

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE TIEMPO COMPARTIDO
Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA.**

JAIME DANIEL HUINAC VÁSQUEZ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2005

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE TIEMPO COMPARTIDO
Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

JAIME DANIEL HUINAC VÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2005

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V:	Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMÉN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. María Elisa Sandoval de Aqueche
Vocal:	Lic. Vladimiro Gilielmo Rivera Montealegre
Secretario:	Lic. Héctor René Marroquín Aceituno

Segunda Fase:

Presidente:	Licda. Aura Marina Chang Contreras
Vocal:	Lic. José Eduardo Cojulún Sánchez
Secretario:	Lic. Héctor Antonio Roldán Cabrera

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 25 del reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis lo realicé debido a que el Contrato de Tiempo Compartido no ha sido debidamente conocido, desarrollado y estudiado en nuestro país, ya que la percepción que se tiene, es que es un contrato atípico mercantil más, es decir uno de entre los contratos mercantiles atípicos de menor importancia y a criterio personal del sustentante no debiera de ser así ya que el mismo también es aplicable en la ciudad de Guatemala.

En ese orden de ideas el presente trabajo ilustra en cuatro capítulos los temas siguientes: el derecho mercantil; el contrato mercantil; los contratos típicos y atípicos; y, el contrato de tiempo compartido, siendo su objetivo principal estudiar los fundamentos del contrato de tiempo compartido; analizar y describir el origen del contrato de tiempo compartido; estudiar lo relacionado a la contratación mercantil tanto típica como atípica; así como analizar la diferencia entre el contrato típico y atípico. Para lograr lo anterior utilizare la inducción, así como el análisis, para lograr el desarrollo del presente trabajo.

El contrato de tiempo compartido es el desarrollado en el presente trabajo de tesis, con lo cual espero hacer mi aporte a la comunidad jurídica guatemalteca y sirva de consulta tanto para estudiantes y profesionales.

ACTO QUE DEDICO:

A Dios: Quien me ha guiado y protegido, gracias por su bendición, misericordia e iluminación para alcanzar este triunfo.

A mis padres: Teófilo Huinac Pérez
Martha Julia Vásquez
Por su amor, apoyo incondicional y ejemplo, que Dios los bendiga.

A mi esposa: Aída Verónica Orozco Juárez
Por su amor y paciencia.

A mis hijos: Edwin Estuardo y Ana Gabriela
Con mucho amor.

A mis hermanos:
Nancy Carolina y Sergio Aníbal
Con amor fraternal.

A mis amigos: Gracias a todos.

A mis compañeros de trabajo:
Gracias por su amistad.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala:
Casa de estudios que me ha formado, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil	01
1.1. Evolución histórica	01
1.2. Definición	11
1.3. Fuentes del derecho mercantil	14
1.4. Características del derecho mercantil	17
1.5. Principios	18

CAPÍTULO II

2. El contrato mercantil	19
2.1. Definición	19
2.2. Principios de los contratos	20
2.3. Características del contrato mercantil	21
2.4. Clasificación de los contratos	21
2.5. Diferencias con el contrato civil	28

CAPÍTULO III

3. Contratos típicos y atípicos	31
3.1. Definición	32
3.2. Características	32
3.3. Regulación legal	34
3.4. Diferencias	37
3.5. Ventajas y desventajas	37
3.6. Enumeración de contratos típicos y atípicos	38

CAPÍTULO IV

4. El contrato de tiempo compartido.....	41
4.1 Definición.....	41
4.2 Características.....	43
4.3 Naturaleza jurídica.....	45
4.4 Analogía con otro tipo de contratos.....	47
4.5 Elementos.....	48
4.6 El tiempo compartido y la hotelería.....	52
4.7 Tipos de tiempo compartido.....	52
4.8 Aplicación en la ciudad de Guatemala.....	56
CONCLUSIONES.....	57
RECOMENDACIONES.....	58
BIBLIOGRAFÍA.....	59

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil

1.1 Evolución histórica

Para tratar el tema del derecho mercantil, como disciplina independiente debemos de ubicarnos en el espacio y en el tiempo en las distintas etapas históricas de la evolución del hombre y por lógica en la evolución del derecho, tan es así que se dice “El concepto y el contenido del derecho mercantil como disciplina científica y académica son cuestiones debatidas. Pero no son pura elubricación, porque conforman las ideas-fuerza necesarias para la aplicación práctica del derecho.”¹

En los sistemas jurídicos muy antiguos se encuentran preceptos que se refieren al comercio y que por lo tanto constituyen gérmenes del derecho mercantil.

Haciendo un recuento dentro de la historia del derecho mercantil mencionaremos a las leyes rodias, que nacieron en la isla de rodas, habitada por un pueblo heleno, donde la legislación con respecto al comercio marítimo fue excelente a través de su incorporación en el derecho romano las leyes rodias han ejercido un influjo que perdura hasta nuestros días.

La caída del imperio romano de occidente vino a agravar las condiciones de inseguridad social creadas por las frecuentes incursiones de los bárbaros que la precedieron, inseguridad social que produjo la mas completa decadencia de las actividades comerciales.

El comercio resurgió a consecuencia de las cruzadas, que no solo abrieron vías de comunicación con el cercano oriente, sino que provocaron un intercambio de los

¹ Vicent Chuliá, Francisco, **Introducción al derecho mercantil**, pág. 30.

productos de los distintos países europeos.

Este florecimiento del comercio ocurrió en condiciones políticas y jurídicas muy distintas a las que habían prevalecido en roma.

Los gremios de comerciantes establecieron tribunales encargados de dirimir las controversias entre sus agremiados sin las formalidades del procedimiento, y sin explicar las normas del derecho común, sino los usos y costumbres de los mercaderes; así fue creándose un derecho de origen consuetudinario e inspirado en la satisfacción de las peculiares necesidades del comercio.

En el derecho mercantil medieval, se encuentra el origen de muchas instituciones comerciales contemporáneas el registro de comercio, las sociedades mercantiles, la letra de cambio, etc. La formación del derecho mercantil explica que fuera predominantemente un derecho subjetivo, cuya aplicación se limitaba a la clase de los comerciantes, pero desde un principio se introdujo un elemento objetivo que es la referencia al comercio, pues a la jurisdicción mercantil no se sometían sino los casos que tenían conexión con el comercio.

Se considera que “el derecho mercantil en sus orígenes fue una *creación cultural* de la burguesía comercial de las ciudades-estado de la baja edad media (siglos XI-XIII), en torno a la venta interlocal de mercaderías, la expedición o aventura marítima y el cambio de monedas; un *derecho de formación consuetudinaria*, recogido luego por escrito en los Estatutos de las Corporaciones de Mercaderes y de las ciudades y más tarde en los *Códigos de comercio*, que, probablemente, repetimos, están llamados a desaparecer.”.²

La creación de los grandes Estados nacionales al comenzar la edad moderna va aparejada, como es obvio, a la decadencia de los gremios de mercaderes que habían

² **Ibid.** Pág. 32

llegado a asumir facultades propias del poder publico.

Un acontecimiento de gran importancia en la historia del derecho mercantil es la promulgación por Napoleón del Código del comercio francés, que entro en vigor en el año de 1808. Con este Código se vuelve predominante objetivo realizar actos de comercio, y no la cualidad de comerciante, lo que termina la competencia de los tribunales mercantiles y la aplicación del Código, pero el elemento subjetivo no deja de influir en cuanto se presumen mercantiles los actos realizados por un comerciante.

Existe también el Código de comercio para el imperio alemán, que entro en vigor en el año de 1900 y este se encarga de regir a los comerciantes: por lo que se hace predominante el carácter subjetivo que había tenido en sus principios el derecho mercantil.

En la historia del derecho mercantil vuelven a aparecer los caracteres que se habían presentado en sus orígenes: derecho privado unificado como en Roma; derecho subjetivo como en el medioevo.

En la nueva España, se imitaron las instituciones jurídico comerciales de la metrópoli, y hacia el año de 1581 los mercaderes de la ciudad de México construyeron su universidad que fue autorizada por real cédula de Felipe II. El consulado tenia funciones administrativas, para la protección y fomento del comercial, y en ejercicio de ellas llevo a termino las empresas de utilidad social (canales, carreteras, edificios) y sostuvo un regimiento, la designación de cuyos jefes y oficiales eran atribución del propio consulado.

El 22 de agosto de 1885, se promulgó un nuevo Código, que habría de entrar en vigor en todos los territorios del reino de España, el 1 de enero de 1886.

La evolución histórica nos lleva a la conclusión de que atendiendo a la manera en que cada derecho positivo enfoca la regulación de las relaciones comerciales, pueden

distinguirse dos tipos fundamentales de sistemas jurídicos, a saber: países de derecho privado unificado y países de derecho privado diferenciado en derecho civil y mercantil.

Dentro de los países cuyo derecho privado es único, cabe distinguir aquellos en los cuales, por tener en ellos preponderancia el derecho consuetudinario la unidad proviene de la costumbre, que no ha separado lo comercial de lo civil, de aquellos otros en los cuales la ley es fuente única, en la creación del derecho, por lo cual la unidad es producto de un acto legislativo, y representa así más que falta de distinción, la fusión de dos ramas preexistentes. En el primer caso se encuentran los Estados Unidos e Inglaterra, por esta razón se le llama de tipo anglosajón a los sistemas jurídicos que ofrecen tales caracteres. Fue en Suiza donde se dictó primero un Código de obligaciones aplicable tanto en la materia civil como en la mercantil.

Hasta ahora se han considerado tipos jurídicos históricamente realizados, pero cabe añadir una variante al tipo subjetivo, la que se basara no en la figura del comerciante, sino en la empresa. Dentro del tipo objetivo puede distinguirse el que se basa en el acto de comercio, que abarca los tres subtipos, y el que se fundara en la cosa mercantil.

Etapas históricas

Edad antigua.

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las pocas y lugares. Por ello aún en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones a que aquella actividad da origen. Así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Cartago, etc.

Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no existía un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil. Es decir, no existía un derecho mercantil como hoy lo

entendemos, sino tan solo normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

Entre esas normas los autores hacen especial mención de las llamadas "leyes rodias" (de la isla de Rodas), que en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de usos sobre el comercio marítimo. Esas "leyes" han alcanzado fama a través de su incorporación al derecho romano.

