliente en la propia entidad que presta el servicio de confirming, donde el cliente se obliga a tener saldo suficiente.

De esta manera, el empresario-cliente encarga a la entidad de confirming el pago de sus deudas y esta última se compromete a satisfacerlas conforme a las instrucciones de aquél, por su cuenta y en su nombre, a cambio de una remuneración. Esta calificación podría ser, no obstante, cuestionada por razones distintas a la denominación dada en el tráfico al negocio. Dentro del conjunto de funciones habituales realizadas por la entidad de confirming en el ejercicio de su actividad, cabe distinguir una labor fundamentalmente de realización de actos preparatorios del pago de naturaleza meramente material, y no representativa, que por tanto, no derivan en la realización de actos con eficacia jurídica por cuenta de la empresa-cliente que es la comunicación a los proveedores, confección de relaciones de órdenes de pago, revisión y registro de los cheques que se han de enviar a los proveedores-acreedores de la empresa-cliente, tareas administrativas de comprobación de cargos, conciliación de

cuentas, etcétera; por lo que cabría preguntarse si no se está en presencia de un contrato de arrendamiento de servicios. Sin embargo, dentro de los contratos de colaboración se distingue, a pesar de sus similitudes, entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de mandato.

A pesar de la dificultad para deslindar los caracteres propios de cada uno de ellos, parece que la nota distintiva entre ambos consiste en la juridicidad de la actividad debida por el mandatario, esto es, mientras que el objeto del contrato de mandato es la realización de actos jurídicos, el objeto del contrato de arrendamiento de servicios consiste en la prestación por parte del arrendador de una actividad meramente material, sin relevancia jurídica en la esfera del arrendatario. Por ello, se estima que el contrato de confirming, bajo la concreta modalidad de gestión de pagos al vencimiento, debe ser calificado como mandato mercantil, por cuanto junto a las actividades señaladas, la entidad de confirming realiza un acto con eficacia jurídica para la empresa-cliente, el pago. Efectuado por cuenta de su cliente, el pago libera a éste frente al acreedor pagado. No ofrece dudas la juridicidad de la actividad debida por la entidad de confirming ni tampoco su calificación como comisión mercantil.



2.9.1.2. Financiación a los proveedores

La financiación a los proveedores, nace cuando después de firmado el contrato de confirming con el cliente, es la propia entidad financiera la que se pone en contacto con los proveedores emisores de la factura, con el fin de ofrecerles un anticipo de las facturas cedidas.

Si los proveedores están de acuerdo con esta propuesta, entonces la entidad financiera se encarga de proporcionar una financiación previamente pactada. En esta modalidad del contrato de confirming, el cliente puede elegir, respecto a cada remesa de facturas cuyo pago ordena a la entidad de confirming, proveer los fondos a la fecha de vencimiento medio ponderado de sus deudas o, si lo estima conveniente, solicitar a la entidad de confirming que adelante los fondos precisos para atender los pagos o, si pagó anticipadamente en su nombre y adquirió el crédito por subrogación, que retrase el cobro respecto a la fecha de vencimiento del crédito adquirido. Este adelanto debe ser reembolsado junto a los intereses devengados, estos pactados en el contrato desde la fecha de vencimiento de los créditos hasta la fecha de reembolso. De tal forma, el cliente de confirming satisface el pago de sus deudas al vencimiento aun cuando en ese momento no disponga de liquidez, gracias al anticipo de fondos realizado por la entidad de confirming.

En esta variedad del negocio el cliente escoge proveer los fondos necesarios a la fecha de vencimiento de sus deudas o solicitar el anticipo en relación a cada orden de pago remitida a la entidad de confirming. En consecuencia, la financiación no se produce en todo caso para cualquier orden de pago sino sólo para las que decida el cliente en cada momento, lo que le permite utilizar este servicio en función de sus necesidades.

2.9.1.3. Financiación de cliente

Esta financiación nace cuando el cliente necesita más tiempo para poder pagar las facturas pendientes por lo cual informa a la entidad para que pueda financiarlo, y a consecuencia de esto dicha entidad recibe un importe, determinado en el contrato, por el servicio prestado.

2.10. Otros pactos usuales en el contrato de confirming: el confirming de inversión

Uno de los pactos que se dan en el contrato de confirming es el denominado confirming de inversión en virtud del cual el cliente puede abonar anticipadamente a la entidad de confirming el importe de los créditos abonados anticipadamente por ésta a sus



acreedores.

Como se sabe en el confirming simple, el cliente comunica a la entidad una relación de órdenes de pago a favor de sus proveedores, satisfaciendo el importe de las mismas en la fecha de vencimiento del original, y con esto la entidad ofrecerá a sus proveedores la posibilidad de anticipar el cobro de dichos pagos; su diferencia con el confirming de inversión radica en que además de lo anterior, el cliente puede colocar sus excedentes de tesorería abonando anticipadamente a entidad el importe de las órdenes de pago financiadas a los proveedores. La remuneración obtenida así es considerada como un descuento por pronto pago.

En todo contrato de confirming la entidad clasifica a su cliente con un límite, independientemente de que se especifique o no contractualmente, esto es, por la experiencia financiera que posee, estima a priori el tanto por ciento de los créditos, cuyo pago se habría de efectuar por su intermediación, que serán finalmente anticipados a los acreedores de su cliente. En tanto los créditos adquiridos no son satisfechos la entidad de confirming asume el riesgo del impago. El riesgo que está dispuesta a asumir se suele reflejar negocialmente estableciendo un límite cuantitativo máximo a las órdenes de pago en curso que la entidad de confirming se obliga a asumir, comprendiendo en ellas tanto las que la entidad de confirming ha de satisfacer, por cuenta de su cliente, al vencimiento, como aquellas anticipadas a los acreedores, todo

esto relacionado obviamente con la solvencia y confianza que le ofrece su cliente. La posibilidad de extinguir anticipadamente los créditos permite disminuir el importe de las órdenes en curso en un momento determinado y, por tanto, disminuye el riesgo asumido por la entidad de confirming. Al cliente se le permite efectuar nuevas órdenes de pago y obtener el interusurium pactado por lo que se trata de una forma de rentabilizar sus excedentes de tesorería. De ahí que cuando el contrato de confirming incluye este pacto se le denomine de inversión.

