

DERECHO CIVIL

CAPÍTULO 9

1. *El derecho civil como disciplina jurídica*
2. *El derecho civil y el derecho mercantil*
3. *División del derecho civil*
4. *Los derechos reales.*
5. *Obligaciones en general*
 - 5.1 *Cumplimiento de obligaciones*
 - 5.2 *Incumplimiento de obligaciones.*
 - 5.3 *Transmisión de obligaciones.*
6. *Del contrato civil.*
 - 6.1 *Concepto de contrato*
 - 6.2. *Cumplimiento de buena fe*
 - 6.3. *Forma de los contratos*
 - 6.4. *De los contratos en particular*

1. EL DERECHO CIVIL COMO DISCIPLINA JURÍDICA

El derecho civil constituye, por antonomasia, el cimiento y la base donde se asienta todo el derecho privado –en contraposición al derecho público o del Estado–. Es el derecho común y primario que emana de las interacciones humanas. Acaso no necesita ser elaborado o redactado porque surge, en su forma más primigenia, desde el momento en que alguno de nuestros antepasados reconoció como su hijo a un recién nacido o que entregó un hacha de piedra a cambio de una pieza de cuero de oso; por ende es un derecho que se va gestando espontáneamente y luego recopilando en base a la observación del comportamiento natural en el intercambio entre los individuos.

Constituye esta rama el paradigma de la autonomía de la voluntad, terreno fértil donde se desarrolla el libre juego de las manifestaciones de las personas. Tomar decisiones conduce a los acuerdos entre las partes, a la

contratación abierta, a la libre disposición. Es la amplia llanura donde campean las escogencias individuales en las que no existe limitación a lo que dispongan las partes— salvo que se trate de un objeto ilegal o materia prohibida por la ley—.

Al derecho civil se le conoce como la madre del derecho privado. Es el grueso tronco común del árbol jurídico del cual se han ido subdividiendo las diferentes vertientes que se van acomodando a la evolución humana. Así fueron derivándose el derecho mercantil, el derecho laboral, el derecho societario, el derecho bancario, el derecho marcario, etc.

2. EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO MERCANTIL

Cualquier individuo puede comprar un automóvil o pedir un préstamo; en esos casos actúa conforme la normativa del Código Civil. Sin embargo, cuando dichas operaciones ya no son actividades aisladas, sino que actos repetidos (llamados también operaciones “en masa”) o cuando una de las partes en el contrato está habituado a ese quehacer (por ende un comerciante), la actividad debe enmarcarse dentro de una rama especializada diferente del Derecho Civil, una disciplina que contempla al detalle las particularidades de la actividad mercantil.

Igualmente sucede con el mutuo, puede ser una operación singular entre particulares (“prestame cinco mil quetzales”), pero cuando se convierte en un *modus operandi* entonces se incursiona en el derecho mercantil y en mayor especialidad en el derecho bancario. Lo mismo puede decirse de la fianza, de la hipoteca, de los seguros, etcétera. Conforme el quehacer humano, se van generando más opciones y abriendo nuevos espacios y el sistema normativo debe establecer los parámetros para regular estas actividades.

Por eso, la actividad del empresario que ejerce el comercio de manera profesional, arranca de las raíces del derecho civil pero crece más en el campo especializado del derecho mercantil. Sin embargo, como persona que es (individual o jurídica), no puede escapar de la influencia gravitacional, tan dominante, de esta rama matriz del derecho. Con todo y la independencia temática, muchas instituciones y contratos ordinarios de la actividad empresarial permanecen resguardadas en las fortalezas de lo civil, reguladas por el Código Civil, como lo son los relativos a la propiedad, los derechos reales

de garantía como la hipoteca y la prenda, las servidumbres, los mandatos, los arrendamientos, etcétera. Por lo mismo el empresario debe estar al tanto de la normativa civil en general y en especial de aquella que le es aplicable.

3. DIVISIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO CIVIL

Nuestro Código Civil se divide en 6 Libros que se refieren a:

- I. Las Personas y la Familia
- II. Los Bienes, la Propiedad y demás Derechos Reales
- III. La sucesión Hereditaria
- IV. El Registro de la Propiedad
- V. Las Obligaciones
- VI. De los Contratos en Particular

La Persona. En los albores de esta disciplina se resaltaba la figura del "*ius civile*", entendido como el derecho propio de los ciudadanos, por lo que se puede afirmar que el punto de partida del Derecho Civil es entonces, la persona. Por lo tanto son los aspectos vinculados a la **persona** los que ocupan los primeros espacios en el Código Civil: el nombre propio, matrimonio, filiación, familia, parentesco, patria potestad etc. Seguidamente, como una expresión natural del accionar de las personas, se regula **la propiedad** en todas sus expresiones: los bienes muebles e inmuebles, uso de la propiedad, limitaciones a la propiedad, propiedad de aguas, co-propiedad, la posesión etc. así como derechos reales: usufructo, servidumbres, derechos de garantía como hipoteca y prenda; continuando con la línea personalista de los bienes se contempla la **sucesión hereditaria** que no es más que la disposición de bienes después del fallecimiento de las personas. Luego se desarrollan los capítulos relacionados con la actuación o desenvolvimiento de las personas, esto es, las **obligaciones y los contratos**.

Por lo tanto, figuradamente y para mejor comprensión, podemos fraccionar esta disciplina jurídica así: a) la persona, b) los bienes de su propiedad y c) los contratos que celebra (obligaciones). Primero el individuo, luego sus adquisiciones y por último sus compromisos. En cuanto a persona que es, al empresario le incumbe todo el derecho civil pero algunas normas son de mayor uso y también algunas instituciones y contratos son más utilizadas en el ejercicio de su quehacer mercantil.

4. LOS DERECHOS REALES

Portales se entienden aquellos derechos que de alguna forma se relacionan con algo tangible (bien real), o sea que el derecho está subsumido con un ente material. Claramente destaca en primer lugar el derecho de propiedad que es el derecho de disponer de un bien mueble o inmueble. En el Código Civil se desarrollan las diferentes formas de adquirir la propiedad, de disfrutar de ella (incluyendo limitaciones al uso de la propiedad), de transmitirla, de gravarla, etc.

En este grupo se incluyen también los derechos reales pero de **garantía**, que por cuanto son derechos reales necesariamente se vinculan con un bien pero que se utilizan como garantía de otra obligación. Las más comunes y que todo comerciante está familiarizado son la hipoteca y la prenda.

Hipoteca: La hipoteca no es un contrato en sí pero casi siempre surge con motivo de otro contrato, por lo general de mutuo (préstamo). Para que haya hipoteca es necesario que previamente exista un compromiso. Por su categoría de derecho real, la hipoteca implica que un propietario disponga de su propiedad, un inmueble, que queda “gravado” para garantizar que se va a dar cumplimiento a una determinada obligación. En otras palabras con este derecho el titular de la hipoteca tiene derecho a quedarse con un inmueble si no se cumple con determinada obligación a su favor.

Saldo insoluto. Este término significa que la obligación principal termina cuando se hace efectiva la hipoteca; no deja saldo pendiente de cobrar. Por ejemplo, si alguien se compromete al pago de un millón de quetzales y en garantía hipoteca un inmueble; al no cumplir la obligación de pago entonces se procede al remate del bien en el que se obtuvieron solo Q 900,000. Por lo tanto habría un “faltante”, un saldo sin pago o sin solución (“**insoluto**”). De no existir esta figura, el deudor (dueño del inmueble) debería complementar lo que hiciere falta pero precisamente en eso consiste el que no hay saldo insoluto. En pocas palabras allí muere la obligación, la que se identifica con la hipoteca. Por eso los acreedores hipotecarios, los bancos por antonomasia, antes de prestar el dinero se aseguran de un diferencial prudente entre el total de la obligación y la valuación del inmueble; siempre calculan que el valor de remate del bien vaya a ser superior al del valor de la deuda (con intereses y costas).