Derecho romano.

Tampoco puede hablarse de la existencia de un derecho mercantil especial o autónomo en el sistema jurídico de Roma. Roma no conoció un derecho mercantil como una rama distinta y separada en el tronco único del derecho privado (*ius civile*), entre otras razones, porque a través de la actividad del pretor fue posible adaptar ese derecho a las necesidades del tráfico comercial.

Edad media.

El derecho mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la edad media y es de origen consuetudinario. El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el derecho común era incapaz de regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio.

El nacimiento del derecho mercantil como tal, está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase. Las corporaciones perfectamente organizadas, no solo estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que

además instituyeron tribunales de mercaderes (jurisdicción consular), que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio.

Es así que en el seno de los gremios y corporaciones, principalmente en las florecientes ciudades medievales italianas, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles, normas de origen consuetudinario, que son aplicadas por los cónsules, órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones.

Estas normas consuetudinarias y las decisiones mismas de los tribunales consulares, fueron recopiladas en forma más o menos sistemática, llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la época.

Edad moderna.

Fue en Francia donde propiamente se comenzó no solo a comprender y sentir la necesidad reclamada por la actividad del comercio, sino también se satisfizo cumplidamente, asentando la piedra angular sobre que se ha levantado el edificio del moderno derecho mercantil, el que desde entonces, emancipándose completamente del derecho civil, del derecho común y de los derechos forales, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino que tiende a obtener un carácter de universalidad internacional, llegando su influencia, como es natural, hasta modificar los preceptos del derecho civil de cada pueblo, pues el cotejo de los diversos Códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen inflexiblemente a correcciones del derecho civil, que de todas maneras tiene que estar en armonía con el derecho mercantil de cada Estado.

Un gran número de Estados redactaron legislaciones similares para regular la materia

que nos compete. Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del derecho mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca. Sobre todo la materia de la legislación comparada adquirió, como era de esperarse, un gran desarrollo, pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que el derecho mercantil, reflejo de las necesidades del comercio, tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas, esa universalidad de principios que exige el cosmopolitismo del tráfico en sus diversas manifestaciones. Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el derecho de las distintas naciones, como sucede en lo relativo a las letras de cambio entre muchos otros aspectos.

Con motivo de la necesidad de uniformar por lo menos ciertos aspectos del derecho mercantil entre las diversas naciones se comenzaron a celebrar congresos y conferencias entre estas para llegar a acuerdos y tratados. Siendo la primera de ellas la reunión en Berna en 1878, a la cual le han seguido innumerables intentos a través del tiempo con el fin de lograr la tan deseada obtención de acuerdos que produzcan la uniformidad tan necesaria en materias mercantiles.

Codificación del derecho mercantil.

Edad antigua.

El nacimiento del derecho mercantil, el cual casi nada debe ni a la antigüedad ni a la legislación romana, debiendo considerarse más bien como una creación de los tiempos modernos, apenas preparadas por algunas costumbres introducidas en la edad media.

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares, aun en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al

comercio, así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Cartago, etc. Sin embargo en estos pueblos solo se encontraron normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

El primer cuerpo de derecho mercantil de que nos habla la historia, son las leyes marítimas de los rodios. Estas leyes que llegaron a formar un cuerpo de legislación reguladora del comercio marítimo, en el que ocupa el primer lugar tres siglos antes de Cristo en todo el mediterráneo, por este motivo, esta legislación debió haber ejercido grande influencia sobre la de los demás pueblos marítimos y muy particularmente en el derecho de los romanos, con quienes los rhodios cultivaron relaciones pacíficas, hasta que la isla fue reducida a provincia romana, sin embargo, fuera de los fragmentos que de esa legislación rodia existen en los monumentos del derecho romano, ningún otro documento se creó.

Edad media.

Derrumbado el imperio romano de occidente y durante toda la era de las invasiones, la anarquía mas espantosa se enseñoreó de Europa y ante las nuevas condiciones de vida (como el feudalismo) el magistral derecho romano, resulto insuficiente; surgió entonces, un nuevo derecho, constituido primero por la costumbre, cristalizado después en ciertas leyes escritas, que recibieron el nombre de estatutos, y cuyo conjunto forma el llamado derecho estatutario el cual sentó algunas de las bases sobre las cuales se cimentó más adelante el derecho mercantil cómo tal.

La necesidad de someter las costumbres a las formas precisas del derecho escrito, se deja sentir principalmente en el comercio de mar, y ello explica que a este se refieran las compilaciones más importantes y de observancia más general que entonces se formaron.

El consulado del mar es un conjunto de reglas a que los cónsules, o sea los jueces en asuntos marítimos deban ajustar sus decisiones, esta compilación alcanzó una autoridad célebre. No se conoce a punto fijo la fecha en que esta colección fue redactada, aunque los más suponen que lo fue en el siglo XIII. Marsella y Barcelona se disputan el lugar de su nacimiento, pero es muy probable que su origen sea barcelonés; esta obra en definitiva fue una reproducción de las costumbres vigentes en todos los países ribereños del mediterráneo y por esto fue aplicado por largos años en los puertos del mediterráneo occidental.

Si el consulado del mar contenía el derecho vigente en el mediterráneo, el del océano se consignó en los juicios o roles de oleron, escritos al parecer en el siglo XII por un escribano del tribunal marítimo de la isla de oleron que tenía a su cargo registrar las sentencias del tribunal en rollos de pergamino (de ahí viene el nombre de roles con que esta colección es designada) y aunque si regularon el comercio marítimo, sobre todo en la costa atlántica francesa, dista mucho en importancia con el consulado del mar.

Durante el siglo XV surgió una compilación con el nombre de leyes de wisby aparentemente escrita en la isla de Gothland, cuya influencia se limitó a los mares del norte, más específicamente a los de Suecia y Dinamarca, esta obra realizada por los negociantes y patronos de barcos de esa isla dista de ser original ya que mas bien es una adaptación o traducción de los roles, y por esto su importancia es mínima en comparación con estos y con el consulado.

Ya para finales de la edad media en el siglo XVI un autor desconocido redactó en Ruán una compilación conocida como el guidon de la mer; esta obra no es como las anteriores una exposición integral concerniente al derecho marítimo, pues tiene como especial objeto reglamentar el contrato de seguro, que sin duda había adquirido un gran desarrollo después de las compilaciones antes referidas, que no lo mencionan para nada.

En España surgieron legislaciones en esta materia a manera de ordenanzas, como son las de Burgos (1538), Sevilla (1554) y más tarde las de Bilbao (1737).

Ninguna de las compilaciones antes mencionadas tuvo fuerza obligatoria, en cuanto a que no eran sancionadas por el poder público. El derecho, aunque ya formulado por escrito, sigue siendo consuetudinario, como lo demuestra la forma misma de redacción de estas colecciones. La principal de ellas el consulado del mar, sólo contiene definiciones, ejemplos, razones, como una obra doctrinal en que se consignan y explican al mismo tiempo los usos existentes. No hay allí ninguna regla con carácter de mandato.

Edad moderna.

Con el descubrimiento de América y el paso hacia las Indias Occidentales por el cabo de buena esperanza la actividad comercial abandona el mediterráneo la prosperidad de las repúblicas italianas declina rápidamente y los Estados occidentales (España, Portugal, Francia, Holanda y Gran Bretaña) pasan a ocupar en los vastos dominios del comercio un lugar de primer orden gracias a los felices atrevimientos de sus navegantes.

Francia se preocupó con este movimiento para encauzarlo y protegerlo por medio de sus leyes; as lo atestiguan sus ordenanzas principalmente las de Colbert (code merchant) las cuales en 1673 comenzaron a regular el comercio terrestre y a partir de 1681 la segunda parte de estas ordenanzas rigió el comercio marítimo, siendo ambas verdaderos Códigos de derecho mercantil. Estas grandes obras trajeron consigo que los demás Estados comenzaran a legislar en materia mercantil surgiendo así los primeros pasos firmes de la codificación en este ramo.

La promulgación del Código de comercio francés de 1808 cambia radicalmente el

sistema del derecho mercantil porque, inspirado en los principios del liberalismo, lo concibe no como un derecho de una clase determinada (la de los comerciantes), sino como un derecho regulador de una categoría especial de actos: los actos de comercio. Esto es, ese ordenamiento pretende dar al derecho mercantil una base objetiva, que deriva de la naturaleza comercial intrínseca de los actos a los que se aplica.

A imagen y semejanza del Código francés, los demás Estados europeos promulgaron sus respectivos Códigos de comercio, también sobre una base objetiva. Este Código francés fue un "Código de exportación", como todas las leyes napoleónicas.

España en 1829, promulgó el Código obra de Pedro Sainz de Andino el cual refleja una clara influencia del Código de Napoleón; este fue sustituido en 1885.

En Italia, el Código Albertino de 1829 fue sustituido por el de 1865, y este por el de 1882, derogado por el Código Civil de 1984 que consagra la unificación del derecho privado italiano.

En Alemania, al Código de comercio de 1861 sigue el de 1900, que vuelve en cierta forma al sistema subjetivo, para configurar nuevamente al derecho mercantil tomando como base al comerciante.

Por último merece citarse el Código de las obligaciones suizo de 1911, que regula conjuntamente las materias civil y mercantil.

1.2 Definición

El derecho mercantil es una rama del derecho privado que tiene por objeto regular las

relaciones entre los comerciantes y entre aquellas personas que sin ser comerciantes ejecutan actos de comercio, es aquel que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de las industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio impropios), que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones. También se le puede denominar derecho comercial.

Es importante señalar, en una forma general, puede afirmarse que en el Código de comercio de Guatemala, se delimita la materia mercantil en función de los actos calificados legalmente como los actos de comercio. La mercantilidad de una relación o de un acto encuentra su fundamento en una noción objetiva el acto de comercio.

Por lo tanto el derecho mercantil se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y los comerciantes en el ejercicio de su profesión. El ordenamiento jurídico mercantil, es decir las leyes mercantiles, legislan acerca de los sujetos que ejercen el comercio (comerciantes) y de las cosas objeto del comercio (moneda, empresas, títulos de crédito, mercancías, sociedades, etc.) con el fin de que todas esas instituciones deriven del poder público para hacerlas efectivas.