También se ha denominado comercialmente confirming de inversión a aquella modalidad en la que el cliente viene facultado a proveer los fondos correspondientes al pago de cada remesa de facturas confirmadas antes de su vencimiento. En tal supuesto la entidad de confirming remunera estos fondos conforme a los intereses pactados. Se entiende que tal convenio no desvirtúa la naturaleza de comisión del contrato de confirming pues nada obsta a que un comisionista de pago, con autorización de su mandante, emplee los fondos recibidos en asuntos propios de forma temporal a cambio de una remuneración, como cabe presumir que hará un profesional de la intermediación en el crédito.



2.11. Forma contractual

La legislación guatemalteca no regula nada al respecto, aunque tomando en cuenta que los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formalidades especiales, en virtud de que una de las principales características de este derecho es el poco formalismo y cualquiera que sea la forma de contratación las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron, aunque por ser un contrato en el cual se manejarán altas cantidades de dinero por el volumen de las facturas se considera que debe celebrarse en escritura pública o en formularios extendidos por la entidad prestadora del servicio como se hace en otros países para con esto las partes tengan mayor seguridad en cuanto a las transacciones financieras que se llevarán a cabo.





CAPÍTULO III

3. Posición jurídica del cliente, la entidad de confirming y los acreedores

Las cuestiones más complejas a dilucidar en relación al contrato de confirming son las relativas a la oferta de pago anticipado de los créditos realizada por la entidad de confirming a los acreedores de su cliente. Como ya se apuntó en el apartado dedicado a la naturaleza jurídica del contrato, esta oferta, de ser aceptada, afecta a la posición jurídica del cliente, de sus acreedores y de la entidad de confirming. El estudio de este contrato precisa aclarar en qué modo se desenvuelven las relaciones jurídicas de estas tres partes. Para una mejor comprensión de la materia, se refiere en primer lugar, a la función económica que se pretende con esta oferta de pago anticipado; en segundo, se delimitará la naturaleza del pago anticipado de la entidad de confirming; en tercero, se atenderá a las relaciones jurídicas establecidas entre la entidad de confirming y su cliente en virtud de las dos relaciones jurídicas que, en caso de pago anticipado les unen la comisión que el contrato de confirming implica, y la derivada del crédito adquirido por subrogación; por último, se atenderá a la situación jurídica de los acreedores.



3.1. Función económica

Para entender el modo en que se desenvuelve la oferta de pago anticipado de los créditos y los efectos queridos por las partes es de interés señalar la función económica que la entidad de confirming y su cliente pretende con ella.

El cliente puede utilizar la mediación de la entidad de confirming en la gestión de sus pagos y ahorrar los costes e impuestos que implica la emisión de efectos comerciales usualmente utilizados cuando se aplaza el pago. Además, en ocasiones el cliente pacta a priori con la entidad de confirming las condiciones financieras que aplicará a sus acreedores en caso de que opten por el abono anticipado de sus créditos. La obtención de tipos favorables para sus acreedores le permite negociar con ellos mejores condiciones en sus relaciones comerciales.

La entidad de confirming, junto a las comisiones pactadas con su cliente por la gestión de pagos, obtendrá el interusurium pactado con los acreedores por el pago anticipado de sus créditos, en cuya posición y en garantía de su condición acreedora, se subrogará. A diferencia de lo que ocurre en otras operaciones de financiación, la entidad de confirming confía su riesgo, exclusivamente, a la solvencia del deudor. Como ya se expuso, el cliente de confirming es calificado con un límite que determina el



volumen global de los pagos anticipados que puede ordenar. Este límite se fija, precisamente, porque la entidad de confirming, determina los riesgos patrimoniales que desea asumir en relación a la solvencia de su cliente. Por último, los acreedores logran la liquidez de sus créditos con la sola aceptación de la oferta de pago anticipado, sin consumir riesgo bancario y sin gastos tributarios.

3.2. El pago anticipado del crédito como pago por tercero con subrogación

La oferta de pago anticipado de los créditos es realizada por la entidad de confirming en cumplimiento del encargo de su mandante. Concurren en este supuesto los requisitos necesarios para que se produzca un pago por tercero con subrogación. La entidad de confirming es, a los efectos del pago anticipado, un tercero ajeno a la relación obligatoria origen del crédito satisfecho. De un lado, la entidad de confirming paga sin estar obligada a ello con los acreedores de su cliente puesto que la relación comercial de la que nace el crédito que se ofrece a satisfacer le es totalmente ajena, y sólo vincula, a su cliente y al acreedor de éste. De otro lado, la entidad de confirming ofrece el pago anticipado en su propio nombre, es decir, ejerciendo la legitimación que el ordenamiento otorga a cualquier tercero para pagar u ofrecer el pago anticipado.

La entidad de confirming ofrece el pago anticipado de las deudas de su cliente en su



propio nombre, pero en el marco de un comisión más amplia que incluye pagar al vencimiento en nombre de su cliente en caso de ser rechazada la oferta de cobro anticipado, de lo que cabría inferir por los acreedores que el pago anticipado es cosa propia del mandante, y se obtendría el efecto representativo inicialmente negado. Por otra parte es usual que la exigibilidad del compromiso de pago anticipado se condicione por la entidad de confirming a la vigencia del contrato.

Como se ha afirmado, es posible que al tercero no le interese una negociación directa con el mandante porque le merezca más confianza el mandatario y ante tal circunstancia no ha de quedar el tercero necesariamente ligado

3.3. Subrogación

La actuación en propio nombre revela la intención de la entidad de confirming y la de su cliente en permitirlo de subrogarse en el crédito satisfecho, ya que se procuran así los presupuestos exigidos legalmente a tal efecto. Junto a la actuación en nombre propio, la existencia de relación gestora entre ambos implica que la entidad de confirming, actuando con la legitimación que correspondería a cualquier tercero, anticipa el pago de los créditos con aprobación del deudor.

