

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL, COMO GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL ACREEDOR, AL NO ESTAR CONTENIDA LA MISMA EN LOS ARTÍCULOS 678 Y 679 DEL CÓDIGO DE COMERCIO GENERANDO DESIGUALDAD CONTRACTUAL"
TESIS DE GRADO

RIGOBERTO CARLOS ENRIQUE ESTRADA SÁNCHEZ
CARNET 15182-12

QUETZALTENANGO, AGOSTO DE 2018
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL, COMO GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL ACREEDOR, AL NO ESTAR CONTENIDA LA MISMA EN LOS ARTÍCULOS 678 Y 679 DEL CÓDIGO DE COMERCIO GENERANDO DESIGUALDAD CONTRACTUAL"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

RIGOBERTO CARLOS ENRIQUE ESTRADA SÁNCHEZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, AGOSTO DE 2018
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. GABRIELA ISABEL QUIROA CABRERA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
LIC. GILMAR WOTZBELI LIMATUJ PISQUIY

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ



**Universidad
Rafael Landívar**

Tradición Jesuita en Guatemala

Campus de Quetzaltenango
Coordinación Ciencias Jurídicas y Sociales
Teléfono (502) 7722 9900 ext. 9888
Fax: (502) 7722 9821
14 Avenida 0-43 zona 3, Quetzaltenango

Quetzaltenango, 30 de noviembre de 2017

**Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Guatemala**

Con un cordial saludo, y en atención al nombramiento en que se me designara como asesora de Tesis II del estudiante Rigoberto Carlos Enrique Estrada Sánchez con número de carné 1518212, del trabajo de tesis titulado: "La cláusula penal en la contratación mercantil, como garantía del cumplimiento de la obligación por parte del acreedor, al no estar contenida la misma en los artículos 678 y 679 del Código de Comercio generando desigualdad contractual" conforme al trabajo de investigación realizado por el estudiante, considero oportuno luego de haber constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Instructivo de Tesis de esta casa de estudios, emitir dictamen FAVORABLE sobre la presente investigación, toda vez que, se llegaron a desarrollar puntualmente los aspectos tanto doctrinarios como legales de los elementos de estudio, tales como: Derecho Civil y Mercantil, cláusula penal, contratación mercantil y civil, en sí, los aspectos medulares para la consecución del presente trabajo.

En suma, el trabajo desarrollado constituye un valioso aporte doctrinario y analítico de la problemática abordada, el cual puede ser una valiosa herramienta como elemento de estudio para estudiantes y profesionales del Derecho.

Se deja constancia que se revisó de conformidad con el Instructivo el fondo y la forma del presente trabajo de investigación, como también, se verificó lo relacionado al derecho de autor.

Sin otro particular, deferentemente.

Licenciada
Gabriela Isabel Quiroa Cabrera
Abogada y Notaria

MSc. Gabriela Isabel Quiroa Cabrera
Abogada y Notaria
Código de Docente 17748
Colegiada No. 10722



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante RIGOBERTO CARLOS ENRIQUE ESTRADA SÁNCHEZ, Carnet 15182-12 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07186-2018 de fecha 12 de marzo de 2018, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LA CLÁUSULA PENAL EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL, COMO GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL ACREEDOR, AL NO ESTAR CONTENIDA LA MISMA EN LOS ARTÍCULOS 678 Y 679 DEL CÓDIGO DE COMERCIO GENERANDO DESIGUALDAD CONTRACTUAL"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 30 días del mes de agosto del año 2018.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Agradecimiento

- A Dios:** Porque de él proviene la sabiduría y me permitió culminar el objetivo trazado.
- A mis Padres:** Carlos e Irene por ser los pilares fundamentales en mi vida y ser el ejemplo a seguir.
- A mis Hermanos:** Nancy, Karlita, César Javier y Carlos Fabricio, por su apoyo incondicional, consejos e inmenso cariño.
- A mis Abuelos:** Rigoberto, Juana Eva, Gloria y Luis por sus sabios consejos que marcaron mi vida.
- A mis Tíos:** Alcides, Axel, María Luisa, Alex, Sonia, Shený, Delmar, Aura Luz y Venicio por su apoyo moral.
- A mis Primos:** Por los momentos compartidos.
- A mis Amigos:** En general por compartir la vida estudiantil. En especial a Cristian Cifuentes, Julio Miranda, Luis Wannam, Alejandra Rodríguez y Franck Rios.
- A la Universidad Rafael Landívar:** Por haber forjado en mi un Profesional de principios.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
1. Obligaciones mercantiles.....	4
1.1 Concepto de obligación.....	4
1.2 Caracteres de las obligaciones mercantiles.....	4
1.3 Cumplimiento de las obligaciones, el principio de la buena fe.....	7
1.4 Incumplimiento.....	7
1.5 Mora del deudor.....	8
1.6 Fuentes de las obligaciones mercantiles.....	8
2. El contrato mercantil.....	11
2.1 Generalidades históricas.....	11
2.2 Concepto de contrato mercantil.....	17
2.3 Características de los contratos mercantiles.....	19
2.3.1 Interpretación.....	19
2.3.2 La representación para contratar.....	20
2.3.3 La forma del contrato mercantil.....	21
2.3.4 Cláusula compromisoria.....	22
2.3.5 Los contratos por adhesión.....	23
2.3.6 Omisión de leyes fiscales.....	25
2.3.7 Libertad de contratación.....	26
2.3.8 Teoría de la imprevisión.....	26
2.3.9 Contratante definitivo.....	27
2.4 Elementos de la contratación mercantil.....	28
2.4.1 Elementos positivos.....	29
2.4.1.1 Elementos esenciales.....	29
2.4.2 Elementos naturales de la contratación mercantil.....	31
2.4.3 Elementos accidentales.....	32
2.4.3.1 La condición.....	32
2.4.3.2 El plazo.....	33

2.4.3.3	El modo.....	33
2.4.4	Elementos negativos.....	34
2.5	Efectos jurídicos de la contratación mercantil.....	35
2.5.1	Efectos jurídicos del contrato de compraventa mercantil.....	35
2.5.2	Efectos jurídicos del contrato de suministro.....	35
2.5.3	Efectos jurídicos del contrato de transporte.....	36
2.6	Sistemas de contratación mercantil.....	37
2.6.1	Consideraciones generales.....	37
2.6.2	Sistema formalista.....	37
2.6.3	Sistema consensualista.....	38
2.6.4	Sistema de la forma escrita.....	38
2.6.5	Sistema ecléctico o moderno.....	39
CAPÍTULO II.....		41
2.	Clasificación de los contratos mercantiles.....	41
2.1	Contratos típicos.....	41
2.1.1	Contratos típicos contenidos en el Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio.....	42
2.1.2	Contratos típicos regulados en el Decreto número 33-98 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.....	43
2.1.2.1	De edición.....	43
2.1.2.2	De representación y ejecución pública.....	44
2.1.2.3	De fijación de obra.....	44
2.1.3	Contratos típicos contenidos en el Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Mercado de Valores y Mercancías.....	45
2.1.3.1	Contrato de bolsa.....	45
2.1.3.2	Contrato de fondo de inversión.....	45
2.1.3.3	Contrato de fideicomiso de inversión.....	45
2.1.3.4	Contrato de suscripción de valores.....	46

2.1.3.5	Contratos a futuro.....	46
2.1.3.6	Contrato de depósito colectivo de valores.....	46
2.2	Contratos atípicos.....	46
2.2.1	Evolución.....	47
2.2.2	Expansión de los contratos atípicos.....	48
2.2.3	Conversión de figuras atípicas en típicas.....	49
2.2.4	Clasificación.....	51
2.2.5	Problemática básica de los contratos atípicos.....	53
2.2.6	Interpretación de los contratos atípicos.....	54
CAPÍTULO III.....		57
3.	La cláusula penal en la contratación mercantil.....	57
3.1	Consideraciones generales.....	57
3.2	Determinación conceptual.....	58
3.3	Naturaleza jurídica.....	59
3.4	Características.....	61
3.4.1	Deriva de un pacto entre las partes.....	61
3.4.2	Tiene carácter accesorio de una obligación principal.....	61
3.4.3	Generalmente es una prestación pecuniaria.....	61
3.4.4	Es un medio para asegurar el cumplimiento de una obligación.....	61
3.4.5	Representa los daños y perjuicios que el acreedor pudiera sufrir por el incumplimiento.....	61
3.4.6	Es un medio técnico de liquidar anticipadamente los daños.....	62
3.4.7	Se establece para el caso de que el deudor no cumpla o lo haga defectuosamente.....	62
3.5	Funciones que cumple la cláusula penal.....	62
3.5.1	Función indemnizatoria.....	62
3.5.2	Función Compulsiva.....	63
3.5.3	Función resolutoria.....	64
3.5.4	Función Liberatoria.....	65
3.6	Clases de cláusula penal.....	67

3.6.1	Cláusula penal compensatoria.....	67
3.6.1.1	Efectos en el caso de la cláusula penal compensatoria.....	67
3.6.2	Cláusula penal moratoria.....	68
3.6.2.1	Efectos de la cláusula penal moratoria.....	68
3.7	Exigibilidad de la pena.....	69
3.8	Carácter accesorio de la cláusula penal.....	70
3.8.1	Principio de accesoriedad.....	70
3.8.2	Autonomía de la pena obligacional.....	61
3.9	Reducción judicial de la pena.....	72
3.10	Formas que asume la cláusula penal.....	73
3.10.1	Solidaria.....	73
3.10.2	Divisible.....	74
3.10.3	Indivisibles.....	74
3.11	La cláusula penal en el derecho comparado en relación al incumplimiento del acreedor.....	75
CAPÍTULO IV.....		77
4.	Presentación, Análisis y Discusión de Resultados.....	77
CONCLUSIONES.....		106
RECOMENDACIONES.....		107
REFERENCIAS.....		108
ANEXOS.....		110

Resumen

La investigación se realizó tomando en cuenta varios aspectos, inicialmente se recopiló material bibliográfico en relación a la contratación mercantil, como fuente principal de las obligaciones, así como los aspectos teóricos generales y específicos de la cláusula penal o cláusula indemnizatoria, encontrando que en el Derecho Comparado y obras especializadas de autores extranjeros y nacionales, refieren la posibilidad de incumplimiento de las obligaciones no solo por parte del deudor, si no también de parte del acreedor y como consecuencia el pago de daños y perjuicios, debido a ello, el tema investigado encuentra fundamento teórico y doctrinal de donde deviene que sea factible su aplicación e inclusión en el contrato en igualdad de condiciones.

Por otro lado se consideró necesario realizar trabajo de campo utilizando como herramienta de investigación, la entrevista, conteniendo siete interrogantes dirigidas a profesionales del Derecho, especializados en Derecho Mercantil de la ciudad de Quetzaltenango, obteniendo respuestas sumamente valiosas que aportan al presente trabajo aspectos científicos, legales y doctrinales aunados a los conocimientos adquiridos por la experiencia en el ejercicio profesional, permitiendo realizar un análisis que evidencia la desigualdad legal, para el pago de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, objeto de la cláusula penal, entre deudor y acreedor, ya que este último no tiene consecuencia jurídica debido a que no está contenido tal supuesto de hecho en la norma referida.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Mercantil, como una rama especial del Derecho Privado, abarca muchas posibilidades de desarrollo, así como una internacionalidad por demás importante e interesante, contribuyendo al crecimiento social y económico, traducido en avance o retroceso de los países, introduciéndolos a nuevos y mejores mercados, debido a la globalización, la tecnología entre otros, en donde la alta competitividad se pone de manifiesto.

Dentro de esa rama del Derecho se encuentran las obligaciones mercantiles y su regulación legal contenida en el Código de Comercio y de manera supletoria el Código Civil, refiriendo que regulan las actividades de las empresas mercantiles, sin embargo, la normativa presenta la problemática de no regular en igualdad de condiciones para el caso de incumplimiento, y se infiere que el acreedor es el que cumple y que el incumplimiento es provocado por el deudor, tal como se evidencia en lo regulado en los artículos 678 y 679 del Código de Comercio.

De la misma manera el Código Civil en los artículos del 1433 al 1436 refieren que el deudor está obligado a pagar al acreedor los daños y perjuicios resultantes del retardo, estableciendo que los daños son las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio y los perjuicios las ganancias que ha dejado de percibir, consistente en una cantidad dineraria, convenida de manera anticipada que deberá pagar el que deje de cumplir la obligación, o no la cumpla de la manera convenida, o retarde su cumplimiento; la cual, en tales casos, compensa los daños y perjuicios, dando por hecho que es el deudor.

Debido a la forma como el legislador estructuró y creó las normas contenidas en esos cuerpos legales, se pueden evidenciar las consecuencias de la desigualdad contractual existente, al no regularse la aplicación de la cláusula penal, como garantía de cumplimiento de la obligación por parte del acreedor.

La desigualdad tiene como efecto directo la contradicción del principio constitucional de igualdad de las partes que refiere que a situaciones iguales tengan igual regulación ante la ley, no pueden constituir excepciones o preferencias que favorezcan a unos y perjudiquen a otros en igualdad de condiciones dirigidas a las personas afectas al supuesto de hecho que refiere la normativa.

Otro efecto identificado se refiere a la estructura de la norma, constituida por dos elementos, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, siendo el primero una hipótesis que en caso de que se cumpla produce una o varias consecuencias jurídicas, constituyendo el segundo elemento, en el presente caso, las consecuencias reales no se aplican al acreedor, debido a que el supuesto de hecho no lo incluye en la creación de la norma, entonces su consecuencia jurídica tampoco le es aplicable.

De lo anterior se establece que las consecuencias reales de la desigualdad contractual son derivadas no de la estructura o contenido de la norma, sino por el problema de hecho que no puede ser subsumido en el precepto legal, el pago de daños y perjuicios por incumplimiento contractual del acreedor concretizando que es una desigualdad de hecho y no de derecho.

Por otro lado, los contratos mercantiles deben ser redactados teniendo en cuenta los principios que inspiran el Derecho Mercantil, la buena fe guardada y la verdad sabida, considerados como elementos abstractos que condicionan la relación contractual, mismo que se consideran tienen mayor relevancia para el deudor, no así para el acreedor, quién en atención a ellos, podría estimar la inclusión de la cláusula penal en caso de riesgo o posibilidad de incumplimiento en la contratación mercantil, para deudor y acreedor en igualdad de condiciones, traducida en una cantidad de dinero como forma de indemnización para el pago de daños y perjuicios.

Situación por la que abogan los países desarrollados en relación a la internacionalización y utilización de la cláusula penal, señalando en un foro de

Naciones Unidas, la uniformidad de las normas en relación a penas contractuales, ganando terreno tanto en la doctrina como en la práctica adquiriendo con ello una creciente importancia.

No obstante haber ya señalado a grandes rasgos los aspectos, legales y doctrinarios introductorios del tema, se hace referencia a la utilización de investigaciones de Derecho comparado, medios electrónicos como el internet, libros virtuales, artículos, tesis, trabajos de investigación, diccionarios, revistas, periódicos, y a trabajo de campo realizado por medio de entrevistas a profesionales del Derecho especializados en Derecho Mercantil de la ciudad de Quetzaltenango, quienes aportaron información científica, doctrinaria, y legal así como su experiencia profesional.

CAPÍTULO I

1. Obligaciones Mercantiles

1.1 Concepto de obligación

“Desde el punto de vista jurídico, obligación significa vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor), para la satisfacción de un interés de éste, digno de protección; y a éste (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación.”¹

El Código Civil en el artículo 1319 la define como, “toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa.”

El termino obligación en general, se entiende como un vínculo entre las partes que lleva a hacer algo o abstenerse de hacer algo, por imperativo legal, o estipulado por las partes quienes lo incluyeron en un contrato de acuerdo a la autonomía de la voluntad.

1.2 Caracteres de las obligaciones mercantiles

“En general, las obligaciones mercantiles tienen como notas características, además de su tendencia a la objetivación, el ser típicas o uniformes y la necesidad de un exacto cumplimiento. Estas características se desenvuelven en algunas regulaciones peculiares que constituyen el régimen general que para las obligaciones mercantiles establece el Código de Comercio, pueden resumirse así:

a) *Solidaridad de deudores. La presunción de solidaridad de los deudores mercantiles tiene su origen en las prácticas comerciales. Su introducción en el Código de Comercio se justifica por diversas razones: la solidaridad representa*

¹ Vásquez Martínez, Edmundo, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Guatemala, Editorial IUS-ediciones, 2012, página 435, Tercera edición.

una garantía y da mayor seguridad al tráfico jurídico, pues a merced de ella no tienen los acreedores que averiguar siempre las condiciones económicas de cada deudor, cuando estos son muchos y es probable que alguno resulte insolvente.”²

Al respecto el artículo 674 del Código de Comercio regula *“En las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios salvo pacto expreso en contrario. Todo fiador de obligación mercantil, aunque no sea comerciante, será solidario con el deudor principal y con los otros fiadores, salvo lo que se estipule en el contrato.”*

b) *“Exigibilidad de las obligaciones puras. La ley no prohíbe la concesión de plazos, por el contrario, si el plazo es consecuencia de la naturaleza del contrato, es procedente que se conceda. En consecuencia, las obligaciones puras o sin plazo son, por regla general, exigibles inmediatamente, y, si de la naturaleza del contrato es que haya plazo, este debe concederse.”³*

La regulación se contiene en el artículo 675 del Código de Comercio *“obligaciones sin plazo. Son exigibles inmediatamente las obligaciones para cuyo cumplimiento no se hubiere fijado un término en el contrato, salvo que el plazo sea consecuencia de la propia naturaleza de este.*

c) *“Expresividad de la prórroga. Al establecer el Código de Comercio que “en las obligaciones y contratos mercantiles, toda prórroga debe ser expresa” (Artículo 676), está prohibiendo la concesión de términos de gracia o cortesía. Se reafirma así el rigor propio de la ejecución de las obligaciones mercantiles al dar seguridad en cuanto al tiempo de cumplimiento de la prestación debida. Los términos dilatorios de la ejecución, son inconciliables con la rapidez y la escrupulosa apreciación del tiempo, propios de la contratación moderna.*

d) *Automaticidad de la mora. Frente a tal regla el Código de Comercio dispone que “en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora, sin necesidad de*

² *Ibid.*, Pág. 436.

³ *Ibid.*, Pág. 437.

requerimiento, desde el día siguiente a aquel en que venzan o sean exigibles. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los títulos de crédito y las obligaciones y contratos en que expresamente se haya pactado lo contrario” (Artículo 677).

- e) *Productividad de intereses de pleno derecho. El Código de Comercio admite como una consecuencia de la mora, el principio de productividad de interés de pleno derecho, estableciendo que “si la obligación tiene por objeto cosa cierta y determinada o determinable por su género y cantidad el deudor moroso pagara por concepto de daños y perjuicios, en defecto de pacto, el interés sobre el valor de la cosa” (Artículo 678). El valor de la cosa se fija por las partes en el contrato y a falta de convenio se toma como valor el que tenga en plaza el día de vencimiento, el de su cotización de Bolsa (si se trata de títulos de crédito) y, a falta de uno y otro, el que se fije por expertos. Los intereses se causan como consecuencia del simple atraso.”⁴*

- f) *“Capitalización de intereses. Otra particularidad de las obligaciones mercantiles es que, a diferencia de las civiles para las cuales se prohíbe la capitalización de intereses, esta es permitida siempre que la tasa de interés no sobre pasa la tasa máxima permitida a los bancos (Artículo 691 C.de.c).*

- g) *Restricción de la nulidad. Las necesidades del tráfico mercantil imponen no solo la falta de formalidades, rapidez y rigor en la ejecución, sino también seguridad. En resguardo de la seguridad, el Código de Comercio restringe los efectos de la nulidad, de tal manera que la que “afecte a las obligaciones de una de las partes no anula un negocio jurídico plurilateral, si el fin perseguido por este puede lograrse sin la subsistencia de tales obligaciones” (Artículo 689).*

- h) *Obligación de entregar mercaderías de calidad media. Para el caso que la prestación de la obligación mercantil sea la entrega de mercaderías cuya especie o calidad no se hayan determinado, la ley dispone que “solo podrá exigirse al*

⁴ Loc. cit.

deudor la entrega de mercaderías de especie o calidad medias” (Artículo 690 Código de Comercio).

- i) Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo. Para las obligaciones mercantiles que se haya estipulado deban pagarse por tractos sucesivos, el Código de Comercio establece la regla de que la falta de un pago dará por vencida y ara exigible toda la obligación, salvo si se hubiere pactado lo contrario (Artículo 693).”⁵*

1.3 Cumplimiento de las obligaciones, el principio de la buena fe

“Se entiende por cumplimiento de las obligaciones, la entrega de la cosa debida o la prestación del hecho prometido. En otras palabras, es la exacta y completa ejecución de la prestación por parte del deudor. La forma de cumplimiento por excelencia es el pago.”⁶

“El principio de la buena fe, tal como aparece expuesto en nuestra legislación mercantil, se concreta a la “buena fe objetiva”, esto es a “la obligación de comportarse honestamente” y no a la “buena fe subjetiva” o situación psicológica de ignorar haberse ocasionado una lesión a otra persona. La buena fe objetiva constituye un criterio de valoración de “hacer”; la buena fe subjetiva es un elemento de ciertas situaciones a las que se reconocen determinados efectos.”⁷

1.4 Incumplimiento

“El incumplimiento es, a contrario sensu del cumplimiento, la no entrega de la cosa debida o la no prestación del hecho prometido. Es una infracción o no realización de la prestación.

⁵ *Ibid.*, Pág. 438.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ *Ibid.*, Pág. 439.

Caben dos posibilidades de incumplimiento: a) que la prestación debida no se haya realizado en su totalidad; o, b) que solamente se haya realizado en forma parcial, es decir, que se haya cumplido, pero no exactamente.”⁸

1.5 Mora del deudor

“La mora es un modo de infracción del deber de prestación, se la ha definido como el retraso en el cumplimiento de la prestación imputable al deudor.”⁹

Para Manuel Ossorio, mora es *“tardanza en el cumplimiento de una obligación. De modo más específico, retraso en el pago de una cantidad de dinero liquida y vencida”¹⁰*

1.6 Fuentes de las obligaciones mercantiles

Edmundo Vásquez Martínez citando a Badenes Gasset *“por fuentes de las obligaciones se entiende aquellos hechos en virtud de los cuales estas se originan o nacen, creando un vínculo jurídico entre acreedor y deudor, o bien, en forma más breve, el mismo autor cita a Albadalejo los hechos jurídicos que tienen como efecto el nacimiento de las obligaciones.*

Al decir “hechos jurídicos” se usó el termino en su más amplio sentido. Estos hechos pueden ser: hechos jurídicos, en sentido estricto, que son los fenómenos o sucesos acaecidos en la realidad, independientes de la voluntad humana, productores de una modificación de una situación jurídica; actos jurídicos, o hechos exteriores procedentes de la conducta humana y producidos por voluntad consiente y que pueden ser lícitos o ilícitos; y negocios jurídicos, que son los actos humanos voluntarios, conformes con la ley y dirigidos a crear, modificar o extinguir una relación jurídica determinada.

⁸ *Loc. cit.*

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ Mora, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L. 1981, página 471.

La legislación guatemalteca relativa a las obligaciones tiene su punto de partida en la disciplina del negocio jurídico y si bien no contiene un precepto general que establezca las fuentes, se estructura admitiendo que hay: a) obligaciones provenientes de contrato; b) obligaciones provenientes de hechos lícitos sin convenio (gestión de negocios, enriquecimiento sin causa, declaración unilateral de voluntad); y c) obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos.