El comercio es el conjunto de actividades que afectan la circulación de los bienes entre productores y consumidores. Es decir, es una negociación que se lleva a cabo al vender, compra o permutar servicios o mercancías.

El derecho de manera general (y tradicional) se divide en público y privado, y el derecho privado está formado a su vez por otras disciplinas entre las que destacan la materia civil y la materia mercantil y solo para clarificar las cosas decimos que forma parte del derecho privado ya que ambos disciplinan relaciones entre particulares, es decir, entre

personas desprovistas del ius imperium.

Para atender de una manera adecuada al derecho mercantil, es necesario ubicarlo en el campo de conocimiento, que nos atañe en el presente tema, siendo el sentido legal, claro que observando el método adecuado para desentrañar dicho sentido. Así necesitamos saber la esencia del conocimiento que nos interesa, de tal manera que el derecho mercantil, regula las actividades de comercio pero "ni todo derecho de comercio es derecho mercantil, ni todo derecho mercantil es referente al derecho del comercio".

El derecho mercantil no se agota con el tráfico de mercaderías, en atención a la actividad del comerciante o a este, ya que abarca a muchos más elementos como la empresa, la prestación de servicios, etc. Observamos que la manera de establecer una distinción adecuada es determinarlo en función de una conceptualización del comercio, obviamente desde el punto de vista legal. Por lo que toca al derecho positivo precisar su sentido, sin embargo esto no se deja al arbitrio de los legisladores, sino que depende de principios fundamentados por leyes anteriores, los usos y costumbres.

Da tal forma para poder conceptuar al derecho mercantil se deben tomar los siguientes elementos, sin olvidar la esencia coercitiva del derecho:

- Los sujetos que participen directamente en el derecho mercantil, como comerciantes, banqueros, etc., con las excepciones marcadas en el Código de comercio.
- Por el objeto, llamado cosa mercantil, por ejemplo, los buques mercantes o títulos de valor.
- Por la finalidad del acto que consiste en el cambio de mercancías o servicios.
- Y, por los actos constitutivos de las sociedades mercantiles.

Cuando nos referimos al derecho mercantil conceptualizándolo como derecho del comercio, nos encontramos en un error garrafal porque el derecho mercantil comprende

algo más que las relaciones jurídicas comerciales, también está conformado por instituciones jurídicas que de ninguna forma persiguen una finalidad comercial.

El derecho mercantil no ha sido obra de legisladores y juristas sino que apareció y se desarrolló de forma empírica para satisfacer necesidades de las personas que se dedicaban habitualmente al comercio, resolviendo con ello las deficiencias del derecho común.

En este orden de ideas el derecho público mercantil tiene que ocuparse de todo lo relativo:

- A los principios constitucionales que se refieran a la libertad mercantil.
- A la legislación sobre impuestos que graviten sobre el comercio interior y exterior.
- A las leyes que determinen los límites que por motivo de interés público, bien o mal entendido, restrinjan la libertad de comercio o le concedan privilegios o franquicias.
- A las leyes que establecen autoridades, corporaciones o funcionarios encargados de intervenir oficialmente en los diversos ramos de la actividad comercial.
- A las instituciones no oficiales, aunque si autorizadas, permitidas o reconocidas por la ley y que se dedican, ya a grandes operaciones mercantiles, ya a desempeñar funciones reguladoras del comercio o servir de intermediario entre el comercio y el gobierno o sus agentes; y
- Al derecho marítimo y a la legislación internacional en materia de comercio.

1.3 Fuentes del derecho mercantil

La teoría general del derecho enseña la existencia de tres clases de fuentes: formales, materiales e históricas o cognoscitivas.

Suelen señalarse como fuentes formales del derecho la legislación, la costumbre y la jurisprudencia.

La fuente por excelencia del derecho comercial es la legislación mercantil. Una ley tiene carácter de mercantil no solo cuando el legislador se lo ha dado explícitamente, sino también cuando recae sobre materia que por la propia ley o por otra diversa, ha sido declarada comercial.

Como toda legislación, la mercantil presenta lagunas, hay casos no previstos por el legislador y que no pueden ser resueltas mediante la aplicación de los preceptos legales.

Unánimemente se distingue la doctrina entre usos mercantiles generales y especiales: aquellos son practicados por todo el comercio: estos los que solo se siguen en determinados ramos de el. En caso de divergencia entre ellos prevalece el uso especial sobre el general, regla que es sino un reflejo de la aplicable, en caso análogo, a las leyes.

Así como los usos especiales tienen primacía sobre los generales, los usos locales deben preferirse a los regionales o nacionales, pues no podrían éstos aplicarse en un lugar en donde no se practican, sino que se observa un diverso uso peculiar.

Son fuentes materiales del derecho la doctrina, las leyes extranjeras y la naturaleza de los hechos, que para algunos se pueden confundir como fuentes formales.

Se pueden considerar entre las fuentes materiales los principios generales del derecho, ya que son los supuestos en que descansa todo el edificio de la legislación vigente y que necesariamente han de influir en el sentido de las nuevas formas jurídicas.

Entendemos por fuente de donde brota surge o nace. Por lo que las fuentes del derecho mercantil son aquellas que procuran el nacimiento de normas; sin embargo, dichas no son exclusivas del derecho mercantil.

Debemos partir forzosamente de la distinción entre "fuente material" (elemento que contribuye a la creación del derecho: convicción jurídica de los comerciantes, tradición, naturaleza de las cosas y otros factores morales, económicos, políticos, etc.) y "fuente formal", o sea la forma externa de manifestarse el derecho positivo.

Acotado así el tema, no puede haber en realidad una teoría propia de las fuentes del derecho mercantil, porque este derecho no ofrece formas especiales de manifestación, distintas de las del derecho Civil; tanto uno como otro se exteriorizan en dos fuentes fundamentales: la ley y la costumbre; el derecho se manifiesta o por palabras o por actos; o reflexiva y mediatamente a través del Estado; o espontánea e inmediatamente por la sociedad misma. No hay, pues, una diversidad de fuente. Hay una diversidad de normas (las normas contenidas en la ley o en la costumbre mercantil), la rúbrica "Fuentes del derecho mercantil" contiene una expresión equívoca impuesta por la doctrina tradicional. No tratamos, en efecto, de las fuentes del derecho mercantil como modos o formas peculiares de manifestarse este derecho, sino de las normas (legales o consuetudinarias) relativas a la materia mercantil. La ley y la costumbre mercantil, en tanto que fuentes del derecho, en nada se diferencian de la ley mercantil y la costumbre civil. La diferencia está en su respectivo contenido (relaciones sociales que regulan, necesidades que satisfacen).

Jerarquía de las fuentes

Ante la presencia de un negocio en concreto, en principio y de manera espontánea, como en todo sistema de derecho escrito, se aplica la norma mercantil escrita (la particular antes que la general) a no ser que la hipótesis no se encuentre prevista en ella, en cuyo caso se estará, de existir, a lo dispuesto por la costumbre, de encontrarse previsto el caso en una norma taxativa escrita, pero existiendo una costumbre en contrario se aplicará siempre la norma posterior, ya sea escrita o consuetudinaria.

De no haber disposición escrita o consuetudinaria aplicable al caso, se acudirá a los

usos. Si a pesar de lo anterior no se encuentra norma aplicable al caso concreto, consideramos se debe acudir a la integración por analogía. Y por ello estimamos que el derecho mercantil es un derecho especial, es decir, un derecho, nacido por circunstancias históricas, que se refiere a cierta categoría de personas, cosas y relaciones; y, precisamente por su especialidad es posible su integración por analogía. Si después de haber recorrido a las reglas anteriores, no es posible encontrar una norma aplicable al caso, la integración se hará recurriendo a los principios generales del derecho en atención a lo dispuesto en el Artículo 43 Constitucional que preceptúa “libertad de industria, comercio y trabajo. Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.”.

1.4 Características del derecho mercantil

Es un derecho individualista; al ser una parte del derecho privado regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.

Es un derecho consuetudinario; derecho que a pesar de estar codificado se basa en la tradición.

Es un derecho progresivo, al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.

Es un derecho global-internacionalizado; las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que este derecho ha tenido que internacionalizarse.

Características del derecho mercantil contemporáneo

Se caracteriza este derecho por estar influenciado por una serie de teorías o serie de ideas sin las cuales no podríamos entender la actual situación. Concretamente se habla de:

- derecho de la economía; en algunos casos se han llegado a mezclar conceptos jurídicos con los económicos.
- Elevación del derecho mercantil a categoría constitucional.
- Desarrollo de legislación autonómica. Principalmente son dos las materias en las que puede legislar la comunidad autónoma; transportes y cooperativas.
- Influencia cada vez mayor de la figura del consumidor y de su protección.
- Influencia del derecho comunitario.
- Influencia de las nuevas tecnologías y nuevas modalidades de llevar a cabo los negocios.

1.5 Principios

Son principios aquellos que deben inspirar el derecho mercantil, para una correcta interpretación y una adecuada aplicación del derecho vigente, pueden considerarse los siguientes³:

- La buena fe;
- La verdad sabida;
- Toda prestación se presume onerosa;
- Intención de lucro;
- Ante la duda deben favorecer las soluciones que hagan más segura la circulación.

3 Villegas Lara, René Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 31.

CAPÍTULO II

2. El contrato mercantil

2.1 Definición

Es aquel que se rige por la legislación mercantil por ser las partes comerciantes, o al menos uno de los que intervienen en el mismo o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo.

Teoría general del contrato

El contrato en cuanto a su naturaleza es un acto jurídico bilateral y además es una de las fuentes de las obligaciones, por lo cual su estudio es de gran importancia y encontramos información amplia sobre el tema.

Bajo la influencia del derecho romano, han venido considerándose como fuente u origen de las obligaciones el contrato, el cuasi-contrato, el delito y el cuasi-delito, a las que algunos Códigos Civiles del siglo pasado habían añadido la ley.

El Código Civil no hace enumeración directa de las fuentes de las obligaciones, pero con vista a diferentes disposiciones que aparecen fuera de una lista especial deben considerarse como tales, el contrato, la declaración unilateral de la voluntad, los actos ilícitos, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y la ley.