3.4. La relación jurídica subyacente entre la entidad de confirming, su cliente y la subrogación por pago

Inicialmente, la relación jurídica que une a la entidad de confirming con su cliente viene determinada por los pactos y estipulaciones acordados en el contrato de confirming, negocio que, como se indica, participa de la naturaleza jurídica de la comisión mercantil. La relación jurídica originaria entre las partes y subyacente a la posterior subrogación en el crédito satisfecho es la de comisión o mandato mercantil. En cumplimiento de la gestión encomendada la entidad de confirming ofrecerá a los acreedores de su cliente el pago anticipado de sus créditos en nombre propio. De aceptar esta oferta la entidad de confirming se subrogará en el crédito satisfecho, adquiriendo, en virtud de la subrogación, la titularidad del mismo. En consecuencia, la entidad de confirming adquiere respecto a su mandante una doble posición jurídica acreedora, como mandatario y como titular del crédito adquirido por subrogación; el cliente una doble posición jurídica deudora, como mandante y como deudor del crédito. La cuestión a dilucidar es el contenido de cada una de ellas y en qué forma se relacionan.

3.5. Relación entre el derecho personal de la entidad de confirming y el crédito adquirido por subrogación

En los apartados precedentes se señalaron los distintos contenidos que se suelen dar en el tráfico al contrato de confirming. Junto al pago de los créditos de su cliente, la entidad de confirming se obliga, según los casos, a la anticipación de los fondos necesarios para el cumplimiento de su gestión, a admitir el pago anticipado de los créditos adquiridos por subrogación, e incluso, a ceder a su cliente parte de los intereses descontados a los acreedores con ocasión del pago anticipado. El cliente de confirming se compromete a satisfacer a la entidad de confirming, al menos, una comisión por pago por las órdenes encomendadas, el importe de los créditos gestionados y los intereses pactados en caso de anticipación de fondos.

Así, en un contrato de confirming en el que se dieran todas las posibilidades mencionadas, la entidad de confirming podría exigir a su cliente el crédito resultante de la suma de las partidas señaladas, los intereses debidos por anticipación de fondos, el importe del pago encomendado y la comisión por pago. Al importe obtenido habría que deducir, de existir acuerdo en tal sentido, los intereses por descuento obtenido de los acreedores y cedido por la entidad de confirming a su cliente. Por otro lado, el cliente podría oponer a la entidad de confirming todas las excepciones derivadas de la relación de comisión que les une, como por ejemplo no haber seguido correctamente sus



instrucciones o no haber aplicado la diligencia que le es exigible.

Así pues de la relación de mandato integrada en el contrato, la entidad de confirming adquiere un derecho personal contra el cliente-deudor que le pertenece iure proprio y que depende de las circunstancias y pactos que han rodeado su intervención. Junto a este derecho personal correspondiente a su intervención adquiere por subrogación, un crédito adicional con contenido propio. Las relaciones entre el derecho personal de la entidad de confirming y el derecho de crédito del acreedor que adquiere por subrogación, se establecen en términos de complementariedad: la entidad de confirming adquiere el crédito pagado anticipadamente en garantía de su derecho personal subyacente.

Con el pacto señalado la entidad de confirming se salvaguarda de este riesgo. Pero en su calidad de comitente de una orden de pago anticipado, el cliente asegura de este modo que, en caso de que se discutiera la existencia o validez, o incluso la titularidad del crédito transmitido, ello no obstaría para que deba recibir de su mandante el nominal del crédito satisfecho. Aunque como titular del crédito original pudiera oponérsele su inexistencia o invalidez o la falta de legitimidad del acreedor para transmitírselo, su calidad de mandataria exige que como resultado de la gestión quede indemne. Esto es, que el cliente le reembolse como partida de su derecho personal, el importe nominal del crédito pagado aun cuando, como se señaló, resultase ser inválido



o inexistente.

3.5.1. El carácter abstracto del compromiso de pago

En los contratos de confirming son usuales las estipulaciones, conforme a las cuales, cualquier controversia, judicial o extrajudicial, entre el cliente y los proveedores respecto a la validez o eficacia de las obligaciones a que los pagos de la entidad se refieren, no afectará la validez de los pagos de este último y, por tanto, a la obligación del cliente de reembolsar los mismos o bien, que las diferencias que puedan existir entre los proveedores y el cliente en relación con las facturas remitidas a la entidad, en ningún caso serán obstáculo ni para que la entidad pague a los proveedores en la forma y condiciones comunicadas por el cliente, ni para que éste esté obligado en todo caso a realizar la provisión de fondos o el reembolso de cantidades anticipadas. Respecto a los créditos anticipados el cliente no podrá, en ningún supuesto, dar orden a la entidad para que no sean atendidos a su vencimiento.

3.5.2. Revocación de la orden de pago

Entre la entidad de confirming y el empresario-cliente se pacta, comúnmente, el



carácter irrevocable de las sucesivas órdenes de pago realizadas por este último. La comunicación dirigida a la entidad de confirming de las facturas cuyo pago debe gestionarse se configura en términos de los clausulados consultados, como un mandato irrevocable de pago de las deudas que cada una de ellas acredita. Con esta estipulación se pretende que el empresario-cliente no pueda revocar las instrucciones de pago emitidas previamente.

Ha de señalarse, en primer lugar, que el pacto de irrevocabilidad de las órdenes de pago realizadas por la empresa-cliente viene referido a la fase de ejecución del contrato y no a sus causas de extinción, es decir, la revocación de una o más órdenes de pago ya confirmadas no extingue el mandato general de pago insito en el contrato de confirming; se está, por el contrario, ante la revocación de instrucciones impartidas por la empresa-cliente en la fase de ejecución del contrato. De ahí que, en principio, haya total libertad por parte de la empresa-cliente en revocar instrucciones que previamente ha impartido. Como se sabe, la flexibilidad es una de las características del ejercicio de las instrucciones dentro de un mandato. Así se permite que la comisión se adapte en cada momento a las nuevas y cambiantes circunstancias que se vayan produciendo. De tal modo, la empresa-cliente puede ordenar a la entidad de confirming que no ejecute una orden de pago previamente. Sin embargo, en la mayoría de contratos de confirming, la posibilidad de revocar una orden de pago ya confirmada se somete al requisito de que se produzca con una antelación mínima de siete días hábiles anteriores al vencimiento, y que a la fecha de recepción de la misma no se hubiese

emitido el cheque o transferencia correspondiente a dichos pagos, ni se hubiese llegado a convenir con el proveedor el abono de la factura en fecha anterior a su vencimiento.