Venta del inmueble hipotecado. Cuando un inmueble se compromete con hipoteca debe inscribirse en el Registro de la Propiedad en donde habrá de

aparecer la respectiva inscripción. Ello lo hace de conocimiento público. Por eso un inmueble hipotecado puede venderse pues el comprador debe estar enterado (basta ir al Registro) y lo adquiere a sabiendas de ese gravamen. Será asunto del comprador, y de las condiciones del negocio, si se adquiere con ese gravamen. El único caso de excepción, en que el inmueble gravado no se puede vender, es cuando la hipoteca es a favor de un banco.

Segunda Hipoteca. Un mismo inmueble puede soportar más de una hipoteca. Claro, ello depende mucho del monto del préstamo y del justiprecio de la finca. Si el valor del inmueble es bien alto y es bajo el monto del primer préstamo entonces el inmueble aguanta con más cargas. En el fondo dependerá de quién presta el dinero, lo dará si considera que una segunda hipoteca cubre con suficiencia ese segundo préstamo. El segundo acreedor (prestamista Por ejemplo,) debe calcular que la primera hipoteca va a ser pagada o debe estar preparado para que, en caso de incumplimiento de esa obligación inicial, responder por el monto que garantiza ese primer gravamen para salir al rescate o “quitarlo del camino” y quedar entonces como único –o primer y segundo– acreedor hipotecario.

Pero puede darse el caso de que no se pueda cumplir con esa hipoteca inicial y en esa situación el primer acreedor promoverá el remate judicial y cuando se haga la adjudicación y al anotarse en el Registro la Propiedad se inscribe libre de cualquier otra hipoteca de grado inferior (posterior) y también libre de gravámenes, inscripciones o anotaciones inscritas **después** de que se anotó esa primera hipoteca. O sea que se “borran” automáticamente las sub-siguientes hipotecas. Por lo tanto hay que tener presente que la segunda hipoteca siempre queda supeditada a la primera.

Esa segunda obligación es distinta de la primera, los acreedores pueden ser otras personas; no es lo mismo que una ampliación de la hipoteca original (en donde permanecen los mismos sujetos). Igualmente los bancos no aceptan segundas hipotecas.

Sub-hipoteca. Un crédito garantizado puede a su vez sub-hipotecarse. En este caso sigue la conexión con un inmueble pero no de manera directa, la garantía no va a ser el inmueble sino la hipoteca misma, el derecho que se tiene en mano de cobrar por una obligación. Esta nueva operación también es generalmente de crédito: quien ya prestó y tiene a su favor una hipoteca puede a su vez solicitar un préstamo a un tercero que se lo entrega con la garantía de “los papeles” de la primera hipoteca.

Se crea una figura en el medio, que por una parte es acreedor de alguien que le dio garantía hipotecaria pero al mismo tiempo es deudor de otra persona a quien le dio en garantía la hipoteca. En caso de que el deudor sub-hipotecario no cancele la obligación derivada de la sub-hipoteca entonces el acreedor reclama la acreeduría hipotecaria y puede proceder al remate del derecho de crédito hipotecario; en este caso ese tercero vendría a sustituir al original acreedor en las mismas condiciones en que pactó con el dueño del inmueble gravado. En vez de quedarse con el inmueble se quedaría con el crédito hipotecario original que ocupará el lugar de la hipoteca (claro está, si más adelante no se cumple con la obligación original se puede promover el remate y, en ausencia de postores, pedir que se le adjudique la finca hipotecada y rematada).

