

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or historical figure, holding a book. The figure is surrounded by various symbols, including a crown, a lion, and architectural elements like columns and a castle. The Latin text "UNIVERSITAS CAROLINA GUATEMALENSIS" is inscribed around the perimeter of the seal.

LA NECESIDAD DE REGULAR LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO EFICAZ PARA
DIRIMIR LITIGIOS EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIENES
INMUEBLES

RAÚL ESTUARDO PACHECO ORTEGA

GUATEMALA, MAYO 2013

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

LA NECESIDAD DE REGULAR LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO EFICAZ PARA
DIRIMIR LITIGIOS EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIENES
INMUEBLES

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RAÚL ESTUARDO PACHECO ORTEGA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo 2013

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

DECANO:	Lic.	Avidán Ortíz Orellana
VOCALIII:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL:	Br.	Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br.	Rocael López González
SECRETARIO:	Licda.	Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lic.	Carlos Humberto De León Velasco
Vocal:	Lic.	Rodolfo Giovani Celis López
Secretario:	Lic.	Héctor David España Pinetta

SEGUNDA FASE:

Presidente:	Lic.	Edwin Leonel Bautista Morales
Vocal:	Lic.	Gamaliel Sentés Luna
Secretario:	Licda.	Ileana Noemí Villatoro Fernández

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

LICENCIADO
EMILIO GUTIERREZ CAMBRANES
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 02 de noviembre de 2012.



Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Me place saludarle deseándole los correspondientes éxitos en ese Despacho y demás labores profesionales.

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de asesor del Trabajo de tesis del Bachiller **RAÚL ESTUARDO PACHECO ORTEGA**, intitulado "**LA NECESIDAD DE REGULAR LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO EFICAZ PARA DIRIMIR LITIGIOS EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES**", precedente resulta dictaminar respecto a la asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones.

- i. El estudiante **RAÚL ESTUARDO PACHECO ORTEGA**, en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad, la realidad en la que viven las personas en lo referente a los contratos de arrendamiento. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina, conclusiones y recomendaciones, así como regulación legal en la materia, apoyando su exposición con fundamento en la Constitución y leyes específicas en la materia, lo que hace de éste trabajo un documento de consulta y utilidad.
- ii. Aunado a lo expuesto, se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público y las técnicas que se utilizaron fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información actual y relacionada con el tema.
- iii. El contenido de tesis, las conclusiones, recomendaciones, la bibliografía utilizada así como las citas bibliográficas empleadas para los capítulos son correctas. Sugerí al sustentante ampliar sus capítulos, introducción y bibliografía, respetando así el propio criterio del sustentante, por lo que así lo realizó y por último pude apreciar que la bibliografía es la adecuada para la elaboración del tema.

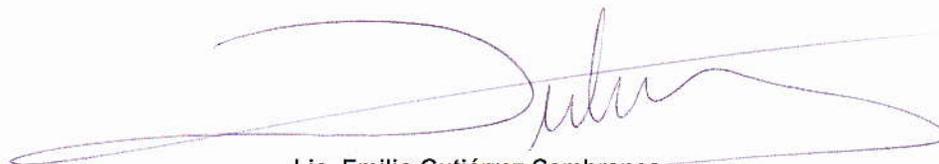
LICENCIADO
EMILIO GUTIERREZ CAMBRANES
ABOGADO Y NOTARIO



- iv. El trabajo denota esfuerzo, dedicación y empeño y personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando las técnicas de investigación y los métodos analíticos y sintéticos; los cuales fueron de ayuda para llegar a importantes conclusiones, tales como: En Guatemala se hace necesario la aplicación de la mediación para la resolución de conflictos en relación al contrato de arrendamiento el cual es de suma importancia a tratarse ya que es indiscutible puesto que ha sido comprobado por el trabajo de campo realizado.
- v. El lenguaje usado durante el desarrollo de la tesis así como del contenido de la misma son idóneas de fácil comprensión y de interés para la nación guatemalteca, siendo el trabajo un aporte técnico y científico mismo que permite a que estudiantes, catedráticos y autoridades coadyuven a la aplicación de las normas vigentes y positivas existentes en materia civil, de ésta forma no permitir que la controversia se siga proliferando y se cumpla de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala. Por lo expuesto, el contenido de la presente tesis deja una brecha para un mayor estudio en materia civil.
- vi. Por lo expuesto, concluyo que el trabajo de tesis del Bachiller **RAÚL ESTUARDO PACHECO ORTEGA**, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías, análisis y aportes tanto de orden legal como académica, ello en atención a los preceptos del normativo en mención regulados para el efecto, resulta como relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.
- vii. En consecuencia en mi calidad de **Asesor** de tesis me permito **DICTAMITAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor.

Deferentemente;



Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Asesor.
Colegiado 8219.

Dr. Emilio Gutiérrez Cambranes
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

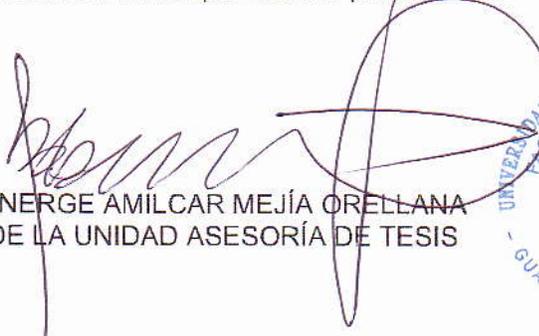
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 15 de noviembre de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO ROBERTO GENARO OROZCO MONZÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante RAÚL ESTUARDO PACHECO ORTEGA, intitulado: "LA NECESIDAD DE REGULAR LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO EFICAZ PARA DIRIMIR LITIGIOS EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES".