Las obligaciones mercantiles pueden nacer tanto de hechos jurídicos voluntarios o involuntarios, como de actos y de negocios jurídicos. De allí que se haya dicho que “las obligaciones que se engendran en el tráfico jurídico nacen o bien de negocios jurídicos o bien de una conducta social típica, o bien de una imposición del poder público.”¹¹

“Singular relevancia tiene para el Derecho Mercantil las obligaciones provenientes de contrato y las que se originan en hechos- lícitos sin convenio, tales como el enriquecimiento sin causa y la declaración unilateral de voluntad, por ello el Código de Comercio los regula en aquellos aspectos en que el tráfico hace necesaria una disciplina distinta de la del Código Civil.

Actualmente tiene gran importancia como fuente de las obligaciones la conducta social típica y la imposición del poder público.

A) La conducta social típica

Se entiende por conducta social típica, una especial manera de actuar a la cual la ley atribuye un significado tal que engendra una situación jurídica que por si misma genera determinadas obligaciones.

La ley crea situaciones sociales típicas que engendran obligaciones similares a las contractuales, por lo que jurídicamente son consideradas “como si estuvieran fundadas en un contrato al que le faltase algún requisito esencial”, y es así pues que

¹¹ Vásquez Martínez, Edmundo, *Op. Cit.*, Pág. 444.

falta frecuentemente una adecuada declaración de voluntad contractual. “el Derecho reconoce pues la existencia de obligaciones contractuales sin una previa estipulación de contrato, o, al menos, sin la conclusión válida de un contrato”. Entre los ejemplos de obligaciones nacidas de conducta social típica, tenemos las que se originan en la utilización de los medios de transporte colectivo y de uso de servicios monopolizados como los de la electricidad, el agua, los teléfonos. Casos todos en los que el usuario está obligado al pago de la tarifa y tiene derecho al uso del servicio conforme a las condiciones de la tarifa.

B) La imposición del poder público

El fenómeno de la vida moderna es la injerencia del Poder Público en el ámbito de la autonomía privada y concretamente de la autonomía contractual. Las formas de injerencia son variadas: sustitución de voluntad de las partes, determinación del contenido de contrato y alcance de las obligaciones. Algunos autores hablan de “Contrato forzoso” otros de “Contrato impuesto”, imperativo o dictado, pero es obvio que si la esencia del contrato está en el consentimiento, “no se puede hablar de contrato allí donde falte el consentimiento.” De consiguiente, si no hay contrato y si hay obligaciones, es del caso indagar de donde proceden estas y es claro que se originan de la “imposición del Poder Público”. “Esta imposición puede referirse a uno o a ambos contratantes, pero en realidad la imposición suele afectar únicamente a una de las partes, precisamente a aquella que el Poder Público considera como más necesitada de protección.”

Manifestaciones de imposición del Poder Público en el Derecho Mercantil guatemalteco, son las que obligan a todas las empresas a contratar con cualquiera que solicite sus productos o los servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores (Artículo 361 Código de Comercio); las que imponen el contenido de los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales (Artículo 672 Código de Comercio); las que permiten solicitar la rectificación del contrato si no concuerda con la solicitud que lo motivo (Artículo 673 Código de Comercio); y las que

obligan a la compra o a la venta de ciertos productos a determinado precio y en condiciones fijadas por el Gobierno, como por ejemplo la compra de caña y la venta de insumos para la producción lechera.”¹²

Las obligaciones mercantiles se encuentran limitadas por la intervención que el Estado realiza a través de leyes como la Ley de protección al consumidor y usuario que refieren limitaciones a la libertad de contratación, por ejemplo prohibir los monopolios, con el fin de proteger a los consumidores de los abusos de los grandes fabricantes cuyas ventas de productos y servicios de manera estándar, acompañados de una masiva publicidad y modernos sistemas de mercadotecnia, realizadas a nivel global, que evidencian el poderío económico de países desarrollados, en contra posición de consumidores, que adquieren productos que no le son útiles, ni necesarios, provocando una sociedad de consumo sin límites, es por ello que a nivel mundial se ha visto la necesidad de buscar la equidad entre consumidores y proveedores.

2. El contrato mercantil

2.1 Generalidades históricas

“Las civilizaciones más caracterizadas por la historia hubieron de realizar tráfico comercial y fomentaron costumbres para regirlo. Los egipcios, los fenicios, los persas, los chinos, el mismo hombre americano comerciaron, pero, el Derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser un lejano antecedente de la materia que estudiamos.”¹³

La cultura egipcia cuando emergió del Estado feudal se constituyó nuevamente en un sistema monárquico lo cual sucedió con muy pocos avances, sin embargo utilizando los recursos proporcionados por el Rio Nilo comienza a desarrollarse el comercio el cual había estado detenido en el sistema feudal, los nuevos negociantes otorgan a la

¹² *Ibid.*, Pág. 445

¹³ Villegas Lara, René Arturo, *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo I. Guatemala, Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 2013. Página 6, octava edición.

civilización egipcia una actividad económica que propicia la expansión política y expediciones marítimas para comercializar con Arabia, sus principales productos eran oro, marfil y ébano y en Arabia buscaban productos orientales principalmente especias.

En cuanto a los fenicios sus navegantes y comerciantes ampliaron sus relaciones comerciales con Chipre, Sicilia y Creta avanzando hasta los territorios de España, Francia y Escandinavia, llegando a ser los más grandes comerciantes del mediterráneo dominando el mercado de minerales de plata, oro, cobre y estaño y en donde los mercaderes eran más opulentos que los reyes, sus ciudades estaban gobernadas por armadores y mercaderes, llegando a constituir con la colonia de Cartago la navegación del mediterráneo.

Los persas iniciaron la economía internacional, debido a la extensión de su territorio, un gran ejército y la dominación de la ruta marítima del mar Negro a la India, habiéndose constituido como mediador de todos los comercios que existían en esa época. En cuanto a sus relaciones comerciales llegaron hasta China, abarcaron por una parte del Asia menor del mar Negro del Cáucaso hasta Mesopotamia y de Asia central y China hasta India.

China era un país dedicado a la agricultura, no poseía comunidades organizadas y el mar no era fuente de ingresos económicos, su sociedad se encontraba formada por un señorío hereditario y por otro lado se encontraba el pueblo que servían a su señor. Su economía era cerrada, en un principio, posteriormente su comercio evoluciono gracias a las nuevas relaciones comerciales con India y la ruta de caravanas que utilizaban su territorio, creciendo las relaciones mercantiles.

“Hay culturas que sí vale la pena comentar, principiando por la Grecia clásica, establezcamos el principio que su mayor aporte a la ciencia jurídica es en el terreno de la política; y por lo tanto, la investigación cobra mayor impacto en los derechos que la desarrollan. No obstante, la proximidad de sus ciudades más importantes al

Mar Mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para su economía. Con ello se instituyeron en figuras que aún ahora, con diferente ropaje, existen en el Derecho Mercantil de nuestro tiempo. Por ejemplo, el préstamo a la gruesa ventura, era, como el contexto lo sugiere un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor, a que el navío partiere y regresara exitosamente de su destino. En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado, si ocurría un siniestro en alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como un antecedente del contrato de seguro. A la echazón también se le anticipa como aporte griego. Por ella el capitán del buque podía aligerar el peso de la carga echando las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura. En el Derecho Mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. También fueron importantes las leyes Rodías, las que deben su nombre por haberse originado en la Isla de Rodas; y era un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo.”¹⁴

Grecia en donde la aristocracia había mantenido un sistema señorial fue reemplazado por un movimiento popular que derroco a la nobleza, destruye la aristocracia y suprime la distinción de clases. Crea los primeros pueblos con organización propia, desarrolla el comercio e inicia una era democrática. Los griegos vivían en una península, pero rápidamente descubrieron los beneficios de los productos obtenidos del mar, principiaron obteniendo sal, luego se dedicaron a la pesca incursionando gradualmente en descubrir rutas comerciales hasta las islas griegas y al Asia menor sustituyeron a los fenicios en el comercio y derrotaron a los persas llegando hasta el mar Negro. Limitado su comercio por los Cartagineses en el Mediterráneo y en el Atlántico. Poseían importantes minas de cobre, se creó una gran ruta marítima, que consistía en tres rutas, los griegos llegaban del mar Negro por el Hespono, a Egipto llegaban por Rodas y Chipre y por último llegaban a occidente por Eubea y Corinto, quienes iniciaron un gran movimiento marítimo y

¹⁴ *Ibid.*, Pág. 7.

unificaron las costumbres comerciales convirtiéndose los mercaderes en nuevos ricos.

“En el Derecho Romano tiene una significación especial que se refería a aquellos supuestos en que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad.”¹⁵

“En el contrato un primer momento, se consideró esencial, como necesario la observancia de una forma especial, más había ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito o mediante la transcripción de ellos en los libros de “data” y “haber” de todo pater familia. Se admitió que para ciertos contratos (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) bastase solo el acuerdo de voluntades. De aquí los contratos verbales cuya causa consistía en el empleo de palabras prescritas en forma de pregunta y respuesta; literales en los que la causa consistía en la transcripción realizada en los libros como consecuencia de operaciones jurídicas libremente consentidas por las partes; reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), que se integraban por la recepción por el deudor de la cosa a título de crédito, y consensuales, admitidos así por la especial naturaleza e importancia de la relación jurídica que supone la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.”¹⁶

Con el desarrollo del Derecho romano, se fue dejando de lado el rigorismo, se flexibilizaron las antiguas formas solemnes, de la *estipulatio*, aunado a la inexistencia de la antigua forma del contrato literal y de la creación de la categoría de los contratos innominados entre otros, hizo poco a poco que se descompusiera el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio del contrato, que adquiere la característica de tener por sí mismo, su fuerza obligatoria.

Puig Peña citando a Rugiero señala que *“los romanos no llegaron a formular un concepto definitorio de contrato, aunque si de la convención jurídica; la razón de ello es, según el autor citado, que los romanos tuvieron una serie de figuras y tipos*

¹⁵ Puig Peña, Federico, *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo III, España, Ediciones Pirámide, S.A. 1976, página 324, Tercera edición.

¹⁶ *Loc. Cit.*

*contractuales, pero no llegaron a construir un concepto general del contrato como esquema abstracto capaz de recoger en sí las variadas figuras de contratos singulares.*¹⁷

*“En el Derecho intermedio obtuvo una franca realización, en virtud de fuerzas de las más diversas naturalezas, como el cristianismo y el desarrollo del comercio. Para el cristianismo, la ética y no la técnica es el punto fundamental de todo problema jurídico; por eso llega a las conclusiones de que el convenio, aun desprovisto de fuerza, obliga en el fuero de la conciencia (paso decisivo hacia la espiritualización del contrato); que, aun a pesar del contrato, se puede faltar a la justicia (viejo precedente de pérdida de fe en el dogma de la voluntad), y que, en definitiva, todos los contratos han de ser cumplidos, en última instancia, como contratos bona fidei y no stricti iuris.”*¹⁸

En la edad media cuando el Derecho Mercantil nace y se afirma como derecho autónomo, a finales del siglo IX y principios del siglo X cuando surgen las corporaciones, se organizan los comerciantes y mercaderes, se origina una verdadera legislación mercantil, se desarrolla el comercio en el mediterráneo y el contrato obtuvo una franca realización.

“Una de las manifestaciones propias de la edad media, sobre todo en lo que respecta a la organización social, es el feudalismo. El titular de un feudo ejercía poder omnímodo en su jurisdicción territorial y todo lo que allí se hacía iba en su propio beneficio, lo que incluía también poder político. Ese poder entraba en conflicto con los intereses de la monarquía. Tradicionalmente la actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían el tráfico comercial porque lo consideraban deshonroso. Fuera de los feudos, entonces, se formaron las vías o pueblos, en donde se atrincheró la naciente burguesía comerciante. La erupción de esta clase social en la composición de la sociedad marca una etapa transformadora en todo lo

¹⁷ *Ibid.*, Pág. 325.

¹⁸ *Loc. Cit.*

que le rodea y su poder de inducir cambios radica en la riqueza comercial. La importancia de la burguesía no radicaba en los bienes territoriales, si no en la riqueza monetaria que producía el tráfico comercial. La monarquía encuentra en los comerciantes su mejor aliado. Los estimula en su función y con ello se principia a definir lo que hoy se conoce como Derecho Mercantil.”¹⁹

La edad media fue caracterizada por el predominio de la burguesía urbana caracterizada por su actividad comercial y el Derecho Romano apareció en Bolonia, siendo en Francia en donde este Derecho se desarrolló y fue así como en Bolonia y Francia se constituyeron en relevantes centros de estudios jurídicos, influyendo en todos los Estados occidentales. La industria, los mercados y el dinero recobraron importancia. Este renacimiento comercial, llegó a su máximo desarrollo en el siglo XIII, debido principalmente, a las siguientes causas:

Desarrollo de la producción agrícola, la cual se convirtió en una fuente importante de ingresos, los remanentes de productos debieron ser vendidos fuera de su área.

Así mismo en Europa finalizaron los enfrentamientos bélicos lo que permitió que las transacciones mercantiles fueran seguras ya que se podía transitar por caminos y por el mar, luego de varios siglos de conflictos.

La población aumento como consecuencia de la disminución de las guerras, creando una nueva necesidad que era la de proporcionar productos y satisfactores, que iban, desde la alimentación para más personas, hasta cubrir las necesidades básicas.

Otra de las causas que favorecieron al comercio fueron las cruzadas, ya que abrieron nuevos caminos comerciales marítimos y terrestres entre Oriente y Occidente.

“De esta forma llegamos a la época liberal, donde, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se llega a la concepción que hemos vivido hasta la época

¹⁹ Villegas Lara, René Arturo, *Op. Cit.*, Pág. 8

*presente, y caracterizada por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida única y exclusivamente del convenio o acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo en todos los órdenes de la vida transaccional privada; por la obtención del Estado frente a los diversos tipos de contratos creados por la autonomía de la voluntad; por el sentido huero de justicia intrínseca, pues que solamente tenía importancia el voluntarismo contractualista, etcétera. El contrato pasa de ser solo una institución del ordenamiento jurídico a ser la base y la justificación de este ordenamiento. Ya no obliga el contrato porque así lo estableció el Derecho, si no que el Derecho vale en cuanto procede de un contrato. El contrato es, pues, un a priori del Derecho. No es el soberano el que manda a respetar los contratos si no que es el contrato el que permite que los soberanos manden.*²⁰

2.2 Concepto de contrato mercantil

“El contrato ha sido considerado como fuente del Derecho sobre todo en el campo del Derecho Privado. Olvidando un poco la teoría Kelseniana, en donde la única fuente del Derecho es la ley, podemos considerar que el contrato es fuente del Derecho Mercantil en la medida en la que recoge convenciones de los particulares, provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad. Si observamos detenidamente algunos ejemplos de contratos formularios que se dan en la práctica comercial, nos encontramos que muchos de ellos contienen una serie de convenios propios de cierto tipo de negocios o bien regulan características del comercio local, nacional o internacional. Si en algún campo del Derecho Privado se dan modalidades muy especiales al celebrar un contrato, en el terreno mercantil existen y por ello lo podríamos considerar como una fuente. Sin embargo, recordamos que el contrato ha sido definido como “Ley entre las partes”; y en ese sentido vendría a ser una fuente muy particular, que solo tiene radio de acción para los sujetos que en el hayan intervenido como partes; pero no generaría disposiciones de observancia general.”²¹

Manuel Ossorio refiere que el contrato mercantil “es el regulado por normas del Derecho Comercial”²²

²⁰ Puig Peña, Federico, *Op. Cit.*, Pág. 326.

²¹ Villegas Lara, René Arturo, *Op. Cit.*, Pág. 26

²² Ossorio, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 172.

“Y citando a Cabanellas dice de él que “está formado por los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambio, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión. La definición expresada por este autor que por sí sola podría ser discutible, queda aclarada y completada cuando señala su contenido al decir que comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias y bursátiles la contratación peculiar de los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el Derecho Marítimo y lo relativo a suspensión de pagos y quiebras.”²³

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, en lo referente a los Contratos Mercantiles, se hace necesario integrar el Código Civil, Decreto Ley 106 que señala los lineamientos generales para el concepto de contrato mercantil, el artículo 1517 del Código Civil establece *“hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear modificar o extinguir una obligación”* y específicamente el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en su apartado de contratos mercantiles en particular, regula determinados contratos, con las características especiales de los mismos, que se refieren a relaciones objetivas, que se producen en masa, con celeridad, con reducidos formalismos, que los hacen diferentes de los contratos civiles.

Así mismo el Decreto 33-98 Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, el Decreto 36-96 Ley del Mercado de Valores y Mercancías regulan contratos mercantiles, que por encontrarse en un cuerpo legal son denominados típicos; existiendo también los contratos atípicos, que no tienen una regulación legal, pero que son usados en el tráfico mercantil, debido precisamente al dinamismo de las relaciones comerciales que se desarrollan con más rapidez que las legislaciones de los países.

²³ *Ibid.*, Pág. 231

2.3 Generalidades de los contratos mercantiles

2.3.1 Interpretación

Edmundo Vásquez Martínez citando a Larenz manifiesta *“Para ejecutar o cumplir un contrato es necesario fijar su sentido, esto es, interpretarlo. Normalmente, en el momento de celebrar un contrato las partes están de acuerdo sobre todos los aspectos del mismo. Sin embargo, durante el cumplimiento o ejecución pueden surgir cuestiones dudosas que hubieran necesitado una reglamentación en el propio contrato, sobre todas las que, no obstante, las partes nada han dispuesto, porque no pensar en absoluto en ellas o porque no estimaron necesaria una reglamentación expresa.”*²⁴

En lo referente a su regulación legal, haciendo uso de la supletoriedad del Código Civil el artículo 1593 establece que *“cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.”*, sin embargo en los contratos mercantiles adquieren diferencias relevantes y al tenor de lo que para el efecto establece el artículo 669 del Código de Comercio se evidencia lo referente a principios filosóficos *“las obligaciones y contratos mercantiles se interpretaran ejecutaran y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.”*

Estas características especiales se realizan en función al desarrollo acelerado de las transacciones comerciales, la globalización y apertura de mercados, llegando inclusive a realizar contratos por medios electrónicos debido a las grandes distancias entre países que propician la circulación de mercaderías con beneficios mutuos, y es allí donde se manifiestan los principios filosóficos y las honorables intenciones y deseos de los contratantes cuya finalidad es el beneficio económico para las partes y la activación de la economía en general.

²⁴ Vásquez Martínez, Edmundo, *Op. Cit.*, Pág. 452.

La contratación mercantil tiene otra especial singularidad que puede realizarse por medio de formularios, facturas, ticket de transporte, pólizas entre otros, para lo cual el Código de Comercio regula “*los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas: 1) se interpretaran, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario*” (artículo 672 inciso primero.), en lo referente a los contratos mediante pólizas regula “*en los contratos cuyo medio de prueba consista en una póliza, factura, orden, pedido, o cualquier otro documento similar suscrito por una de las partes, si la otra encuentra que dicho documento no concuerda con su solicitud, deberá pedir la rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días que sigan a aquel en que lo recibió, y se consideraran aceptadas la estipulaciones de esta si no se solicita la mencionada rectificación.*”

En base a los artículos ya señalados se puede evidenciar que la interpretación de los contratos a pesar de que existe la libertad de contratación, mínimo formalismo también existe una regulación legal que tutela jurídicamente para el caso de controversias, pero siempre tomando en cuenta la satisfacción de las partes garantizando con ello las futuras transacciones comerciales.

2.3.2 La representación para contratar

En el Derecho Mercantil funciona lo que se llama la representación aparente; o sea que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil.²⁵

A este respecto señala el Código de Comercio en su artículo 670 “*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 de terceros de buena fe.*”

²⁵ Villegas Lara, René Arturo, *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo III. Guatemala, Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 2013. Página 34, séptima edición.

Arce Gargollo citando a Garrigues refiere que *“La necesidad de realizar simultáneamente negocios en lugares distintos se nota más intensamente en el campo del Derecho Mercantil, cuya base es la contratación en masa. A esta necesidad satisface la institución de la representación jurídica como forma de cooperación que permite el desdoblamiento de la personalidad y la actuación múltiple simultánea.”*²⁶

Arce Gargollo citando a Borja Soriano refiere *“En otra más moderna concepción de esta institución se dice que: “La representación es aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación a terceras personas.”*²⁷

La representación, por consiguiente, en la contratación mercantil adquiere relevancia jurídica importante, permitiendo la agilización de las relaciones comerciales, la celebración de contratos a nombre de otra persona, que es el titular de la relación o negocio, llamado representado y cuyo representante se encuentra debidamente facultado para realizar transacciones comerciales a nombre de él, adquiriendo las responsabilidades, consecuencias y obligaciones para su representado.

2.3.3 La forma del contrato mercantil

Arce Gargollo citando a Betti señala *“Forma es el modo como es el negocio, es decir, como se presenta a los demás en la vida de relación: su figura exterior. Contenido es lo que el negocio es intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representa, conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado, términos estos cuya conexión es tarea de la interpretación.”*²⁸

“En el campo mercantil (Art.671), la forma se encuentra más simplificada: los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales.

²⁶ Arce Gargollo, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, México, Editorial Porrúa, 1998, Quinta edición, página 39.

²⁷ *Ibid.*, Pág. 40.

²⁸ *Ibid.*, Pág. 34

*Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron obligarse.”*²⁹

El último párrafo del artículo ya relacionado, del Código de Comercio, también señala que *“Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.”*

La forma simplificada entonces en la contratación mercantil, tiene como finalidad que la misma, adquiera celeridad, sin descuidar la tutela legal de la protección debida a las partes que contratan, debido a ello existen excepciones en cuanto a la forma simplificada, tal es el caso del contrato de sociedad que reviste de formalismo legal al establecer que debe constituirse en escritura pública.

2.3.4 Cláusula compromisoria

*“Aquella en que las partes interesadas convienen en que las diferencias que puedan surgir entre ellas, generalmente como consecuencia de la interpretación o del cumplimiento de un contrato, serán dirimidas en juicio de árbitros o de amigables compondores y no ante la jurisdicción ordinaria.”*³⁰

Según el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, se establece *“1) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la formula “compromiso” o de una “cláusula compromisoria” sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando este consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, telefax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o de un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre*

²⁹ Villegas Lara, René Arturo, *Op. Cit.*, Pág. 35 tomo III.

³⁰ Ossorio, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 126.

que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. 2) el acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluida en un contrato, o en la forma de un acuerdo independiente. 3) si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: “ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE”.”

2.3.5 Los contratos por adhesión

Considera Rene Arturo Villegas Lara “el llamado contrato por adhesión ha sido discutido profundamente en la doctrina, tanto por la forma en la que se da el negocio como en lo referente a su conveniencia para contener auténticas manifestaciones de voluntad. Se le critica, fundamentalmente, el hecho de colocar al consumidor en una posición de desventaja frente al que se le 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, aunque no es extraño a las relaciones civiles, aun cuando se le revista de procedimientos diferentes. Por ejemplo, cuando se venden inmuebles por medio de compañías lotificadoras o constructoras, el comprador está en imposibilidad de discutir los términos en que se le vende y por ello es un contrato por adhesión.”³¹

Es indiscutible que, con esta modalidad de contrato, las personas que se adhieren al mismo no contratan en igualdad de condiciones y las mismas pueden implicar obligaciones desproporcionadas o muy onerosas, que dificultan su cumplimiento.

En el Derecho Mercantil los contratos de adhesión son muy comunes, ya que representan ventajas considerables para el oferente cuyo fin es captar por este medio la mayor parte del público consumidor, que recibe la oferta, los mismos son

³¹ Villegas Lara, René Arturo, *Op. Cit.*, Pág. 35 tomo III.

elaborados en serie, correspondiéndoles números correlativos, los cuales agilizan las transacciones comerciales minimizando esfuerzo y tiempo.