Así, asentado lo anterior, el contrato es un acto jurídico bilateral pues es una doble manifestación exterior de voluntad, tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. Pero hay que dejar claro que existen contratos unilaterales y no hay que confundirlos, el contrato se forma forzosamente por dos voluntades cuando menos y por lo tanto como acto jurídico siempre es bilateral.

2.2 Principios de los contratos

Nos da una serie de principios fundamentales en la celebración del contrato mercantil.

Principio de posibilidad

Se refiere a la posibilidad física y jurídica en el objeto de los contratos, todo contrato para que pueda validamente celebrarse debe tener un objeto físico y jurídicamente posible.

Principio de licitud

Conforme al Código debe existir licitud en el objeto, motivo o fin y condición del contrato, y que la licitud en alguno de estos aspectos origina la nulidad absoluta o relativa según prevenga la ley.

Principio de capacidad

Se requiere que el contrato se ejecute por personas capaces, comprendemos aquí tanto la capacidad de goce, como la de ejercicio, debe distinguirse según que falte la capacidad de goce o la de ejercicio, porque las consecuencias jurídicas será diferentes

Principio de veracidad

En los contratos no debe haber error determinante de la voluntad de las partes, ésta por consiguiente, debe manifestarse en forma cierta.

Principio de libertad

Significa que los contratantes deben ser libres tanto en la formación del contrato como en la exteriorización de la voluntad, debemos distinguir dos aspectos, uno la libertad, en

la formación del contrato y otro, libertad en la expresión de la voluntad del contrato, la primera manifestación la encontramos siempre en todos los contratos, exceptuando algunos especiales que regula el Código.

2.3 Características del contrato mercantil

Es un medio (instrumento jurídico) de la circulación mercantil, regulado por el Código Civil y el Código de Comercio.

Tiene libertad de forma aunque el Estado obliga a realizar numerosas operaciones con arreglo a formas rígidamente preestablecidas. Su intención es la de proteger el interés del público en general.

Reducción del principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación. Los contratos mercantiles se suponen elaborados en igualdad de condiciones por las partes contratantes. Sin embargo, en la realidad, existen compañías privilegiadas que imponen su ley a los clientes. Es el caso de contratos bancarios, seguros, transportes, agua, electricidad, etc. Son los denominados contratos-tipo en los que raramente se realizan modificaciones por exigencias de particulares.

2.4 Clasificación de los contratos

Nuestro Código Civil consagra en el libro V, el establecimiento de alguna manera de clasificaciones de los contratos, los cuales se tomarán de base para la clasificación aquí realizada, así como una clasificación económica, para una mejor comprensión de los mismos, siendo: a) unilaterales y bilaterales; b) onerosos y gratuitos; c) conmutativos y aleatorios; d) principales y accesorios, y e) reales, solemnes y consensuales. Pero esta enumeración legal resulta incompleta por la importancia que progresivamente han

venido alcanzando otras formas contractuales nuevas o que antes, apenas si merecieron menor consideración por la doctrina, como las siguientes, que se enuncian en adición a las precitadas: f) contratos preestipulados y contratos por adhesión; g) contratos relativos y contratos colectivos; h) contratos de ejecución instantánea y contratos de ejecución sucesiva, e i) contratos típicos y contratos atípicos.

Contratos unilaterales y bilaterales

Se señala que Unilaterales, si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes; son bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente.⁴

En los Artículos 1629 al 1644 del Código Civil, se señala la declaración unilateral de voluntad, por la cual, al aplicarse, se infiere que el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y por lógica elemental, el bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente. De estas definiciones resulta que la nota característica del contrato bilateral es la reciprocidad de las obligaciones que de él derivan. Así pertenecen a esta clase, la compraventa y la sociedad, porque cada uno de los agentes o partes que en ellas intervienen desempeña, a la vez, los papeles de deudora y acreedora de la otra u otras. En estos contratos las partes pueden ser más de dos.

El contrato es unilateral cuando solamente genera obligaciones a cargo de una de las partes contratantes, como la oferta, la promesa, el mutuo o préstamo de consumo, el comodato o préstamo de uso, el depósito y el mandato no remunerados, entre otros.

En toda relación bilateral, ninguna de las dos partes puede exigir la prestación que se le debe si a su vez ella misma no ofrece cumplir su obligación.

⁴ Paz Alvarez, Roberto, **Negocio jurídico mercantil**, pág. 43.

Ciertos contratos parecen haberse formado como unilaterales, ya que generan obligación para una de las partes; más tarde nace una obligación a cargo de la otra, de manera que el contrato, unilateral en su origen adquiere enseguida el carácter de bilateral. Tales contratos son el depósito, el comodato, la prenda y el mandato. En el momento en que el depositante confía su cosa al depositario, en que el deudor entrega su prenda al acreedor, o en que el comodatario recibe la cosa que se le presta, sólo una obligación se forma, la del depositario, la del acreedor prendario o la del deudor, quienes deben conservar la cosa recibida; pero si estas personas hacen gastos para el cumplimiento de su obligación, la otra parte estará obligada a indemnizarlos. Sin embargo, el contrato sigue siendo unilateral. El verdadero contrato bilateral es aquel que crea por sí mismo y en virtud del consentimiento actual de las partes, obligaciones recíprocas. En los contratos llamados "bilaterales imperfectos", la segunda obligación no nace del contrato, sí no que se deriva de un hecho accidental, posterior e independiente de la convención: el gasto hecho en interés de la cosa ajena o el perjuicio sufrido por efecto de esta cosa y este hecho hubiera creado una acción de restitución o de indemnización, aunque se hubiere producido entre personas no ligadas entre sí por un contrato. Hay entonces, dos obligaciones recíprocas, pero sólo una de ellas tiene como fuente al contrato.

La importancia de la clasificación reside principalmente en: a) las obligaciones resultantes de los contratos bilaterales están ligadas entre si por un vínculo de interdependencia; b) el problema de los riesgos cobra su mayor importancia en punto de los contratos bilaterales, consiste en decidir cual de las partes debe sufrir la imposibilidad de ejecución de las obligaciones cuando esta imposibilidad proviene de un caso fortuito.

Contratos gratuitos y onerosos

Se entiende que el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y, oneroso, cuando tiene

por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

A primera vista, pareciera que tal clasificación coincidiera con la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales, lo que no es así, porque en esta última se atiende exclusivamente a si el contrato produce obligaciones a cargo de una sola de las partes, o a cargo de todas, al paso que los contratos, como los actos jurídicos en general, se califican de gratuitos o de onerosos, según que reporten utilidad o beneficio para uno solo de los agentes o para todos, respectivamente, pudiendo ocurrir, en consecuencia, que un contrato unilateral, como el préstamo con interés, sea oneroso, por beneficiar tanto al prestatario como al prestamista; al primero, en cuanto le proporciona el derecho de consumir una cosa que antes no se encontraba en su patrimonio, y al segundo, porque en virtud del aquel puede percibir intereses que antes no devengaba.

Son contratos a título oneroso: la venta, el arrendamiento, la permuta, el mutuo con interés, etc. Son contratos a título gratuito: la donación, que es su principal ejemplo, pero no el único, comodato o préstamo de uso, el depósito y el mandato. Sin embargo, estos dos últimos pueden llegar a ser onerosos; hay depositarios o mandatarios remunerados, y en este caso cada una de las partes obtiene una ventaja del contrato. La gratuidad es, pues, la naturaleza habitual de estos contratos, pero no pertenece a su esencia.

Contratos conmutativos y aleatorios

El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y, si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

En realidad, un contrato es conmutativo, cuando reúne tres condiciones, a saber: a) que

sea oneroso o útil para todas las partes que en el intervienen; b) que no sea aleatorio, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto; y, c) que produzca prestaciones que "se miren como equivalentes", o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía del contrato. Por lo tanto, la compraventa, por su naturaleza, es conmutativa, porque generalmente reúne los tres precitados requisitos, aunque eventualmente puede dejar de serlo al carecer de alguno de ellos.

La verdadera característica del contrato aleatorio, como la de cualquier acto jurídico de la misma clase, estriba en la forma de estimar, desde el primer momento, una o más de las prestaciones que produce, por depender éstas del azar. Por ejemplo, la compraventa de la esperanza, como la que tiene por objeto el producto de la pesca que haya de obtener el vendedor en un día, no es conmutativa, porque la utilidad que haya de alcanzar el comprador depende de la buena o mala suerte de la pesquería.

El contrato aleatorio puede ser o no oneroso, contra lo que da a entender el citado Artículo. Por ejemplo, es gratuita y también aleatoria la donación de la pesca que haya de obtener el donante en un día.

La mayor parte de los contratos onerosos son conmutativos; los contratos aleatorios son muy pocos. Podemos citar como ejemplo, además de la venta de esperanza, el contrato de seguro.

Contratos principales y accesorios

El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no pueda subsistir sin ella.

Todo contrato, sea que produzca obligaciones principales o accesorias subsiste por sí mismo dentro de las condiciones legales. Así, la obligación de restituir que tiene el acreedor prendario se origina en el contrato de prenda, el cual subsiste, a pesar de la extinción de la obligación y aún del contrato a que este le debe existencia. Luego, en realidad, no hay contratos principales y contratos accesorios, según que subsistan por sí mismos o no, respectivamente, pues todo contrato subsiste por sí mismo. Lo que hay es contratos que producen obligaciones principales, como el de compraventa, el de permuta y el de mandato, y contratos que producen obligaciones accesorias, la fianza.

Contratos consensuales, solemnes y reales

Se trata aquí también de una aplicación concreta de la clasificación general de los actos jurídicos en consensuales y formales, vistos estos últimos a través de una sola de sus variedades: la de los actos solemnes.

Se establece que el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales.

Según nuestra ley los contratos solemnes son aquellos que para su otorgamiento deban de constar en escritura pública, de los cuales por mandato legal debe ser los que se inscriban en los registros.

El Artículo 1574 del Código Civil señala que toda persona puede contratar y obligarse:

- Por escritura pública.

- Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar.
- Por correspondencia; y
- Verbalmente.

Lo anterior tiene una variante, que es la señalada con anterioridad y que esta plasmada en el Artículo 1576 del Código Civil que preceptúa que los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública.