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


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr.



Licenciado: Roberto Genaro Orozco Mónzon
6ta. Avenida "A" 19-93 Tercer nivel Oficina 305
Teléfono: 2232-7029

Guatemala, 14 de enero de 2013

Doctor:

Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho



Doctor Mejía Orellana:

En atención al nombramiento que me fue conferido, en el cual se me designa como Revisor de tesis del bachiller RAÚL ESTUARDO PACHECO ORTEGA; en el desarrollo del estudio titulado: "LA NECESIDAD DE REGULAR LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO EFICAZ PARA DIRIMIR LITIGIOS EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES." Habiendo revisado el trabajo, me dirijo con el objeto de referir lo siguiente:

- a) El trabajo se enfoca en el análisis jurídico y social de la necesidad de regular la mediación como mecanismo eficaz para dirimir litigios en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles como consecuencia directa de la falta de reglamentación; situación que afecta la consolidación del Estado de derecho, garante del bienestar común.
- b) Los métodos y técnicas que han sido utilizados para la elaboración del trabajo, comprenden de manera fundamental: el jurídico y el sociológico, en correspondencia con la naturaleza de la investigación.
- c) El aporte científico de la investigación deviene en las conclusiones valederas, en las cuales se advierte la necesidad de regular la mediación como mecanismo eficaz para dirimir litigios en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles problemática que existe.



Licenciado: Roberto Genaro Orozco Mónzon
6ta. Avenida "A" 19-93 Tercer nivel Oficina 305
Teléfono: 2232-7029

- d) De acuerdo a lo que preceptúa el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, opino lo siguiente: El contenido científico y técnico del trabajo de tesis es congruente con su desarrollo, en virtud del aporte, mismo que se advierte en las conclusiones en cuanto a la necesidad de regular la mediación como mecanismo eficaz para dirimir litigios en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, necesidad que existe de aplicar de forma efectiva las leyes ordinarias, a través de reformas, sobre todo en el tiempo que la propia ley ordinaria establece. Asimismo, la temática abordada se realiza de forma estructurada y técnica. La metodología y las técnicas utilizadas han sido las adecuadas. La redacción ha sido ajustada a los parámetros idiomáticos y reglamentarios. En cuanto al aporte científico marca un importante avance en el planteamiento de los factores que inciden en la necesidad de regular la mediación como mecanismo eficaz para dirimir litigios en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, en la aplicación de la justicia, especialmente los efectos perniciosos de la falta de reglamentación de las leyes ordinarias.

En argumento de lo anterior, he procedido a revisar el trabajo en mención; por lo cual opino que se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación del informe final. En consecuencia, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que se continúe con el diligenciamiento correspondiente.

Atentamente,

Lic. Roberto Genaro Orozco Monzón
Abogado y Notario

Colegiado número: 1979

ROBERTO GENARO OROZCO MONZON
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 08 de abril de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante RAÚL ESTUARDO PACHECO ORTEGA, titulado LA NECESIDAD DE REGULAR LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO EFICAZ PARA DIRIMIR LITIGIOS EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sih.

A handwritten signature in blue ink.

A large, stylized handwritten signature in blue ink.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



A handwritten signature in blue ink.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque Él es bueno y su misericordia es para siempre.
- A CRISTO JESÚS:** Porque me ha rescatado y me sostiene en sus brazos.
- A MI FAMILIA:** A todos ellos, por estar siempre presentes en esos momentos difíciles. brindándome su apoyo: Mamá Lucy, Madrina, a mí Mamá Magali, hermanas: Dinora, Yanira, Claudia, Ana, y hermano Diego.
- A MIS HIJOS:** María de los Ángeles Guadalupe (Lupita).
Raúl Estuardo (Tito).
- A MIS SOBRINOS:** Julio César, Irvin, Ricardo, Jennifer, Jazmín, Dieguito.
Alex, Dasha, Anduriña y Amanda.
- A MIS AMIGOS:** Lic. Avidan Ortíz.
Doctor Emilio Gutiérrez Cambranes.
Lic. Ricardo Alfredo Grijalva Rodríguez.
Lic. Milton René Sandoval Recinos.
Lic. Ángel Ernesto Reyes Bautista.
Lic. Rafael Humberto Paredes Kress.
Licda. Ada Samayoa.
Rudy, Edgar, Jose, Herbert, Leonel, Edwin, Germán.
Mario Sapper, Mauricio, Bladimir, Roberto, Glendy,
Huguito, Don Chepe, Don Goyito, Don Jaime, Doña,
Rosita, a los presentes y, a los Q.E.P.D.
- A LOS LICENCIADOS:** Osvaldo Aguilar, Mario Aguilar Elizardi, Mario Álvarez Quiroz, Ronald Colindres, Homero López, Enrique Franco, Ricardo Alvarado, y Licenciadas: Guisela Vargas, Elizabet Schieber, Eloísa Mazariegos y Rosario Gil Pérez.
- A:** Bufete Jurídico Schieber.
- CENTROS DE ESTUDIO:** Escuela para Párvulos Horacio Mann.
Escuela José Cecilio del Valle.
Instituto Nacional Central para Varones.