Luis Diez Picazo señala que *“el contrato de adhesión o por adhesión es aquel en el cual una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, que en el ejercicio de la empresa se realicen. Las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas.”*³²

Como ejemplo de un contrato de adhesión se puede mencionar las tarjetas de crédito que se constituyen en contratos escritos dirigidos a la colectividad, cuya normativa ha sido redactada previamente por la entidad bancaria de acuerdo a sus intereses, condiciones y estipulaciones y las personas que acepten toda esa normativa quedan sujetas y subordinadas sin haber plasmado ninguna condición que pudiere beneficiarle, únicamente se integran al grupo de personas que utilizan esta forma de pago.

Sobre el mismo tema Arce Gargollo expresa cuando se refiere a los contratos de adhesión *“se caracterizan estos contratos por el hecho de que una de las partes redacta unilateralmente las cláusulas del contrato y la otra parte se adhiere, sin posibilidad de discutirlos”*³³

De lo ya comentado se puede inferir que el contrato de adhesión es un documento uniforme, redactado por una de las partes contratantes, el cual va dirigido a la gran mayoría de personas, a las cuales se les presenta la oportunidad de adquirir productos bienes o servicios, quedando perfecto cuando regularmente se consignan los datos personales y plasmando la firma muchas veces en contratos tipo formularios.

³² Diez Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, España, editorial tecnos, 1983, segunda edición, Pág. 233.

³³ Arce Gargollo, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 59

El Código de Comercio en su artículo 672, regula lo referente a los contratos estandarizados mediante formularios y señala las reglas siguientes: “1) se interpretan, en caso de duda, en sentido menos favorable de quien preparo el formulario. 2) cualquier renuncia de derecho solo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato. 3) Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando estas no hayan sido dejadas sin efecto.”

2.3.6 Omisión de leyes fiscales

“Los actos jurídicos sobre todos los que se refieren al tráfico patrimonial, están sujetos a cargas impositivas en favor del Estado. El hecho de que los sujetos contratantes fueran omisos en la tributación fiscal, puede ocasionar que esos actos adolezcan de ineficacia. Sin embargo, como el tráfico mercantil puede verse afectado en la buena fe comercial, cuando los sujetos omiten tramitar con respecto a sus contratos y obligaciones, la ley establece que ello no produce la ineficacia de los actos o contratos mercantiles, como tampoco los libera de pagar los impuestos omitidos. En estos casos, además de pagar la carga tributaria se responderá de las multas que se imponen como consecuencia de disposiciones del Derecho Tributario (Art 680 del Código de Comercio).”³⁴

Debido a la evolución constante del Derecho Mercantil caracterizada por propiciar el desarrollo social y económico de una sociedad, el Estado tiene especial interés que los contratos mercantiles se desarrollen con la mayor celeridad posible, es por ello que con ese mismo fin facilita acciones como la omisión fiscal pudiendo los contratantes realizar con posterioridad al fraccionamiento del contrato los pagos correspondientes relacionados con impuestos o tributos sin que por ello dicho contrato pierda eficacia jurídica, de esta forma las obligaciones mercantiles quedan intactas con la modalidad de poder transferirse a un pago futuro.

³⁴ Villegas Lara, René Arturo, *Op. Cit.*, Pág. 37, tomo III.

2.3.7 Libertad de contratación

“El contrato ha sido considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, entendida esta como el desiderátum (deseo) de las personas para hacer o no hacer lo que la ley permite. Ninguna persona está obligada a celebrar contrato. En ese sentido el artículo 681 del Código de Comercio establece que a nadie se le puede obligar a contratar si no cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho. Lo que a mi juicio pretende la ley es lo siguiente: si una persona habilita una empresa fabril o de intermediación para ofrecer al público bienes y servicios, ella tiene libertad jurídica para decidir si contrata o no con una persona determinada. Ahora bien, se dan casos en que, por prejuicios de variada índole, un comerciante puede decidir que no contrata o negocia con sujeto de determinada religión, raza o situación económica. ¿Podría fundamentarse esa conducta en la libertad de contratación? No, porque ello sería un acto ilícito y un abuso de derecho. Además, recordemos que puede darse comercios únicos para proveer un bien o un servicio – un monopolio- colocados en posición de privilegio. El comerciante en tal caso, cometería un abuso de derecho si se negare a contratar porque como bien lo dice el dictamen del anteproyecto del Código de Comercio: “si el consumidor no tiene la facultad de elegir proveedor, este tampoco debe poder elegir su clientela.”³⁵

La libertad de contratación es considerada como la facultad que tienen las personas para ser sujetos de derechos y obligaciones que, de manera voluntaria, y sin vicios del consentimiento, puedan realizar contratos, adquiriendo compromisos, teniendo como base la autonomía de la voluntad de los contratantes.

2.3.8 Teoría de la imprevisión

“Esta cláusula contractual, 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 mismas condiciones o situaciones iniciales (sic).”³⁶

³⁵ Loc. Cit.

³⁶ Ibid., Pág. 38.

Villegas Lara citando a Mazeaud indica *“la teoría de la imprevisión... no se puede aplicar por la fuerza de las cosas, más que a los contratos sucesivos. En efecto, supone que se hayan tornado en exceso gravosas las obligaciones de una de las partes, en el curso de su cumplimiento...”*³⁷

La teoría de la imprevisión ocurre o se invoca, cuando por un hecho extraordinario, no imputable a las partes, se encuentra en la imposibilidad de cumplimiento de una obligación contractual por alguna de ellas, bien sea porque resulte muy oneroso o desproporcionado.

Se invoca entonces la teoría de la imprevisión con el objeto de terminar una relación contractual en los contratos de tracto sucesivo, y en los de ejecución diferida, cuando no se pudieron prever, o cuando surgieron hechos y circunstancias posteriores a la celebración del contrato.

Así, los contratantes considerándose afectados por los problemas posteriores al contrato sin mediar responsabilidad alguna puede plantear la terminación del contrato o en su caso modificar sus cláusulas.

De lo anterior se arriba a la conclusión que de igual forma el artículo 688 del Código de Comercio refiere que *“únicamente en los contratos de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, puede el deudor demandar la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa, por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles.”*

2.3.9 Contratante definitivo

Esta característica del contrato mercantil constituye una especialidad, precisamente, por el poco formalismo de las contrataciones comerciales, difiriendo del ramo civil que se caracteriza por identificar plenamente a las personas contratantes, cosa muy diferente sucede en la esfera comercial, donde una persona puede celebrar un

³⁷ *Loc. Cit.*

contrato determinado con otra persona que comparece como representante aparente, teniendo la facultad con posterioridad de indicar quien será el contratante definitivo.

Al respecto el artículo 692 del Código de Comercio regula *“Al celebrarse un contrato, una parte puede reservarse la facultad de designar, dentro de un plazo no superior de tres días, salvo pacto en contrario, el nombre de la persona que será considerada como contratante definitivo. La validez de esa designación depende de la aceptación efectiva de dicha persona, o de la existencia de una representación suficiente. Si transcurrido el plazo legal o convenido no se hubiere hecho la designación del contratante, o si echa no fuere válida, el contrato producirá sus efectos entre los contratantes primitivos.”*

Así mismo Villegas Lara manifiesta *“Donde más se configura este caso es en el contrato de transporte de cosas, cuando la documentación permite sustituir al consignatario.”*³⁸

2.4 Elementos de la contratación mercantil

“El análisis de la estructura del contrato permite descubrir la esencia de la figura, así como todo el fondo de la vida contractual. Por ello, su estudio ha merecido la mejor atención de los juristas desde que la visión unitaria y genérica de la institución supero la fase antigua de los tipos contractuales aislados. Pues si la antigua doctrina trazo certeros apuntes sobre alguno de los elementos del contrato se consideraban, sin embargo, en forma totalmente desconectada. Hoy en día, en cambio, nos es permitido verificar un reajuste de los elementos contractuales, situándolos en su lugar adecuado y pudiendo ver en un plano común sus efectos propios, así como el entrecruce de unos y otros.

La visión conjunta de la figura genérica contractual descubre en su estructura dos clases de elementos: unos, de carácter positivo, y otros de marcado sabor negativo.

³⁸ *Ibid.*, Pág. 39.

Los elementos positivos se subdividen a su vez en esenciales (essentialia communia), naturales (naturalia communia) y accidentales (accidentalea communia)."

39

Como puede advertirse los elementos del contrato revisten una connotación especial debido a que los mismos condicionan la validez de la relación contractual, permitiendo la misma se desarrolle con normalidad, en el campo mercantil, se hace más evidente ya que los mismos deben tener consonancia con los principios filosóficos que lo rigen.

2.4.1 Elementos positivos

La mayoría de mercantilistas, cuando se refieren a los elementos contenidos en un contrato coinciden en que estos son: esenciales, naturales y accidentales.

2.4.1.1 Elementos esenciales

Puig Peña citando a Espín Cánovas aduce *"Los únicos que pueden llamarse requisitos del negocio, son aquellos sin los cuales el contrato no puede darse; y se dividen en Essentialia communia y Essentialia propria, es decir requisitos esenciales a todos los negocios jurídicos y esenciales a algunos tipos determinados."*⁴⁰

2.4.1.1.1 Elementos esenciales comunes

"Los Essentialia communia son los que intervienen en toda clase de negocios considerados en su carácter más abstracto, comprensivos de muy números y diversos tipos. Estos requisitos son: 1. una declaración de voluntad, 2. Una causa o condición objetiva, exigida por el derecho para dar actuación a la misma."⁴¹

Dentro de los requisitos de los elementos esenciales comunes encontramos:

³⁹ Puig Peña, Federico, *Op. Cit.*, Pág. 348.

⁴⁰ Puig Peña, Federico, *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo I, España, Ediciones Pirámide, S.A. 1976, página 496, Tercera edición.

⁴¹ *Loc. Cit.*

2.4.1.1.1.1 Consentimiento, manifestación o declaración de voluntad

Para Puig Peña *“El primer elemento esencial común de los contratos es el consentimiento requisito sine qua non para la existencia y validez de los mismos. El consentimiento supone: a) que las personas puedan emitirlo de una manera racional y consciente, estando adornadas de las condiciones que exige el derecho para que sus actos produzcan efecto jurídico; b) que no exista ninguna circunstancia o vicio que excluya o disminuya aquella cualidad; c) que sea manifestado o exteriorizado oportunamente, y d) que exista, asimismo, concordancia entre la voluntad real y la declarada.”*⁴²

2.4.1.1.1.2 Objeto del contrato

*“El objeto funciona como elemento esencial, ya que no es dable concebir un contrato sin una referencia material sobre las que coincidan las declaraciones de voluntad emitidas por las partes. Este objeto, en última instancia, es una cosa del mundo exterior o la actividad de una persona, y ha de reunir siempre, como condiciones indispensables, las de ser determinado (o susceptible de determinación), posible y lícito.”*⁴³

2.4.1.1.1.3 La causa y forma de los contratos.

*“La causa, finalmente integra otro elemento essentialia communia de los contratos, y constituye el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial dinamante del negocio.”*⁴⁴

2.4.1.1.2 Elementos esenciales propios

Al respecto Puig Peña comenta *“Elementos Essentialia propria, específicos de cada contrato, son aquellos cuya presencia se hace necesaria para que el negocio jurídico, en particular, se constituya (como ejemplo en la compra venta, la cosa y el precio; en el mutuo la entrega de bienes fungibles, etc.), su importancia estriba en*

⁴² Puig Peña, Federico, *Op. Cit.*, Pág. 349. Tomo III.

⁴³ *Ibid.*, Pág. 356.

⁴⁴ *Ibid.*, Pág. 360.

que, como lo indica Ruggiero, restringen la autonomía del particular, ya que, si se omiten, el negocio no puede constituirse.”⁴⁵

Los requisitos o elementos específicos propios de cada contrato, son aquellos cuya inclusión en la relación contractual se hace indispensable, mismos que se relacionan con la regulación legal de los contratos en particular, y que de no incluirse podrían provocar la nulidad del contrato en sí.

2.4.2 Elementos naturales de la contratación mercantil

Puig Peña indica que “son aquellos que acompañan normalmente al contrato y que aparecen como desprendidos de su índole particular. Por esta causa algunos autores, como Castán, sostienen, con razón, que más que elementos constitutivos del negocio son consecuencia que el acto está destinado a producir. Es decir, no actúan sobre el nacimiento del contrato, sino sobre su contenido y efectos.”⁴⁶

Y agrega que “son los que acompañan al acto, aunque las partes pueden excluirlos (como la gratuidad del mandato). El elemento de un negocio le acompaña a este mientras no haya una declaración de voluntad contraria a su existencia (así, la evicción es un elemento natural de la compraventa; por disposición de la ley acompaña al contrato, pero las partes pueden pactar que no se deba),”⁴⁷

Los elementos naturales, se puede concluir, que son los que normalmente están inmersos dentro de un contrato, siendo inherentes al negocio mismo; se sobre entiende o presumen por la ley, pero sobre ellos puede actuar la autonomía de la voluntad, permitiendo que por voluntad de las partes o por convenir a sus intereses, los mismos queden excluidos.

⁴⁵ Puig Peña, Federico, *Op. Cit.*, Pág. 496. Tomo I.

⁴⁶ Puig Peña, Federico, *Op. Cit.*, Pág. 362. Tomo III.

⁴⁷ Puig Peña, Federico, *Op. Cit.*, Pág. 497. Tomo I.

2.4.3 Elementos accidentales

Para Puig Peña “se denominan también por algunos autores determinaciones accesorias de la voluntad o del negocio jurídico, y solo tienen vida, modificando la forma abstracta del contrato, si las partes lo incorporan a él. Son, pues, fruto absoluto de la autonomía de la voluntad, ya que el contrato en su formulación genérica no las comprende. Los más importantes de estos elementos son la condición, el plazo y el modo.”⁴⁸

“son los que existen cuando las partes los agregan expresamente al acto para modificar sus efectos propios; son accesorios del negocio jurídico y solamente existen por la fuerza que les da la voluntad de las partes.”⁴⁹

Son elementos accesorios del contrato, incluidos por la libre voluntad de las partes modifican el tipo abstracto del acto y no se realizan si las partes no las incorporan al mismo. Nunca se presumen y se hace necesario especialmente estar determinados por la voluntad de los contratantes. Dentro de los elementos accidentales se encuentran la condición, el plazo, el modo, el lugar, la forma de pago, pero sin embargo la condición el plazo y el modo son los más importantes, que dan origen a los negocios contractuales condicionados, siendo en consecuencia regidos por la autonomía de la voluntad.

2.4.3.1 La condición

“Existen supuestos de negocios jurídicos en los cuales la voluntad de las partes ha introducido en el tipo abstracto elementos nuevos, que produzcan alteración de sus efectos normales. Estos elementos son, por su propia naturaleza, accidentales respecto al tipo normal del negocio, pero pueden llegar a ser esenciales cuando se emplean en el caso concreto, imprimiéndole un carácter particular. Uno de aquellos supuestos en que el negocio se desvía de la figura pura del negocio condicionado, caracterizado por la concurrencia de la condición.”

⁴⁸ Puig Peña, Federico, *Op. Cit.*, Pág. 362. Tomo III.

⁴⁹ Puig Peña, Federico, *Op. Cit.*, Pág. 559. Tomo I.

*“Generalmente, se define la condición desde un punto de vista objetivo diciendo que es aquel acontecimiento del cual se hace depender la eficacia o la resolución de un negocio jurídico. En ese mismo sentido objetivo la define De Diego diciendo que es aquel hecho futuro e incierto al que se subordinan los efectos del acto jurídico por la voluntad de los mismos que la realizan.”*⁵⁰

Se debe tomar en cuenta que la condición pactada en el contrato constituye una limitación, ya sea porque se conocen hechos del pasado que fueron lesivos a las partes y se pretende prever vuelvan a ocurrir; pero en la mayoría de los casos la condición se refiere a hechos futuros, desconocidos para las partes, que pueden o no ocurrir.

2.4.3.2 El plazo

*“El plazo o termino –diez de los romanos- estriba en el señalamiento de una fecha que determina el momento en que el negocio jurídico deba comenzar a producir o cesar de producir sus efectos.”*⁵¹

El plazo entonces se refiere a la temporalidad, a la certeza en que una obligación proveniente de contrato deba ser cumplida o por el contrario el tiempo en que cese o deje de surtir efectos.

2.4.3.3 El modo

“Representa la figura clásica de la expresión del fin que se pretende con el acto, sin ser elevado a condición ni constituir tampoco elemento esencial del negocio. Ha sido definido por Ruggiero como una carga que el gratificado por una liberalidad sufre, por voluntad de quien le gratifico y puede consistir en la aplicación de toda o parte de la ventaja patrimonial en un cierto fin, o en efectuar una acción u omisión en favor del disponente o de un tercero. Su esencia consiste en que el disponente persigue con él un fin especial, que se añade al fin principal del título gratuito, y actúa como móvil

⁵⁰ *Ibid.*, Pág. 561.

⁵¹ *Ibid.*, Pág. 571.

ulterior del ánimo liberal sin destruirlo y a un mismo tiempo sin condicionarlo a la realización del fin accesorio.”⁵²

El modo junto con la condición y el plazo, forman parte de los elementos accidentales, el modo no es más que la manera, el cómo va a ser cumplida la obligación contractual. Se manifiesta cuando los contratantes acuerdan la manera en la que se pagará la prestación que en el contrato se negocia. Así mismo, se puede incluir mediante una cláusula donde se establezca de qué manera tienen un mejor beneficio los contratantes, o se les hace más fácil el cumplimiento de la obligación, por ejemplo, un crédito que pueda ser pagado en efectivo o en mercaderías.

2.4.4 Elementos negativos

“Son los que surgen del acomodamiento del mismo derecho objetivo. En este sentido manifiesta Puig Peña citando a Paul Oertmann dice que los límites del contenido del negocio son:

- 1. Que este no se refiera a nada que sea imposible.*
- 2. Que no vaya contra una prohibición legal.*
- 3. Que no atente en contra de las buenas costumbres.*
- 4 Que no ataque a la moralidad.”⁵³*

Lo anterior se refiere a señalar las restricciones dirigidas a condicionar algunos requisitos que ya sean éticos o morales tengan por objeto limitar la autonomía de la voluntad, evitando así, que en un contrato se incluyan cláusulas que sean contrarias a las leyes, al orden público, a la moral, o las buenas costumbres, basadas especialmente en los principios filosóficos que rigen el Derecho Mercantil como es la verdad sabida, la buena fe guardada, protegiendo las rectas y honorables intenciones de los contratantes.

⁵² *Ibid.*, Pág. 573.

⁵³ *Ibid.*, Pág. 497.

2.5 Efectos jurídicos de la contratación mercantil

“Los efectos generales de los contratos tanto civiles como mercantiles, se reducen a la producción del vínculo obligatorio. Ese vínculo o fuerza obligatoria del contrato, no está sujeto en lo mercantil a reglas particulares, rige en consecuencia el principio establecido en el Código Civil de que “los que celebran un contrato, están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por culpa o dolo” (artículo 1534). De consiguiente, la regla es la irrevocabilidad del contrato. Fuera del efecto general de producir el vínculo obligatorio, hay efectos particulares que se derivan de la especial naturaleza de cada uno de los contratos y del contenido específico de la voluntad de las partes.”⁵⁴

Para Manuel Ossorio esencialmente, el efecto de los contratos consiste *“en la creación, extinción o modificación de los derechos de las partes que contratan y en el surgimiento de las obligaciones.”⁵⁵*

Los contratos mercantiles en particular tienen sus propios efectos jurídicos, entendiéndose como las consecuencias resultantes de cada tipo de obligación contraída por los contratantes respecto de cada contrato en específico. A manera de ejemplo se incluyen, efectos jurídicos de algunos contratos mercantiles.

2.5.1 Efectos jurídicos del contrato de compraventa mercantil

“La fórmula originaria del contrato de compraventa es el que el vendedor ha de entregar la cosa y el comprador ha de entregar el precio. Por lo cual, los efectos que el contrato produce son, de manera simplista: para el vendedor, entregar la cosa y, para el comprador, pagar el precio.”⁵⁶

2.5.2 Efectos jurídicos del contrato de suministro

“a) obligaciones del suministrante o proveedor: la obligación principal del suministrante es la de realizar las prestaciones periódicas o continuadas de bienes o

⁵⁴ Vásquez Martínez, Edmundo, *Op. Cit.*, Pág. 451.

⁵⁵ Ossorio, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 274.

⁵⁶ Vásquez Martínez, Edmundo, *Op. Cit.*, Pág. 464.

servicios, en la forma convenida y, a falta de pacto, según las reglas que ya referimos y que están contenidas en el artículo 708 Código de Comercio. De consiguiente, debe realizar las prestaciones en el lugar, tiempo, calidad y cantidad pactadas o fijadas por el suministrado, si es el caso.

b) obligaciones del suministrado son: el pago del precio en la forma que corresponda y recibir las prestaciones de acuerdo con lo convenido o con la ley.”⁵⁷

El artículo 708 mencionado supra se refiere al Código de Comercio “*cuantía. Si no se hubiere determinado la cuantía de las prestaciones, se entenderá convenida la que corresponda a las necesidades normales de la parte que las recibe, en la época de la celebración del contrato. Si se hubiere convenido un máximo y un mínimo, para el suministro total, o para las prestaciones aisladas, corresponderá fijar su cuantía, dentro de los límites a quien ha de recibirlas.*”

2.5.3 Efectos jurídicos del contrato de transporte

“Los derechos y obligaciones que surgen del contrato de transporte de personas son: a) para el pasajero: pagar el precio (artículo 794 C. de c), realizar el viaje en la fecha convenida, utilizar el vehículo señalado para el efecto, ocupar el asiento que se le destine y tomar las precauciones de seguridad debidas. b) para el porteador: conducir al pasajero al lugar de destino convenido (artículo 794 C. de c) realizar el viaje por el itinerario señalado, utilizar vehículos en condiciones adecuadas para el servicio (artículo 1º y 3º de la ley de transportes) y transportar el equipaje del pasajero).”⁵⁸

Como puede establecerse con los ejemplos anteriores, los contratos establecen para las partes una relación sinalagmática constituida por los derechos y obligaciones contraídos, de donde deviene que tanto el cumplimiento como incumplimiento produzcan efectos jurídicos.

⁵⁷ *Ibid.*, Pág. 478.

⁵⁸ *Ibid.*, Pág. 493.

2.6 Sistemas de contratación mercantil

2.6.1 Consideraciones generales

*“Preguntar por el sistema de contratación – dice Clemente de Diego- citado por Puig Peña equivale a buscar el principio supremo, a cuyo calor se han desenvuelto las transacciones; la idea cardinal, la base primordial bajo la cual se cobijan y desenvuelven los contratos reconocidos en una legislación. Todos los pueblos no tienen la misma psicología ni todas las épocas se desenvuelven bajo el mismo signo; hay un mundo de concepciones que varía de nación a nación, de era a era. Por eso cada país y, en definitiva, cada legislación tiene un punto de vista distinto, un criterio diferente en orden al momento formal en que puede decirse que el contrato existe. Esto da lugar a los sistemas de contratación definidos por nuestros civilistas (Clemente de Diego, Castán etc.) como los diferentes criterios con que en cada legislación se determina la base fundamental a que ha de ajustarse la formación de los contratos.”*⁵⁹

Si bien es cierto el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, tienen similitudes, y que en algunos casos en ausencia de normativa legal el Derecho Mercantil supletoriamente se remite al ordenamiento civil, también lo es que el Derecho Mercantil, tiene principios filosóficos propios y una dinámica que le permite avanzar aceleradamente y como manifiestan los autores que existen diferentes legislaciones, diferentes tipos de contrataciones que varían de país a país, es de hacer notar que actualmente las relaciones comerciales se han internacionalizado debido a la globalización y apertura de mercados propiciando una uniformidad que ha beneficiado el comercio internacional, como ejemplo de ello podemos mencionar recientemente el Tratado de Libre Comercio entre Guatemala y Honduras.