Contratos preestipulados y contratos por adhesión

Si el contrato implica necesariamente el concurso de las voluntades de las partes, pareciera lógica la exigencia de que su celebración debiera realizarse siempre previa discusión entre estas de todas y cada una de las cláusulas que lo integran, en forma tal que dichas cláusulas fueran elaboradas conjuntamente por todos los contratantes. Sin embargo, en el comercio moderno es frecuente que dos personas lleguen a encontrarse vinculadas por un contrato, sin que con anterioridad se haya desarrollado ese proceso preliminar. Ordinariamente ocurre esto en punto de transportes, seguros, compraventas en los grandes almacenes, espectáculos, servicios públicos, telefona celular, etc., pues las grandes empresas fijan por sí solas los precios y condiciones. Esta nueva forma de contratación, impuesta por la complejidad económica y comercial, ha dado lugar a la distinción entre los contratos preestipulados y los contratos por adhesión, llamados así estos últimos por cuanto uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro.

Contratos relativos y contratos colectivos

Para que un contrato sea considerado como relativo o colectivo poco importa el número de personas que concurran en su formación. Los contratos celebrados por una persona jurídica colegiada son relativos, a pesar de que miran al interés de dicha persona y de

los individuos que la integran. El contrato colectivo es del que resultan derechos y obligaciones para personas que, ni directamente, ni representadas por otras, han intervenido en su celebración.

Contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva

Los contratos de ejecución instantánea, son de tal naturaleza que puedan ser cumplidos en un solo acto (instantáneamente), o a si por el contrario, es de ejecución sucesiva, cuando el cumplimiento del contrato supone la ejecución de prestaciones sucesivas durante un tiempo más o menos largo, como ocurre en el arrendamiento, el seguro de vida y el contrato laboral.

Contratos típicos y atípicos.

Los contratos típicos son aquellos que se encuentran nominados en la ley, es decir los que se encuentran listados y explicado en el Código de Comercio y Código Civil. Por ejemplo, el de compraventa, el de arrendamiento, el de depósito, etc. Por el contrario, los atípicos son los que no se encuentran nominados en la ley. Estos son los que van surgiendo según las necesidades del ser humano.

2.5 Diferencias con el contrato civil

Esencialmente no existe diferencia entre un contrato civil y un contrato mercantil, precisamente porque en ambos existe acuerdo de voluntades, por las que se crean, modifican o extinguen obligaciones.

El Profesor Joaquín Garrigues,⁵ afirma lo siguiente: “No es fácil justificar desde el punto de vista legislativo lo distintivo desde el punto de vista legislativo la distinción entre contrato mercantil y contrato civil. Sin embargo agrega, que los contratos se califican

⁵ **Ibid.** pág. 37.

de mercantiles cuando están incluidos en el Código de Comercio, para que un contrato sea mercantil se requiere la intervención de un comerciante, y la destinación al comercio; y que los contratos formales son una excepción. La libertad de forma es la regla general.”.

CAPÍTULO III

3. Contratos típicos y atípicos

Para hacer una breve introducción de lo que son los Contratos Típicos y Atípicos, me permito referirme a lo expuesto por el autor Arruba Paucar, quien indica “Antes que la ley haya individualizado un contrato los hechos sociales ya lo han hecho. Simplemente se ocupa la norma de objetivizar la realidad y la fuerza de su validez material estribará en la medida en que el ordenamiento positivo consulte el elemento o dato que la práctica social tuvo en cuenta para utilizar la figura.”.⁶

No es la ley la que tipifica una figura contractual; apenas la reconoce. Es el hecho social el que señala el concepto la función de cada uno de ellos. Por ello podemos decir que el contrato tiene una presencia, antes que la propia ley y luego de ésta porque así lo han querido sus instrumentadores. Son los miembros de la sociedad quienes en ejercicio de su autonomía privada y pretendiendo regular sus propios intereses, utilizan instrumentos clásicos o descubren otros, más acordes a las necesidades y a la complejidad del mundo moderno para colmar sus propósitos de autorregulación.

Sin embargo las ideas de tipo y tipicidad, tomados de la terminología que sobre ellas se ofrecen hace tiempo, en las ciencias de la naturaleza y la sociología, han venido, hoy en día, a introducirse y proliferar, cada vez más, entre los estudios del derecho.⁷

Primero se presentaron en el campo de la filosofía del derecho concebido el tipo como un nuevo método de pensamiento y de estudio de las instituciones jurídicas, en contraprestación al método conceptual al que se califica de cerrado y rigorista.⁸

Una vez delimitada su noción, se aplicará a las demás ramas del derecho, como la

⁶ **Ob Cit;** pág. 35.

⁷ Gete Alonso, María del Carmen, **Estructura y función del tipo contractual**, pág. 13.

⁸ Larenz, karl, **Metodología de la ciencia del derecho**, pág. 148.

penal y la civil, para dar lugar al tipo de delito y al tipo de contrato.⁹

A la noción de tipo, le seguirá como su consecuencia la de tipicidad, con una significación muy propia en lo jurídico, pues se entenderá como regulación o normación a través de tipos. Lo típico en adelante será lo que tenga una individualización acusada en la norma y lo atípico, por el contrario, será lo no regulado. Para una conclusión en uno u otro sentido se precisará un juicio de adecuación a cargo del intérprete.

3.1 Definición

Con lo expuesto anteriormente, lógico resulta hacer la siguiente diferenciación de los contratos típicos y los contratos atípicos:

Típicos, son aquellos que están expresamente regulados en la ley, que tienen una disciplina particular o propia en la ley;

Atípicos, son los que carecen de ubicación en el ordenamiento jurídico sustantivo, debido a que las relaciones económicas del hombre, intensas y variadas, crean situaciones jurídicas no previstas por el legislador.

3.2 Características

Los contratos atípicos son aquellos que no encuentran su "sede" dentro de la ley, aquellos que carecen, no ya de un nombre, sino de una estructura o regulación legal. Son el producto de la libertad contractual y de las necesidades de la vida jurídica: no nacen de la fantasía de los juristas o de la inventiva de los legisladores sino de la necesidad práctica que plantea el tráfico comercial (el contrato de garaje o de hospedaje).

⁹ Gete Alonso, **Ob. Cit;** pág. 13.

A su vez, dentro de esta última categoría la doctrina distingue: contratos atípicos puros que son aquellos que no encajan en ninguna de las figuras con específica regulación legal y tampoco responden a una combinación de elementos correspondientes a figuras contractuales típicas (Ej. contrato de franchising) y los contratos atípicos mixtos que implican no una pluralidad de contratos sino uno solo, con elementos pertenecientes a otros tipos de contratos, aunque ligados de manera que constituyen un todo unitario. Son entonces una combinación no de contratos completos, sino de elementos contractuales, total o parcialmente regulados por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contratos (por Ej. el contrato de garaje).

La contratación atípica es muy frecuente, ya que los particulares y empresarios no se atienen, al pensar sus negocios, a los moldes jurídicos tradicionales sino que generan nuevas operaciones y modos de contratación que no encuadran en los que el Legislador ha previsto.

Por ello, los contratos típicos aparecen cumpliendo una función residual. Una rápida mirada de la jurisprudencia de nuestro país revela la cantidad de contratos, de los que se celebran en la vida diaria, que no tienen una regulación legal específica: el de garaje (y playa de estacionamiento) aún cuando sea accesorio de un lavado de automotor o de atención mecánica o de un supermercado, de tarjeta de crédito, servicios profesionales en materia mercantil (médicos, odontólogos, abogados, arquitectos, etc.), turismo, distribución, concesión privada (buffet, restaurante, etc.), agencia, publicidad, exposición de obras de arte o Artículos comerciales o industriales, reserva, espectáculo, de producción (radial, televisiva, cinematográfica o teatral), campamento, entrega de terreno a cambio de una unidad a construir, juegos de feria, caja de seguridad, 'charter' de transporte terrestre, prestación de servicios fúnebres, reserva y venta de billetes de lotería, entre muchos otros.

3.3 Regulación legal

Nominados o típicos

Típicos: Son aquellos que se encuentran regulados por la ley específicamente y con individualidad y normativa propia. Este tipo de contratos no se encuentran solamente regulados por el Código de Comercio; sino que se pueden encontrar en distintas leyes mercantiles.

Por otra parte podemos ver que la doctrina nos manifiesta que actos no reputa como actos de comercio.

- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquiler, verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, Artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajar o labrados;
- Las compraventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
- Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
- Los contratos relativos a obligaciones del estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- Las empresas de abastecimientos y suministros;
- Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
- Las empresas de fábricas y manufacturas;
- Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo;
- Librerías y empresas editoriales y tipográficas;
- Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública moneda;
- Las empresas de espectáculos públicos;
- Las operaciones de comisión mercantil;

- Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;
- Las operaciones de bancos;
- Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;
- Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;
- Los depósitos por causa de comercio;
- Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de deposito y bonos de prenda librados por los mismos;
- Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
- Los valores u otros títulos a la orden o al portador y a las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;
- Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;
- Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;
- La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;
- Cualesquiera otros actos de naturales análoga a los expresados en este Código.

Imnominados o atípicos.

Contrato atípico es el que, careciendo de regulación propia, ha sido creado y regulado por las partes. En el contrato mixto se combinan ambos elementos; con normas de contratos distintos, se construye un contrato nuevo. Son válidos tanto el contrato atípico como el mixto, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Precisamente, una de las máximas expresiones de este principio es la facultad de los sujetos de poder crear, inventar contratos que no estén contemplados específicamente en la ley. Por otra parte, responden a la necesidad social, tan cambiante, que crea problemas o situaciones que no pueden ser resueltas por un contrato típico y llegan a

tener, a veces, tal arraigo, que se conocen por un nombre, se acepta una regulación y se dan en la práctica.

En nuestra legislación se reconoce la libertad contractual al señalar en el Artículo 1517 que “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”; por lo cual existe la posibilidad de celebrar contratos que estén estructurados o regulados por un ordenamiento legal. O bien las partes pueden determinar libremente su contenido.

La regulación del contrato típico, supone a nuestro entender, la reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligacional, por lo que la regulación del contenido del contrato hace referencia a la existencia, de normas respecto a los efectos del contrato entre las partes contratantes.