**A LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES:**

Por recibirme en su seno y darme el conocimiento.

**A LA TRICENTENARIA
UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE
GUATEMALA:**

Por el honor de egresar de esta gloriosa casa de estudios.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1. El contrato en general	1
CAPÍTULO II	
2. Contratos con similitud de arrendamiento	27
2.1. Contrato de comodato	27
2.2. Usufructo	29
2.3. Uso	31
CAPÍTULO III	
3. El contrato de arrendamiento	45
CAPÍTULO IV	
4. La necesidad de incluir de forma obligatoria la mediación en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles	67
4.1. Disposiciones generales	67
4.2. El juicio sumario de desahucio	68
4.2.1. Son materia del juicio sumario	69
4.2.2. Juicio sumario de arrendamiento y desahucio	70
4.2.3. La mediación y las ventajas generales	71
4.2.4. La mediación	71
4.2.5. Antecedentes históricos de la mediación	72



	Pág.
4.3. La mediación en Guatemala	74
4.3.1. Concepto de mediación.....	75
4.3.2. Definición de mediación	76
4.3.3. Características del rol de mediador.....	76
4.3.4. Ventajas específicas de la mediación en Guatemala.....	77
4.4. Clases de mediación.....	78
4.4.1. Mediación internacional.....	78
4.4.2. Mediación familiar	78
4.4.3. Mediación vecinal.....	79
4.4.4. Mediación comunitaria en Estados Unidos de América	79
4.4.5. Características de los centros de mediación comunitaria	80
4.4.6. Mediación laboral	80
4.4.7. Mediación civil.....	80
4.5. Características de la mediación	80
4.6. Diferencia entre mediación y litigio.....	82
4.7. Autoridades mediadoras	83

CAPÍTULO IV

5. La mediación como mecanismo eficaz para dirimir litigios en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles	85
5.1. La mediación y sus beneficios	86
5.2. Principios de la mediación	88
5.3. Atribuciones del mediador como persona	89
5.4. Imperatividad de la inclusión de la mediación en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles	91



	Pág.
5.5. Adecuación jurídica de la mediación.....	92
5.6. Eficacia en la aplicación de las normas relativas al arrendamiento de bienes inmuebles en la sociedad anónima.....	94
5.7. Análisis jurídico de la legislación actual, relacionada con el arrendamiento de bienes inmuebles	95
5.7.1. Preceptos jurídicos.....	95
5.7.2. Preceptos concretos	97
5.8. Efectos legales del acuerdo	102
CONCLUSIONES	105
RECOMENDACIONES	107
BIBLIOGRAFÍA	109



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, se ha realizado, con la finalidad de investigar y analizar, las razones principales, con las cuales surge la necesidad de regular la mediación, como mecanismo eficaz, para dirimir litigios, en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. En la presente investigación se establece como punto de partida, el derecho a la mediación, la cual constituye el medio legal para identificar el arrendamiento como contratación civil y sus relaciones sociales y jurídicas.

La hipótesis planteada en el presente estudio de investigación: La inclusión obligatoria de la mediación en los contratos de arrendamiento de vivienda, favorece la resolución de los conflictos, ocasionados por este tipo de contratación; en el sentido que propicia una solución pronta y eficaz, sumado al descongestionamiento que se producía en los órganos jurisdiccionales; y los objetivos logrados fueron: Establecer las ventajas que representa para el arrendador, la resolución de conflictos originados del arrendamiento de bienes inmuebles, a través de la mediación, la cual con fundamento científico y documentado sirve de impulso para la comprobación de dicha investigación.

La necesidad de regular la mediación, como mecanismo eficaz para dirimir litigios en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, se ha dividido en cinco capítulos, el primero establece: El contrato, antecedentes del contrato, concepto, definición, autonomía de voluntad, y sus principios, libertad contractual, naturaleza jurídica, características, regulación legal, clasificación, entre otros.

El segundo se plantea, contratos con similitud de arrendamiento, de comodato, sus elementos, características; usufructo, forma de constituirse, duración, derechos del usufructuario, obligaciones del mismo, uso, características; leasing, naturaleza jurídica, características, sus clases, etapas financiero, factoring, franchising; clases de franquicia, contrato de underwriting, contrato de joint venture.

En el tercero se desarrolla, el contrato de arrendamiento, sus antecedentes, clases, definición, naturaleza jurídica, es un derecho mixto, regulación legal, elementos reales, elementos formal.



El cuarto desarrolla: la necesidad de incluir de forma obligatoria la mediación en los contratos e arrendamiento de bienes inmuebles, disposiciones generales, el juicio sumario de desahucio, la mediación en Guatemala, sus clases, características, diferencias y litigio, autoridad mediadora; y

El quinto, regula: La mediación como mecanismo eficaz para dirimir controversias en los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles, la mediación y sus beneficios, principios de la mediación, atribuciones del mediador como persona, imperatividad de la inclusión de la mediación en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, adecuación jurídica de la mediación, eficacia en la aplicación de las normas relativas al arrendamiento de bienes inmuebles en la sociedad anónima, análisis jurídico de la legislación actual, relacionada con el arrendamiento de bienes inmuebles.