2.6.2 Sistema formalista

“Desde el punto de vista cronológico el primer sistema de contratación que aparece en los pueblos es el rigurosamente formalista, caracterizado por la exigencia de

⁵⁹ Puig Peña, Federico, *Op. Cit.*, Pág. 331. Tomo III.

determinadas formalidades exteriores con el carácter de esenciales para la existencia y validez de los contratos. Es el propio de los pueblos primitivos, encerrando en su primera fase un sabor típicamente religioso que caracteriza a las legislaciones de los países orientales, y en su segundo momento un matiz civil, del cual son exponentes las legislaciones romana y germánica.”⁶⁰

El aspecto religioso marco una influencia generalizada en todas las esferas de los pueblos antiguos, y las relaciones comerciales primigenias no escaparon a ello, se contrataba utilizando el juramento a sus dioses para el caso de cumplimiento, era más que todo un compromiso espiritual no susceptible de quebrantar, porque era fallarle a sus deidades. Sin embargo, no tardaron en surgir inconvenientes del sistema formalista ya que las relaciones comerciales se volvieron cada vez más complejas no correspondiendo el formalismo a la nueva era surgiendo los contratos consensuales.

2.6.3 Sistema consensualista

“La técnica de los pactos pretorios y de los contratos consensuales representa, como decimos un loable esfuerzo para ir abandonando la pesada carga del formalismo y orientarse al principio del conocimiento. Este, sin embargo caracterizado porque solo atiende al elemento interno del contrato, a la mera convergencia de voluntades, cualquiera que fuere la forma en que queda expresado, no surge de pronto; va naciendo poco a poco en la vida misma del pueblo, consiente de las desventajas del sistema anterior y adquiere consagración legal en nuestro derecho con la famosa ley del ordenamiento de Alcalá, con arreglo a la cual será valedera la obligación o el contrato que fueran hechos en cualquier manera que aparezca que por el mismo se quiso obligar a otro e faser contrato con él.”⁶¹

2.6.4 Sistema de la forma escrita

“Pero el sistema consensualista llevado a sus extremos, también tiene sus inconvenientes, y no pequeños, pues con el amplio margen de libertad concedido se

⁶⁰ Loc. Cit.

⁶¹ Ibid., Pág. 333.

*produce una verdadera inseguridad e incertidumbre en el derecho, que trae consigo la multiplicación de los litigios y la imprecisión de las relaciones.”*⁶²

Como consecuencia de la inseguridad en las relaciones comerciales al haber adoptado el sistema consensualista, se volvió nuevamente al sistema de la forma, pero con la diferencia que era ya una forma escrita, sirviendo como prueba de las manifestaciones de voluntad.

2.6.5 Sistema ecléctico o moderno

Al referirse Puig Peña al sistema de la forma escrita *“El sistema recibió el favor de la doctrina, por asegurar la seriedad del consentimiento y la fijación del vínculo; pero en aquellos contratos de escasa cuantía resultaba improcedente; además, la exigencia constante de la forma escrita podía embarazar en ocasiones la contratación.*

*Por esto ha surgido el llamado sistema ecléctico o moderno, propio de los Códigos más recientes, y que recoge así mismo el Derecho español. Con arreglo al mismo, o regla general los contratos quedaran perfectos merae voluntate; pero en algunas ocasiones se exige una determinada forma de prueba, bien solemnitatis causa, bien probationis causa”*⁶³

El sistema ecléctico moderno contemplo que los contratos quedaran perfectos por la mera voluntad de las partes, simplifico la forma propiciando que los contratos de comercio no estuvieran sujetos para su validez a formalidades especiales, sin embargo, señala que existen contratos solemnes que para su validez deben de celebrarse en escritura pública.

En la actualidad, con la ayuda de la tecnología se puede observar que se pueden llevar a cabo transacciones comerciales por cualquier medio electrónico que conlleva la ventaja de hacer transferencias sin necesidad de utilizar dinero en efectivo y en

⁶² *Loc. Cit.*

⁶³ *Ibid.*, Pág. 334.

donde se ponen de manifiesto las honorables intenciones al contratar, un ejemplo de ello es la compraventa en línea, cuyo oferente pone a disposición del público las mercaderías, se realizan los depósitos ya sean bancarios o mediante tarjeta de crédito, para luego los productos ser entregados en la dirección del comprador.

CAPÍTULO II

2. Clasificación de los Contratos Mercantiles

2.1 Contratos típicos

La contratación mercantil por el dinamismo que la caracteriza tiene la posibilidad de celebrar contratos que se encuentren regulados en la ley o contratos que sin estar contenidos en un cuerpo legal las partes en atención a la autonomía de la voluntad, establezcan libremente el contenido del contrato.

Los contratos son típicos cuando los legisladores los incluyen en un ordenamiento legal y pasan a formar parte de la legislación vigente de un determinado país.

“Son contratos típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa.

La regulación del contrato típico supone, a mi entender, la reglamentación en cuanto a sus características y su contenido obligacional, a los efectos que el contrato produce entre las partes y, en su caso, a la existencia de normas supletorias de la voluntad de los contratantes.”⁶⁴

Edmundo Vásquez Martínez refiere *“Conviene para mejor sistematizar el estudio de los contratos mercantiles, tener en cuenta que, al igual que los contratos civiles, se clasifican en:*

- i. Unilaterales, si la obligación recae sobre una de las partes; y bilaterales si ambas partes se obligan recíprocamente (Artículo 1587 Código Civil).*
- ii. Consensuales, cuando se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes; reales, si para su perfección se requiere la entrega de la cosa (Artículo 1588 Código Civil); y formales, cuando es necesaria una forma o solemnidad específica impuesta por la ley.*

⁶⁴ Arce Gargollo, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 111.

- iii. *Principales, porque subsisten por sí solos; y accesorios, si tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación (Artículo 1589 Código Civil).*
- iv. *Onerosos, si se estipulan derechos y gravámenes recíprocos; y gratuitos si el provecho es solamente para una de las partes (Artículo 1590 Código Civil).*
- v. *Conmutativos, cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebre el contrato; y aleatorios, si la prestación depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida (Artículo 1591 Código Civil).*
- vi. *Condicionales, cuya realización o subsistencia depende, de un suceso incierto o ignorado por las partes; y absolutos si su realización es independiente de toda condición (Artículo 1592 Código Civil).*
- vii. *Típicos, si están regulados de modo específico por una ley; e innominados, si la ley no los regula.*⁶⁵

La clasificación de los contratos civiles, aplica entonces, para los contratos mercantiles, sin embargo, se hace necesario contemplar una clasificación específica tomando en cuenta las características que los hacen diferentes, principiando porque estos últimos se refieren a actividades de comercio, actividades de la empresa, pero especialmente atendiendo la finalidad económica de los mismos.

2.1.1 Contratos típicos contenidos en el Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio

El Código de Comercio, en el título II, regula los contratos mercantiles en particular y contiene los siguientes: compraventa mercantil, suministro, estimatorio, depósito mercantil, operaciones de crédito, contrato de fideicomiso, transporte, participación, hospedaje, seguro, reaseguro, fianza y reafianzamiento.

En ese mismo sentido continúa manifestando Edmundo Vásquez Martínez *“Por lo que hace a los contratos mercantiles en particular, sólo puede ser útil como criterio de clasificación, el que se basa en la función económica que corresponde a cada uno*

⁶⁵ Vásquez Martínez, Edmundo, *Op. Cit.*, Pág. 453.

de ellos. Este criterio responde a la circunstancia de que el contrato es el principal instrumento de la circulación; al hecho de que los contratos mercantiles se caracterizan en el tráfico moderno por ser contratos de empresa; ya que son utilizados instrumentalmente para la exteriorización y realización de la actividad empresarial. Atendiendo a la función económica que cumplen, los contratos mercantiles pueden agruparse así:

- a) *Contratos de cambio, que son los que procuran la circulación de la riqueza (bienes o servicios), ya sea dando un bien por otro (compraventa, suministro, contrato estimatorio, operaciones de bolsa); ya sea dando un bien a cambio de un hacer o servicio (transporte, hospedaje).*
- b) *Contratos de colaboración, tanto asociativa (contrato de sociedad), como simple, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra (agencia, corretaje, comisión, edición, difusión y representación escénica, participación).*
- c) *Contrato de conservación o custodia, depósito irregular, contratos mercantiles por su función económica depósito en almacenes generales y fideicomiso.*
- d) *Contratos de crédito, en los que al menos una parte concede crédito a la otra (apertura de crédito, descuento, cuenta corriente, reporto, carta orden de crédito, tarjeta de crédito, crédito documentario).*
- e) *Contratos de prevención de riesgo, en los que una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo (seguro y reaseguro).*
- f) *Contratos de garantía que aseguran el cumplimiento de las obligaciones (fianza y reafianzamiento).⁶⁶*

2.1.2 Contratos típicos regulados en el Decreto número 33-98 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

2.1.2.1 De edición

El artículo 84 de la ley citada establece *“Por el contrato de edición, el titular del derecho de autor de una obra literaria, científica o artística, o sus derechohabientes,*

⁶⁶ *Loc. cit.*

concede en condiciones determinadas, a una persona llamada editor, el derecho de reproducir su obra y vender los ejemplares, a cambio de una retribución.”

La importancia de la regulación legal de este contrato es estimular la producción e investigación de obras literarias, científicas o artísticas reconociendo la autoría y titularidad del derecho, permitiéndoles beneficios económicos y certeza jurídica, como reconocimiento al aporte en beneficio del ser humano, de la sociedad en general y al mismo tiempo evitar que otras personas puedan lucrar plagiando las mismas.

2.1.2.2 De representación y ejecución pública

El artículo 93 de la misma ley señala “Por el contrato de representación o de ejecución pública, el autor de una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, o su derechohabiente, sede o autoriza a una persona natural o jurídica, el derecho a representar o ejecutar públicamente su obra, a cambio de una remuneración.”

La creación artística, de diversa índole, que pueda ser representada para ser apreciada por el público, también goza de la tutela legal que permite que la creación en este campo pueda tener beneficios económicos para su autor o autores.

2.1.2.3 De fijación de obra

El artículo 101 de la misma ley regula “Por el contrato de fijación de la obra, el autor autoriza a una persona natural o jurídica a incluirla en una obra audiovisual o fonograma para su reproducción y distribución, a cambio de una remuneración previamente acordada.”

Este contrato tiene relación con los dos anteriores y se establece cuando las obras de creación realizados por sus autores han sido plasmadas en medios audio visuales o fonogramas consistentes en videos, películas y discos musicales entre otros.

Sin embargo, no obstante, la regulación legal existente en Guatemala, los derechos de autor no tienen la protección referida, ni sanciones legales drásticas ya que en

forma reiterada se evidencia la comercialización y reproducción de obras plagiadas en detrimento del patrimonio de los autores.

2.1.3 Contratos típicos contenidos en el Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Mercado de Valores y Mercancías.

Con la promulgación de dicha Ley se tipificaron una serie de contratos llamados contratos de bolsa, con la finalidad de incentivar el desarrollo económico, por medio de inversión de capitales tanto nacionales como extranjeros, mejorando el sistema financiero nacional y creando condiciones propicias para las operaciones bursátiles y leyes que regulen el mercado de valores siendo los siguientes:

2.1.3.1 Contrato de bolsa

Artículo 67 de la ley que nos ocupa conceptualiza *“Mediante los contratos de bolsa, se crean, modifican, extinguen o transmiten obligaciones mercantiles que se contraen y liquidan en el seno de una bolsa de comercio.”*

2.1.3.2 Contrato de fondo de inversión

Artículo 74 de la ley en referencia señala *“El contrato de fondo de inversión es aquel por medio del cual un agente recibe dinero de terceras personas con el objeto de invertirlo por cuenta de estas, de manera sistemática y profesional, en valores inscritos para oferta pública y al vencimiento, durante el plazo pactado o la terminación del contrato, según sus propias disposiciones, se obliga condicional o incondicionalmente, a devolver el capital recibido con sus frutos, cargando una comisión cuyo monto y características se definen en el propio contrato.”*

2.1.3.3 Contrato de fideicomiso de inversión

Artículo 76 de la misma ley regula *“Los bancos y las sociedades financieras privadas podrán convenir con los agentes la delegación de su función como fiduciarios. El fiduciario delegado podrá realizar todas las actividades propias de un fiduciario y será junto con la entidad delegante, solidariamente responsable por su actuación.”*

2.1.3.4 Contrato de suscripción de valores

Artículo 77 la misma ley conceptualiza *“Por el contrato de suscripción de valores, las sociedades financieras privadas y los agentes podrán adquirir valores inscritos para oferta pública, siempre que su adquisición tenga como objeto proveer recursos al emisor, menos el descuento o por comisión que se pacte en el propio contrato, por concepto de la posterior colocación de los respectivos valores.”*

2.1.3.5 contratos a futuro

La ley en mención en su artículo 78 refiere *“Las bolsas de comercio podrán organizar la negociación de contratos para la transmisión de dominio, o entrega futura de valores, mercancías, fondos en moneda nacional o extranjera, u otros bienes de lícito comercio, así como la negociación de los contratos cuya liquidación futura se calcula y efectúa en función de un índice definido por una bolsa de comercio.”*

2.1.3.6 Contrato de depósito colectivo de valores

El último de los contratos tipificados por la Ley del Mercado de Valores y Mercancías es el que se encuentra tipificado en el Artículo 79 segundo párrafo *“El contrato de depósito colectivo de valores tiene lugar cuando una bolsa de comercio, o quien esta designe como sociedad depositaria, se obliga a restituir al depositante, o quien este designe, valores por el mismo monto y de la misma clase, especie y emisor de los depositados, pero no necesariamente los mismos. En consecuencia, la depositaria puede disponer de los valores en ella depositados para el solo efecto de restituir a otros depositantes valores homogéneos.”*

2.2 Contratos atípicos

“Los contratos atípicos como concepto negativo de los típicos- son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, respecto a la relación de Derecho privado entre los particulares que contratan.”⁶⁷

⁶⁷ Arce Gargollo, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 112.

Los contratos atípicos tienen su fundamento en la libertad de contratación y surgen como respuesta a las nuevas y variadas formas de negociaciones, tráfico comercial, y apertura de mercados, esto debido a la creatividad de las personas para implementarlos, teniendo como límite respetar el orden público, las leyes prohibitivas expresas y la moral.

Las legislaciones de los países en materia mercantil o comercial ha quedado rezagada, debido a que el tráfico comercial marcha a un ritmo muy acelerado, es así como surgen los contratos atípicos, que van teniendo en el mundo comercial cada vez más importancia, ya que propician el desarrollo del comercio en consonancia con las necesidades sociales y económicas que originan manifestaciones contractuales nuevas.

2.2.1 Evolución

“El fundamento económico y pragmático del nacimiento de los contratos atípicos- sustentado en la libertad contractual, coincide con la necesidad de adaptar los contratos a los fines empíricos y a las necesidades reales de las partes contratantes. En el Derecho romano (donde ya se plantea la existencia de los llamados contratos innominados), gran parte de las instituciones jurídicas se producen por “deformación” o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que reclamaban las necesidades socioeconómicas. “Los romanos utilizaban un negocio jurídico para fines distintos de los que habían inspirado a la institución”. La prenda y la hipoteca nacieron de la venta ficticia compacto de retroventa- fiducia cum creditore-, por el cual el acreedor se obligaba a vender nuevamente al deudor el objeto con el que se garantizaba el adeudo que constituía el precio de la compraventa. El objetivo real de estos contratos era el de garantía, no el de transmisión de la propiedad.

En la etapa clásica existían contratos que se designaban con un vocablo específico y a los cuales correspondían una acción procesal que generalmente recibía el mismo nombre del contrato: estos contratos con nombre son los nominados.

En su evolución, los contractus incerti o negotia nova llegaron a tener efectos reconocidos por el sistema jurídico por medio de una acción procesal única, a pesar de que no tuvieron un nombre específico; de allí su categoría de innominados, por oposición a los nominados. Estos contratos romanos que aparecieron hasta el periodo post clásico, eran siempre bilaterales y su causa era una obligación de dar o de hacer.

Las costumbres mercantiles en la edad media en Europa, así como algunos principios del Derecho Canónico respecto a la consensualidad, tuvieron una influencia importante en la aceptación y reconocimiento de las convenciones y contratos mercantiles que, como actos jurídicos, no tenían la exigencia formal de los contratos civiles, más sujetos a moldes y tipos establecidos.”⁶⁸

2.2.2 Expansión de los contratos atípicos

“¿Cuál es la fuente real de donde nacen los contratos atípicos? ¿Por qué la mayoría de las figuras contractuales atípicas se producen en el campo mercantil? No hay una única respuesta a estas interrogantes, aunque considero que la empresa y la actividad empresarial, siempre dinámica y generadora de nuevas formas de negocios jurídicos, es origen de muchos de los contratos atípicos que han adquirido tipicidad social. En este amplio concepto de la empresa se incluye a toda la actividad económica, a la bancaria, a la financiera y a la misma empresa pública.

Por otro lado, los factores que explican la expansión de los contratos atípicos son:

- a) La extensión de la contratación a nuevos objetos: disciplina de la competencia, bienes inmateriales, conocimientos técnicos, nuevos servicios.*
- b) La actividad de programación de las empresas, que origina numerosos contratos de duración por la distribución de sus productos y servicios; así como el aprovechamiento de materias primas en forma estable y que busca eludir las dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía diferente a la actual.*

⁶⁸ *Ibid.*, Pág. 113.

- c) *El desplazamiento del centro de creación del derecho mercantil hacia los países anglosajones donde existe una tipología distinta de las figuras contractuales, con su peculiar nomenclatura, que junto que con sus inversiones y operaciones económicas ha invadido el mundo.*
- d) *La mayor importancia del sector servicios en economías más desarrolladas, lo que genera nuevas necesidades y nuevos contratos. Por ejemplo, servicios financieros, operaciones por computación, asesoría especializadas, modernos medios de comunicación, nuevas tecnologías.*⁶⁹

La forma de creación de leyes, es un trámite en si complicado y que utiliza un tiempo considerable, limitando el desarrollo de la actividad comercial, por lo que, la expansión de los contratos atípicos se justifica porque no se pueden detener las relaciones comerciales sin perjuicios para la economía de los países.

En ese sentido se puede considerar que los contratos comerciales tipo ya no responden al comercio moderno, y que la economía ha obtenido grandes beneficios con los contratos innominados que, si responden al desarrollo tecnológico, por ejemplo, que ha invadido el mercado creando nuevos productos, nuevas necesidades, así como también nuevas relaciones comerciales con países altamente desarrollados económicamente.

2.2.3 Conversión de figuras atípicas en típicas

“Los negocios atípicos, que nacen de las nuevas necesidades que la actividad económica reclama, cuando realmente satisfacen una necesidad generalizada y su uso constante confirma su utilidad, acaban por ser reconocidas en el ordenamiento jurídico de un determinado país y se convierten, así, en una figura típica desde el punto de vista legislativo. Para que este fenómeno se produzca respecto a determinado negocio jurídico o contrato, además de las diversas etapas por las que suele pasar, hay influencias muy marcadas de normas de la comunidad internacional que tienen relevancia, en algunos casos, en este proceso.

⁶⁹ *Ibid.*, Pág. 117.

“Hay dos formas importantes por las que una figura jurídica se incorpora a un ordenamiento jurídico determinado. a) la primera de ellas es su reconocimiento y regulación en una ley sin que existe previamente la celebración de dicho negocio o la celebración constante de tal figura por los particulares.”⁷⁰

“b) la otra forma por la que los negocios llegan a integrarse a las normas de un país es por la evolución de figuras atípicas que se convierten en típicas. Encuentro que en este proceso se pueden distinguir varias etapas:

- i. los particulares, para la solución de ciertas necesidades económicas que los contratos típicos no resuelven satisfactoriamente, o quizá por algunas ventajas fiscales, celebran un contrato con ciertas modalidades que adquieren la característica de la tipicidad social.*
- ii. Determinado contrato atípico, quizá con una denominación concreta y que puede identificarse como un tipo contractual socialmente útil origina ciertos conflictos que hacen que los jueces reconozcan la nueva figura y la acepten como válida.*
- iii. La celebración constante de este contrato atípico recibe un reconocimiento legal por disposiciones de carácter administrativo y fiscal que regulan algunos de los aspectos del contrato.*
- iv. Por último, la figura atípica es disciplinada en un ordenamiento que regula la relación privada entre las partes contratantes, independientemente de la reglamentación administrativa y fiscal de la figura que generalmente se conserva”⁷¹*

El desarrollo comercial por su naturaleza es altamente dinámico, surgiendo en la práctica constantemente nuevos tipos y formas de contratar que lógicamente no están contenidas en la legislación pero ante su utilización y la necesidad manifiesta de las partes contratantes surge una aceptación de tipo social en consonancia con la autonomía privada influyendo en el campo fiscal y administrativo, ante esa tendencia

⁷⁰ *Ibid.*, Pág. 118.

⁷¹ *Ibid.*, Pág. 119.

la legislación debe ajustarse a esa forma cambiante y reconoce legalmente la nueva figura contractual otorgándole certeza jurídica y protección legal.

2.2.4 Clasificación

“Los criterios de clasificación propuestos para los contratos atípicos son muy variados y a veces confusos, pues en ocasiones se incluyen los que corresponden a los contratos múltiples o unión de contratos que, en mi concepto constituyen una categoría distinta del contrato atípico (aunque es usual que se den contratos múltiples que incluyan negocios atípicos).”

Por el interés práctico que tienen las clasificaciones, expongo la siguiente:

En una primera distinción se habla de contratos atípicos en sentido estricto (atípicos puros) y contratos mixtos o complejos:

- a) Los contratos atípicos puros son aquellos que tienen un contenido completamente extraño a los moldes legales o tipos establecidos. Por ejemplo, la venta de empresa con cláusula de no concurrencia.*
- b) Los contratos mixtos o complejos (en sentido amplio) resultan de la combinación o mezcla de elementos y prestaciones que corresponde a contratos típicos. Se les llama también contratos atípicos impropios y son los más comunes en la práctica. Existen, en relación con sus prestaciones, tres clases de atípicos impropios.
 - i. Combinados o gemelos: cuando la prestación de una de las partes pertenece a varios contratos típicos y la contraprestación de la otra parte es propia de un solo contrato típico.*
 - ii. Mixtos (en sentido estricto): son aquellos en los que ha determinado contrato típico le añaden las partes un elemento o prestación de otro contrato típico.*
 - iii. De doble tipo: en los que el total del contrato puede encuadrarse dentro de dos contratos típicos.”⁷²**

⁷² *Ibid.*, Pág. 120.

Aunque existen una gran variedad de contratos atípicos de uso común en el medio guatemalteco, se mencionaran algunos de ellos que por su tráfico reiterado han adquirido relevancia.

Contrato de leasing

Villegas Lara citando a los autores argentinos, Boneo Villegas y Barreiro Delfino lo definen como: *“El contrato de leasing configura una típica operación de financiación de mediano o largo plazo que se materializa en una entidad financiera autorizada y una empresa comercial, industrial o de servicios interesada en incorporar renovar o modernizar sus equipos productivos e instalaciones, en pro de la obtención de mejores niveles de eficiencia y competitividad.”*⁷³

Este contrato, es utilizado por personas que no cuentan con un capital para adquirir bienes que le son indispensables en su actividad económica o ampliación de sus servicios, por lo que recurren a una entidad financiera, quien de acuerdo a sus especificaciones adquiere estos productos y se los proporciona al arrendatario quien debe pagar una cantidad mensual pactada en el contrato por concepto de arrendamiento, durante un plazo determinado, al término del cual el arrendatario tiene la opción de comprar el bien arrendado pagando un precio determinado, deduciendo la depreciación de su uso, caso contrario el bien adquirido deberá ser devuelto al arrendador, así también existe la opción de renovación del contrato.