Podemos mencionar que para la interpretación de los contratos atípicos mixtos, existen tres normas que les pueden ser aplicables. Tales como las que a continuación mencionamos.

Teoría de la observancia o absorción, la cual establece que en este tipo de contratos debe determinarse cual es la prestación o elemento preponderante, aplicándoles las normas del contrato típico al que pertenece la prestación o elemento preponderante.

Teoría de la combinación, consiste en que cuando un contrato atípico esta conformado de prestaciones y elementos, mismos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas que se aplican son las que resultan de la mezcla o combinación de dichas normas.

Teoría de la analogía, en esta teoría las reglas que deben aplicarse para la interpretación de un contrato atípico, serán las del contrato típico con el que tenga mayor analogía.

3.4 Diferencias

Los contratos atípicos desde el punto de vista legislativo se diferencian de los contratos típicos, previstos y regulados por las normas del ordenamiento jurídico, sea en el Código Civil, de Comercio o en diversas leyes, precisamente pues no son formas jurídicas modeladas por la ley, sino combinaciones de ellas o estructuras convencionales totalmente novedosas.

Si bien inicialmente se relacionaba la nominatividad con la denominación, la causa y la acción que le corresponda, con posterioridad se la vincula con el hecho de estar disciplinados normativamente. En ese sentido, es contrato atípico el que carece de regulación legal específica. El contrato no deja de ser atípico por tener una denominación legal. La designación o no por la ley es en sí intrascendente; ella no agrega ni quita nada. Tanto da que un contrato atípico está designado por la ley que no lo esté. Mantiene su categoría de atípico.

3.5 Ventajas y desventajas

El primer problema en el contrato atípico se puede decir que consiste en deducir aquellos límites dentro de los cuales el contrato es admisible, debiendo considerarse válido y eficaz, disponiendo la protección del ordenamiento jurídico.

El segundo problema es que se debe determinar cuál es la disciplina, a la cual tales contratos deben estar sometidos, esto a falta de una norma legal y puntualizar la manera de como deben de ser interpretados e integradas algunas deficiencias.

Ahora bien, la ventaja más grande es que no ata a los particulares al estancamiento de la legislación para pactar sobre asuntos que no están legislados, es decir, que permite adecuar a la evolución de la sociedad los actos de comercio, de manera que, se pueda pactar aunque no exista norma jurídica que así lo permita, en desarrollo de la libertad

de hacer lo que la ley no prohíba, garantizado por la carta magna.

3.6 Enumeración de contratos típicos y atípicos

Típicos, son los que tienen nombre y están expresamente determinados en el Código Civil, entre ellos tenemos: compraventa, permuta, arrendamiento, suministro, hospedaje, mutuo, comodato, deposito, etc. Nuestro Código Civil los llama nominados.

Atípicos, son los que carecen de ubicación en el ordenamiento jurídico sustantivo, debido a que las relaciones económicas del hombre, intensas y variadas, crean situaciones jurídicas no previstas por el legislador.

Clasificación de contratos atípicos

Los contratos atípicos los podemos clasificar de la siguiente manera:

Atípicos puros, son aquellos que tienen un contenido extraño con relación a los moldes legales.

Mixtos o complejos, son aquellos que son resultado de una combinación o mezcla de prestaciones y elementos que corresponden a contratos típicos. También son conocidos como atípicos impropios, existiendo tres clases de este tipo:

Combinados o gemelos, son aquellos en que la prestación de una de las partes pertenece a varios contratos típicos y la contraprestación de la otra es de un solo contrato típico.

Mixtos, cuando a determinado contrato típico se le añaden las artes, un elemento o prestación de un contrato típico.

De doble tipo, aquellos en que el contrato puede ser encuadrado totalmente dentro de dos contratos típicos.

- Los contratos atípicos están regidos:
- Por la voluntad de las partes;
- Por las normas generales sobre contratos y obligaciones;
- Por las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles entre sí y se adecuen a su finalidad;
- Se considera que tienen tipicidad social los contratos correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración;
- y,
- En subsidio de la voluntad de partes, están regidos prioritariamente por los usos del lugar de celebración.

CAPÍTULO IV

4. El contrato de tiempo compartido

4.1 Definición

Es un contrato por el cual una de las partes se obliga a dar el uso y goce por uno o más períodos al año de una unidad habitacional con finalidad vacacional, con los muebles de los que está provista y con los espacios y cosas de uso común, obligándose además a la prestación de servicios, sean dependientes o independientes del uso y goce de las cosas y, también, al establecimiento de un régimen apto para administración y gestión del conjunto. La otra parte se obliga a pagar un cierto precio en dinero, más el pago periódico de cuotas de mantenimiento, reparación y mejoras.

El tiempo compartido, mal llamado multipropiedad, supone la adquisición de un inmueble entre varios compradores, que lo ocupan por turnos durante el transcurso del año. Se desembolsa una cantidad proporcional a la duración del período de ocupación y de la época del año que se elija. Además, mediante el pago de una cuota, se puede entrar en un sistema de intercambio que le permitirá canjear la estancia en el apartamento por otra en distinto país.

En el tiempo compartido el adjudicatario adquiere este derecho en virtud de un contrato que celebra con la empresa que organiza el sistema y que, generalmente, es la propietaria de las unidades afectadas a este modo de uso. Es decir que se trata de la modalidad comercial que otorga al adquirente o usuario del sistema la facultad de usar y gozar de una cosa mueble o inmueble y de determinados servicios durante un período de tiempo, concluido el cual corresponderá la misma a otro titular y así sucesivamente hasta que corresponda nuevamente al primero.

Se trata de un contrato por el cual una parte adquiere el derecho de usar, por espacios de tiempo previamente determinados y reservados, unidades inmuebles destinadas a fines de esparcimiento y recreación, pagando por ello un precio en dinero a la otra, quien se ocupa de asegurar el ejercicio de aquel derecho y realizar toda la gestión de administración.

En cuanto al objeto inmediato del contrato, esto es, la prestación jurídica propiamente dicha, podemos decir que es la transferencia del uso y goce en determinadas condiciones y por cierto plazo que una parte hace a la otra, a cambio de recibir por ello un precio dinerario.

Su extensión territorial conlleva la posibilidad de ejercer el derecho que se adquiere, no ya en un único y excluyente lugar, sino en otro distinto, que puede aún estar fuera del territorio nacional.

En efecto, no se trata de la adquisición de un bien determinado solamente, sino de la posibilidad de tener acceso al uso y disfrute de otros bienes de similares características y comodidades, en el punto geográfico que el interesado elija, dentro de las posibilidades que se le ofrezcan, y respetando solamente el período de tiempo acordado, aunque éste puede ser variado a solicitud del adquirente bajo determinadas condiciones.

Respecto del plazo de duración del contrato, por ser un contrato atípico, no existen plazos legales, aunque los usos y costumbres vienen estableciendo una duración casi vitalicia, siendo pasible de transmisión a sucesores universales o particulares, en este caso, a título de cesionarios.

Dentro del plazo del contrato, rigen lapsos durante los cuales se ejercen los derechos que de él emanan. Aquellos varían según lo convenido, pudiendo ser una, dos, tres o más unidades de tiempo, medidas generalmente por semana. A su vez se determina el

mes o la temporada en que se encuentra ese plazo.

En cuanto a la forma que deben revestir estos contratos, la doctrina se encuentra dividida, ya que mientras algunos lo consideran como un contrato personal y por tanto no tiene forma establecida, otros consideran que a través del mismo se constituyen derechos reales sobre bienes inmuebles (condominio, uso y habitación) y por tanto le exigen las solemnidades de tales actos.

El contrato se extingue por rescisión, por resolución o por cesión a otra persona, no se extingue por muerte, ya que el contrato es transmisible a los herederos.

Se diferencia de la locación por cuanto:

- La locación tiene por objeto conceder el "uso y goce", mientras que el contrato de tiempo compartido solo se otorga el "uso" del bien;
- En la locación existen plazos mínimos y máximos y la ocupación es continúa, en cambio el plazo de vigencia de los contratos de tiempo compartido es superior y los derechos que de él surgen no son ejercidos en forma interrumpida, sino durante determinados períodos del año expresamente estipulados;
- La locación puede tener por destino vivienda permanente, oficina, comercio, etc., en tanto el contrato que nos ocupa, tiene en miras el esparcimiento o la recreación.

Con relación a la compraventa, la diferencia primordial consiste en que el comprador no adquiere la propiedad de la cosa, y por tanto no puede realizar sobre ella actos de administración ni de disposición (salvo la cesión del contrato); además su derecho no es vitalicio, sino limitado en el tiempo.

Por lo demás, se adquiere un derecho que puede ejercerse no sobre una sola cosa sino sobre varias, tal el caso del intercambio vacacional propiamente dicho, cuando el interesado ocupa una unidad distinta de la que establece su contrato.

4.2 Características

- Es un contrato bilateral en el que una de las partes se obliga a otorgar el uso y goce de una unidad habitacional con todo lo que la misma incluye (servicios, muebles, etc.), mientras que la otra parte por su lado se obliga a pagar un precio cierto dinero más el pago de las cuotas correspondientes.
- Es un contrato oneroso ya que la persona que adquiere la unidad habitacional debe abonar una cuota con la finalidad de adquirir su derecho de acceder a la misma y a su vez la empresa se obliga a garantizarle el uso y goce de la cosa, su mantenimiento y administración.
- Se trata a su vez de un contrato atípico ya que en nuestro país no se encuentra regulado por ninguna ley específica. Sólo en muy pocos países como por ejemplo Portugal, Grecia y Francia este tipo de contrato, el de tiempo compartido, se encuentra tipificado.
- Es un contrato de adhesión donde una empresa le ofrece un contrato ya establecido al futuro consumidor este debe firmarlo o no manifestando así su consentimiento o la falta del mismo.
- también es un contrato de tracto sucesivo debido a que su prestación se cumple periódicamente debido a que el adquirente se compromete al pago de una cuota mensual o anual.
- Es un contrato no formal en el que la ley no exige forma determinada.
- Las partes pueden celebrarlo de la forma que prefieran pero es de suma importancia que el mismo sea realizado por escrito con el fin de obtener elementos probatorios en el caso de existir un futuro litigio.
- Característica común a todas las modalidades de tiempo compartido y multipropiedad es la finalidad del derecho de uso y disfrute de la unidad recreacional o turística residencial. Si el uso y disfrute no tiene finalidad de vivienda no se puede hablar de multipropiedad o tiempo compartido, sino de comunidad o propiedad horizontal.
- El derecho de multipropiedad es de carácter real. Es un derecho indiviso de

propiedad. Como derecho de propiedad es perpetuo.