Los métodos empleados fueron: Analítico; este método se utilizó enfocado a la realidad actual de Guatemala, tomando en cuenta la proliferación de la mediación como mecanismo eficaz para dirimir los litigios en los contratos de arrendamiento en donde no existe control adecuado por parte del Estado, lo cual se aprecia con los sentidos de manera sensible. Sintético; método de mucha importancia el cual fue utilizado partiendo desde una premisa importante, a saber, es porque existe controversia en el país, si están los medios legales para regular dicho arrendamiento, desde luego es muy interesante continuar con el estudio del tema y llegar a establecer que el Estado no aplica las normas jurídicas existentes.

Así mismo las técnicas empleadas fueron: Investigación de campo, documental, y fichas bibliográficas.

La investigación pretende provocar una reflexión en el tema, para que, aquellos actores facultados para tomar medidas jurídicas y de hecho para solventar la problemática, puedan atender la relación jurídica en la cual se vive en la actualidad.



CAPÍTULO I

1. El contrato en general

Se establece que en el ordenamiento jurídico guatemalteco, es contemplado como un acuerdo de voluntades, en la cual el derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba aquel también termina el derecho y comienza desde la arbitrariedad y de la fuerza, así las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de la persona.

Se regula que en todo lo que se refiere a el contrato, es un acuerdo entre dos o más personas, por medio del cual se derivan derechos y obligaciones de cumplimiento forzoso, los cuales quedan contenidos en el siendo de carácter público o privado, con la intervención de un notario que da fe de las actuaciones que se derivan de la voluntad de los intervinientes, quedando escritas en instrumento adecuado de acuerdo a la experiencia del profesional del derecho.

Con la definición de contrato, lo que algunas de las ideas más fundamentales del derecho que, no obstante su aparente sencillez, y para el efecto establece Puig Peña, Federico; "Que el contrato en general, encierra, sin embargo, una gran complejidad para lograrlas, y es que, en realidad, para formar una idea exacta del contrato, es necesario situar en las principales fases de evolución jurídica, cada uno de los aspectos fundamentales, pues no es lo mismo el concepto de esta figura en el mundo romano,"¹

¹ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 324.



De manera que en su mayoría todo se sabe y por supuesto el individualismo, es una doctrina económica, política y filosófica, que considera al individuo como el eje central de su reflexión, desplazando los valores de solidaridad, bienestar común y solidaridad; doctrina económica impregnada de un liberalismo, extendiendo cada vez más la creencia en la libertad esencial del hombre, fundamentada en la no intervención del Estado en la actividad económica dejando a las leyes del mercado regularse en sus leyes naturales.

Así, queda regulado que es en ese momento histórico, nada de extraño tiene que el contrato fuera el instrumento adecuado para: elaborar toda clase de instituciones jurídicas, incluso el Estado por medio del contrato social, prescindiendo de los tiempos anteriores al derecho de Roma, en los que el contrato solo se manifiesta como una solución pacífica al casus belli provocado por el delito y concretándose al mundo jurídico al Pueblo Rey, y por la contratación, en el derecho, tiene una significación especial, referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad, sabido es, en efecto, que la mera convención o pacto *pactum convenio* era sólo el simple acuerdo, que por si solo no genera acción ni vínculo obligatorio.

Para que esta convención se transforme en contractus es necesaria una causa civil demasiado prolijo resulta aquí, esbozar todas las distintas fases evolutivas del concepto del contrato en el derecho romano; por lo que, se retoma su evolución a partir de la época liberal; época, en la que variables distintas de tipo doctrina y político, se llega a la estructuración de un concepto del contrato revestido por la obligatoriedad.



En consecuencia, se establece que la fuerza vinculante del contrato, y sus características surgidas del acuerdo de voluntades de las partes en el ejercicio de la autonomía de su voluntad son parte fundamental para tomar en cuenta el apareamiento y fundamento estricto del mismo y por las mismas virtudes que suscitan.

Para el efecto se cita al Doctor Vladimir Osman Aguilar Guerra, lo cual expone: “Una primera aproximación al concepto de contrato el cual puede hacerse partiendo de los datos más inmediatos del derecho positivo. El Artículo 1517 del Código Civil, refiere de la existencia del contrato desde que dos o más personas consienten en crear, modificar o extinguir una prestación.

De acuerdo, a lo anteriormente citado, no todo acuerdo de voluntades genera por sí mismas obligaciones jurídicamente exigibles, ya que las personas en sus distintas relaciones de convivencia social hacen una serie de entre tramas, de carácter convencional, sin interés jurídico ni patrimonial y estas convenciones o acuerdos indudablemente no generan obligatoriedad ni dan acción de exigibilidad de forma coercitiva.

Al respecto, el mismo autor, citado por Vladimir Osman Aguilar Guerra, establece lo siguiente: “Contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan, en la institución central, en la piedra angular, no solo del Derecho Civil, sino del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva de contratos que los particulares.”²

² **Ibid.** Pág. 369.

Evidentemente, el contrato, es una institución jurídica de mucha importancia y necesaria para la seguridad de las personas en sus relaciones de interés económico y patrimonial, pero parece, que lo expresado por el autor citado, responde a una ideología económica extremadamente liberal e individualista, fundada en la libertad absoluta de las personas a la autonomía de la voluntad de los particulares y con esta concepción del contrato, sería reconocer el imperio sin límite del arbitrio individual.