Contrato de franquicia comercial

“El contrato de franquicia comercial de la actualidad se caracteriza por ser un negocio entre un franquiciante y un franquiciado, por medio del cual el primero permite al segundo la comercialización de un producto o un servicio que constituye la actividad propia de su empresa, debiéndose seguir las mismas pautas que se observan en la empresa franquiciante en cuanto a calidad, presentación de producto

⁷³ Villegas Lara, René Arturo, *Op. Cit.*, Pág. 296, tomo III.

o servicio, su publicidad, etc., de tal manera que el consumidor estará recibiendo un bien, por medio del franquiciado, como si lo estuviera proveyendo el franquiciante.”⁷⁴

Este contrato ha permitido la expansión de los restaurantes de comida rápida, principalmente, en donde los productos o servicios que se ofrecen a los consumidores, tienen la misma calidad de los de la empresa principal ya que la franquicia abarca asesoría en cuanto al mercadeo, fabricación, así como los signos distintivos de la empresa matriz, como lo son las marcas, logotipos, colores, personajes, letras, infraestructura de los restaurantes, calidad y uniformidad de los productos que son asignados e incluidos dentro del contrato.

Contrato de factoring

Villegas Lara citando a Annie Furno cuando define al factoring como *“Un convenio de efectos permanentes establecido entre el contratante, según el cual aquel se compromete a transferir al factor todas o parte de las facturas que posee de terceros deudores y notificarles esa transmisión; como contra partida, el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor y de pagar su importe, bien por anticipado a fecha fija o mediante deducción de sus gastos de intervención.”⁷⁵*

En ese sentido el contrato de factoraje o factoring consiste en que el acreedor de un crédito lo cede a otra persona, llamada factor, el cual, por medio de un precio por sus servicio o cobro, se compromete a recuperar las deudas garantizando su total cumplimiento, teniendo los deudores que pagar además de la deuda los intereses vigentes en el mercado al tiempo de hacerse efectivo el cobro.

2.2.5 Problemática básica de los contratos atípicos

Arce Gargollo citando a Diez Picazo refiere *“Los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales. El primero consiste en dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz, y dispone de la*

⁷⁴ *Ibid.*, Pág. 312.

⁷⁵ *Ibid.*, Pág. 305.

protección del ordenamiento jurídico (problema de admisibilidad y de validez). El segundo consiste en determinar, a falta de una normativa legal, cual es la disciplina a que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias (problema de disciplina normativa).”⁷⁶

Los contratos atípicos en las relaciones contractuales mercantiles son reconocidos por el derecho interno de los respectivos países, incluyendo a Guatemala, especialmente los de origen Norte Americano, que han influido el comercio internacional, sin embargo, se hace necesario establecer los requisitos para que un contrato sea valido y pueda existir sin contravenir las normativas generales de los contratos típicos o regulados.

Por lo tanto, un contrato atípico debe estar condicionado a los requisitos mínimos establecidos para los contratos normados como son: capacidad legal de las partes contratantes, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

2.2.6 Interpretación de los contratos atípicos

“La cuestión principal que plantean los contratos atípicos es determinar cómo deben de interpretarse e integrarse en sus lagunas los puntos en que las partes fueran omisas.

Al respecto la doctrina ha formulado algunas tesis básicas acerca del criterio a seguir para determinar especialmente en los atípicos mixtos las normas supletorias de los contratos típicos que les puedan llegar a resultar aplicables.

a) *Teoría de la absorción o de la observación. En los contratos atípicos –dice esta opinión – debe determinarse cuál es la prestación o elemento preponderante, y aplicar al contrato atípico las normas del contrato típico al que corresponde tal prestación o elemento preponderante.*

⁷⁶ Arce Gargollo, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 121.

Esta teoría no resuelve satisfactoriamente el problema de interpretación de los contratos atípicos, pues generalmente no es posible determinar con claridad cuál es la prestación o elemento preponderante. En ciertos contratos, los elementos secundarios son los que le dan al contrato atípico su característica de tal. Muchos actos jurídicos atípicos tienen como prestación más importante la que corresponde a dos o más contratos típicos.

- b) Teoría de la combinación: De acuerdo con esta tesis, cuando un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas de tipos contractuales. Un contrato atípico concreto debe desmenuzarse en sus prestaciones y encuadrar cada una dentro del contrato típico que corresponde. Las normas supletorias serán las de todos los contratos típicos a la que pertenezcan los elementos o prestaciones que componen a la figura atípica. La crítica a esta teoría se ha formulado en el sentido de que el contrato atípico no es una mezcla o agregado de diversos elementos típicos, no es una suma sino una síntesis; tiene una unidad se trata de un contrato único que tiene una finalidad empírica propia y también única.*
- c) Teoría de la analogía. Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico -en tesis de Messineo- son las del contrato típico con el que tenga mayor analogía. La teoría no está exenta de críticas por parte de los autores: se dice que los contratos atípicos se caracterizan por ser distintos de los típicos y no análogos o afines. Por otro lado, en el sentido en el que una figura atípica debe ser análoga o semejante a una típica no es fácilmente determinable, pues la afinidad puede aparecer en elementos que no son esenciales para un contrato atípico concreto.*
- d) Teoría del interés dominante. Dice esta tesis que, en cada caso, habrá que atenerse a la situación de los intereses que tienen las partes en un determinado contrato atípico. Si el fin que persiguen las partes no puede ser alcanzado por un*

contrato típico, no debe insistirse en aplicar las reglas del mismo como supletorias del atípico, sino que será necesario acudir a las normas generales de las obligaciones y de los contratos.”⁷⁷

El Código Civil guatemalteco en sus artículos 1271 establece que *“Se pueden estipular cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes ni a la moral. No vician el contrato y se tiene por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o las buenas costumbres.”* En esa misma línea el Artículo 1301 de esa misma ley estipula: *“Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.”* Siendo los límites a la autonomía de la voluntad fundantes de los contratos atípicos.

Por lo ya manifestado es de hacer notar que los principios filosóficos que inspiran el Derecho Mercantil, que se encuentran contenidos en el artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala y que señala: *“Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de la verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y protegen las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.”* Son los artículos aplicables y acordes para la interpretación de los contratos atípicos también.

⁷⁷ *Ibid.*, Pág. 122.

CAPÍTULO III

3. La cláusula penal en la contratación mercantil

3.1 Consideraciones generales

“Ya desde el Derecho Romano se viene utilizando en las relaciones contractuales un pacto (stipulatio poene) por virtud del cual una de las partes se compromete a realizar a favor de la otra una prestación – generalmente pecuniaria- para el caso de que aquella no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido. A través de los tiempos no ha disminuido en importancia semejante convención, pues no cabe duda que cumple una señalada finalidad, ciertamente un estímulo para que el deudor cumpla voluntariamente la prestación, y al integrar así mismo una enorme ventaja practica para el acreedor, pues que le releva de la prueba del daño experimentado por el incumplimiento, ya que de ante mano se ha señalado la cuantía que por tal concepto debía el deudor remiso abonar a aquel. Por esta razón, la cláusula penal se ha disciplinado en casi todos los ordenamientos privados con más o menos minuciosidad y los jurisconsultos han completado su tratamiento, para vigorizar en ocasiones y suavizar en otras los efectos que de tal convención se desprenden.”⁷⁸

El Derecho Romano ha sido el antecedente de varias instituciones, y la cláusula penal es una de ellas, se utilizó como una forma de garantía y así obtener una indemnización cuando alguna de las partes en un contrato incumpliera con lo pactado, era algo accesorio al negocio principal cuya finalidad se tomaba desde dos puntos de vista: 1) considerado como una verdadera carga impositiva que permitía el pago por daños en caso de incumplimiento, y 2) como un pacto que motivaba el cumplimiento de las partes quienes por temor a pagar una cantidad extra, cumplían con lo pactado.

⁷⁸ Puig Peña, Federico, *Op. Cit.*, Pág. 114. Tomo III.

3.2 Determinación conceptual

“La Cláusula Penal, como un instrumento jurídico cuya semántica legislativa corresponde a la inejecución de las obligaciones, se presenta como “un sello de seguridad” generalmente para el acreedor. Sin embargo, muchos comparten la idea que, la cláusula penal también puede operar en beneficio del deudor.”⁷⁹

Así, se tiene a Ferrero Costa que afirma que la cláusula penal *“consiste en la disposición puesta por las partes en la relación obligacional, estableciendo una sanción para aquella parte que no cumple con lo estipulado.”*

Del análisis de esta idea, se tiene.... que el autor en mención deja entrever la posibilidad que la cláusula penal pueda irrogarse tanto para el deudor que es lo más común como para el acreedor, al referirse la sanción “...para aquella parte que no cumple lo estipulado”. Opinión contraria la da LEÓN BARANDIARAN quien afirma que, la cláusula penal es arrogada al deudor, el cual sigue la interpretación del código de 1936 por cuanto se justifica el hecho de asegurar la prestación debida, ya que es el acreedor quien siempre ve en peligro que la prestación no se ejecute en la forma convenida por las partes.

Por nuestra parte, la cláusula penal se puede conceptuar como una obligación impuesta por las partes, mediante la cual, que se busca sancionar con una penalidad a quien, estando obligado a lo que es debido, inejecuta o incumple la prestación en modo, tiempo y lugar, sin observar lo que previamente ha quedado establecido. En otras palabras, se sanciona una obligación con otra obligación, pues la pena no es otra cosa que una prestación acumulada a la principal pero que no se ejecutara, si no cuando la obligación principal sea incumplida o inejecutada.”⁸⁰

⁷⁹ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

⁸⁰ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

Arce Gargollo citando a Puig Peña indica que *“la cláusula penal es “aquella convención accesoria añadida a una obligación, por cuya virtud se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido.”*⁸¹

*“Cláusula penal. Se refiere al supuesto en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa de retardar o no ejecutar la obligación.”*⁸²

La cláusula penal, aunque ha sido definida y conceptualizada por varios autores, ya relacionadas con anterioridad, se puede evidenciar que los mismos coinciden en que es una garantía de cumplimiento de una obligación y que la misma constituye un pago dinerario o en efectivo devenida de un incumplimiento con lo pactado en una relación contractual.

3.3 Naturaleza jurídica

“La cláusula penal es entendida dentro de la Doctrina como la fijación convencional de una obligación accesoria en calidad de indemnización por el daño producido por la inexecución o incumplimiento de la prestación de vida. La cláusula penal tiene entonces una naturaleza jurídica convencional y accesoria. La cláusula penal tiene una naturaleza accesoria, porque depende íntegramente de la prestación principal.

Así, Adrián Huertas manifiesta que para Messineo la cláusula penal es una “promesa accesoria”; para este autor, el hecho de considerar a la cláusula penal como accesoria, es acertada, ya que nunca se exigirá el cumplimiento de la prestación accesoria a título de pena, si es que no se han cumplido los presupuestos convencionales para que ella opere, necesariamente, la inexecución o el incumplimiento de la prestación principal. Sin embargo, somos de la idea, que si bien es cierto, la cláusula penal es una prestación accesoria, las partes en cualquier

⁸¹ Arce Gargollo, Javier, *Op. Cit.*, Pág. 57.

⁸² Ossorio, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 127.

momento de la obligación pueden variar la prestación principal por accesoria por un convencionalismo, como en el caso de la novación, pues ambas son obligaciones; es decir, estamos en la hipótesis que la prestación principal pasa a ser prestación accesoria (cláusula penal) y la prestación accesoria (la que inicialmente fue cláusula penal) pasa a ser prestación principal, o aún más, el acreedor exige al deudor que cumpla la prestación accesoria (la penalidad) por considerar esta última de mayor utilidad. En la primera hipótesis, la novación de la cláusula penal respecto de la obligación principal, será válida si no lesiona el derecho de tercero (en el caso que se estipule como cláusula penal que se entregue un bien mueble o una suma de dinero determinada a una tercera persona).

Por otro lado, la cláusula penal es convencional, pues es producto de la autonomía privada de la voluntad de las partes, en un sentido general. Es decir, la cláusula penal incorporada como complemento a la prestación principal, busca que las partes sientan seguridad; de un lado que se ejecute la prestación debida y del otro, la posibilidad de satisfacer la necesidad preestablecida.”⁸³

No obstante que la doctrina se refiere a ella como cláusula penal, por considerarla una verdadera pena adherida accesoriamente a un contrato principal, el hecho es que la cláusula penal, tiene como finalidad, evitar un posible incumplimiento, dirigido especialmente a la parte subjetiva de cada uno de los contratantes, quienes en el tráfico mercantil tienden a buscar en todo momento ganancias y no pérdidas, por lo que constituye una convicción que incentiva el cumplimiento.

Se puede concluir que, basándonos en la idea de que nuestra conducta deba coincidir con hechos que tiendan a cumplir los compromisos contraídos, como reparar un daño que injustamente sea provocado por un incumplimiento, la cláusula penal refiere beneficios constituyendo una garantía, la cual asegura el cumplimiento, un resarcimiento, porque se pacta anticipadamente los posibles daños y perjuicios

⁸³ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

ocasionados por el incumplimiento, punitivo, que refiere una verdadera penalidad en el campo del Derecho Mercantil para la parte que no cumpla y dineraria, porque al momento de pactarse se hace referencia al pago monetario que deberá hacerse efectivo para el caso de incumplimiento.

3.4 Características

3.4.1 Deriva de un pacto entre las partes

Esto refiere que las partes en base al principio de la autonomía de la voluntad puedan plasmar en un contrato todas las estipulaciones necesarias a efecto de proteger la relación contractual.

3.4.2 Tiene carácter accesorio de una obligación principal

La finalidad de incluir una cláusula penal a una obligación principal, le otorga la calidad de accesoria teniendo por objeto dar mayor certeza y complementar un negocio jurídico específico que beneficie los intereses de las partes.

3.4.3 Generalmente es una prestación pecuniaria

La cláusula penal consiste en pagar una suma de dinero generalmente por la parte que ha incumplido con el contrato.

3.4.4 Es un medio para asegurar el cumplimiento de una obligación

Se infiere que la cláusula penal tiene como objetivo constituirse en garantía de un cumplimiento futuro, asegurando el estricto cumplimiento de lo estipulado en el contrato.

3.4.5 Representa los daños y perjuicios que el acreedor pudiera sufrir por el incumplimiento

Las obligaciones garantizadas con cláusula penal, constituyen el pago de daños y perjuicios, en caso de falta de cumplimiento, constituyendo una consecuencia de la contravención y una forma de conminar a las partes para evitar el incumplimiento.

3.4.6 Es un medio técnico de liquidar anticipadamente los daños

Con anticipación a un posible incumplimiento ya es de conocimiento de los contratantes la cantidad en concepto de daños y perjuicios que deberán ser pagados sin necesidad de realizar un procedimiento de liquidación de los mismos.

3.4.7 Se establece para el caso de que el deudor no cumpla o lo haga defectuosamente

La cláusula penal en este aspecto hace la diferencia en cuanto al incumplimiento de todas las obligaciones derivadas del contrato o al incumplimiento de una o alguna de las obligaciones, siendo estos pagos parciales no acordados.

3.5 Funciones que cumple la cláusula penal

“En general, la función que siempre cumple la cláusula penal es de garantía, es decir, de protección o aseguramiento del crédito. Sin embargo, ya en la práctica, la pena convencional puede desarrollar distintas funciones en virtud de la configuración otorgada por las partes y permitidas por la ley, en la medida en que las normas sobre el Derecho de Obligaciones son básicamente derecho dispositivo, salvo cuando la propia ley lo establezca.”⁸⁴

3.5.1 Función indemnizatoria

“La norma bajo comentario recoge la función indemnizatoria inherente a la pena convencional. En realidad, actualmente no se discute la posibilidad que tiene la cláusula penal de cumplir esta función; lo que se “debate” es si ésta es la función principal o si es la función exclusiva. Nosotros creemos que esta discusión no deja de tener un tono excesivamente conceptual, pues como ya lo adelantamos la función o funciones que cumplirá la cláusula penal serán las que le den las partes y la ley permita.

⁸⁴ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

Ahora bien, cuando la cláusula penal cumple la función indemnizatoria, está destinada a limitar la reparación de los perjuicios que pudieran originarse como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Se trata de un pacto que opera a manera de tope convencional-acordado por anticipado- y que liquida anteladamente la cuantía de los daños.

Al respecto, Mazzaresse sostiene que esta función no se refiere tanto a la reintegración pecuniaria del daño, sino más bien a una técnica negocial de satisfacción del derecho violado, aunque no se haya causado lesión patrimonial.

Como se puede advertir, la principal ventaja de la función liquidadora de la penalidad es evitar las dificultades relativas a la probanza de la existencia de los daños y de su cuantía. En tal virtud, no será necesario discutir la indemnización, pudiendo el acreedor reclamar directamente la cuantía prefijada. Ello obedece a que los contratantes acuden al establecimiento de cláusulas penales liquidatorias, en las que con carácter previo se fija el valor de la indemnización derivada del incumplimiento o cumplimiento inexacto, fijando normalmente cantidades superiores a la que estimarían los tribunales como resarcimiento por daños y perjuicios, lo que fuerza el exacto cumplimiento de lo pactado.

No obstante, adviértase que la liquidación convencional de los daños e intereses se hace a pérdidas y ganancias puesto que no se sabe por anticipado cuál será el daño real”⁸⁵

3.5.2 Función Compulsiva

“Por otra parte, como ya se anticipó, la cláusula penal cumple también una función compulsiva. No hay duda de que la compulsividad será mayor cuando mayor sea el monto de la pena y más aún si ésta es intangible por el juez. Sin embargo, como veremos luego, la inmutabilidad de pena es cuestionable, sobre todo en las

⁸⁵ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

relaciones de mercado, que es donde las relaciones obligacionales operan; y es que actualmente se ha demostrado que en todas las economías modernas las asimetrías son generalizadas y no la excepción, pues los mercados no operan a la perfección en forma que suponen los modelos simplistas que presumen competencia e información perfecta.

La libertad e igualdad en el mercado en las que creían los primeros seguidores de Smith y sobre cuya base se diseñaron los códigos occidentales sencillamente no existen en nuestros días.”⁸⁶

3.5.3 Función resolutoria

“Hemos señalado que la cláusula penal cumple una primera función indemnizatoria limitativa de responsabilidad. Adicionalmente, la norma bajo análisis establece que además de limitar el resarcimiento, la penalidad tiene como efecto que el deudor devuelva la contraprestación abonada por el acreedor, si la hubiere.

Esta segunda consecuencia permitiría otorgar efectos resolutorios a la cláusula penal, en la medida en que la ejecución de la pena tendría efectos resolutorios del contrato.

La función resolutoria de la pena convencional es una de las funciones más cuestionables. El punto medular en este tema radica en determinar si al momento de hacerse efectiva, la cláusula penal importaría la resolución del contrato fuente de la obligación principal.

Según esta tesis, la función resolutoria tiene por finalidad sustituir la prestación principal incumplida. Ello determina que, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, ya no podría subsistir la obligación principal; es decir, el deudor

⁸⁶ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal por encontrar sea extinguida.

Tal temperamento configuraría un caso semejante a la resolución contractual, puesto que la finalidad de la pena obligacional sería dejar sin efecto un contrato por la existencia de un vicio sobreviniente al tiempo de su celebración.

No obstante la lógica de este razonamiento, es preciso advertir que aun cuando la situación generada por la ejecución de la penalidad podría describirse como un acto de efectos similares a los de la resolución, no siempre tendrá ese carácter, pues en ocasiones el incumplimiento de una obligación no siempre vendrá acompañado de la decisión del acreedor de resolver; piénsese por ejemplo en un supuesto de penalidad moratoria, supuesto en el que se penaliza el incumplimiento de la oportunidad del pago, situación en la cual el deudor, además de la penalidad por mora, deberá cumplir la obligación nacida en el contrato.

Estas consideraciones nos permiten establecer que la restitución de la prestación que deberá hacer el deudor a favor del acreedor, como efecto de la ejecución de la penalidad, no necesariamente importa otorgar efectos resolutorios a la pena. Se trata más bien de una consecuencia lógica, puesto que resultaría lesivo que el deudor que ha incumplido conserve la contraprestación abonada por su acreedor.”⁸⁷

3.5.4 Función Liberatoria

“Por último, también se postula como función de la cláusula penal su capacidad liberatoria, al indicarse que ésta podría cumplir el papel de una especie de pena de arrepentimiento, por cuanto el deudor podría, a su libre arbitrio, librarse de la obligación principal pagando la pena convenida, es decir que el deudor tendría el derecho de elegir entre cumplir la prestación principal o pagar el dinero de arrepentimiento.

⁸⁷ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

Esta función podría tener alguna virtualidad en las obligaciones con prestaciones íntuíto personae, por cuanto ante la negativa del deudor de ejecutar la prestación principal, el acreedor tendrá que conformarse con el cobro de la pena. No obstante, tal consecuencia debe desestimarse en otro tipo de obligaciones en las que el acreedor, dentro de los medios que le otorga la ley, pueda procurarse la ejecución de la prestación por un tercero a costa del deudor, en cuyo caso la prestación principal sería cumplida aun contra la voluntad del deudor. Lo propio ocurriría en el supuesto que el acreedor solicite la ejecución forzada de la prestación y ello fuera posible.

En todo caso, la llamada pena convencional liberatoria constituye en realidad un supuesto de obligación facultativa donde el deudor se libera con la realización de una prestación diversa.”⁸⁸

Las distintas clases de funciones ya descritas en este apartado, son de naturaleza doctrinal, mismas que pueden variar debido a la libertad de contratación de las partes que en el Derecho Mercantil adquieren una relevancia significativa tomando en cuenta el dinamismo de la actividad económica y diversidad de contratos, sin embargo, existen algunos límites a la libertad de contratación de los particulares, al impedir la celebración de contratos que puedan obstaculizar libre competencia y afectar a los consumidores. De igual manera buscar equidad y seguridad jurídica entre las partes, lineamiento internacional que busca proteger la libertad de libre competencia, libre competencia, los monopolios y prácticas monopólicas, en referencia a ello hay que tomar en cuenta que dentro de los límites que la ley regula, está la Ley de Protección al Consumidor, que establece en uno de sus considerandos que su objeto es regular los derechos y obligaciones de los consumidores y usuarios, de manera equitativa en relación a los proveedores.

⁸⁸ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

3.6 Clases de cláusula penal

3.6.1 Cláusula penal compensatoria

“Es aquella que tiene por finalidad el resarcimiento de la prestación que ha sido incumplida o inejecutada en tiempo, modo y lugar, de acuerdo a lo previsto para la obligación principal. En otras palabras, la cláusula penal compensatoria, ingresa a reemplazar en sus efectos a la prestación principal por haber sido esta inejecutada o incumplida.

La obligación accesoria a título de pena se limita a la prestación principal inejecutada o incumplida, es decir, asume la misma posición y sus mismos efectos, y si existiere contraprestación, para que ella opere bajo el principio de equidad, se requiere que la contraprestación sea devuelta ya que de, mantenerla el sujeto sancionado con la obligación accesoria a título de penalidad se beneficiara. Por tanto se exigirá la penalidad a título de indemnización; sin embargo, si hubiera daño ulterior el pago de una indemnización independiente tiene que haber sido pactada expresamente, en este caso, la penalidad establecida se paga íntegramente y formaría parte de los daños y perjuicios si fueran mayores en su monto (se pagaría una diferencia adicional).”⁸⁹

3.6.1.1 Efectos en el caso de la cláusula penal compensatoria

“El efecto más importante es el que solo el acreedor podrá pedir se ejecute la prestación a título de pena. Es decir, tiene efecto liberatorio de cumplir la prestación principal.