Remate. Cuando se incumple con la obligación que se garantiza, especialmente la falta de pago en tiempo, el acreedor puede promover un juicio ejecutivo en la vía de apremio. En este caso el título ejecutivo es el testimonio de la escritura donde se constituyó la hipoteca y que debe tener asentada la razón del Registro de la Propiedad. Si a requerimiento del tribunal no se hace el pago entonces se puede subastar la finca hipotecada. En el remate pueden participar terceros – postores– que cumplan con depositar la base que corresponda (inicialmente es del 10% del monto de la obligación) y se adjudica el bien a quien haga la mayor oferta. Como arriba se indica cuando se remata una primera (o única) hipoteca, todas las demás anotaciones o inscripciones que se registraron después quedan sin efecto; viene a ser como cortar una rama desde el principio; pero si es al revés, o sea que el remate es promovido por una segunda hipoteca, el acreedor al obtener el inmueble lo recibe pero con la hipoteca anterior; como si el corte se hubiera hecho a media rama, quedan vigentes las anotaciones del principio.

Vencimiento de la hipoteca. La obligación garantizada con hipoteca prescribe a los diez años contados desde el vencimiento de la obligación (856 CCi). En otras palabras, si el acreedor no demanda judicialmente su cobro dentro de los diez años de vencido el préstamo, el deudor podrá solicitar la cancelación de la hipoteca en el Registro o bien, en caso de demanda en su contra, puede argumentar esa prescripción en su defensa.

Algunas veces los acreedores hipotecarios son sorprendidos cuando se enteran que el deudor ha solicitado la cancelación de la anotación por el paso del tiempo. En todo caso 10 años es un plazo prudencial y no ejercer acción en ese tiempo implica mucho descuido.

5. OBLIGACIONES EN GENERAL

El término “**obligaciones**” viene a ser un equivalente de “compromisos”. Por cuanto las personas son libres de accionar y en uso de ese derecho pueden contraer obligaciones. Si no hubiera libertad de actuar no existiría la libre expresión y sin ella no podría haber oxígeno para que surjan los compromisos. Por eso el capítulo de **las obligaciones** ocupa lugar privilegiado dentro de esta disciplina. En ese apartado se desarrollan los temas de: las formas de obligarse, el negocio jurídico, los vicios de la declaración de voluntad y nulidades, las simulaciones, los negocios condicionales, clases de obligaciones, etc.

5.1 CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

Pago. Es por antonomasia la forma de cumplir una obligación. La entrega de la suma objeto de la obligación o la ejecución de la acción que estaba comprometida.

Pago por consignación. Los casos de consignación más comunes se presentan cuando el acreedor no quiere o no puede recibir el pago (o es desconocido el acreedor); entonces el deudor, para los efectos de “pagar en tiempo” debe depositar el dinero en un tribunal en lo que se conoce como “incidente de consignación”. Es frecuente en ocasión de arrendamientos cuando el propietario no quiere recibir determinada renta (a veces se extiende el plazo por tiempo indefinido); también se ven casos de promesas de compraventa en que el promitente comprador quiere hacer efectivo el pago dentro del tiempo estipulado en la promesa.

Pago por cesión de bienes. Cuando el acreedor se encuentre en la imposibilidad de continuar con sus negocios o de pagar sus deudas, puede solicitar el pago por cesión de bienes, que puede canalizarse de manera extrajudicial o judicial. En el primer caso las condiciones las ponen y las habrán de aceptar las partes (contractual). El pago por cesión judicial es un beneficio que se concede al deudor de buena fe que por avatares de los negocios o por causas que no le pueden ser imputadas, suspende el pago de sus deudas o está en riesgo inminente de cesar actividades. Cuando un juez aprueba esta última se separa al deudor de la administración de sus bienes (y no puede recibir pagos), y se suspenden los juicios ejecutivos que hubiere. Asimismo, los pagos que se hagan van a extinguir las deudas aunque lo que alcance cada acreedor no baste

para el pago total (es la condición o riesgo que deben aceptar voluntariamente los acreedores). Muy relacionado con este tema es el del concurso voluntario o necesario de acreedores y las quiebras, figuras que se analizan en el capítulo 8.