Ésta concepción responde a presupuestos de una economía liberal fundamentada en el principio de no hacer, dejar pasar y en la creencia de que las partes al contratar, lo hacen en igualdad de condiciones, lo cual no es cierto, en la mayoría de casos, por eso la idea del contrato en el momento dominante de la doctrina liberal, ha sufrido una crisis, intentado modificar las paredes maestras del edificio contractual.

Aún, cuando sigue siendo la autonomía de la voluntad concordado su fundamento doctrinario, se deja en aspecto puramente individualista y se considera al contrato como el instrumento de satisfacción económica, que como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad para el bien común.

- **Antecedentes del contrato**

Originalmente, la voz contractus no parece haber poseído un preciso significado técnico jurídico, así se establece etimológicamente que contractus es el participio pasivo del verbo contrajere, por lo cual designa genéricamente lo contraído, lo que es un negocio o una obligación, donde los contractos es, aquella situación que da origen a ese especial vinculum iuris en que la obligatio y que consiste en ser aconsejable.



De tal circunstancia que se debe realizar un breve esbozo histórico que sirva para esclarecer cuál ha sido la respuesta a un problema que, como problema jurídico que es, se plantea en términos empíricos y no en términos metafísicos, la cuestión es prometida cosa o servicio por una persona, bien a cambio de otra cosa u otro servicio, bien a cambio de nada.

En los orígenes de una cultura jurídica propia y actual lo que significa no ir más allá del derecho romano la solución a los anteriores problemas iba íntimamente ligada a la observancia de una forma, compuesta de ritos; es la ceremonia lo que confiere a la promesa o al entrecruzamiento de promesas el valor de la certeza y la seguridad que les da la posibilidad de ser jurídicamente exigidas, y sólo por ello, vinculantes.

Etimológicamente deriva del latín contractus, que deriva a su vez de contrahere, que significa reunir, lograr concertar. El contrato en su significación semántica es el pacto o convenio entre las partes sobre materia o cosa determinada y cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Es un acto por el cual una persona natural o jurídica se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa.

El contrato, es aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial. Al efecto se establece, que aquel es el acuerdo de dos o más voluntades, dirigidas a producir efectos jurídicos porque el negocio jurídico por excelencia, es decir, el contrato es el negocio jurídico por antonomasia, hasta el punto de haberse pensado la construcción de esta categoría tomando el contrato como modelo.



Cuando los grandes padres de la pandectística Netterblatt, Heisse o Thibaut comienzan a hacer realidad el viejo sueño iusnaturalista de las declaraciones de voluntad obligatorias, tienen muy presente que la nueva figura, el negocio jurídico, sustituirá con ventaja el lugar que ocupó el acto jurídico en las enseñanzas de la ilustración. Con todo, el negocio jurídico ha sido tan sólo una docta lucubración si no fuera porque detrás de él, para darle consistencia, se encuentra la institución perenne y luminosa del contrato correspondiente en materia civil.

Corresponde hacer mérito de lo establecido y la distinción entre el contrato como acto y el contrato como norma. La palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere tanto al acto que los contratos realizan como el resultado normativo o reglamentario que con ese acto se produce. Desde el punto de vista, el contrato se nos aparece como un acto jurídico, como una acción de los interesados a la que el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos, y como segundo lugar, el contrato se parece como un precepto o una regla de conducta contractual, como una determinada ordenación a la cual las partes someten su propia conducta.

En efecto, la mera voluntad de las partes no genera por sí sola obligaciones jurídicamente exigibles, y aunque una visión apegada a ciertas concepciones éticas vea en el contrato la proyección de la fidelidad a la palabra dada, el deber de cumplir lo que previamente como deber se ha asumido, dando a la voluntad manifestada en un consenso entre dos o más personas fuerza eficiente para exigirse jurídicamente el cumplimiento de lo pactado.

Es decir, recurriendo, se llega el caso, a los medios que el aparato del Estado proporciona para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones.

En consecuencia se establece de manera muy especial los medios que son competencia del poder judicial, tal idea pertenece a la fase final de la evolución del concepto de contrato, tal como hoy se entiende, y ni siquiera es enteramente exacta si se interpreta a la fuerza eficiente de la voluntad a que antes se ha referido, la cual tiene voluntad por sí sola, sin más aditamentos ni requisitos.

De tal situación, se llega, a la concepción moderna del contrato, en este sentido, Díez Picazo afirma que: "contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan."³

El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico, y este es contemplado desde esta perspectiva como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. El Código Civil guatemalteco establece en el "Artículo 1517: Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación".

La obligación es el vínculo jurídico por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa.

³ Díez, Picazo. **El contrato como institución**. Pág. 74.

- **Generalidades**

El origen del contrato proviene de Roma, el mismo ha evolucionado hasta la época nuestra actual y por ende hoy en día tiene una práctica constante, aunque se regula que la figura jurídica actual tiene poco de común con la original.

Al contrato Manuel Ossorio lo define como: “El pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Expresando que en una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntades comunes destinadas a reglar sus derechos.”⁴

Por su parte Cabanellas, se refiere al mismo, como: “el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.”⁵

La adecuación a la ley y a las buenas costumbres radica en que las voluntades deben recaer sobre un objeto lícito y que no contravenga disposiciones legales prohibitivas o de interés público. Generalmente consensual y excepcionalmente formal debido a que no en todos los casos se exige la formalidad, pero si que se éste de acuerdo con la cosa y el precio, sirve para la creación y transmisión, como también para la modificación y extinción de las obligaciones, y finalmente al indicar que es contenido de obligaciones y derechos de contenido patrimonial, dentro del contenido patrimonial.