Al reducir a éstas las posibilidades de revocación de la orden de pago previamente impartida, la entidad de confirming trata de asegurarse de que la empresa-cliente no ejercite acciones contra ella en el caso de que, revocada una orden previa, no le diera tiempo material para cumplir con la revocación y, por otra parte, que la revocación impida la subrogación en el crédito satisfecho anticipadamente al producirse el pago sin aprobación del deudor. El problema que se plantea entonces, es qué ocurre, en caso de que la empresa cliente revoque una orden de pago confirmada con anterioridad.

Para resolver esta interrogante es necesario diferenciar varios supuestos de hecho, en primer lugar, se ha de suponer que la deuda existía y la revocación se ha producido vulnerando los límites pactados para su eficacia, en tal caso, el pago realizado al proveedor por la entidad de confirming es plenamente eficaz y ajustado a los términos de la comisión, en consecuencia, la obligación se extingue y el pago de la entidad de confirming es como si hubiera sido hecho por la empresa deudora. En caso de haberse efectuado un pago anticipado se producirá también el efecto subrogatorio. En lo concerniente a la relación entre la empresa-cliente y la entidad de confirming no cabrá ejercer contra ésta acción por daños y perjuicios ya que no ha hecho más que ajustarse a lo pactado, por tanto, ha cumplido correctamente y, como es obvio, no cabe



indemnización por daños derivados del incumplimiento.

Asimismo, no procede la exigencia del pago de daños y perjuicios por parte del cliente, si, existente la deuda, este ha procedido a la revocación de una orden de pago dentro de los límites pactados con la entidad de confirming, en tal caso, el pago aun contra la voluntad expresa de la empresa-cliente, le resulta provechoso, ya que extingue su deuda con el proveedor. Por ello, no cabe que exija a la entidad de confirming una indemnización por daños, pues estos no existen. No obstante, la oposición expresa al pago modifica sustancialmente la posición jurídica de las partes, y ello porque la legitimación ejercida por la entidad de confirming para el pago no es, tras la revocación, la de un comisionista, sino la de un tercero cualquiera. Por ello, su derecho personal frente a la empresa cliente como consecuencia del pago no vendrá determinada por la comisión, tan sólo podrá reclamarle aquello en que el pago le hubiera sido, es decir, en la medida del enriquecimiento objetivo recibido por la empresa cliente.

En segundo lugar, es posible que la empresa-cliente proceda a la revocación de un pago previamente confirmado porque entienda que la deuda se extinguió con anterioridad. Si así fuera, y realizó la contraorden sin ajustarse a los requisitos pactados para la válida revocación, cabrá que se ejercite contra el proveedor una acción por cobro de lo indebido. Sin embargo, no existirá acción de daños y perjuicios contra la entidad de confirming al haberse ceñido ésta al contenido contractual pactado. En caso

de que la orden de revocación se produzca ajustándose a los requisitos pactados, la entidad de confirming no podrá reembolsarse el pago de los fondos de la empresa-cliente al haber actuado contra su expresa voluntad y sin utilidad para ella; si, a pesar de ello procede al reembolso mediante cargo en cuenta, la empresa-cliente podrá interponer contra ella una acción por incumplimiento para recuperar el importe. Díez-Picazo expresa: “No se debe olvidar, que a pesar de que las órdenes de pago hayan sido realizadas por la entidad de confirming desviándose de su contenido, pueden ser ratificadas a posteriori por la empresa-cliente”²⁵, ello no será extraño, por ejemplo, en el supuesto en que haya habido un error en la descripción del proveedor, el importe del pago o en el documento de comunicación de facturas que deben ser abonadas por la entidad de confirming, y ésta, habiendo advertido el error, ejecute la orden de pago cual si hubiera sido correctamente dispuesta conforme a su información.

3.5.3. Importe del crédito pagado, acuerdos de reparto del interusurium

El pago anticipado de los débitos de su cliente es efectuado por la entidad de confirming por su importe nominal menos una deducción o interusurium consentido por los acreedores. De tal modo, estos aceptan una rebaja de su derecho, dándose por satisfechos con una cantidad inferior al importe nominal de su crédito. Por regla general, el cliente se obliga a satisfacer a la entidad de confirming el importe nominal al

²⁵ Díez-Picazo, Luis. **La representación en el Derecho privado**. Pág. 220.



vencimiento, salvo que se haya pactado anticipación de fondos en cuyo caso deberá abonar a la entidad de confirming, además, los intereses pactados en el plazo convenido. De forma excepcional las entidades de confirming acuerdan con su cliente abonarles parte del descuento acordado con los acreedores. Ambas posibilidades se explican en virtud de la doble relación jurídica que une a la entidad de confirming con su cliente.

El pago por subrogación sólo transmite el crédito en la medida del pago efectivo, en consecuencia, cuando se produce el pago de un tercero que se subroga la rebaja consentida por el acreedor que no cede el derecho sino que lo cobra, beneficia en principio al deudor, que no deberá al acreedor subrogado por virtud del crédito satisfecho, más de lo efectivamente pagado. En este caso, la entidad de confirming sólo podría exigir a su cliente, como subrogada, la cantidad abonada en concepto de pago anticipado.

Sin embargo, en cualquiera de los casos de pago con subrogación el derecho personal subyacente deriva de los pactos que hubieran alcanzado deudor y solvens, por tanto, es posible que hubieran pactado que las rebajas sobre el crédito satisfecho beneficiarán en su totalidad al solvens o bien un reparto de las mismas en los términos deseados. Y esta es precisamente la solución alcanzada por las entidades de confirming con sus clientes.