Una hipótesis fáctica de lo antes glosado sería el caso de una obligación de Hacer donde, por ejemplo. - La Empresa Constructora (deudora) se obligó a edificar un centro educativo de dos pisos y con sótano en el plazo de tres meses (prestación principal) a favor de un consorcio educativo (acreedor), estipulado además en el

⁸⁹ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

contrato que en caso la deudora incumpliera su obligación abonará a favor de la acreedora la suma de diez mil dólares americanos. Si efectivamente se inejecutara totalmente la obligación por dolo o culpa inexcusablemente de la parte deudora, la entidad acreedora exigirá el pago de la suma indicada, a título de penalidad por los daños y perjuicios irrogados y en modo alguno pretenderá además exigir el cumplimiento de la prestación principal: la edificación del centro educativo.”⁹⁰

3.6.2 Cláusula penal moratoria

“La cláusula penal en este caso no tiene efecto liberatorio, pues el sujeto que inejecuta la prestación, tiene no solo la obligación de cumplir con la penalidad sino de cumplir con la prestación debida, siempre que el acreedor se lo haya demandado; pues de ser así, solo cumpliría la penalidad. Esta norma es potestativa al decir que el acreedor “... tiene derecho...” refiere que, si desea exigir la penalidad, puede irrogarle al inejecutante que cumpla la obligación.

La cláusula penal en el caso de mora imputable en la que ha incurrido el deudor. Su naturaleza es distinta que la anterior pues está segura que el tiempo que debe ser ejecutada la prestación principal, que es la nota diferenciadora con la primera que solo asegura los efectos finales de la inejecución, sin tener en cuenta el tiempo en que ella se debe de cumplir, sin importar si ella se llegara a incumplir parcial, tardía o defectuosa.”⁹¹

3.6.2.1 Efectos de la cláusula penal moratoria

“El efecto más importante es que el acreedor puede pedir el pago de la obligación principal si así lo estimare conveniente.”⁹²

⁹⁰ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

⁹¹ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

⁹² [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

Resumiendo, las clases de cláusula penal se circunscriben a dos, la compensatoria que es la cláusula penal que tiene por objeto retribuir a la parte afectada en caso de existir incumplimiento definitivo, ya sea total o parcial, de una obligación contractual, y, por consiguiente, no puede exigirse su cumplimiento con la obligación principal, a no ser que se hubiera pactado como consecuencia de un retraso culpable. Por otro lado, la cláusula penal moratoria se refiere a la indemnización que el deudor debe hacer efectiva al acreedor cuando se diera un retraso en el cumplimiento de una relación contractual pactada, misma que puede exigirse juntamente con el cumplimiento obligacional primario, siendo esto último lo que caracteriza la diferencia entre una y otra.

3.7 Exigibilidad de la pena

“La cláusula penal, busca de alguna manera servir a la parte que pueda sentirse perjudicada, como un medio eficaz de sobreponerse a la inejecución o incumplimiento de la obligación, sea asumiendo íntegramente la prestación (cláusula compensatoria) o asumiendo la demora de la prestación (cláusula moratoria). Por ello no se requiere la prueba del daño, bastando solo probar que la obligación principal no ha sido ejecutada, para la cláusula penal opere de modo automático.”⁹³

Tomando supletoriamente normativas del Código Civil se puede evidenciar que el deudor incurre en mora (cláusula penal moratoria) por la interpelación del acreedor, y al respecto la exposición de motivos del mismo ordenamiento legal, refiere que debe entenderse por interpelación el cobro o requerimiento al deudor o al acreedor según sea el caso, señalando además que el acreedor también puede incurrir en mora cuando sin existir motivos se niega a recibir lo convenido en la relación contractual o evita cumplir con actos necesarios que posibiliten la liberación total definitiva o parcial de una obligación; para constituirse la mora ya sea al deudor o al acreedor se hace necesario que deba ser judicial o notarial, en referencia a la cláusula penal compensatoria se traduce en indemnización de daños y perjuicios consistente en una cantidad dineraria pactada en la celebración del contrato y si por el contrario no se

⁹³ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

hubiere pactado el mismo ordenamiento regula que se tomara en cuenta el interés legal hasta el cumplimiento total que libere ya sea al deudor o al acreedor, la exposición de motivos en ese mismo sentido refiere que el convenio de las partes referente a una cláusula penal; considerada como la indemnización regulada en la ley, que tienen por objeto el pago de una cantidad dineraria, pero considera también que podrían darse otras circunstancias no contempladas en la ley, señalando que en tales casos es necesaria la intervención judicial, quien deberá resolver, si existen daños y perjuicios así como el monto en ese concepto.

3.8 Carácter accesorio de la cláusula penal

“Adrián Huertas señala que, a criterio de Gutiérrez Camacho, *la accesoriedad de la pena se puede ver plasmada en dos principios:*”⁹⁴

3.8.1 Principio de accesoriedad

“Según hemos referido, *la pena obligacional tiene carácter accesorio respecto de la obligación principal. Es por ello que la nulidad de la pena no conlleva la de la obligación principal.*

Entre la obligación principal y la penalidad subsiste una relación necesaria, pero no recíproca: la alternancia jurídica que reviste la obligación principal puede encontrar respaldo en la obligación accesoria representada por la cláusula penal, implicándola, por ejemplo, en un hecho extintivo; sin embargo, no es posible afirmar que se produzca una relación inversa. No obstante, si bien existe una estrecha vinculación entre la obligación principal y la pena, no debemos perder de vista que se trata de negocios jurídicos autónomos. En efecto, la cláusula no determina el cúmulo de la obligación principal con la penalidad: por el contrario, la penalidad y el contrato concurren como el concurso natural de accesorio y principal. La independencia de

⁹⁴ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

las estipulaciones no se encuentra reñida con la naturaleza accesoria de la pena; no obstante encontrarse ligadas, ambas pueden coexistir conservando su autonomía.”⁹⁵

3.8.2 Autonomía de la pena obligacional

“El fundamento para sustentar la autonomía de la cláusula penal reside en considerar que tiene una causa distinta a la del contrato principal. La cláusula penal es un negocio autónomo pero accesorio respecto de un negocio principal distinto. Sin embargo, estos negocios responden a naturalezas distintas. Tal distinción obedece a que la función sancionatoria propia de la penalidad no puede explicarse sino en relación a una función preceptiva, entendida en sentido amplio, realizada respecto a un negocio distinto que no viene a constituirse en presupuesto de la pena. Por tanto, se establece como corolario que la autonomía indicada no es incompatible con el carácter accesorio de la pena. La vinculación por cuyo esquema se rige el negocio accesorio presupone la pluralidad (y por ende la autonomía causal) de negocios y, por tanto, el ligamen de accesoriedad no es incompatible con la autonomía. Tal temperamento encuentra justificación en los fundamentos diferentes que dan origen a la obligación principal y a la penalidad accesoria, respectivamente. En el caso de la obligación principal, dicho fundamento se encuentra en la causa del negocio jurídico, ya sea de compraventa, permuta, donación, etc. No obstante, adviértase que esta causa difiere de aquella que soporta a la pena obligacional. Ello por cuanto la justificación de la pena se encuentra en su función compulsiva y de fijación anticipada de los daños derivados de la inejecución, la cual, si bien refuerza el vínculo establecido por la obligación principal, no por ello pierde su identidad.”⁹⁶

Para que exista la cláusula penal es requisito esencial que este contenida en un contrato, debido a que es una garantía contractual accesoria, es decir que está supeditada a una relación jurídica principal para su existencia. Su carácter accesorio

⁹⁵ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

⁹⁶ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

constituye su razón de ser, ya que en el caso que un contrato que la contiene fuera nulo también la cláusula penal será nula.

En cuanto a la autonomía de la cláusula penal, se establece en el sentido de que la materia que comprende es diferente al negocio principal, aunque están íntimamente relacionadas, es el pago o cumplimiento el que las hace diferentes, puesto que, es accesoria cuando consiste en una garantía previa, pero, es autónoma porque se traduce en una cantidad dineraria distinta del cumplimiento de la obligación principal.

3.9 Reducción judicial de la pena

“Como vemos, la cláusula penal se establece por una relación enteramente convencional, querida por los sujetos, sin embargo, resulta que en muchos casos la misma rebasa el propio límite de la prestación debida, en cuyo caso se reduce por equidad, para que de ese modo el deudor pueda cumplirla a su integridad.

El hecho que el deudor solicite, la reducción es la clara salida de que tiene la intención de cumplir con la penalidad pues supone la imposibilidad de haber cumplido a la prestación principal que se le fue exigida.

En el otro caso, tenemos que el sujeto obligado a la prestación la cumple, pero parcial, tardía o defectuosa en tal caso la obligación en título de pena se reduce a la proporción que se ha dejado de cumplir, pues ya el sujeto acreedor está gozando parte de la prestación, sin embargo, no está en su entera satisfacción, pues en este caso se debió cumplir con toda la prestación.

Observamos pues que rige el principio de equidad donde el magistrado tendrá la responsabilidad de atenuar la responsabilidad del solvens (a su solicitud, pues la norma jurídica es de carácter facultativo) en mérito al caso concreto, en vía de ilustración proponemos la siguiente hipótesis: celebrando un contrato de arrendamiento respecto de un bien inmueble por el plazo de un año donde el arrendatario debe abonar como renta mensual la suma de 200 dólares americanos a

favor del arrendador. Supongamos se estipule como cláusula penal que en caso el arrendatario no cancele la renta mensual estipulada en el plazo señalado, abonara como penalidad la suma de 250 dólares americanos (independiente de la renta mensual).

Indudablemente estamos ante una cláusula penal excesiva en cuanto al monto establecido como resarcimiento y ante la acción promovida por el deudor (arrendatario) el juez reducirá prudencialmente dicha suma de dinero establecida, teniendo en cuenta además la realidad circundante respecto a los arrendamientos, el contexto social, las posibilidades económicas de los contratantes. En una, el juzgador aplica todo su bagaje cognoscitivo de las ciencias jurídicas y teniendo en cuenta los principios tutelares que rigen las obligaciones: La equidad y lo más favorable para el deudor.”⁹⁷

3.10 Formas que asume la cláusula penal

Según el Código Civil guatemalteco, son tres las formas que puede asumir la cláusula penal: solidaria, divisible e indivisible.

3.10.1 Solidaria

En referencia a la cláusula penal el artículo 1352 refiere *“La obligación mancomunada es solidaria 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 uno solo libera a los demás; y es solidaria con respecto a los acreedores cuando cualquiera de ellos tiene el derecho de exigir la totalidad del crédito, y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor.”*

Así mismo al tenor del artículo 1353 *“La solidaridad no se presume; debe ser expresa por convenio de las partes o por disposición de la ley. La solidaridad expresa podrá*

⁹⁷ [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013, <http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>, fecha de consulta 11 septiembre 2017.

pactarse aunque los acreedores o deudores no se obliguen del mismo modo, ni por plazos ni condiciones iguales.”

En el mismo sentido, el artículo 1356 refiere *“Cada uno de los deudores solidarios es responsable del hecho propio para con sus codeudores en el cumplimiento de la obligación.”* Continúa regulando el artículo 1357 *“El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, contra todos ellos simultáneamente. La reclamación entablada contra uno no será obstáculo para las que se dirijan posteriormente contra los demás, mientras la obligación no estuviere totalmente satisfecha.”* Y finalmente el artículo 1358 regula *“El pago total por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El deudor que hizo el pago total puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno de ellos corresponde en la obligación, con los intereses respectivos y gastos necesarios.”*

3.10.2 Divisible

El cumplimiento de las obligaciones, cuando pueden cumplirse por partes o por abonos, adquieren las características de divisibles, situación que se encuentra regulada en el artículo 1373 del Código Civil en cuanto que señala *“Las obligaciones son divisibles cuando su objeto es susceptible de cumplirse parcialmente...”* Y el artículo 1374 regula *“El deudor no puede obligar al acreedor a recibir por partes el pago de una deuda, aunque ésta sea divisible, salvo convenio.”*

3.10.3 Indivisibles

Una obligación se considera indivisible cuando debe de realizarse por entero y no admite fraccionamiento a este respecto el artículo 1376 establece *“La obligación se considera indivisible: 1 °. Cuando tiene por objeto la entrega de un cuerpo cierto; 2°. Cuando uno solo de los deudores está encargado de ejecutar la prestación; y 3°. Cuando las partes convienen expresamente en que la prestación no pueda satisfacerse parcialmente o cuando por la naturaleza de la obligación sea imposible su cumplimiento parcial.”* El artículo 1377 en el mismo sentido señala *“En las obligaciones indivisibles, el acreedor no puede dirigir su acción contra uno solo de los*

deudores, sino contra todos a la vez, salvo que uno solo esté encargado de ejecutar la prestación, en cuyo caso, el deudor tiene derecho de pedir que se cite y emplace a sus codeudores para el efecto de repetir contra ellos.”

El fundamento legal de la cláusula penal está contenido en el artículo 1378 del Código Civil, que establece *“Cuando es indivisible la obligación contraída con cláusula de indemnización, se incurre en ésta por culpa de cualquiera de los deudores; pero los codeudores no culpables tendrán derecho a que el culpable les reintegre la parte que hubieren tenido que pagar.”* En ese mismo orden de ideas el artículo 1379 al referirse *“Si es divisible la obligación contraída con cláusula de indemnización, o simplemente mancomunada, será obligada a pagarla solamente el deudor que contravino a la obligación y por la parte que le corresponde.”*

Se considera normal que, en el contrato, las obligaciones se establezcan entre dos personas, deudor y acreedor, sin embargo, también se ha hecho común que exista pluralidad de deudores como acreedores dando entonces lugar a las obligaciones solidarias. Ahora bien, para establecer la diferencia entre la divisibilidad y la indivisibilidad, se debe tomar en cuenta la naturaleza de la prestación siendo divisibles las prestaciones que pueden ser cumplidas por partes sin alterar la esencia de la obligación y obligaciones indivisibles aquellas que no puedan cumplirse por partes sin alterar su esencia.

3.11 La cláusula penal en el derecho comparado en relación al incumplimiento del acreedor

En este apartado se hace referencia a algunas legislaciones que han tomado en cuenta la necesidad de incluir normas al respecto de la mora del acreedor no solo como la falta de cooperación o colaboración del acreedor, un supuesto, o negarse a recibir la prestación que el deudor le ofrece, otro supuesto, si no también tomando en cuenta la conducta del acreedor, que provoca daños y perjuicios al deudor, y la exigibilidad de su pago.

El artículo 1339 del Código Civil de Perú señala que “*el acreedor deberá indemnizar al deudor los daños que le origine su actitud.*”⁹⁸

Al respecto el Código Civil de Paraguay en su artículo 429 inciso d) refiere que “*el acreedor moroso deberá indemnizar al deudor los gastos que origine con su actitud, tanto en relación con el ofrecimiento de pago inaceptado como los que pueda acarrear la guarda y cuidado de la cosa debida.*”⁹⁹+

El Código Civil de Polonia refiere “*en caso de mora del acreedor el deudor puede demandar la reparación del daño que ocasiona.*”¹⁰⁰

La mora crediticia en el Código Civil de Brasil artículo 400 “*obliga a resarcir los daños que ocasione al deudor esta mora, y los gastos que realice para conservar la cosa.*”¹⁰¹

En Bolivia el artículo 328 del Código Civil señala “*el deber de resarcir los daños y perjuicios provenientes de la mora del acreedor procederá si efectivamente el retardo del acreedor ocasiona daño al deudor.*”¹⁰²

El artículo 255 de la Legislación Civil cubana establece “*que el acreedor deberá indemnizar al deudor los daños y perjuicios que le haya ocasionado como consecuencia de su mora*”¹⁰³

El Código Civil de Argentina en su artículo 992 “*el acreedor responderá por daños y perjuicios que su mora causare al deudor.*”¹⁰⁴

⁹⁸ Moisset de Espanés, Luis, *La mora en el Derecho peruano, argentino y comparado*, Perú, Tabla XIII Editores Sac, 2006, Página 42.

⁹⁹ *Loc. Cit.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, Página 284 numeral 14

¹⁰¹ *Ibid.*, Página 289

¹⁰² *Ibid.*, Página 293

¹⁰³ *Ibid.*, Página 294

¹⁰⁴ *Ibid.*, Página 303

CAPITULO IV

4. Presentación, análisis y discusión de resultados

Licenciada Edna Violeta Montes Ordoñez, catedrática de la Universidad Rafael Landívar Campus de Quetzaltenango.

1. ¿Considera que la regulación legal actual en materia mercantil, referente al cumplimiento de una obligación tanto para deudor como acreedor es adecuada?
Considero que debería ser más equitativa la norma mercantil con el deudor, quien al firmar un contrato de adhesión se ve compelido a cumplir la obligación sin defensa alguna aun cuando hay alguna estipulación que perjudique en gran manera su patrimonio.
2. ¿Cuál es su opinión que exista en el Código de Comercio normas que evidencian la desigualdad contractual entre deudor y acreedor para el caso de incumplimiento?
La razón es que el Derecho Mercantil tiene como fin el tráfico comercial en base a la buena fe y verdad sabida, el deudor prefiere una contratación rápida sin tomar en cuenta el factor riesgo frente a un derecho civil más formalista, por lo cual el factor tiempo hace las normas mercantiles desiguales.
3. ¿Cuál es su criterio en relación a la inclusión de la cláusula penal en el contrato mercantil como garantía del cumplimiento del deudor?
Según la doctrina es llamada cláusula de indemnización es una convención anticipada de pago por concepto de daños y perjuicios por lo cual considero que en el artículo 678 ya establece un parámetro para el monto de la indemnización por daños y perjuicios
4. ¿Cree que la cláusula penal, en un contrato mercantil, deba estipularse en igualdad de condiciones para las partes?

Si debe de establecerse el incumplimiento para el deudor y el acreedor las consecuencias.

5. ¿La cláusula penal en el contrato mercantil tiene por objeto indemnizar a la parte que no cumpla con la obligación contraída sea deudor o acreedor?

Al tenor del artículo 678, dice el deudor moroso pagara por concepto de daños y perjuicios

6. ¿Considera que el acreedor también puede incumplir una obligación contractual mercantil, de ser así, debería pagar los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento?

Si

7. ¿Considera que existen consecuencias debido que el Código de Comercio establece que el deudor es la parte que incumple, de ser su respuesta afirmativa, podría indicar cuáles?

Cuando hablamos de la jurisprudencia como fuente del Derecho Mercantil nos damos cuenta que hay poca pues, por su naturaleza, los conflictos se resuelven mediante arbitraje en algunos casos; por lo cual la desigualdad contractual afecta al deudor quien no tiene una norma jurídica aplicable para también defenderse.

Licenciada Nelly Betzabé de León Reyes, Magister en Derecho Mercantil, Coordinadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar Campus de Quetzaltenango.

1. ¿Considera que la regulación legal actual en materia mercantil, referente al cumplimiento de una obligación tanto para deudor como acreedor es adecuada?

No es lo ideal, pero en Derecho Mercantil, no se requiere que todo este regulado, basándonos en los principios que inspiran el Derecho Mercantil.

2. ¿Cuál es su opinión que exista en el Código de Comercio normas que evidencian la desigualdad contractual entre deudor y acreedor para el caso de incumplimiento?

Si bien es cierto no está regulado, tampoco está prohibido, por lo tanto, puede en el contrato regularse.

3. ¿Cuál es su criterio en relación a la inclusión de la cláusula penal en el contrato mercantil como garantía del cumplimiento del deudor?

Es bueno porque permite ejercer presión para que el deudor cumpla con lo convenido.

4. ¿Cree que la cláusula penal, en un contrato mercantil, deba estipularse en igualdad de condiciones para las partes?

Por supuesto, partiendo del artículo 4 Constitucional, de lo contrario se podría recurrir en algún acto ilegal.

5. ¿La cláusula penal en el contrato mercantil tiene por objeto indemnizar a la parte que no cumpla con la obligación contraída sea deudor o acreedor?

Siempre y cuando se establezca para ambas partes.

6. ¿Considera que el acreedor también puede incumplir una obligación contractual mercantil, de ser así, debería pagar los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento?

Si, cualquiera de las partes que incumpla, deben pagar daños y perjuicios lo anterior con la finalidad de que las partes o los otorgantes en caso de incumplimiento deben tener una sanción.

7. ¿Considera que existen consecuencias debido que el Código de Comercio establece que el deudor es la parte que incumple, de ser su respuesta afirmativa, podría indicar cuáles?

Si porque si en el contrato no queda establecida sanción alguna para el acreedor este al momento de incumplir no tendrá consecuencia alguna.

El deudor al momento de incumplir deberá pagar los daños y perjuicios respectivos.

Licenciado Lesther Castellanos Rodas, Magister en Derecho Mercantil y Doctor en Derecho, Juez del Juzgado de Mayor Riesgo del municipio y departamento de Quetzaltenango.

1. ¿Considera que la regulación legal actual en materia mercantil, referente al cumplimiento de una obligación tanto para deudor como acreedor es adecuada?

Si, el Derecho Mercantil siempre debe ser flexible. El establecer una norma detallada, generaría formulismos excesivos que impediría la libertad de contratación y frenaría el comercio.

2. ¿Cuál es su opinión que exista en el Código de Comercio normas que evidencian la desigualdad contractual entre deudor y acreedor para el caso de incumplimiento?

¿Cuáles son esas normas?

El art. 678 y 679 no se evidencia una desigualdad, en estos se regula una situación general específica en respecto de daños y perjuicios a los cuales está sometido el deudor.

3. ¿Cuál es su criterio en relación a la inclusión de la cláusula penal en el contrato mercantil como garantía del cumplimiento del deudor?

Existen principios del derecho contractual, la libertad de contratación y el pacta sunt servanda.

4. ¿Cree que la cláusula penal, en un contrato mercantil, deba estipularse en igualdad de condiciones para las partes?

En mi experiencia, los contratos tienen muchas cláusulas, una de ellas es la cláusula penal en caso de incumplimiento para una de las partes; pero hay otras cláusulas que regulan el incumplimiento para hacía con la otra parte.

5. ¿La cláusula penal en el contrato mercantil tiene por objeto indemnizar a la parte que no cumpla con la obligación contraída sea deudor o acreedor?

Podría pactarse de esa manera. Eso es lo bondadoso del pacta sunt servanda y el poco formalismo del Derecho Mercantil, existe libertad.

6. ¿Considera que el acreedor también puede incumplir una obligación contractual mercantil, de ser así, debería pagar los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento?

Depende, la pregunta es limitada. Si el acreedor incumple en entregar una cosa lo más factible es obligarlo por la vía legal correspondiente a que entregue la cosa ó a cumplir con lo pactado.

Y en principio de conformidad con el Código Civil y los principios del derecho todo daño es indemnizable. Así que la respuesta es; si, la ley ya lo establece de esa manera.

7. ¿Considera que existen consecuencias debido que el Código de Comercio establece que el deudor es la parte que incumple, de ser su respuesta afirmativa, podría indicar cuáles?

Toda norma establece un supuesto jurídico y su contraparte una consecuencia jurídica, así que en principio toda norma si tiene consecuencia.

Licenciado Ronald Edmundo Recinos Gómez, Magister en Derecho Mercantil, Catedrático de la Universidad Rafael Landívar Campus de Quetzaltenango.

1. ¿Considera que la regulación legal actual en materia mercantil, referente al cumplimiento de una obligación tanto para deudor como acreedor es adecuada?

Si, es bastante adecuada, aunque es poco coercitiva.

2. ¿Cuál es su opinión que exista en el Código de Comercio normas que evidencian la desigualdad contractual entre deudor y acreedor para el caso de incumplimiento?

Creo que es necesario proteger al acreedor de manera efectiva, toda vez que el comercio y la circulación de bienes se verían afectados de otra manera.