⁴ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 258.

⁵ Cabanellas. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. Pág. 456.



Tanto al acto que los contratos realizan como el resultado normativo o reglamentario que con ese acto se produce. Desde el primer punto de vista, el contrato se nos aparece como un acto jurídico, como una acción de los interesados a la que el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos.

Como segundo plano, el contrato se nos aparece como un precepto o una regla de conducta contractual, como una determinada ordenación a la cual las partes someten su propia conducta. Una primera aproximación al concepto de contrato puede hacerse partiendo de los datos más inmediatos del derecho positivo.

El Artículo 1517 del Código Civil se refiere a la existencia del contrato desde que dos o más personas consienten en crear, modificar o extinguir una prestación. De esta forma, el contrato sería el acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes, es decir, el contrato aparece por la conjunción de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas.

Como afirma el civilista López y López, citado por Aguilar Guerra, tal definición: "Sólo es exacta si se la coloca en el centro de un más amplio contexto histórico, normativo y sistemático, e identifica tan sólo el aspecto más nuclear de la figura, tanto en su significado técnico, como en su significado institucional."⁶

⁶ Aguilar Guerra. **El negocio jurídico**. Pág. 319.



De manera que se establece que, es parte del mismo y por ende es la manera más propiamente legal, porque: a) el puro acuerdo de voluntades no es por sí solo generador de obligaciones; b) la reglamentación contractual no está compuesta exclusivamente de reglas establecidas por las partes.

En efecto, la mera voluntad de las partes no genera por sí sola obligaciones jurídicamente exigibles. Aunque una visión apegada a ciertas concepciones éticas vea en el contrato la proyección de la fidelidad a la palabra dada, el deber de cumplir lo que previamente como deber se ha asumido.

Dando meramente a la voluntad manifestada, en un consenso entre dos o más personas fuerza eficiente para exigirse jurídicamente el cumplimiento de lo pactado (es decir, recurriendo, se llega el caso, a los medios que el aparato del Estado proporciona para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones, y muy especial los medios que son competencia del poder judicial), tal idea pertenece a la fase final de la evolución del concepto de contrato, tal como hoy se entiende, y ni siquiera es enteramente exacta si entendemos que la fuerza eficiente de la voluntad a que antes nos hemos referido, la tiene voluntad por sí sola, sin más aditamentos ni requisitos.

- **Contrato y autonomía de la voluntad**

Se determina en forma de institución, y regula como el contrato, en el que es capaz de implicar los atributos esenciales del hombre (igualdad, voluntad y libertad), es una institución que es capaz también de afectar a lo más denso y extenso del ordenamiento jurídico.

Este paradigma contractual enlaza con el principio base de la contratación, la autonomía de la voluntad, en efecto, la posibilidad de dos o más personas de quedar jurídicamente obligadas por su propia iniciativa significan el reconocimiento del poder creador de la autonomía de la voluntad. Sobre la relación funcional existente entre la autonomía de la voluntad y el negocio jurídico.

Como se afirma, que en principio lo legalmente establecido y ya citado el significado institucional esencial del contrato consiste en ser un acto de autonomía por tanto un acto de autorregulación de los intereses particulares. Es decir autonomía privada contractual es igual a auto legislación o autodisciplina de los propios intereses, cuyas referencias constitucionales también son sabidas.

En ese sentido se aplica los Artículos 39 y 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, relativos respectivamente a la propiedad y a la libre negociación de empresa en el marco de la economía de mercado, lo que suponen, necesariamente, la libertad de iniciativa privada en el campo económico y la libertad a los individuos para constituirse en agentes económicos.

La libertad de empresa significa, en todo caso, en lo que aquí interesa, el reconocimiento de la institución contractual. Por consiguiente, el contrato es, concretamente, una pieza fundamental de la iniciativa económica privada. Respecto a la propiedad privada, el Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la garantiza como un derecho inherente a la persona humana. Sin embargo, no es propio de la vida en sociedad el ejercicio absoluto de este derecho.

Tal afirmación, encuentra también asidero en el principio que la misma Constitución recoge en el Artículo 44, de que el interés social prevalece sobre el particular. Ello en armonía con el principio de dominio eminente del Estado sobre su territorio, según el cual, éste puede ejercer su actividad como ente soberano, para el logro de sus fines, con la amplitud que le permite la Ley fundamental del país.

Los principios se conforman con el contenido del Artículo 40 constitucional, que faculta al Estado para expropiar la propiedad privada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público.

- **Principios de autonomía de la voluntad y de libertad contractual**

La autonomía contractual, es un principio jurídico que supera las fronteras del derecho civil para incardinarse en las constituciones, especialmente las promulgadas después de la segunda guerra mundial, y figurar últimamente en textos internacionales y en los tratados fundacionales de la Unión Europea.

La idea de contrato y la obligatoriedad del mismo encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida.

Ello implica el reconocimiento de un poder, de autogobierno de los principios, fines e intereses o un poder de auto reglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas, al que la doctrina denomina autonomía de la voluntad.