En la mayoría de los supuestos, los pactos que les unen como comitente y comisionista obligan al cliente a reembolsar el importe nominal del crédito a su vencimiento. En este caso, la configuración de la relación jurídica subyacente a la subrogación y la comisión, determinan que las ventajas surgidas en la operación aprovechen a la entidad de confirming. Como se ha indicado, en ocasiones se acuerda qué parte de las comisiones o intereses de descuento sean satisfechos al cliente de confirming. La rebaja consentida por el acreedor beneficia así tanto al cliente como a la entidad de confirming.

Se recordará que el derecho de la entidad de confirming a exigir a su cliente el nominal del crédito, cuando ella ha satisfecho un importe menor, o por el contrario, su obligación de abonar al cliente parte de los intereses o comisiones de descuento que se derivan de los pactos conforme a los cuales han conformado su derecho personal subyacente de comisión.

3.5.4. Momento en que es exigible el crédito satisfecho anticipadamente

En la doctrina existen posiciones encontradas en cuanto al momento en que el tercero que paga anticipadamente puede ejercer su acción de reembolso contra el deudor. Hay quien entiende que esta acción sólo será exigible cuando el plazo hubiere naturalmente



vencido, salvo si se hubiese hecho la anticipación con el consentimiento del deudor.

3.5.5. Intereses debidos a la entidad de confirming

Como ya se expuso, en el llamado confirming de inversión, el cliente puede elegir, respecto de cada remesa de facturas cuyo pago ordena a la entidad de confirming, proveer los fondos a la fecha de vencimiento medio ponderado de su deudas o, si lo estima conveniente, solicitar a la entidad de confirming que adelante los fondos precisos para atender los pagos, o si tal adelanto ya se produjo, debido a un pago anticipado por subrogación, retrasar la fecha de reembolso respecto a la de vencimiento del crédito adquirido. Las cantidades deberán ser reembolsadas por el cliente junto a los intereses devengados, es decir, pactados en el contrato, calculados desde la fecha de vencimiento de los créditos hasta la fecha de reembolso.

En caso de pago anticipado, el funcionamiento de la subrogación por pago explica por qué la entidad de confirming puede exigir intereses por el tiempo que media entre el vencimiento del crédito adquirido y la fecha de reembolso. En su calidad de subrogada la entidad de confirming no podría exigir intereses por el crédito adquirido si no se convinieron inicialmente por las partes. Sin embargo, como se ha repetido ya en tantas ocasiones, los derechos y obligaciones de la entidad de confirming se derivan



principalmente de los pactos conforme a los cuales las partes han conformado su derecho personal, por tanto, nada obsta el hecho de que el crédito adquirido no devengara intereses para que la entidad de confirming los exija conforme a los pactos de la comisión concertada.

3.6. La situación jurídica de los acreedores y el papel de su voluntad en los efectos del pago

Del Olmo García indica: "El pago anticipado realizado por la entidad de confirming produce respecto a los acreedores la extinción de la obligación, de forma que el pago es, en relación a los mismos, como si hubiera sido hecho por el propio deudor"²⁶.

Por otra parte, la entidad de confirming se subrogará en los créditos de los acreedores de su cliente independientemente del consentimiento de estos, ya que la aprobación del cliente-deudor produce la subrogación de la entidad de confirming

Sin embargo, en el desarrollo del contrato que se estudia se observan distintas conductas negociales de la entidad de confirming que parecen pretender un efecto

²⁶ Del Olmo García, Pedro. **Pago de tercero y subrogación**. Pág. 25.



transmisor del crédito más amplio que el subrogatorio en sus términos legales. En ocasiones, la entidad ofrece el abono anticipado de los créditos e informa de que su aceptación implica la adquisición de la titularidad del crédito.

Es preciso aclarar que, en cualquier caso el pago anticipado precisa de la voluntad del acreedor, pues como se indicó, el cumplimiento anticipado de las obligaciones precisa de un acuerdo de anticipación, a menos que alguna de las partes pueda compeler a la otra a cumplir o a aceptar el cumplimiento anticipadamente. En consecuencia, la entidad de confirming dirige a los acreedores una oferta de pago anticipado, o si se quiere, una oferta de acuerdo de anticipación, precisando los términos del pago y, especialmente, el interusurium o descuento aplicable, sobre la que debe recaer la voluntad del acreedor para que se perfeccione el acuerdo de anticipación y, en consecuencia, se realice el pago anticipado. Se debe subrayar con ello que, en cualquier caso, el pago anticipado implicará un acuerdo de anticipación entre la entidad de confirming y los acreedores y, por tanto, el consentimiento de estos acerca de que se cumpla o pague antes del vencimiento. Cuestión distinta es que los acreedores, además, consientan en la transmisión del crédito anticipadamente satisfecho. Si, como se señaló anteriormente, el efecto subrogatorio no depende de su voluntad, cabe cuestionarse por qué la entidad de confirming condiciona el pago anticipado al hecho de que consientan en la transmisión de su derecho.



Al respecto es conveniente realizar una precisión terminológica. Las entidades de confirmiing utilizan en la oferta la expresión cesión de crédito o compraventa del crédito, mas ello no es, en mi opinión, determinante de lo pretendido negocialmente. Como se ha puesto de manifiesto los términos cesión y subrogación muchas veces no se emplean en la práctica con significado preciso, utilizándose cesión, en un sentido amplio, como sinónimo de transmisión lo que, a su vez, engloba la subrogación.



CAPÍTULO IV

4. Aplicación del contrato de confirming en Guatemala

En el presente capítulo se propone exponer en base al estudio realizado sobre el presente contrato, las incidencias, ventajas y desventajas que se pueden dar en este tipo de contratación para las personas que intervienen en este, en virtud de no existir como ya se mencionó en los capítulos precedentes, legislación ni doctrina al respecto en Guatemala.

4.1. Incidencias en el tráfico comercial

4.1.1. Consecuencias que tendría el empresario que dejara de pagar una factura

En el supuesto de que la entidad confirmatoria haya pagado la factura al proveedor, las consecuencias dependerán del pacto entre la entidad y el empresario librado.