5.2 INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

Mora. Caer en mora es una situación desagradable. Consiste en ser incumplidor y que alguien lo señale con el dedo. La mora es una consecuencia del incumplimiento pero no necesariamente son sinónimos. Puede haber incumplimiento y no caer en mora. Hay casos en los que es necesario el requerimiento o exigencia del acreedor. La mora puede estar consignada en la ley o bien establecerse en el acuerdo o en la naturaleza de la obligación. Establecida la mora, el deudor está obligado a pagar al acreedor los daños y perjuicios resultantes del retardo. **Daños:** Pérdidas directas que el acreedor sufre en su patrimonio. **Perjuicios:** Son las ganancias lícitas que deja de percibir el acreedor.

En las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, desde el día siguiente a aquel en que venzan o sean exigibles, salvo aquellos en que expresamente se haya pactado lo contrario.

Cláusula de indemnización. Se puede fijar anticipadamente una cantidad que deberá pagar quien deje de cumplir la obligación. Esa indemnización compensa los daños y perjuicios. En algunos casos se conocen estas cláusulas como punitivas o penales.

5.3. TRANSMISIÓN DE OBLIGACIONES

Cesión de Derechos. El titular de un derecho puede cederlo (transmitirlo) a favor de un tercero. Por lo general no es necesario el consentimiento del deudor o tercero, salvo que: a) esté prohibido en ley; b) que no lo permita la naturaleza de la obligación; o c) que las partes lo hayan convenido tal como se consigna en casi todos los contratos de arrendamiento “el inquilino no podrá ceder los derechos que le otorga este contrato”. Igualmente en muchas escrituras de mutuo aparece la estipulación de que el acreedor podrá (o no podrá) ceder los derechos (de cobro) a un tercero sin aviso al deudor.

Subrogación. Cuando un tercero “compra” los derechos de acreeduría se constituye en el nuevo acreedor. En otras palabras ese tercero que hace el pago, se convierte en el nuevo acreedor, sustituye al acreedor que subroga. Por ejemplo, cuando un segundo acreedor hipotecario (segunda hipoteca) quiere ocupar el primer lugar, entonces paga la obligación al primer acreedor hipotecario y adquiere los derechos que éste tenía. Se da cuando quien paga tiene interés jurídico en que se cumpla una obligación; también cuando un heredero paga con bienes propios deudas de la herencia.

Transmisión de Deudas: Es parecido al caso anterior solo que en vez de cambiar la figura del acreedor cambia la figura del deudor. El deudor original “traslada” la obligación a un tercero que se convierte en el nuevo deudor; puede convenirse entre el acreedor y el tercero, o entre el deudor y el tercero en cuyo caso debe consentirlo el acreedor tácita o expresamente—. Es tácito cuando acepta pagos en su propio nombre por parte del nuevo deudor.

5.4 EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES

En la parte inicial de la secuencia jurídica están las formas de crear obligaciones; en el extremo opuesto están las figuras de extinción de obligaciones. Aunque el pago, arriba visto, pone fin a una obligación, se le considera una forma por antonomasia de cumplir la obligación más que de extinguirla. El Código contempla los casos de extinciones: compensación, novación, remisión, confusión y prescripción. De esos casos vale comentar:

Novación. Hay novación cuando las partes alteran substancialmente la obligación original y la sustituyen por otra. Es claro que se termina el compromiso inicial y surge una nueva obligación. Al extinguirse la primera obligación se terminan también las garantías originales. La sola reducción del plazo no constituye novación pero no podrá cobrarse a los fiadores que no hayan aceptado la novación. Tampoco constituye novación la reducción del tipo de interés y la reducción de rentas. En los préstamos es común que se amplíe el plazo, en tal caso no se opera una novación porque no se modifica la obligación principal solamente se modifica una de sus condiciones como es el plazo.

Prescripción Extintiva. La prescripción es una forma legal de: a) de adquirir o b) perder derechos, por el mero transcurso del tiempo. De las dos variantes la más común es la prescripción **negativa** por cuyo medio caducan algunos derechos que “se dejan al tiempo”. Como ejemplo de la prescripción **negativa**

están los comerciantes que no cobran sus facturas en dos años pierden el derecho a reclamar los montos adeudados. El ejemplo más común de la prescripción **positiva** es la titulación supletoria.