El tratadista Lalaguna Mardoqueo, en sus libros estudios del derecho civil, obligaciones y contratos y la libertad contractual, citado por Vladimir Aguilar Guerra, manifiesta que: "La libertad contractual constituye una de las expresiones fundamentales y más genuinas de la autonomía jurídica de la persona, del poder que en el orden jurídico corresponde a la persona para ejercitar sus facultades y someter su comportamiento a determinadas reglas de conducta, tal concepto de libertad contractual queda así encuadrado dentro de la noción, más amplia de autonomía jurídica de la persona."⁷ La autonomía significa etimológicamente, darse a sí mismo la norma, la ley, en una palabra, auto normarse.

Por consiguiente, el principio de la autonomía de la voluntad es sencillamente una sintética expresión con la que los juristas tratan de resaltar que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares un amplio poder de autorregulación de sus relaciones patrimoniales. La manifestación suprema de esta autonomía es el contrato. Como todo principio general y en buena medida, la autonomía privada es una verdadera realidad y también un tópico muchas veces tergiversado.

Con todo, un análisis general del contrato no puede efectuarse sin la existencia de dicho principio, ni dejar de resaltar el papel conformado de aquel principio en el mundo contractual; en el que, evidentemente la voluntad de los particulares desempeña una función protagonista conforme el instrumental jurídico a las necesidades e intereses de las partes.

⁷ Lalaguna, Mardoqueo. **Libertad contractual del derecho civil**. Pág. 322.

La noción jurídica de autonomía de la voluntad, es una creación de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX. El sentido de la expresión autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho contractual está enraizado en los presupuestos del individualismo jurídico, cuyas fuentes más directas se encuentran en las obras de Grocio, Puffendorf, Kant y Wolff.

La correlación entre la idea de libertad contractual y la de autonomía de la voluntad, aparece en el punto de partida de los estudios que, dentro de la dogmática del negocio jurídico, se han dedicado al tema de la autonomía de la voluntad y en lo que, dentro del marco de la doctrina general del derecho de obligaciones, se refieren a la libertad contractual.

Es claro que las nociones de autonomía de la voluntad y libertad contractual están estrechamente relacionadas entre sí. La noción de autonomía de la voluntad incluye, como una de sus manifestaciones más genuinas, la de libertad contractual. La noción más específica de libertad contractual presupone la de autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad, es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo.

Desde esta perspectiva, la autonomía de la voluntad es interpretada como libertad de crear, modificar o extinguir relaciones contractuales, estipular o pactar sin más límites que los fijados por la ley, ha sido la regla básica de los particulares en sus intercambios de bienes y servicios. Pero su significación y exaltación como voluntad libre absoluta fue creación del racionalismo ilustrado y del pensamiento hegeliano.



El contrato reposa casi exclusivamente en el sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad, elevado al rango de fuente creadora de reglas jurídicas, de ahí que se afirme que la manifestación suprema de esta autonomía es el contrato. Al respecto Ghestin, citado por Vladimir Aguilar Guerra, sostiene lo siguiente: “En el año 800 este principio se impuso por utilidad social.

Era así el juego liberal de la oferta y la demanda. Para favorecer los cambios necesarios al desarrollo económico, es menester suprimir todas las trabas impuestas a la libertad contractual.”⁸

El Código de Napoleón es fiel heredero de estas ideas, que plasma en un articulado cuyo trasfondo es la concepción liberal de la organización social y económica. El libre desenvolvimiento de la voluntad en sus múltiples manifestaciones (circulación de la riqueza, fijación de los precios de las cosas y servicios, libertad de creación e instalación de industrias y comercios) es el que llevará a un equilibrio social feliz por la necesidad de contar con la voluntad de todos los sujetos operadores, la libertad de contratación se traduce en la libertad de las convenciones al que los comentaristas del Código Civil francés denominaron teoría de la autonomía de la voluntad.

Consiste entonces en afirmar el culto a la voluntad individual, permitiendo en consecuencia al sujeto de derecho participar en las relaciones contractuales que libremente decida.

⁸ Lalaguna. **Ob. Cit.** Pág. 48.



- **Naturaleza jurídica**

El Código Civil, regula al contrato como una de las fuentes de las obligaciones, por lo que su naturaleza se debe considerar que las obligaciones provienen de los contratos suscritos por las partes. El Artículo 1517 del Código Civil estipula que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

Los mismos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, (negocio jurídico abstracto), excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

En Guatemala, la mayoría de contratos se consideran consensuales y el Artículo 1588 del Código Civil, estipula que son consensuales cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos.

Cabe mencionar, como un ejemplo claro de los contratos consensuales se encuentra en el Artículo 1791, entre las disposiciones generales de la compraventa contenida en el Código Civil guatemalteco, regulando lo siguiente: el contrato de compraventa queda perfecto entre las partes, desde el momento en que convienen en la cosa y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.