Si habían estipulado que la entidad descontaría a los proveedores sus facturas, la entidad financiera podrá repetir el pago contra el empresario librado. En el supuesto de que no hubieran estipulado este pacto, la entidad financiera no podrá repetir el pago si el empresario le instruyó previamente para no realizarlo. En el supuesto de que la entidad confirmatoria no haya pagado la factura, el proveedor podrá dirigirse únicamente contra el empresario.

4.1.2. Consecuencias que tendría la entidad financiera si se negara a pagar una factura

El proveedor siempre conservará su acción contra el empresario librado, de modo que si la entidad confirmante no le abona una factura, podrá reclamar judicialmente su pago al empresario.

El pacto confirmatorio se celebra únicamente entre la entidad financiera y el empresario librado, por lo que no vincula jurídicamente al proveedor.

La negativa injustificada por parte de la entidad financiera a pagar determinada factura constituye un incumplimiento por parte de la entidad financiera del mandato encomendado, y en consecuencia podrá dar lugar a una reclamación del empresario

contra esta entidad, siempre y cuando la negativa no se fundamente en alguno de los siguientes hechos:

- a. Inexistencia de pacto por el que la entidad financiera se obligue a abrir crédito a favor del empresario en caso de que éste no disponga de fondos;
- b. No constancia de la factura en la relación de facturas enviadas por el cliente a la entidad confirmante. Resolución del contrato confirmatorio

4.1.3. Consecuencias que tendría el empresario si no dispone de saldo suficiente para pagar las facturadas presentadas por los proveedores

Las consecuencias dependerán de los pactos entre el empresario y la entidad de crédito. Si las dos partes han estipulado un recurso al crédito de la entidad financiera, ésta abonará el importe de las facturas con independencia del saldo del que disponga el empresario, aplicando a este adelanto el tipo de interés acordado.

Si las dos partes no han acordado el recurso al crédito, la entidad financiera podrá:

- a. Estimar que queda liberada de la obligación de pago y por lo tanto no abonar las facturas.
- b. Abonar el importe abriendo cuenta especial al empresario confirmado y cargando los intereses moratorios correspondientes.

4.1.4. Consecuencias en cuanto a la cesión del crédito por parte del proveedor confirmado a un tercero

El proveedor confirmado puede ceder su crédito a un tercero, siendo este tercero desde ese momento el titular del crédito cedido frente al empresario. Esta cesión, sin embargo, no vincula a la entidad confirmante, salvo que le haya sido notificada en la forma acordada por el empresario librado. La entidad confirmante se libera de cualquier responsabilidad cumpliendo el mandato encomendado, que no es otro que el de pagar al proveedor inicialmente designado.

Si la entidad confirmante no le satisface su crédito, el tercero cesionario tendrá acción contra el cedente, el proveedor inicial, así como el empresario librado.

4.1.5. Consecuencias en el caso de la cesión de un crédito a un tercero por parte del proveedor confirmado y la entidad realiza el pago al proveedor cedente

La entidad confirmante se libera de cualquier responsabilidad cumpliendo el mandato encomendado, que no es otro que el de pagar al proveedor inicialmente designado. Por lo tanto, si por parte del empresario librado no se le comunica el cambio de titular del crédito, no adquiere responsabilidad alguna. Asimismo, se aplicaría la regla según la cual el deudor queda liberado por los pagos realizados antes de conocer la cesión del crédito.

El tercero que ha adquirido el crédito tendrá acción contra el proveedor cedente, pero no podrá dirigirse contra el empresario librado si el proveedor cedente le había comunicado la cesión y el empresario no había comunicado a la entidad de crédito confirmante esta cesión.

4.2. Ventajas y desventajas para el cliente

Las ventajas para el cliente en la celebración del contrato que se estudia son las siguientes:



- a. Mejora la imagen de solvencia de la empresa;
- b. Fideliza la relación del cliente con sus proveedores;
- c. Evita incidencias que se producen en las domiciliaciones de recibos;
- d. Reduce las llamadas telefónicas de sus proveedores para informarse sobre la situación de sus facturas;
- e. Le permite un mejor control y planificación de sus necesidades de tesorería;
- f. Unifica sus flujos de pagos, al realizar el pago a proveedores en bloque, y recibe un solo cargo por vencimiento;
- g. Facilita financiación inmediata a sus proveedores.

Las desventajas para el cliente en la celebración del contrato que se estudia son las siguientes:

- a. El empresario depende de una entidad financiera determinada, sin que pueda aprovechar las ofertas alternativas que, en cada momento, pudiera ofrecérsele para la gestión de las facturas de sus proveedores;
- b. El empresario se ve sujeto a los requisitos formales impuestos por la entidad financiera;
- c. El empresario debe adaptar la emisión de facturas y el control de sus procesos financieros a los requisitos del contrato confirmatorio.



4.3. Ventajas para la entidad financiera

La remuneración a la entidad de crédito será la que pacten las partes, siendo los métodos más habituales los siguientes:

- a. Una comisión en función del número de órdenes de pago;
- b. Un tipo fijo en función de la cuantía de las órdenes de pago;
- c. Un tipo variable en función de diversos parámetros: importe de cada orden de pago, vencimiento.

Adicionalmente, si se ha pactado el recurso al crédito de la entidad financiera para el caso de que el empresario librado no disponga de fondos suficientes, éste deberá abonar a la entidad financiera el interés convenido.

4.4. Ventajas para el proveedor

Para los proveedores confirmados, el cobro de sus facturas por vía del contrato confirmatorio puede suponer las siguientes ventajas:



- a. Ahorro en las letras y demás efectos comerciales por substituir esta vía de financiación por el mecanismo del confirming;
- b. Permite la obtención de financiación inmediata;
- c. Garantiza la liquidez, permite un aumento de la capacidad de endeudamiento y mejora los ratios financieros al eliminar las facturas descontadas del balance;
- d. Implica no consumir las líneas de descuento habituales;
- e. Con el este contrato se gestionan todos los pagos de un cliente de forma conjunta, ofreciendo la posibilidad de anticipar los pagos y sin recurso;
- f. Agilidad y rapidez en la gestión de las facturas emitidas;
- g. Sistema de financiación rápido, fácil y flexible;
- h. Desaparición del riesgo de impago con los clientes confirming, si anticipa;
- i. Mejora el ratio de endeudamiento ya que las facturas vendidas se eliminan del balance.