El avance implacable del calendario se interrumpe con una demanda judicial debidamente notificada. También se detiene la prescripción si el deudor reconoce el derecho del acreedor o si hace pago de intereses o amortizaciones (en estos dos últimos casos el plazo vuelve a contarse a partir de ese acto de interrupción).

En materia laboral, la prescripción para reclamar por indemnización prescribe en 30 días hábiles pero se suspende por reclamo ante la Inspección General de Trabajo o demanda judicial (260 y 266 CT).

La responsabilidad civil proveniente de delito o falta y la que nace de los daños o perjuicios prescribe en un año contados a partir de la sentencia condenatoria o desde que se causó el daño. Prescriben en **dos años**, además de los derechos de todos los comerciantes de cobrar el precio de los objetos vendidos o servicios (1514 CCi); los honorarios, los sueldos; asimismo las pensiones, rentas y otros pagos periódicos y los derechos laborales a las prestaciones irrenunciables (salario, aguinaldo, bono 14, comisiones).

6. EL CONTRATO CIVIL

El contrato es como la célula que forma tejidos y luego se integran los órganos y finalmente los organismos. Es como el ladrillo del edificio que constituye el derecho civil. Es el punto de partida de todas las instituciones que se comprenden dentro de esta disciplina jurídica. Si no hubiera contratos no habría operaciones ni negocios.

6.1. CONCEPTO DE CONTRATO

El artículo 1517 del Código Civil indica que hay contrato cuando dos o más personas, en estos casos dos comerciantes, convienen en crear, modificar o extinguir (dejar sin efecto) una obligación.

Un contrato civil queda perfecto, es decir, surge a la vida jurídica con el simple consentimiento de las partes, excepto en aquellos contratos en los que la

ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez (celebración en escritura pública, entregar el bien, etcétera). Por lo tanto basta en principio que el comerciante manifieste su acuerdo con una propuesta para que el contrato haya surgido.

6.2 CUMPLIMIENTO DE BUENA FE

Como en toda otra actuación personal en la que haya comprometido su palabra, el empresario debe cumplir fielmente con lo pactado. Al igual que en los contratos mercantiles, en los contratos civiles las partes se obligan a ejecutar lo convenido y a actuar bajo el principio de buena fe y según la común intención de las partes (1519 CCi).

La persona que aprovechándose de la posición que ocupe, o la necesidad, inexperiencia o ignorancia de la otra parte induciéndola a conceder ventajas usurarias o a contraer obligaciones notoriamente perjudiciales a sus intereses, queda obligada a devolver lo recibido, con los daños y perjuicios, una vez declarada judicialmente la nulidad del convenio. (1542 del Código Civil). En esta disposición vislumbran a lo lejos normas tutelares que son propias del Derecho de Trabajo.

6.3 FORMA DE LOS CONTRATOS

Las personas en general, y entre ellos los empresarios, pueden contratar y obligarse por los siguientes medios que contempla el Código Civil (1574), sin embargo la actividad mercantil es específica y privilegiada en cuanto a que la ley procura facilitar los negocios y fomentar la buena fe comercial. En términos generales los medios para contratar y obligarse son:

1. Por **escritura pública** que consiste en un documento público que autoriza un Notario Público e impreso en papel especial, numerado y controlado, llamado Protocolo y que tiene en exclusiva y bajo su custodia cada Notario. Cuando se trate de una operación que debe registrarse en un registro público (de la Propiedad, Propiedad Industrial, Registro Civil o Registro Mercantil), los mismos deben documentarse en escritura pública (Artículo 1576. del Código Civil). Por ejemplo, los juicios ejecutivos más expeditos son los ejecutivos en la “vía de apremio” que requieren de una hipoteca misma que debe anotarse en el Registro de la Propiedad por ende los créditos hipotecarios deben constar en escritura pública.