- El derecho de tiempo compartido puede ser de carácter real o personal según su contenido. En muchos casos, su duración esta determinada por un número específico de años.
- Los desarrollos urbanísticos destinados a la multipropiedad deben construirse bajo régimen de propiedad horizontal.
- Las modalidades de tiempo compartido no requieren del régimen de propiedad horizontal. Las condiciones de uso y disfrute del tiempo compartido se rigen por el contrato y el reglamento interno que se entregan al adquirente de tiempo compartido en el momento de celebración del contrato.

4.3 Naturaleza jurídica

Debido a que no existe regulación específica acerca del contrato de tiempo compartido, la doctrina se encuentra dividida en dos partes. Por un lado una parte de la doctrina considera que el tiempo compartido es un derecho personal y por otro lado se considera que es un derecho real.

Un derecho personal es aquel que le atribuye a su titular la facultad de exigir de otra persona una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa. Debido a que el adquirente tiene el derecho de uso y goce de la unidad habitacional y de los servicios correspondientes que hacen a la misma, la naturaleza jurídica del contrato de tiempo compartido, es que es un derecho personal ya que se dan las figuras de sujeto activo, sujeto pasivo y las prestaciones debidas.

La parte restante de la doctrina considera al contrato de tiempo compartido como un derecho real. Derecho real es el derecho susceptible de ser opuesto a todos y que le permite a una persona ejercer un poder sobre un bien. El contrato de tiempo

compartido puede ser realizado acorde a diferentes modalidades como ser la de un condominio, usufructo o un contrato de cesión de uso que a su vez este se subdivide en dos especies: hospedaje mediante reservas anuales con posibilidad de intercambiarlas y locación de unidades vacacionales con plazos discontinuos. Dado que estos son derechos reales, esta parte de la doctrina encasilla al usuario de un tiempo compartido como el adquirente de un derecho real.

Existe parte de la doctrina que se inclina por afirmar que el tiempo compartido dentro del derecho real, forma parte de un nuevo derecho real exclusivo y distinto de los conocidos, que podrá denominarse "multipropiedad".

Volviendo a la discusión doctrinaria más arriba apuntada, a continuación me dedicaré a dejar en claro las razones consensuadas por quienes consideran al tiempo compartido como un derecho personal y por aquellos que ubican al mismo dentro de los derechos reales.

Quienes consideran que se trata de un derecho personal señalan el sistema de "numerus clausus" que rige en la legislación con respecto a los derechos reales, ya que el Código Civil dispone que los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley, y consecuentemente, el mismo Código enumera en forma taxativa los derechos reales existentes en el derecho nacional. Por lo tanto, para esta postura, el tiempo compartido no puede ser un derecho real ya que los mismos están enumerados por la ley y no pueden existir otros distintos, además hace mención a que establece que si por contrato o disposición de última voluntad se constituyen otros derechos reales o se modificasen los que por el Código se reconocen, los mismos solo valdrán como constitución de derechos personales, si como tales pudiesen valer.

Por ese motivo, gran parte de la doctrina considera que el tiempo compartido es un nuevo derecho personal, sustentado en el ejercicio de la autonomía de la voluntad

(Artículo 1517 del Código Civil) y con las limitaciones impuestas por el mismo texto normativo.

Por otra parte, los partidarios de la otra posición, señalan que las características esenciales del tiempo compartido abarcan todos los elementos necesarios como para configurar un derecho real: la existencia de un sujeto activo y una cosa entre los cuales se establece una relación jurídica, obligando a la sociedad, previa publicidad registral, de abstenerse de realizar algún acto contrario a ese derecho.

Es importante tener en cuenta que según la posición que se adopte las consecuencias pueden ser totalmente distintas, porque si se considera al tiempo compartido como derecho personal al adquirente del mismo se le estarán reconociendo prerrogativas oponibles en forma relativa, por ser esta un carácter típico de estos derechos, por otro lado si se lo reconoce como derecho real, nace una mayor protección a partir del momento de su oponibilidad frente a todos (erga omnes).

4.4 Analogía con otro tipo de contratos

Con la compraventa:

En el contrato de tiempo compartido la persona sólo adquiere el uso y goce sobre el inmueble mientras que en el de compraventa adquiere la propiedad de la cosa.

Con el alquiler o locación:

En el contrato de alquiler o locación pueden existir plazos mínimos y plazos máximos, la ocupación es continúa. El uso del inmueble, por ejemplo, puede ser para vivienda, comercio, industria, oficina.

En el contrato de tiempo compartido, el plazo es único y de mayor duración que el del alquiler. Este plazo no es ininterrumpido, sino que dentro del año pueden ser usadas determinadas semanas o lapsos de tiempo de ahí que es interrumpido.

4.5 Elementos

Los sujetos: interviene la parte que adquiere el derecho de uso y la que brinda ese derecho porque administra la cosa que se usa (la administración del complejo turístico).

El objeto: es la obligación de dar (en este caso, transferir) el uso de una cosa inmueble. El derecho de uso se extiende a las restantes instalaciones del complejo. Además las personas pueden adquirir otro departamento de similares características, en otro lugar del país o del exterior donde haya un complejo semejante. Esto se denomina, comúnmente, canjear las semanas del tiempo compartido.

La forma: se acostumbra a celebrar este contrato por escrito. Se ajustan cuales son los derechos del adquirente: fecha exacta de la semana o semanas que podrá usar, lugar donde está ubicado el complejo turístico, derecho a canjear esas semanas y requisitos que deberá respetar si desea hacerlo, etcétera.

El plazo: es un elemento esencial de este contrato porque interesa tanto la fecha en que se usa el departamento como el plazo de duración del contrato, que suele ser muy largo, casi vitalicio.

Es de interés y observancia general para el prestador o el prestador intermediario, son los únicos responsables aun cuando éstos, el comercializador u operador contraten con terceros la prestación de los servicios de tiempo compartido que se proporcionen a los usuarios o al establecimiento.

Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se deben solventar entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago, o en la moneda extranjera, a elección del usuario en el momento de efectuar cada pago. Lo anterior es aplicable de igual forma a las cuotas ordinarias y extraordinarias.

En todos los contratos celebrados en el territorio nacional el prestador debe establecer un lugar de pago dentro del mismo, sin menoscabo de que pueda especificar uno o más lugares en el extranjero a fin de que el usuario pueda optar por liquidar sus pagos en cualquiera de ellos.

Los derechos derivados del servicio de tiempo compartido, no constituyen derechos reales y pueden ser adquiridos por personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, sin más limitaciones que las que establece la Constitución Política y otras leyes aplicables.

Requisitos para la iniciación de operaciones de venta o preventa del servicio de tiempo compartido, son los siguientes:

Para que el prestador pueda realizar, directamente o a través de comercializadoras, la venta o la preventa del servicio de tiempo compartido, debe estar constituido el inicio de las operaciones. Para tal efecto, debe cumplir con los siguientes requisitos:

Presentar escrito de notificación en el que se especifique el nombre, denominación o razón social del prestador y, en su caso, de su representante legal, así como los datos relativos al (los) lugar (es) en el (los) que se ofrece la prestación del servicio de tiempo compartido. En el caso de presentar el escrito a través de un representante legal, éste debe acreditar su personalidad adjuntando copia simple del documento comprobatorio, previo cotejo con su original.

En el caso de personas morales, además de lo señalado en el inciso anterior, acompañar copia certificada del acta constitutiva, en la que el objeto social admita la prestación de servicios de tiempo compartido.

En la mecánica básica del tiempo compartido intervienen distintos **sujetos**:

El desarrollista o desarrollador: este es la persona física o jurídica propietaria del inmueble, que enajenará derechos bajo este sistema. Se lo llama así porque es el que desarrolla la idea, que va desde la compra del terreno, el financiamiento de la construcción, la comercialización y la organización de los aspectos normativos, hasta la prestación de esos servicios.

El usuario: que es la persona física o jurídica que adquiere derechos y contrae obligaciones respecto de las cosas y servicios enajenados por el sistema de tiempo compartido.

El administrador: a cuyo cargo están las tareas de administración de las cosas de uso exclusivo y de uso común y de la prestación inherentes al sistema. Puede llegar a ser o no el mismo desarrollista.

El comercializador: éste se dedica a la promoción del complejo turístico, otorga reservas y llega a veces hasta a suscribir el contrato definitivo.

Una cadena de intercambio: la operación de intercambio consiste en que el usuario de tiempo compartido cede el ejercicio de su derecho por un período a la denominada red o cadena de intercambio de una empresa de nivel nacional o internacional, a cambio de gozar de igual derecho, en el período concertado, en un complejo de otro lugar del país o extranjero que esté adherido a la misma red.

De todos estos sujetos, los indispensables para la celebración del contrato son dos: el desarrollista y el adquirente.

En cuanto al **objeto** del contrato, el mismo consiste en la transferencia del derecho de uso y goce de una unidad residencial vacacional, los bienes muebles que en ella se encuentren afectos y, en su caso, las instalaciones, áreas, construcciones y servicios comunes, que una parte hace a la otra a cambio de un precio cierto en dinero. El ejercicio de ese derecho esta limitado a un número determinado de días por un período determinado de años.

El bien sobre el cual recae el contrato puede ser un edificio de departamentos, en un club de campo o en un complejo vacacional. Sin embargo, también puede tratarse de un automóvil, un yate o un equipo o programas de computación, etc.