3. ¿Cuál es su criterio en relación a la inclusión de la cláusula penal en el contrato mercantil como garantía del cumplimiento del deudor?

Es necesaria, especialmente en un país en donde el cobro de deudas es muy difícil.

4. ¿Cree que la cláusula penal, en un contrato mercantil, deba estipularse en igualdad de condiciones para las partes?

La existencia de una cláusula penal tiene que ser en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes.

5. ¿La cláusula penal en el contrato mercantil tiene por objeto indemnizar a la parte que no cumpla con la obligación contraída sea deudor o acreedor?

Así debería ser.

6. ¿Considera que el acreedor también puede incumplir una obligación contractual mercantil, de ser así, debería pagar los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento?

Si, cualquier parte que incumpla deberá pagar.

7. ¿Considera que existen consecuencias debido que el Código de Comercio establece que el deudor es la parte que incumple, de ser su respuesta afirmativa, podría indicar cuáles?

Daños y perjuicios.

Licenciado Fredy Antonio Martínez de León, Magister en Derecho Mercantil y Competitividad, Catedrático de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, campus de Quetzaltenango.

1. ¿Considera que la regulación legal actual en materia mercantil, referente al cumplimiento de una obligación tanto para deudor como acreedor es adecuada?
Está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada. El deudor es libre de aceptar o no los términos del contrato.

2. ¿Cuál es su opinión que exista en el Código de Comercio normas que evidencian la desigualdad contractual entre deudor y acreedor para el caso de incumplimiento?

Se basa normalmente en la oferta y casi siempre son contratos de adhesión.

3. ¿Cuál es su criterio en relación a la inclusión de la cláusula penal en el contrato mercantil como garantía del cumplimiento del deudor?

La cláusula penal, normalmente opera para ambas partes, puede haber incumplimiento del acreedor.

4. ¿Cree que la cláusula penal, en un contrato mercantil, deba estipularse en igualdad de condiciones para las partes?

Si, la cláusula penal es pactada y ambos deben definirla.

5. ¿La cláusula penal en el contrato mercantil tiene por objeto indemnizar a la parte que no cumpla con la obligación contraída sea deudor o acreedor?

El objeto de la cláusula penal es precisamente garantizar el cumplimiento y penalizar al que incumple. Debe tomarse en cuenta que, en caso de existir cláusula penal, pueden acordar el compromiso.

6. ¿Considera que el acreedor también puede incumplir una obligación contractual mercantil, de ser así, debería pagar los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento?

La cláusula penal sustituye los daños y perjuicios, ya que evita que vaya a instancias judiciales.

7. ¿Considera que existen consecuencias debido que el Código de Comercio establece que el deudor es la parte que incumple, de ser su respuesta afirmativa, podría indicar cuáles?

El incumplimiento se puede dar por ambas partes. En todo caso, son los contratos elaborados previamente los que podrían contener estipulaciones con ventaja del acreedor.

Doctora María Alejandra de León Barrientos, Magister en Derecho Mercantil y Competitividad, Coordinadora y Catedrática de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mesoamericana de Quetzaltenango.

1. ¿Considera que la regulación legal actual en materia mercantil, referente al cumplimiento de una obligación tanto para deudor como acreedor es adecuada?
Si.

2. ¿Cuál es su opinión que exista en el Código de Comercio normas que evidencian la desigualdad contractual entre deudor y acreedor para el caso de incumplimiento?

Se hace por equilibrio.

3. ¿Cuál es su criterio en relación a la inclusión de la cláusula penal en el contrato mercantil como garantía del cumplimiento del deudor?

Me parece pertinente.

4. ¿Cree que la cláusula penal, en un contrato mercantil, deba estipularse en igualdad de condiciones para las partes?

Si

5. ¿La cláusula penal en el contrato mercantil tiene por objeto indemnizar a la parte que no cumpla con la obligación contraída sea deudor o acreedor?

Sobre todo, el deudor.

6. ¿Considera que el acreedor también puede incumplir una obligación contractual mercantil, de ser así, debería pagar los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento?

Si.

7. ¿Considera que existen consecuencias debido que el Código de Comercio establece que el deudor es la parte que incumple, de ser su respuesta afirmativa, podría indicar cuáles?

Si daños y perjuicios, por ejemplo.

Licenciada Andrea García, Magister en Derecho Mercantil y Competitividad.

1. ¿Considera que la regulación legal actual en materia mercantil, referente al cumplimiento de una obligación tanto para deudor como acreedor es adecuada?

No

2. ¿Cuál es su opinión que exista en el Código de Comercio normas que evidencian la desigualdad contractual entre deudor y acreedor para el caso de incumplimiento?

En teoría de la negociación la base de que exista esta estipulación es en relación a la asimetría que existe en la negociación, por ello el código tiene esas estipulaciones.

3. ¿Cuál es su criterio en relación a la inclusión de la cláusula penal en el contrato mercantil como garantía del cumplimiento del deudor?

Como contrato para prever disminuir el incumplimiento, debe tenerla con el objeto que ya este contractualmente establecido el monto a indemnizar.

4. ¿Cree que la cláusula penal, en un contrato mercantil, deba estipularse en igualdad de condiciones para las partes?

Por supuesto. Es un contrato. Ambas partes pueden incumplir.

5. ¿La cláusula penal en el contrato mercantil tiene por objeto indemnizar a la parte que no cumpla con la obligación contraída sea deudor o acreedor?

Si.

6. ¿Considera que el acreedor también puede incumplir una obligación contractual mercantil, de ser así, debería pagar los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento?

Si es un contrato bilateral ¿Por qué no?

7. ¿Considera que existen consecuencias debido que el Código de Comercio establece que el deudor es la parte que incumple, de ser su respuesta afirmativa, podría indicar cuáles?

Sin respuesta.

Licenciada Betsabé Chinchilla Escobar, Coordinadora de la Universidad de Occidente de Quetzaltenango, encargada de la sección disciplinaria del Organismo Judicial de Quetzaltenango.

1. ¿Considera que la regulación legal actual en materia mercantil, referente al cumplimiento de una obligación tanto para deudor como acreedor es adecuada?

Si, porque lo que busca es celeridad en las negociaciones.

2. ¿Cuál es su opinión que exista en el Código de Comercio normas que evidencian la desigualdad contractual entre deudor y acreedor para el caso de incumplimiento?

No generan desigualdad porque a falta de regulación en el Código de Comercio se debe de aplicar la normativa civil, según el artículo 1 Código de Comercio.

3. ¿Cuál es su criterio en relación a la inclusión de la cláusula penal en el contrato mercantil como garantía del cumplimiento del deudor?

Se debe de aplicar la normativa del Código Civil como supletoria.

4. ¿Cree que la cláusula penal, en un contrato mercantil, deba estipularse en igualdad de condiciones para las partes?

Así debe de ser.

5. ¿La cláusula penal en el contrato mercantil tiene por objeto indemnizar a la parte que no cumpla con la obligación contraída sea deudor o acreedor?

Así tiene que ser.

6. ¿Considera que el acreedor también puede incumplir una obligación contractual mercantil, de ser así, debería pagar los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento?

Si.

7. ¿Considera que existen consecuencias debido que el Código de Comercio establece que el deudor es la parte que incumple, de ser su respuesta afirmativa, podría indicar cuáles?

No, porque contractualmente se puede establecer caso de incumplimiento para el acreedor también y resolverlo por medio del arbitraje.

Las entrevistas realizadas a Profesionales especializados en Derecho Mercantil de la ciudad de Quetzaltenango, aportan al presente trabajo de investigación, material sumamente valioso que permiten profundizar en el tema, permitiendo que el mismo adquiera relevancia investigativa.

Por lo anteriormente relacionado y analizando cada una de las respuestas a las interrogantes formuladas, se evidencia que la mayoría de profesionales entrevistados, coinciden en manifestar que la legislación en materia mercantil, es

adecuada, en cuanto que regulan y contemplan el pago de daños y perjuicios por incumplimiento del deudor, objeto de la cláusula penal, tres manifestaron que no es adecuada y uno que el deudor es libre de aceptar o no los términos del contrato.

Al respecto, relacionando la legislación, doctrina y trabajo de campo se establece que el Código de Comercio en dos artículos, 678 y 679 regula el pago de daños y perjuicios por incumplimiento del deudor, en donde se evidencia que dicha normativa, no se encuentra regulada en igualdad de condiciones para las partes de la relación contractual refiriendo que el deudor es el que incumple, sin expresar dentro de la ya referida normativa ningún aspecto legal en relación al incumplimiento del acreedor.

En ese mismo sentido, también se repite en la normativa contenida en el Código Civil, al señalar que la cláusula penal o cláusula de indemnización, que equivale al pago de una cantidad dineraria, la pueden fijar las partes de manera anticipada por concepto de daños y perjuicios, señalando además que los mismos son imputables al deudor, quien está obligado a cancelar en caso de su incumplimiento. Así mismo, establece que los daños son la pérdidas que el acreedor sufre, siendo los perjuicios las ganancias lícitas que deja de percibir, conteniendo ambos cuerpos legales, un marcado proteccionismo al acreedor y a los capitales, siendo esta la característica esencial del sistema capitalista en donde se manifiesta la prerrogativa y privilegio de las personas que tienen poder económico, mismos que gozan del derecho de crédito, siendo en consecuencia que este sector de la población tengan protección o tutela jurídica del Estado.

Es de hacer notar, que se está consciente del papel que los capitales y específicamente el crédito de la empresa privada, aportan al desarrollo económico de un país, constituyendo uno de los objetivos principales del Estado, como lo es, elevar el nivel de vida de las personas en general y erradicar la pobreza, utilizando para ese fin, el crédito como un medio de creación de riqueza.

Interesados en ese crecimiento y desarrollo económico, es natural que, basado en ello, el Estado en consonancia con el Derecho, se encuentre interesado en tutelar de manera efectiva, el derecho de crédito, a través de normas jurídicas que permitan un normal desenvolvimiento de las transacciones comerciales, que den como resultado una economía sana.

De igual manera se comporta la legislación y el comercio a nivel internacional, en donde las grandes compañías transnacionales, utilizan el crédito, que ha permitido agilizar nuevas y mejores transacciones comerciales, debido principalmente a la apertura e influencia de mercados altamente desarrollados, la creación de nuevas necesidades, el avance de la tecnología y la globalización comercial, entre otros.

Sin embargo, se hace necesario analizar, que no menos importante es la participación de los deudores, en esta dinámica comercial, constituido por personas de negocios emprendedores, con capacidad para crear, iniciar o desarrollar proyectos, cuya creatividad no tiene límite, identificando posibles alternativas empresariales, que les permita satisfacer necesidades y a consolidar una fuerte economía, aportando nuevas, variadas y mejores ideas, en la creación de productos, bienes o servicios, puestos al servicio de la sociedad, conscientes de los problemas sociales y su posible solución, proporcionando con ello un aporte valioso, a través del crecimiento comercial de sus propias empresas, creación de fuentes de trabajo para un amplio sector de la población y especialmente poner en circulación los capitales proporcionados por el acreedor, quienes obtienen beneficios al acrecentarlos, teniendo como resultado que todos los sectores involucrados puedan contar con ingresos económicos estables, que les reporte satisfactorios para el sostenimiento familiar y en general un país con crecimiento económico.

Por ello, en consonancia con la opinión, de una distinguida profesional del Derecho, master en Derecho Mercantil, que asevera, que la norma en materia mercantil debería ser más equitativa con el deudor y además por la función importante que realiza en el desarrollo comercial, social, laboral y aporte a la economía, ya señalado,

se hace necesario visualizar, que la cláusula penal, por la finalidad que tiene, de prever un posible incumplimiento futuro, sea pactada en igualdad de condiciones para las partes y en la cuál se puede incluso, fijar con anticipación, el monto o porcentaje de indemnización, permitiéndole al deudor accionar el pago de daños y perjuicios en contra del acreedor, en cualquier circunstancia que le sea perjudicial o dañe su patrimonio como consecuencia de su incumplimiento.

Aunado a lo anterior y tomando en cuenta los principios filosóficos que caracterizan al Derecho Mercantil, la verdad sabida y la buena fe guardada, entendido el primero, como la obligación impuesta a las partes, de decir y conducirse con verdad en una relación contractual contraída o por contraer y de seguir en esa misma línea si surgieran conflictos y el segundo principio considerado como un límite cuya finalidad es, evitar el abuso de alguna de las partes, teniendo cada una de ellas la convicción de realizar un contrato además de verdadero, que sea legal y justo, en donde las partes contratantes puedan obtener beneficios mutuos. En ese sentido, existe contradicción de los principios que inspiran el Código de Comercio con las normas legales que se refieren a la cláusula penal, ya que no se puede hablar de un contrato justo cuando la legislación regula referente al cumplimiento de una obligación, derechos para el acreedor y obligaciones para el deudor, refiriendo que los daños y perjuicios, corren a cargo del deudor moroso, prejuzgando que es la persona que siempre incumple, o dando por hecho que un incumplimiento en la relación contractual es imputable a él facultando, al acreedor, en todo caso, pueda reclamar si lo estimare conveniente, daños y perjuicios si fueren mayores a su criterio, siendo esto reflejado en los contratos, en donde los acreedores, garantizan a futuro su inversión.

Esta, marcada diferencia de fuerzas económicas, puede crear abusos de parte del acreedor, quien no estaría de acuerdo, por voluntad propia, que en el contrato se incluyeran cláusulas que le fueran adversas, es por ello que se ve la necesidad que los dos artículos, ya señalados, que refieren el pago de daños y perjuicios estuvieran redactados en igualdad de condiciones, regulando por medio de la cláusula penal,

derechos y obligaciones para ambas partes en caso de incumplimiento, y no como se encuentran redactados, en donde implica que el deudor incumple y acreedor cumple, pero puede darse a la inversa y de hecho se da el incumplimiento de acreedor el cual no está regulado, contemplando únicamente la mora del acreedor, en la normativa civil pero únicamente en los casos de no aceptación de la prestación que le ofrece el deudor y cuando se niega a realizar los actos preparatorios necesarios, para que el deudor cumpla.

Sin embargo esa normativa civil, la cual se aplica supletoriamente, regula que la cláusula penal o indemnizatoria, consistente en una cantidad de dinero pueda ser pactada por las partes incluso antes del incumplimiento, funcionando en éste caso como garantía, pero cuando regula el pago de daños y perjuicios refiere un mandato en donde se obliga al deudor a pagar al acreedor los daños y perjuicios resultantes de su falta de cumplimiento, refiriendo además que los daños los sufre el acreedor en su patrimonio y los perjuicios las ganancias que no obtiene.

Se puntualiza con acierto, que el deudor, tiene libertad de contratación, en atención a que legalmente se establece que, a nadie se le puede obligar a realizar un contrato, que es libre el deudor de aceptar o no los términos del contrato, tal y como lo analiza uno de los entrevistados, la realidad es muy diferente, los deudores la mayoría de veces, al iniciar una relación contractual, están conscientes que las cláusulas contenidas en un contrato les son perjudiciales, que afectan su patrimonio, sin embargo, debido a la problemática social, que afrontan los países en vías de desarrollo, de no contar con fuentes de trabajo, la mayoría de la población se dedica a la economía informal, no cuentan con capitales necesarios para ejecutar sus ideas, poner en marcha un proyecto o una actividad comercial, no les queda otra opción que asumir el riesgo de pérdida, solicitan créditos, con la expectativa de su posible desarrollo económico y éxito empresarial no teniendo la libertad de discutir las cláusulas del contrato, ni participar en la redacción y contenido del mismo, por lo tanto quien si posee libertad de contratación es el acreedor, al decidir con quien contratar y condiciones del mismo.

Esta facultad que tiene el acreedor, de redactar con antelación el contenido del contrato, se realiza de conformidad con una de las características del Derecho Mercantil, la de ser flexible, en referencia a que permite la evolución constante de las relaciones contractuales, misma que se adapta a nuevos hechos, situación que en nada contradice la posibilidad de la utilización de la cláusula penal, como derecho de las partes a reclamar el pago indemnizatorio de daños y perjuicios.

A este respecto y tomando en cuenta que nuestro ordenamiento legal en materia mercantil se acerca a cumplir cincuenta años de vigencia, es una realidad que el mismo ya no responde a la nueva y cambiante era comercial, primeramente, por la no concordancia de un proceso lento de creación de leyes y el marcado dinamismo comercial, habiendo quedado rezagado, permitiendo que sus normas legales se refieran únicamente a aspectos generales y que su normativa sea muy escasa.

Es así como la contratación entre las partes, tiene tendencia a ser cada día más variada, abarcando nuevos hechos o cosas mercantiles, siendo los contratos los que suplen las falencias de la ley cuyo contenido, normalmente es redactado en favor de los acreedores, quedando a los deudores la opción de adherirse a los mismos. Sin embargo, pese a ello, el deudor puede tener acceso a beneficios contractuales mínimos, si dentro de la escasa normativa del Código de Comercio se le tutelara de manera más equitativa, el pago de daños y perjuicios, para la parte que incumpliera, ya sea deudor o acreedor, siendo el contrapeso de la ambición desmedida del propietario del capital, cuyo incumplimiento del deudor le brinda la oportunidad de despojar de sus bienes afectos y además el pago de daños y perjuicios como pena accesoria.

Como consecuencia de lo anterior, se manifiesta que en materia de contratación mercantil, el principio constitucional de igualdad de las personas ante la ley, no se cumple, debido a la regulación legal en cuanto al pago de daños y perjuicios por incumplimiento, lo que constituye una misma situación, pero normada de diferente manera provoca desigualdad legal, beneficios económicos o derechos para el

acreedor, situación que no beneficia el desarrollo económico y social por el contrario sólo beneficia a las empresas capitalistas y sus capitales haciendo mayor la brecha de las diferencias sociales.

En contraposición al principio de igualdad, en el Código de Comercio se hace notoria la desigualdad contractual que existe entre acreedor y deudor para el caso de incumplimiento, así lo confirmaron la mayoría de entrevistados expusieron razones como: el deudor prefiere una contratación rápida sin tomar en cuenta el factor riesgo frente a un Derecho Civil más formalista.

De lo anterior se puede señalar que otra característica especial del Derecho Mercantil y específicamente de la regulación contractual, es la sencillez de forma que le imprime un desenvolvimiento muy versátil a los actos de comercio, contenidos en el contrato, propiciando un desarrollo acelerado, en donde el tiempo reviste importancia, ya que los negocios pueden tener la característica de ser instantáneos, y las decisiones están condicionadas a la celeridad, no se pueden perder, por lo tanto, las oportunidades de realizar transacciones de comercio, siendo que, a mayor actividad comercial, mayores ganancias o beneficios.

En atención a lo ya referido, puede ejemplificarse haciendo referencia los contratos de adhesión, considerados como los contratos redactados de forma unilateral por el empresario, dirigidos a un grupo de personas quienes únicamente tienen la opción de adherirse, aceptando todas las estipulaciones contenidas en el contrato, generalmente en beneficio de su creador, contenidos casi siempre en formularios a los cuales solamente basta consignar los datos personales del adherente, con el objeto de adquirir productos o servicios de telefonía móvil, internet, tarjetas de crédito especialmente y otros de similar naturaleza, tecnología necesaria para la realización de actividades diversas de la época actual.

Los referidos contratos tienen aceptación legal y social debido al beneficio que representan, entendiendo que la rapidez propicia la negociación en masa, en donde

las ganancias o beneficios son mayores, debido a eso el riesgo constante no se toma en cuenta por parte del deudor. Sin embargo, pese a ser sencillos en cuanto a la forma, frente a la posibilidad de incumplimiento, su normativa es muy rígida, en lo que se refiere al deudor y muy permisiva con los acreedores.

Otro aspecto a tomar en cuenta, emanado de las entrevistas, y que tiene relación con la sencillez de la forma del contrato mercantil, en contraposición al formalismo del contrato civil, es establecer las diferencias de ambos, con el objetivo de analizar la especialidad de los actos de comercio.

El contrato civil es formalista, ya que requiere para su validez, que el mismo esté constituido por medio de escritura pública faccionada ante notario, en documento privado, en acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente; las partes en un contrato civil pueden ser personas individuales o jurídicas que tengan capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones, mismos que se dan desde la concepción, vida e incluso después de la muerte; no tienen como finalidad el lucro o ganancia, por el contrario existen algunos contratos que se ejercen en forma gratuita; no es necesario que las partes ejerzan una profesión; para que se constituya la mora civil tiene que existir requerimiento ya sea notarial o judicial, entre otras.

El materia mercantil, las partes pueden ser individuales o jurídicas, pero una de ellas deba ser comerciante o por personas que sin serlo realizan transacciones comerciales con ellos; las obligaciones y contratos mercantiles se refieren a relaciones comerciales durante la vida de las personas; dirigidos a la gran mayoría de la población, es decir en masa, realizados dentro de una empresa es poco formalista a excepción de algunos contratos como el de sociedad que debe constar en escritura pública; la mora mercantil es automática.

Refieren la mayoría de los entrevistados, que el incumplimiento del acreedor no se encuentra regulado, tampoco prohibido, por lo tanto, puede en el contrato regularse,

que es ley entre las partes, de cumplimiento obligatorio, rígido y en donde el beneficio de las partes es el incentivo para un efectivo cumplimiento, ya que de eso depende el desarrollo comercial.

En consonancia lo anterior, con lo que comentan los entrevistados que debe existir una protección efectiva para el acreedor, lo que es pertinente puesto que poner al servicio del deudor su capital, permite que la pequeña y mediana empresa agilice el proceso económico y obtenga con ello ganancias obteniendo por lo tanto crecimiento comercial, caso contrario sería dejar de percibir por irresponsabilidad del deudor los beneficios de su aporte, se vería reducido o perdido su capital, lo que no es viable, como tampoco es viable que no esté afecto al pago de daños y perjuicios por ese motivo y que la cláusula penal contenida en el contrato deba constituirse como garantía de un incumplimiento futuro del deudor, esto limita al deudor, quien se encuentra compelido a aceptar las condiciones impuestas por el acreedor dejándolo en estado de indefensión para el caso de incumplimiento del acreedor, en referencia a situaciones como que las mercaderías o mercancías no lleguen a tiempo, lleguen incompletas o defectuosas, no reúnan la calidad pactada, o sencillamente no lleguen, en virtud de que en atención a lo preceptuado en el Código Civil, se regula que el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legal no acepta la prestación que se le ofrece o rehúsa realizar los actos preparatorios que le incumben para que el deudor pueda cumplir su obligación, lo cual demuestra que estos son las únicas causas, por las cuales el acreedor resulta moroso y por lo tanto afecto al pago de daños y perjuicios.

Por consiguiente, la legislación condiciona al deudor a asumir una actitud pasiva, no realiza ninguna reclamación y debe esperar un posible cumplimiento, cuyo retardo le genera daños y perjuicios que no son reembolsables, ni pueden cuantificarse, caso contrario al iniciar un procedimiento en contra del acreedor perdería su fuente de crédito, financiamiento y pondría en riesgo futuras transacciones, esto nos lleva a considerar la problemática social y económica que conlleva la contratación mercantil, ya que los contratos contienen cláusulas en beneficio de los acreedores y su

contraparte la carga obligacional, por lo que es imposible pactar el contrato en igualdad de condiciones, teniendo el deudor sólo la posibilidad de aceptarlo con todo lo que ello implica o rechazarlo, sin tener alguna posibilidad de revisar el contrato que va a firmar, o aportar algo que le beneficie, incluyendo la cláusula penal.