Lo que viene a ser el “documento original”, donde se estampan las firmas, queda en registro del Notario quien solo les puede extender a los interesados un **testimonio**, copias legalizadas o copias simples. Para registrar una operación en uno de los arriba mencionados registros se tiene que entregar un testimonio que debe llevar ciertas formalidades y cubrir los impuestos a que el acto estuviere sujeto.

2. Por **documento privado**. Esto es en un papel cuyo contenido pueden elaborar los mismos contratantes. Deben aparecer las firmas, ya sea de manera simple o bien, para mayor formalidad, con legalización; en este segundo caso se requiere de la actuación de Notario para certificar las firmas y comúnmente es quien redacta el documento.
3. Por **acta** levantada ante el alcalde del lugar. Esta variante ya no es tan común como antes, sobre todo en los poblados donde no había Notarios; en esos casos casi siempre se relacionaban con aspectos de inmuebles o de ganados.
4. Por **correspondencia**. A esta variante debe agregarse lo relativo al correo electrónico; tomando en cuenta que los contratos mercantiles deben ser más ágiles y aceptados de buena fe. Ya se admite la firma electrónica.
5. **Verbalmente**. Esta forma es muy común en cuestiones de poca monta. Por ello la ley establece que los contratos civiles mayores de Q 300 y los mercantiles mayores de Q 1,000 deben formalizarse por escrito (cantidades ya muy desactualizadas); a contrario sentido se entiende que contratos menores de esas sumas pueden ser verbales. Sin embargo son comunes las operaciones mayores que se cierran a la pura palabra en cuyos casos pueden surgir problemas al darse un incumplimiento en lo referente a probar cuáles eran las reales condiciones que se pactaron.

Art. 671. Formalidades de los contratos. Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. (...) Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.”

En todo caso, siempre es recomendable que el empresario obtenga el consejo de su asesor legal para que le indique la mejor forma de realizar el contrato según sus intereses y la importancia del negocio.

6.4. DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR

El comerciante en ocasión del desempeño de su profesión, celebra distintos negocios o contratos. El Código Civil contiene disposiciones acerca de varios de ellos, como la compraventa, donación, arrendamiento y depósito, entre otros. Claramente el más común es la compraventa. A continuación se analizan los aspectos más importantes de algunos de los contratos comprendidos en el Código Civil y que se encuentran relacionados con la actividad del empresario.

Compraventa. Es sin duda alguna el contrato más común que realiza todo comerciante. Es también una operación muy conocida en el trato diario entre particulares. Por lo tanto se contempla tanto en el CCi como en el CCo. En el Código Civil se regula aspectos generales de las compraventas y en el de Comercio se definen con más detalle detalles propios de la compraventa comercial como Por ejemplo, las cosas en tránsito, las variantes Libre a bordo (FOB), Costado del buque (FAS), Costo seguro y flete (CIF), que son propias del acuerdo mercantil.

Arrendamiento. Cuando va a establecer un negocio el comerciante por lo general tiene que alquilar un local ya sea para oficinas, bodegas, fábricas o lugar de atención al público. Para mayor formalidad el arrendamiento se documenta por escritura pública aunque solo es obligatorio hacerlo cuando el arrendamiento es por un plazo de 3 o más años. Para garantía del propietario se solicita un fiador o una fianza emitida por una entidad autorizada. Al vencimiento del plazo corriente debe hacerse constar expresamente –y por escrito– lo relativo a una nueva extensión o plazo; si se vence el plazo original y el propietario recibe el pago del siguiente período (mes), entonces el arrendamiento se prolonga de manera indefinida. En caso el dueño no quiera recibir una renta se acostumbra consignar (ver arriba consignación) el dinero en un tribunal de lo civil.

Contra pago de cada mensualidad debe extenderse la factura correspondiente (que debe incluir el impuesto del IVA) como único medio que garantiza al arrendatario la realización de ese pago. Se presume que la aceptación o recibo de un determinado mes supone el pago de los meses anteriores.