Cabe agregar que el contrato de tiempo libre contiene ciertas particularidades, estas son:

- Pluralidad de sujetos: varias personas van a usar durante el año el inmueble en forma exclusiva.
- Unidad de objeto: es el inmueble, sobre este recaen los derechos de uso y goce de los multipropietarios.
- El derecho adquirido es perpetuo debido a que se hereda.
- El uso y goce es periódico, alternado y exclusivo.
- La ubicación del inmueble es siempre en zonas turísticas.
- El inmueble se encuentra equipado y en buen estado de conservación.
- Existe un administrador.
- Existen servicios adicionales.
- Se celebra un contrato por cada adjudicatario entre el y la empresa.
- Existe un reglamento, el cual debe ser respetado.
- Existe un plazo de uso del inmueble el cual el adquirente debe respetar.

4.6 El tiempo compartido y la hotelería

El tiempo compartido no representa una competencia a la hotelería, sino que es complementaria a las otras ramas de la industria turística como son: restaurantes, arrendadora de autos, diversos sistemas de transportación foránea, agencias de viajes, comercio artesanía, centros de espectáculos y algunas veces garantiza a los hoteles un nivel constante de ocupación, evitando las diferencias tan marcadas entre las temporadas altas y bajas y en fin, beneficia al país porque se crean corrientes permanentes de turistas y con los intercambios vienen nuevos turistas.

Proporcionaran a sus socios una amplia variedad de excelentes alojamientos, en toda una gama de atractivos destinos, por un periodo de tiempo que se adaptara a sus necesidades.

4.7 Tipos de tiempo compartido

Actualmente existen varios tipos de programas de tiempo compartido que permiten al cliente escoger el tipo de propiedad vacacional que mejor le convenga o se ajuste a sus necesidades.

Tiempo compartido es un termino que describe la forma de uso exclusivo de hospedaje para un numero particular de días cada año. Generalmente vendido por semanas, también conocido como Intervalo o propiedad vacacional.

La compra de un intervalo de tiempo compartido puede tomar varias formas o modalidades legales:

- **Semana y unidad fija a perpetuidad.** El comprador recibe una escritura permitiendo el uso de un condominio específico, en una semana determinada, cada año y para siempre, igual que comprar una casa. Los beneficios pueden incluir el beneficio fiscal de propiedad, mas el derecho a participar en la administración del desarrollo. Bajo este acuerdo, el propietario puede rentar, revender, intercambiar, o donar el intervalo vacacional.
- **derecho a uso.** La propiedad del desarrollo la mantiene el desarrollador. El comprador obtiene el derecho a usar en uno o más desarrollos, durante un numero específico de años, generalmente entre 5 y 50, y al termino del plazo los derechos regresan al desarrollador. Estos planes actualmente son los mas comúnmente utilizados por nuevas compañías de alto renombre y funcionan como una membresía de club.
- **Clubes vacacionales o programas de puntos.** Ofrecen la mayor flexibilidad de uso en distinta fecha cada vacación. Los miembros del club compran un paquete de puntos, los cuales son usados como "moneda de circulación" para acceder a los distintos tamaños de suite, temporada o numero de días. El numero de puntos requeridos varían con relación a la demanda de los socios, el tamaño de unidad, temporada, ubicación del desarrollo, y amenidades. Un club vacacional puede ofrecer contratos de derecho a uso o a perpetuidad.
- **Propiedad fraccionada.** Permite a los consumidores comprar una cantidad mayor de semanas, generalmente entre 4 y 26, por un costo menor. Esta modalidad es popular en destinos de ski o playa.
- **Unidades con "lock-off" ó "lock-out".** Permiten a los propietarios la opción de ocupar solo una porción de la unidad en una fecha, y el resto en otra. Puede rentarse una de las porciones o inclusive intercambiarla.

Los intervalos vacacionales se venden como tiempo fijo o como tiempo flotante.

- Con tiempo fijo, la unidad (condominio) o tipo de unidad, es comprada para ser usada una semana especifica, ese intervalo queda asignado para cada año a ese

miembro.

- Con tiempo flotante, se refiere al uso de hospedaje de vacaciones generalmente para una temporada específica del año (verano, invierno, todo el año, etc.). El propietario debe reservar con anticipación su fecha de vacaciones deseada, ya que la confirmación de la reservación se realiza generalmente sobre la base de: "primera llamada/primera confirmación".
- Semana dividida (splited-week), son requeridas por los miembros que prefieren vacaciones más cortas y les permiten dividir su intervalo en dos o tres visitas separadas a su desarrollo, comúnmente una por 3 noches y otra por 4, en dos diferentes fechas en el año. Las reservaciones son generalmente confirmadas también sobre la base de "primera llamada/primera confirmación" y sujetas a disponibilidad.
- Propiedad Bianual o uso alterno, permite el uso de la propiedad solo cada dos años únicamente, su costo más económico que la anual resulta atractivo para aquellos que no toman vacaciones cada año o no cuentan con los recursos económicos para adquirir el plan completo.

Concepción genérica del contrato de tiempo compartido.

Genéricamente, se puede concebir al contrato de tiempo compartido de la siguiente manera:

- **En cuanto a su clasificación:** atípico, innominado, bilateral, oneroso, conmutativo y consensual.
- **En cuanto a su naturaleza:** mercantil, traslativo de uso y disfrute de ejecución diferida y de tracto sucesivo.
- **En cuanto a su celebración:** personal (ya que, normalmente, los derechos que otorgan son inherentes al beneficiario y no al inmueble que es un objeto); de adhesión y de derechos.

Ventajas:

Para el que veranea: los costos se reducen al compartirse con otros. No siempre es el mismo inmueble sino que es propietario de una semana anualmente y puede usarla donde la compro o intercambiarla con otro multipropietario de cualquier parte del mundo. Y en caso de no poder usar la semana, puede alquilarla o acumularla.

Para el empresario: porque al ser mas accesibles, se le amplia el marco de posibles adjudicatarios.

Este contrato en realidad se encuentra mal nombrado, ya que no se comparte el tiempo de uso sino que lo que se comparte es la titularidad del derecho sobre el bien.

Particularidades:

- Pluralidad de sujetos: durante el año muchas personas van a usar un mismo inmueble en forma exclusiva.
- Unidad de objeto: es el inmueble sobre el que recaen los derechos de uso y goce de los multipropietarios y los muebles accesorios de dicho inmueble.
- Perpetuidad del derecho adquirido, ya que se hereda.
- El uso y goce es periódico, alternado y exclusivo.
- Ubicación del inmueble: generalmente en zonas de atracción turística.
- Equipamiento y conservación del inmueble: se encuentra completamente amueblado, equipado con todo lo necesario.
- Administrador: se encarga de cobrar las expensas y de pagar los gastos de mantenimiento, impuestos y conservación de los bienes y controlar el equipamiento del departamento.
- Servicios adicionales: se asemeja mucho un hotel que a un simple edificio de departamentos, ya que tiene servicio de mucamas, seguridad, restaurantes, etc.
- Reglamento: se detallan las obligaciones y derechos de los usuarios. Se le entrega una copia a cada adquiriente.
- Cuota parte indivisa: un multipropietario solo puede contratar su cuota parte indivisa, no sobre todo el complejo.
- Plazo: se puede usar la semana o el tiempo que se compro.

4.8 Aplicación en la ciudad de Guatemala

Para poder desarrollar esta parte de la investigación, resulto un tanto tedioso el constituirme en los distintos lugares en donde posiblemente se diera esta figura contractual mercantil atípica, lo cual resulto infructuoso, ya que en los lugares en donde me constituí no encontré el contrato de tiempo compartido propiamente dicho, sin embargo, se de dan estas figuras; empero, con diferentes nominaciones, como la de usufructo de habitación y compraventa de semana en hotel, las cuales, aunque no son la desarrollada en este trabajo, sus características son similares.

CONCLUSIONES:

1. El derecho mercantil, por la naturaleza del comercio, es la actividad que ejerce cualquier persona física o jurídica, sea en forma individual o colectiva, intermediando directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar la circulación de la riqueza y no puede estar limitada por rigorismos legales.
2. Como parte de esa libertad de comercio, no sometida a rigorismos legales, y en ejercicio de la autonomía de voluntad, permite a los interesados prescindir en lo absoluto de los moldes legales, o modificarlos o crear nuevas figuras contractuales, a lo cual se le denomina la libertad de contratación atípica.
3. Como parte de la libertad de contratación atípica, se ha desarrollado el contrato de tiempo compartido, el cual consiste en que una de las partes se obliga a dar el uso y goce por uno o más períodos al año de una unidad habitacional con finalidad vacacional, con los muebles de los que está provista y con los espacios y cosas de uso común, obligándose además a la prestación de servicios, sean dependientes o independientes del uso y goce de las cosas y, también, al establecimiento de un régimen apto para administración y gestión del conjunto. La otra parte se obliga a pagar un cierto precio en dinero, más el pago periódico de cuotas de mantenimiento, reparación y mejoras.
4. Dicho contrato en la actualidad no se está aplicando en Guatemala, lo cual no permite una forma de atracción del turista de manera permanente, y evita el ingreso de divisas y todos los beneficios que ello acarrea.

5. El contrato de tiempo compartido es una buena opción para las personas que deseen ahorrarse dinero al momento de programar sus vacaciones anuales.

RECOMENDACIONES:

1. El Estado de Guatemala, por medio del órgano encargado de promover el turismo debe dar a conocer a nivel interno y externo las ventajas que tendría para nuestro país el uso frecuente del contrato mercantil atípico de tiempo compartido.

2. El Estado de Guatemala, por medio del organismo legislativo debe promover la reforma respectiva al Código de Comercio a efecto se regule legalmente el contrato mercantil atípico de tiempo compartido, con el objeto de que los contratantes tengan certeza jurídica al momento de suscribir este tipo de contratos.

BIBLIOGRAFÍA

ARRUBA PAUCAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**, 7a. ed., 2t.; Bogota, Colombia: Ed. Biblioteca Jurídica Dike, 1992.

GETE ALONSO, Maria del Carmen. **Estructura y función del tipo contractual**, 9a. ed., Madrid, España: Ed. Techos, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**, 2a. ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Artea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

PAZ ALVAREZ, Roberto. **Negocio mercantil**, 3a. ed., Guatemala: Ed. Fénix, 2002.

VICENT CHULIÁ, Francisco. **Introducción al derecho mercantil**, 2a. ed., Valencia, España: Ed. Tiranto Lo Blanch, 1999.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, 6a. Ed., 1t.; Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.

Legislación:

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

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

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

Código Procesal Civil y mercantil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

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