4.5. Similitudes y diferencias entre el contrato de confirming y factoring

Si bien desde el punto de vista práctico y también doctrinario el contrato de confirming suele ser desarrollado de manera conjunta o complementaria con el contrato de factoring, debe señalarse que son contratos diferentes, aun cuando muchas veces pueden ser operados por operadores similares.



Alegría y Molina Sandoval definen al factoring como: "aquél contrato en virtud del cual el proveedor (cedente) cede o se obliga a ceder al factor (cesionario) una cartera de créditos determinables (existentes o futuros) con terceras personas (deudores cedidos) originados en su giro comercial ya sea con anterioridad a la fecha del contrato o durante un tiempo posterior expresamente convenido, asumiendo el factor la cobranza de los créditos cedidos, contra una comisión o contraprestación pactada"²⁷.

Por ello, se ha señalado en forma gráfica y salvando las propias características que el confirming es un contrato de factoring al revés, agregando que en el factoring, según expresa García Sole: "la entidad de crédito adquiere los créditos que frente a terceros tiene su cliente, de manera que pasa a ser titular de los mismos, pero en el confirming el cliente de la entidad de confirming es quien ostenta una posición de deudor de determinadas facturas y acuda a la entidad no para cederles los créditos que surgen de su actividad mercantil, sino todo lo contrario, para canalizar a través de la entidad de confirming los pagos que ha de realizar a sus proveedores"²⁸.

Si bien, ambos contratos se relacionan con la gestión administrativa de una cartera de créditos o deudas, el objeto del factoring es realizar la gestión de cobro de los créditos que el cliente tiene con sus deudores mediante la cesión de crédito o incluso mediante mandato, con o sin financiación, aun cuando en la práctica suelen ser con

²⁷ Alegría, Hector; Molina Sandoval, Carlos. **Bases y directrices para la regulación del factoring en la República Argentina**. Pág. 335.

²⁸ García Sole, Fernando. **El confirming: una nueva técnica financiera**. Pág. 1529.



financiamiento. El objeto del confirming es realizar la gestión de pago de las deudas que el cliente tiene con sus acreedores, usualmente proveedores, y que puede incluir no sólo financiación al cliente sino también al tercero que sería el proveedor.

En el factoring la atención se focaliza sobre el lado izquierdo del balance, procurando liquidez en cuentas del activo, más allá de la contrapartida que puede tener el pasivo si el factoring se realiza con recurso; en el confirming la concentración está en el lado derecho del balance, es decir, del pasivo, procurando una gestión de pago, aun cuando se produzca una salida de tesorería que afecte el activo corriente o con un adelanto de fondos mutando la naturaleza de los pasivos.

Por otro lado, desde el punto de vista del comercio exterior y poniendo sólo énfasis en el lado financiero, se ha indicado que algunos autores señalan cierta similitud entre el confirming y el factoring, pero estas dos figuras se diferencian en algunos puntos: mientras el factoring se basa esencialmente en una cesión de facturas, el confirming se funda en los documentos de expedición de la mercadería exportada. El confirming incide generalmente en la financiación de la exportación de bienes de equipo, mientras que el factoring incide más bien sobre la facturación de bienes de consumo o de servicios, esto no es una regla general, sino una distinción que los hechos tienden a ratificar.

Según expresa Farina: "El confirming debe ser renovado en ocasión de cada nueva exportación, mientras que el factoring es un contrato global de duración"²⁹.

El confirming es un servicio ofrecido por entidades financieras que consiste en gestionar los pagos de una empresa a sus proveedores, ofreciendo a éstos la posibilidad de cobrar las facturas con anterioridad a la fecha de vencimiento.

El confirming o reverse factoring es la actividad opuesta al factoring, es decir, se trata de un servicio u operación financiera por la que se ofrece llevar la gestión de los pagos y no como ocurre en el factoring, que lo que se ofrece es gestionar los cobros.

El confirming es un producto o actividad propia de las entidades financieras, de los bancos, que está dirigido para facilitar y mejorar la gestión de sus pagos a sus proveedores. El factoring es un sistema de financiación que consiste en la transmisión de créditos comerciales frente a clientes a una entidad de factoring, que asume la gestión de cobro de los mismos y, en su caso, anticipa un tanto por ciento de éstos. Los créditos transmitidos pueden estar documentados en cualquier forma admitida en derecho por ejemplo letras, pagarés, recibos, facturas, certificaciones y, en general, cualquier documento de cobro admitido en el tráfico mercantil. Las operaciones de

²⁹ Farina, José. **Contratos comerciales modernos**. Pág. 130.

factoring pueden ser realizadas por entidades de financiación o por otras entidades de crédito.

El confirming es uno de los contratos que responden a las necesidades económicas modernas, junto con el factoring. Ambos son contratos de carácter financiero, cuya naturaleza es atípica, sin regulación legal específica.

En particular el confirming es una operación que como se dijo, hasta cierto punto deriva del factoring, y que consiste en el pago anticipado a proveedores de las facturas cedidas a las entidades financieras, previa información y confirmación de pago de la entidad compradora a la misma entidad financiera. En esta figura, éste anticipa el pago del monto de la factura aplicando una tasa de descuento ofertada al proveedor, y la entidad compradora paga a la entidad financiera el total de la factura, en la fecha de pago definida. Tanto el confirming como el factoring comparten similitudes, siendo el primero un sistema de gestión de pagos, y el último, un sistema de gestión de cobros, pudiendo concurrir ambas figuras cuando se da al proveedor la opción de anticipar el pago a través de la cesión de créditos.

Mediante estos sistemas de cobro y pago gestionado por una entidad independiente de la empresa se conseguirá gestionar de forma más adecuada el cobro a clientes y el



pago a proveedores, llegando incluso a ofrecer la posibilidad de líneas de crédito para el cobro de proveedores. Estos nuevos sistemas de cobro y pagos complementan los sistemas tradicionales de gestión de cobro de clientes, tales como descuentos de efectos o incluso el descubierto bancario.