Esa misma normativa, señala que, las obligaciones provenientes de un contrato, es ley entre las partes, debido a la fuerza del vínculo, que si bien es cierto está contenido en el contrato, pero se encuentra amparado en la ley. De donde se infiere que la parte perjudicada con el incumplimiento del contrato, puede ampararse en la normativa jurídica para proteger sus intereses vulnerados con el incumplimiento, solicitar el cumplimiento forzoso o dejarlo sin efecto sin embargo en cualquiera de los casos podrá declarar indemnización por daños y perjuicios si acudiera a la vía judicial, o arbitraje, si dentro del contrato se pactó una cláusula compromisoria todo esto en favor del acreedor, por lo que incluir en el contrato la cláusula penal para el pago de daños y perjuicios por incumplimiento del acreedor es una ventaja mínima para el deudor. En este sentido, existe actualmente, una tendencia a incluir en el contrato dichas cláusulas en igualdad de condiciones.

Con esto no se pretende, ni sería procedente, legal y justo, permitir que el deudor incumpliera con sus obligaciones, lo que se pretende es evidenciar que también es importante reconocer su aporte al desarrollo económico y señalar que existen deudores morosos, pero hay también los que con su trabajo se benefician ellos mismos, sus familias, los trabajadores que dependen de ellos y también los beneficios que le proporcionan a los acreedores al poner en circulación capitales, porque de otra forma no se explicaría el éxito comercial a través de los créditos en donde los deudores forman parte activa de ellos, mismos que se ven perjudicados con pérdidas, por no estar regulado el incumplimiento del acreedor, en casos como no entregar las mercaderías en el tiempo pactado, no tener la calidad o cantidad de lo estipulado, o definitivamente no entregarlas. Esa desigualdad legal existente, surge como consecuencia de que los acreedores no están afectados legalmente al pago de daños y perjuicios, y que su incumplimiento no tenga sanción legal.

Aunado a lo anterior, y tomando en cuenta que es el acreedor quien promueve la redacción y contenido del contrato, tiene la posibilidad de incluir cláusulas que le beneficien, y a su contraparte firmarlo, como se señala por razones de tiempo, no entra a considerar cada una de las estipulaciones del contrato, no exige que se les expliquen y algunas veces inclusive no lee, solo firma sabiendo que, su oposición evitaría realizar el mismo, o porque como en los contratos de adhesión se sobreentiende que todas las cláusulas son en beneficio del acreedor y las obligaciones para el deudor, mismo que se encuentra compelido que en la mayoría de los casos a responder por su incumplimiento de forma ilimitada dejando afectos sus bienes presentes y futuros.

Esto lleva a considerar la asimetría o desequilibrio en el contrato en materia mercantil, que se manifiesta de manera notable, en oposición a los principios, ya señalados que lo inspiran, siendo constitutivo de un beneficio desproporcionado e injustificado, para una de las partes en beneficio de la otra, ya sea en el momento de la celebración del contrato, durante la relación contractual y especialmente cuando pueda ocurrir incumplimiento, generando conductas que luego se plasman en el contrato, cuya finalidad es obtener mejores y mayores utilidades para el acreedor en perjuicio del deudor.

No obstante de la interdependencia e interrelación de las partes en el tráfico comercial, se hace evidente que una tenga supremacía sobre la otra, precisamente porque su aporte puede activar de manera importante la economía, entre muchas otras ventajas, pero se recalca que el deudor también contribuye a ese proceso, y que no es permisible que además de todas las desventajas en la relación contractual, también se vea perjudicado cuando el acreedor incumple, no existiendo normativa legal que ampare su derecho a reclamar daños y perjuicios y que por lo tanto el acreedor, retrase la entrega de mercaderías o no entregue la calidad pactada. Podría considerarse que en este caso el acreedor podría convertirse en deudor de la obligación pactada, sin embargo, el mismo no se le castiga severamente como sí

ocurre con el deudor en la misma circunstancia y que su incumplimiento no se encuentra afecto al pago de daños y perjuicios.

De la pregunta número tres respecto de la inclusión de la cláusula penal en el contrato mercantil como garantía de cumplimiento, la totalidad de entrevistados fue unánime al manifestar que consideran pertinente incluirla ya que, por medio de ella, se prevé disminuir el incumplimiento, debe contenerla el contrato con el objeto que ya este contractualmente establecido el monto a indemnizar.

Si se toma en cuenta que la necesaria existencia de garantías en la contratación mercantil, es debido precisamente a la falta de cumplimiento, teniendo principalmente como objetivo evitar los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar, eso es congruente, ya que cada cláusula contenida en un contrato debe contemplar con claridad las condiciones pactadas y la voluntad del sometimiento expreso de las partes, pero en igualdad de condiciones en este aspecto, en congruencia con la legislación que señala que todo daño debe indemnizarse, teniendo el deudor la posibilidad de resarcimiento que el incumplimiento del acreedor ocasione, porque en general se evidencia la tutela jurídica en favor del acreedor, teniendo como base los principios que inspira el Código de Comercio, debería entonces regular que la cláusula penal en lo referente al pago de daños y perjuicios contenida en el contrato garantice el cumplimiento de pago para las partes del contrato.

En referencia a ello, habiendo posibilidad de incumplimiento de una obligación contractual, la doctrina también señala que es pertinente incluir la cláusula penal dentro del contrato por los beneficios que aporta a la agilización de resolución de conflictos, ya que incluso se puede pactar un monto fijo en concepto de daños y perjuicios, constituyendo una garantía a futuro la cual pueden utilizar las partes contratantes para el aseguramiento de sus intereses, ante la posibilidad de controversias futuras, con la finalidad de obtener la satisfacción y reparación de la pérdida de bienes, ocasionadas por la contravención, de una manera rápida y económica.

Se confirmó por todos los entrevistados que la cláusula penal normalmente opera para ambas partes, ya que puede haber incumplimiento del acreedor, señalando que debe establecerse el incumplimiento para deudor y acreedor las consecuencias, es lo que precisamente se quiere evidenciar con el presente trabajo, que la cláusula penal pueda ser pactada en igualdad de condiciones, precisamente porque existe la posibilidad de incumplimiento del acreedor, cláusula que debe estar contenida dentro del contrato, por supuesto siendo pactada libremente por las partes, constituye una verdadera sanción accesoria, generalmente dineraria para el pago de daños y perjuicios constituyendo una prevención a esa posible sanción que reduciría los beneficios económicos para las partes del contrato.

Como complemento de lo ya referido debe tenerse en cuenta el principio de libertad de contratación que tiene relevancia en el campo mercantil, considerado como la potestad que tienen las partes para decidir con quien celebrar un contrato, pactar las cláusulas que lo regirán y en general su contenido, el cual es constitutivo de derechos y obligaciones recíprocas cuyo cumplimiento es obligatorio. A eso se refiere precisamente la expresión latina *pacta sunt servanda*, cuyo significado refiere que las partes deben cumplir con lo pactado, misma que se encuentra íntimamente relacionada con el principio de la buena fe, en donde no es suficiente cumplir, se debe, además, realizar los actos necesarios para evitar el abuso de la parte más débil contractualmente hablando. Aunado a esto se debe tomar en cuenta también la autonomía de la voluntad, considera como, la facultad que tienen las personas, de pactar con libertad las condiciones de un contrato, intrínsecamente refiere que las partes tienen libertad para realizar un trabajo, industria o comercio, limitado únicamente a que sean lícitos, posibles, que no sean contrarios a la moral y las buenas costumbres teniendo como sustento legal el principio constitucional de libertad de las partes.

Así mismo merece atención especial, el Artículo 4 constitucional, que regula que en Guatemala todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, al respecto se analiza, que el principio de igualdad ante la ley, que en materia mercantil,

específicamente en la relación contractual referente al pago de daños y perjuicios por incumplimiento, no se cumple, al no estar afecto el acreedor en las mismas condiciones que el deudor, primeramente porque la normativa civil, de manera supletoria, refiere que la mora del acreedor se constituye por la no aceptación de la prestación que le ofrece el deudor y por la no colaboración con el deudor para que este cumpla, si se diera el caso, sin embargo nada regula en relación con el incumplimiento total o parcial de la obligación, cuando no se realiza en tiempo y forma convenida con el deudor imputable al acreedor. En segundo plano porque la ley regula de manera diferente dos situaciones iguales.

Al respecto dos profesionales entrevistados respondieron señalando que no existe desigualdad y que se regula el pago de daños y perjuicios a los que está sometido el deudor, y de ser insuficiente se debe aplicar la normativa civil. Analizando las respuestas, se evidencia contradicción, ya que por una parte se asevera que no existe desigualdad, para luego comentar que el deudor es afecto al pago de daños y perjuicios, lo que es una situación verídica, así están redactadas las normas del código civil, regulando y refiriendo en tres artículos que el incumplimiento del deudor, lo conmina al pago de daños y perjuicios.

A la pregunta planteada si considera que el acreedor puede incumplir una relación contractual mercantil debería estar afecto al pago de daños y perjuicios, los profesionales entrevistados en su totalidad responden en forma afirmativa, señalando que en materia de daños y perjuicios por un incumplimiento debe pactarse para las partes las consecuencias de la contravención, deben tener sanción.

Sin embargo, se debe definir de manera más profunda la actitud del acreedor en relación al incumplimiento contractual mercantil, estableciendo las consecuencias que provoca, de esa manera, la falta de cooperación con el deudor o no aceptar la prestación que le ofrece el deudor, constituye una parte de la mora del acreedor, pero debe considerarse también el efecto que provoca la conducta del acreedor en la vida de la obligación, cuando con ocasión de su retraso se establezca que

efectivamente haya causado daños al deudor, perjudicado de manera considerable su patrimonio, en este caso procede la indemnización por daños y perjuicios.

La cláusula penal constituye una garantía para las partes de la relación contractual y refiere el pago de daños y perjuicios por incumplimiento, pero a la vez constituye una prevención de que los contratantes deben abstenerse de faltar a lo pactado, obteniendo con la contravención una verdadera sanción, traducida en cantidad dineraria cuyo monto o porcentaje se establece con antelación.

La resolución de conflictos, en donde las partes hayan convenido una cláusula penal, deben ser resuelto según manifiestan algunos de los entrevistados por medio de arbitraje.

En ese sentido, debe tomarse en cuenta, que en caso de incluirse en el contrato una cláusula penal, resulta pertinente acordar la utilización de la cláusula compromisoria o compromiso por los beneficios de celeridad, privacidad e independencia que aportan en la solución de cualquier diferencia futura, sometida a la decisión de árbitros con experiencia en el ramo mercantil, lo que favorece que la controversia se resuelva en el menor tiempo posible, constituyendo un medio eficaz para la solución de conflictos, ya que se renuncia de manera expresa a la jurisdicción común, haciendo posible que dentro de ese acuerdo de arbitraje se incluya el porcentaje o cantidad dineraria a pagar en concepto de daños y perjuicios.

Como complemento de lo anterior, se solicitó a los entrevistados que expresaran su opinión en referencia a que, si existen consecuencias de que el Código de Comercio el deudor es la parte que incumple, un alto porcentaje respondió afirmativamente, refiriendo, la desigualdad contractual afecta al deudor quien no tiene una norma jurídica aplicable para también defenderse; sí afecta, porque si en el contrato no queda establecida sanción alguna para el acreedor este al momento de incumplir no tendrá consecuencia alguna; uno respondió en forma negativa, aduciendo que no existen consecuencias, sin embargo concluye que contractualmente se puede

establecer el caso de incumplimiento para el acreedor también y resolverlo por medio de arbitraje, ya señalado con anterioridad. En ese sentido se infiere que el contrato bilateral existe cuando las partes tienen derechos y obligaciones recíprocos, condicionados a la actividad de cada una, sin embargo puede darse que en la relación contractual la actividad de una de las partes no se aprecie sin una contraprestación de la otra y en ese sentido el acreedor, es acreedor por un lado pero resulta siendo deudor por otro, ya que a cada prestación de una de las partes se condiciona por la actividad de la otra, sin embargo cuando el acreedor adquiere la calidad de deudor, no responde por el incumplimiento en que incurre, ya que no existe en la ley norma aplicable, lo que hace que no importe de que lado de la relación contractual se ubique siempre tiene un trato preferencial, que tiene la consecuencia de no ser considerado un simple deudor. Sucede lo contrario, en lo que se refiere al pago de daños y perjuicios por incumplimiento del deudor, el mismo no constituye una hipótesis, un supuesto, por el contrario es una confirmación preestablecida con su respectiva sanción, por lo que realmente, no será considerado como acreedor, ni tener los beneficios inherentes relativos a éste, de la diferenciación ya señalada, se confirma que no se cumple, en este caso, que a determinadas condiciones corresponde determinadas consecuencias, ya que el acreedor se encuentra posicionado debido a la ausencia de regulación legal, en el derecho privilegiado de exigir un cumplimiento, sin tomarse en cuenta que el fracaso de la relación contractual pueda ser imputable a él, ni que este afecto al pago de daños y perjuicios en favor del deudor.

Por otro lado, toda norma establece un supuesto jurídico y su contraparte una consecuencia jurídica, así que en principio toda norma si tiene consecuencias, en el presente caso, las consecuencias reales provocados por esa desigualdad contractual, ya referida, son derivadas, no de la estructura o contenido de la norma, sino por el problema o consecuencia de hecho que no puede subsumirse en el precepto legal, debido a la ausencia de norma, en ese sentido debe entenderse que la desigualdad legal es de hecho no de derecho por cuanto en la práctica no afecta al acreedor, porque el supuesto de hecho no lo incluye en la creación de la norma,

entonces su consecuencia jurídica tampoco le es aplicable, de allí que no pueda hablarse de manera generalizada, en este caso, que toda norma tiene un supuesto jurídico y consecuencia jurídica, constituyendo un vacío legal que puede corregirse mediante la inclusión de la cláusula penal en igualdad de condiciones.

En referencia a lo relacionado anteriormente, puede establecerse que sí existen consecuencias de la desigualdad contractual existente, entre deudor y acreedor en referencia al pago de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato, debido a la forma como se encuentran redactadas las normas contenidas en el Código de Comercio y supletoriamente en el Código Civil, señalando al deudor como único responsable de incumplimiento de la obligación y al acreedor dejándolo fuera de la normativa y consecuentemente sin vínculo obligatorio.

El artículo constitucional de igualdad de las partes ante la ley, no se cumple ante la evidente forma de compeler al deudor a cumplir con sus obligaciones contractuales, mientras que en referencia al acreedor no lo contempla la norma y por lo tanto no tiene consecuencia legal; la cláusula penal constituye una verdadera sanción accesoria para el deudor, mientras que el retraso culpable del acreedor no se encuentra regulado, teniendo como consecuencia que le sea más difícil al deudor cumplir con posterioridad su obligación, debido a las pérdidas y ganancias que no percibe, al no circular las mercaderías, bienes o servicios convenidos con terceras personas, las cuales por imperativo legal tienen consecuencias, a diferencia del acreedor quien no está obligado a ello; no existe norma legal para exigir al acreedor el pago de daños y perjuicios por incumplimiento en los casos de faltar a los plazos en las obligaciones de dar, conjuntamente a eso, existe otra ventaja, los contratos son elaborados previamente por el acreedor, mismos que generalmente contienen cláusulas en su beneficio, en detrimento de los intereses del deudor. Los principios de la buena fe guardada y la verdad sabida, como elementos abstractos que condicionan a las partes en la relación obligatoria, tienen mayor significado para el deudor, debiendo actuar conforme a ellos, mientras que el acreedor teniendo la

posibilidad de redactar los contratos, busca el mayor beneficio sin importarle los principios que inspiran el Derecho Mercantil.

A manera de ejemplo se hace referencia a la cláusula penal contenida en un contrato de tarjeta de crédito de Citibank Guatemala, la cual se encuentra redactada de la siguiente manera:

“Cláusula Penal: En virtud de que es obligación del Tarjetahabiente cancelar su saldo total en la fecha límite de pago, el hecho de no cumplir con dicha obligación constituye al Tarjetahabiente en mora por lo que deberá pagar los daños y perjuicios en que ha incurrido el Emisor por la falta de pago de la totalidad del saldo. En virtud de lo anterior, tanto el Emisor como el Tarjetahabiente pactan de manera expresa que en caso que el Tarjetahabiente incurra en mora pagará al Emisor un cargo fijo en concepto de daños y perjuicios de conformidad con los rangos establecidos por el Emisor. Los cargos y rangos podrán variar según las condiciones de mercado y conforme a la normativa aplicable. La modificación y entrada en vigor de las nuevas tarifas podrán comunicarse al tarjetahabiente por medio del estado de cuenta o algún otro medio que el Emisor tenga a su alcance. El cargo en concepto de daños y perjuicios relacionado excluirá el cobro de interés moratorio; en tal virtud, en caso que el Emisor opte por el cobro del cargo en concepto de daños y perjuicios por la falta del pago de la totalidad del saldo, no podrá cobrar intereses moratorios por el mismo concepto.”¹⁰⁵

De la redacción de la cláusula penal contenida en el contrato de tarjeta de crédito se confirma que en la práctica se constituye como una garantía de cumplimiento de la obligación del deudor teniendo como una verdadera pena accesoria a la obligación principal el pago por daños y perjuicios.

Se manifiesta, que se pacta por las partes a manera de prevención de un incumplimiento futuro y como una forma de conminar al deudor a abstenerse de

¹⁰⁵ Citibank Guatemala, Contrato de Tarjeta de Crédito, Guatemala <https://www.citibank.com.gt/Resources/pdf/contratoTarjetasDeCredito.pdf>, fecha de consulta 28 de diciembre de 2017

hacerlo caso contrario se le sancionará con una pena añadida a la prestación contraída.

Así mismo deja en libertad al emisor para establecer la cantidad de cobro, objetando que podrán variar según las condiciones de mercado y como última instancia se aplicará la normativa existente que como ya se señaló favorece al acreedor en perjuicio del deudor.

Es así como, podemos distinguir que en ningún apartado de la redacción refiere el incumplimiento del acreedor y por lo mismo no contempla una sanción que le obligue a pagar daños y perjuicios.

Sin embargo, para el caso, que una persona presenta la tarjeta de crédito para cancelar alguna adquisición de compra y no obstante tener saldo disponible a su favor, la misma es rechazada, indicando que el emisor realizó el bloqueo, esto genera daños y perjuicios económicos en el patrimonio del deudor, quien contaba con esa forma de pago, mismos que no son reembolsables, ni existe norma aplicable que pudiera amparar su pretensión, porque de hecho el acreedor esta excluido de consecuencias jurídicas.

CONCLUSIONES

1. La cláusula penal constituye según la legislación un pacto que puede incluir el acreedor en el contrato para garantizar su inversión y poder obtener una compensación económica para el caso de incumplimiento de la obligación del deudor.
2. La cláusula penal por imperativo legal establece previamente el pago indemnizatorio que el deudor deberá abonar al acreedor en caso de no cumplir con el pago.
3. La regulación legal que refiere la cláusula penal y por consiguiente el pago de daños y perjuicios como se evidencia es exigible solo para el deudor.
4. El acreedor no está afecto al pago de daños y perjuicios porque el enunciado contenido en la norma que refiere esa situación fáctica no lo contempla por lo que tampoco tendrá consecuencia jurídica.
5. Las consecuencias reales provocadas por la desigualdad contractual son derivadas no de la estructura o contenido de la norma si no por el problema de hecho que no puede ser subsumido en el precepto legal.
6. En el Derecho comparado algunas legislaciones contemplan la cláusula penal traducida en el pago de daños y perjuicios para ambas partes en caso de incumplimiento.
7. En la práctica existe la posibilidad del incumplimiento del acreedor no solo como falta de colaboración o no aceptar la prestación que le ofrece el deudor si no también incumplimiento en la entrega de productos bienes o servicios que perjudican el patrimonio del deudor.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que la cláusula penal ante la falencia de la ley se incluya en el contrato en atención a la autonomía de la voluntad, como garantía del cumplimiento en igualdad de condiciones.
2. En el contrato mercantil, haciendo uso del principio de la buena fe debe contemplarse el incumplimiento del acreedor y establecer la cantidad en dinero por concepto de daños y perjuicios.
3. Procederá el deber de pago de la cláusula penal si la mora del acreedor realmente ocasiona daños y perjuicios al patrimonio del deudor.
4. La resolución de conflictos surgidos con ocasión de un incumplimiento contractual sea dirimida por medio de arbitraje.

REFERENCIAS

Bibliográficas:

1. Arce Gargollo, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, México, Editorial Porrúa, 1998, Quinta edición.
2. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L. 1981.
3. Diccionario Océano de Sinónimos y Antónimos, España, Grupo Editorial Océano, 1992.
4. Díez Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, España, editorial tecnos, 1983, segunda edición.
5. Moisset de Espanés, Luis, *La mora en el Derecho peruano, argentino y comparado*, Perú, Tabla XIII Editores Sac, 2006.
6. Puig Peña, Federico, *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo I, España, Ediciones Pirámide, S.A. 1976, Tercera edición.
7. Puig Peña, Federico, *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo III, España, Ediciones Pirámide, S.A. 1976, Tercera edición.
8. Vásquez Martínez, Edmundo, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Guatemala, Editorial IUS-ediciones, 2012, Tercera edición.
9. Villegas Lara, René Arturo, *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo I. Guatemala, Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 2013, octava edición.
10. Villegas Lara, René Arturo, *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo III. Guatemala, Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 2013, séptima edición.

Normativas:

1. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1986.
2. Congreso de la República de Guatemala Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, 1989.

3. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, Código de Comercio, 1970.
4. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Enrique Peralta Azurdia, Decreto Ley número 106, Código Civil, 1963.
5. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Enrique Peralta Azurdia, Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, 1963.

Electrónicas:

1. [Derecho, Ciencia Política & algo más...], Huertas, Adrián, *La mora y la cláusula penal*, Perú, 2013,
<http://grupohuertas.blogspot.com/2013/12/i.html>,
2. Citibank Guatemala, Contrato de Tarjeta de Crédito, Guatemala
<https://www.citibank.com.gt/Resources/pdf/contratoTarjetasDeCredito.pdf>

ANEXOS



Modelo de instrumento

Universidad Rafael Landívar

Campus de Quetzaltenango

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Tesis: La cláusula penal en la contratación mercantil, como garantía del cumplimiento de la obligación por parte del acreedor, al no estar contenida la misma en los artículos 678 y 679 del Código de Comercio generando desigualdad contractual.

Nombre: Rigoberto Carlos Enrique Estrada Sánchez

Entrevista

Instrucciones: A continuación, se le formularán una serie de interrogantes, mismas que se le solicita amablemente pueda responder. Sus respuestas serán de suma importancia para el desarrollo de la tesis “La cláusula penal en la contratación mercantil, como garantía del cumplimiento de la obligación por parte del acreedor, al no estar contenida la misma en los artículos 678 y 679 del Código de Comercio generando desigualdad contractual.”, y las mismas serán utilizadas de forma confidencial y con fines estrictamente académicos. Desde ya, se agradece su colaboración al respecto.

1. ¿Considera que la regulación legal actual en materia mercantil, referente al cumplimiento de una obligación tanto para deudor como acreedor es adecuada?
2. ¿Cuál es su opinión que exista en el Código de Comercio normas que evidencian la desigualdad contractual entre deudor y acreedor para el caso de incumplimiento?
3. ¿Cuál es su criterio en relación a la inclusión de la cláusula penal en el contrato mercantil como garantía del cumplimiento del deudor?

4. ¿Cree que la cláusula penal, en un contrato mercantil, deba estipularse en igualdad de condiciones para las partes?
5. ¿La cláusula penal en el contrato mercantil tiene por objeto indemnizar a la parte que no cumpla con la obligación contraída sea deudor o acreedor?
6. ¿Considera que el acreedor también puede incumplir una obligación contractual mercantil, de ser así, debería pagar los daños y perjuicios para el caso de incumplimiento?
7. ¿Considera que existen consecuencias debido que el Código de Comercio establece que el deudor es la parte que incumple, de ser su respuesta afirmativa, podría indicar cuáles?