Opción y Promesa de Venta. Estos contratos son comunes en operaciones sobre inmuebles. La forma unilateral es la **opción** por cuyo medio un propietario ofrece vender un inmueble bajo ciertas condiciones en un determinado plazo; en otras palabras el potencial comprador tiene la opción de hacerlo o no. Equivale a una promesa **unilateral**.

En cambio por medio de la promesa **bilateral**, que es más común, las dos partes se comprometen: uno se obliga a vender y el otro a comprar, al punto de que si alguno incumple entonces se aplican las disposiciones del contrato o de ley en el sentido de obligar al vendedor a que se realice la venta o por el contrario, retener las arras que el comprador haya anticipado. En otras palabras, si el promitente comprador se niega a escriturar la venta entonces el promitente comprador puede acudir ante juez para obligarlo; si el promitente comprador no quiere, o no puede realizar la compra, entonces como castigo el promitente vendedor se queda con las arras convenidas y con ello se desligan de todo compromiso.

Mutuo. Es uno de las operaciones contractuales más difundidas. De alguna u otra forma casi todos los empresarios han recibido alguna vez dinero o eventualmente lo han dado. Se le conoce más como “préstamo” o “crédito”. Por lo general se realizan con instituciones financieras (bancos) aunque es común también entre particulares. Los bancos tienen una normativa específica en cuanto a los procesos de otorgamiento de créditos y condiciones especiales que les benefician para la ejecución y remate en caso de incumplimiento. Cuando hablamos de un préstamo lo asociamos con la idea de la **garantía**, la que puede ser: a) personal, o b) real. En el primer caso la garantía es la confianza en el buen nombre y reputación del deudor, por eso también se le conoce como **garantía fiduciaria**; la garantía es **real** cuando quien responde no es tanto la fama y palabra del deudor sino que algún bien que se haya dado para responder en caso de incumplimiento; si el bien es un inmueble estamos hablando de **hipoteca** y si es mueble entonces es **prenda**.

Obra. Es el tipo de contrato que se emplea en el ámbito de la construcción aunque no se limita a ese contexto. El contratista se compromete a ejecutar y entregar una obra que le encarga otra persona, mediante un precio previamente determinado.

El riesgo de la obra correrá a cargo del contratista o empresario hasta el momento de la entrega. Es corriente la realización de **licitación** previa en la que los interesados recogen las bases del concurso y hacen sus ofertas; en estos casos si se ha invitado a varios constructores para hacer planos, diseños o presupuestos, con el objeto de escoger el que parezca mejor, y están aquellos sabidos de esta circunstancia, no tienen derecho a cobrar honorarios, salvo ofrecimiento o convenio en contrario. (2002 CCI). La licitación es necesaria en contrataciones con el Estado como se expone en el Capítulo 7.

El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra con su trabajo o con su material, y éstos no tendrán acción contra el dueño sino hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando se hace la reclamación. Esta situación se invoca en algunas demandas laborales en las que el contratista deja de pagarle a los trabajadores.

El contratista es responsable de la infracción de leyes y reglamentos administrativos y municipales, referentes a la obra que se le encomendó y de todo daño o perjuicio que por la construcción se cause a terceros.

Mandato. Son muy frecuentes los mandatos o poderes, tanto a nivel **personal** como **comercial**. En el primer caso el mandante otorga mandato a favor de un familiar para que en su nombre realice determinadas gestiones; puede ser que se encuentre de viaje, enfermo o sea muy ocupado en otras actividades. En el ámbito comercial generalmente lo otorga una sociedad anónima a favor de un abogado para que la represente en determinados trámites administrativos o, sobre todo, judiciales –mandato judicial con representación–. En cualquiera de los casos el testimonio del mandato debe inscribirse en el Archivo General de Protocolos. En el Capítulo 3 se detallan las diferentes formas de representación de una sociedad mercantil, entre ellas los mandatos y sobre todo el mandato judicial.