CONCLUSIONES

1. Por la presente investigación se puede dar cuenta que las normas mercantiles establecidas en la legislación guatemalteca no responden a la realidad, esto a consecuencia de los cambios constantes en la sociedad y en el tráfico comercial, y por lo cual se considera que la evolución de las normas mercantiles se encuentra estancada.
2. De la investigación realizada se constató que el contrato de confirming cuenta con todos los elementos jurídicos esenciales para su correcta utilización dentro del ámbito mercantil guatemalteco por parte de sociedades anónimas especiales, en este caso un banco, aunque la ley no prohíbe que otro tipo de sociedad preste dicho servicio, ya que no está legislado.
3. El contrato de confirming tiene una aplicación práctica en el ámbito comercial guatemalteco, pero no existe legislación al respecto para poder tener uniformidad de criterios entre las entidades prestadoras de este tipo de contratación.

4. El riesgo del confirming está asociado con el monto de la factura y con la capacidad pago del cliente, y de esta manera se asume el riesgo del impago de las deudas por parte de este, por lo cual la entidad se convierte en acreedor del cliente subrogándose el derecho de poder cobrar los montos en el caso de adelantar el pago a los proveedores de este.

5. A consecuencia del presente estudio se puede afirmar no existe legislación al respecto del contrato y otros contratos atípicos en cuanto a la forma en que se debe celebrar dicho contrato, por lo tanto, no se tiene una total certeza jurídica en cuanto a los efectos que se producirán.



RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala amplíe la legislación mercantil adaptándose a las nuevas figuras de contratación y teniendo en cuenta la constante evolución del derecho para con esto lograr mayor certeza jurídica para los sujetos que utilicen estas figuras contractuales que surgen en el mercado.
2. Se considera procedente la utilización del contrato, y de esta manera es necesario promover la rentabilidad y funcionalidad de este a las entidades financieras del país para obtener un mayor movimiento en las transacciones comerciales, así como la implementación de legislación que prohíba su utilización por parte de sociedades que no sean bancos en aras de la seguridad jurídica, por lo cual el Congreso de la República de Guatemala debe crear las normas jurídicas necesarias para este fin.



3. Es necesario que los bancos del sistema conjuntamente con el Ministerio de Economía, realicen un estudio de los diferentes tipos de servicios de confirming o factoring proveedor existentes y escojan los adecuados para satisfacer las necesidades del mercado, creando y mejorando la seguridad jurídica de este tipo de contratación y de esta manera por conducto del Organismo Ejecutivo para que este plantee al Congreso de la República de Guatemala la creación de legislación al respecto

4. Es conveniente mediante la utilización de sistemas de control obtener un límite pre-asignado a la cantidad máxima de la gestión de pagos para regular así tanto al cliente y a la entidad financiera para que de esta manera ambas partes tengan seguridad en cuanto a los montos que serán manejados en la utilización del contrato, todo esto mediante legislación que debe crear al Congreso de la República de Guatemala

5. En virtud de ser un contrato amplio en efectos jurídicos para las partes y para el orden económico social, este contrato para que tenga validez debe hacer constar en escritura pública o al menos en contratos por adhesión previa revisión de la autoridad correspondiente, creando para esto por parte del Congreso de la República de Guatemala la legislación correspondiente.



BIBLIOGRAFÍA

ALEGRÍA, Héctor y MOLINA SANDOVAL, Carlos. **Bases y directrices para la regulación del factoring en la República Argentina.** Buenos Aires, Argentina. Ed: Astrea, 2005. 545 págs.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental.** Buenos Aires, Argentina Editorial Heliasta. 18 edición, 2006. 503 págs.

CAMARES FERRO, José. **Curso de Derecho Romano** Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot, 1958. 669 págs.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: **El negocio jurídico.** Madrid, España: Ed: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.

DE LA CUESTA RUTE, José Manuel. y VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo. **Marco general de la contratación mercantil.** Barcelona, España. Contratos mercantiles. Ed. Dykinson, 2001. 512 págs.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro. **Pago de tercero y subrogación.** Barcelona, España. Ed: Civitas Ediciones, 1995. 150 págs.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del derecho.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1978. 560 págs.

DIAZ MENCHU, Luis; ALVEÑO HERNÁNDEZ, Marco. **Apuntes de derecho romano.** Primera edición, Guatemala, 2004. 256 págs.

DÍEZ-PICAZO, Luis, **La Representación en el Derecho Privado.** Madrid, España Ediciones S.L. primera edición, 1979. 322 págs.

FARINA, Juan. **Contratos mercantiles modernos.** Buenos Aires, Argentina: Ed: Astrea, Segunda edición, 1987. 886 págs.

GARCIA SOLE, Fernando, **El confirming: una nueva técnica financiera,** Madrid,



España Ed. La Ley, 2008. 325 págs.

MOLINA SANDOVAL, Carlos. **Negocios Bancarios**. Buenos Aires, Argentina. Ed: Astrea, 2005. 633 págs.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 26ª ed.; Buenos Aires: Ed. Heliasta S.R.L. 1999. 797 págs.

PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto; ARGÜELLO, Luis Rodolfo, **Derecho romano**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta 1962. 770 págs.

PEREZ MARTINEZ, Juan Carlos. **Contratos Financieros**. Madrid, España: Ed: Madrid, 1999. 440 págs.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de Derecho civil español**. Tomo III Pamplona, España. Ed: Aranzadi, 1979. 443 págs.

REALE, Miguel. **Introducción al derecho**. Madrid, España, Ediciones Pirámide, S.A., 5a. edición. 1982. 337 págs.

REVERTE NAVARRO, Antonio. **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**. Madrid, España. Ed: Derecho Reunidas S.A. 1991. 453 págs.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo. **Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios**. Contratos Mercantiles. Barcelona, España Tomo I. Ed. Dykinson, 2001. 450 págs.

VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos. **De los contratos**. Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala (se), 1999. 140 págs.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala, Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, tomo I quinta edición 2001. 343 págs.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala,



Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, tomo III quinta edición 2001. 431 págs.

Legislación:

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

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

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

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