- **Características**

Los contratos según lo establecido en los Artículos 1587 al 1592 del Código Civil, pueden ser:

- a) Unilaterales: Cuando la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes;
- b) Bilaterales: También se les conoce como sinalagmáticos, cuando ambas partes de obligan recíprocamente;
- c) Consensuales: Cuando basta el consentimiento de las partes para su perfeccionamiento;
- d) Reales: Cuando se requiere para su perfeccionamiento la entrega de la cosa.
- e) Principales: Cuando subsisten por si solos;
- f) Accesorios: Cuando dependen o tiene por objeto del cumplimiento de otra obligación o contrato;
- g) Onerosos: Cuando se estipulan provechos o gravámenes recíprocos. El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les causa éste;
- h) Gratuitos: En los que el provecho es solamente a una de las partes;
- i) Condicionales: Cuando cuya realización o existencia depende de un acontecimiento futuro e incierto o ignorado por las partes; y
- j) Absolutos: Son aquellos cuya realización es independiente de toda condición”.

- **Regulación legal**

La normativa vigente son las que penetran en las codificaciones, y se ven resplandecer en la actualidad; la voluntad que vincula no es la pura y sola voluntad, sino la voluntad causada y sin finalidades ilícitas que, cuando intenta un empobrecimiento patrimonial sin correlativo enriquecimiento se la somete a forma solemne en sus casos más significativos. Voluntad que sólo es productora de obligaciones, en determinados casos.



Es decir, una exigencia de requisitos más allá de la exclusiva voluntad, y en control de licitud de lo querido, existen y predispuestos heterogéneamente por el derecho objetivo, conforman la eficacia de las promesas contractuales.

En materia de derecho civil, tal situación que sólo en este marco y con estas premisas, se justifica la afirmación del contrato como creador de estas premisas, se justifica la afirmación del contrato como creador de obligaciones del contrato que consiste, en un acuerdo de voluntades, en un entrelazamiento de promesas y aceptaciones de las mismas, que genera vínculos, cuyo cumplimiento sólo puede ser reclamado coercitivamente, si con el consenso contractual concurre la causa civilis obligandi y a veces la forma o la datio rei.

La idea de acuerdo de voluntades, de mutuo consentimiento, está en la base del concepto del contrato, como lo está ya, según algunos, en la propia etimología de la palabra, cum y traho venir en uno, ligarse, convenirse, en este contexto, el Código Civil en su Artículo 1517 establece que hay contrato cuando dos o más personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación. La relación jurídica, que el contrato constituye, modifica o extingue, debe ser una relación jurídico-patrimonial, es decir, tener por objeto bienes o prestaciones personales susceptibles de valoración económica.

Así pues, con mayor razón se expresa Lasarte, citado por Vladimir Aguilar Guerra, afirma que: "contrato es fundamentalmente la veste jurídica de una operación económica consistente en un intercambio de bienes o servicios.

El requisito de patrimonialidad delimita el ámbito del contrato, permitiendo excluir, en concreto, que sea calificable como contrato el matrimonio y el testamento.”⁹

Las normas sobre los contratos, están pensadas por el legislador para el acuerdo constitutivo de relaciones patrimoniales, y además, se puede deducir de este concepto legislativo dos notas características:

- a) En el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o más personas: el contrato existe desde que varias personas consienten;
- b) El contrato tiene siempre como consecuencia la creación de una obligación que tiene fuerza ley entre las partes contratantes.

De estas ideas procede la configuración que se puede llamar tradicional y clásica, que considera al contrato como un acuerdo de voluntades de dos o más personas, dirigido a crear obligaciones entre ellas.

Sin duda, el Código Civil guatemalteco pone acento en la autonomía privada contractual. Todo el régimen del contrato se ha inferido de este axioma. Así, la libertad que estipula, el consensualismo y el poco formalismo, la fuerza obligatoria a manera de ley, el principio de relatividad, la extensión vinculante a los usos y a la buena fe, la consideración de los límites a la autonomía de la voluntad, vicios de la voluntad, reglas de ineficacia.

⁹ Espin Canovas, Diego. **Manual de derecho civil**. Pág. 578.

En esta línea de pensamiento, el contrato es fuente de obligaciones o medio de alterarlas, transmitir las o extinguirlas, en todo caso, el contrato convierte a sus protagonistas en acreedores y deudores. Aquí se determina la esencia del contrato.

La regulación del contrato se articula en el Código Civil en el libro V, en dos series de normas: una primera serie contempla los contratos en general de los artículos 1251 al 1318 y del 1517 al 1673; una segunda regula por el contrario, los contratos en particular, que tienen en el Código Civil o en otras leyes.

Una disciplina particular, específica de aquellos determinados tipos de contratos como la compraventa, arrendamiento, mandato, donación, etc. Esta segunda serie de normas se ubican en el Libro V segunda parte del Código Civil, a continuación de las normas sobre los contratos en general en los Artículos 1674 al 2177.

Entre la primera y segunda series de normas, existe relación: las normas sobre los contratos en general son normas comunes a todos aquellos y se aplican a cada uno de ellos; las normas sobre estos sólo son aplicables a los contratos que se refieren en la misma materia.

La fundamentación y la regulación del contrato en el Código Civil, no difiere con los demás países con tradición jurídica romanista. Es así, como vemos, que el Artículo 1517 establece: "Que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación".



Teniéndose en tanto como presupuesto necesario para ello, el consentimiento de las partes, tal como lo establece el artículo 1518, que como norma general los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad, como requisito esencial para su validez y como es lógico, este consentimiento de las partes, no ser contrario a la ley, a las buenas costumbres y al orden público.

Es bajo las condiciones citadas, que se justifica la afirmación del contrato como creador de obligaciones, que consiste en un acuerdo de voluntades, que origina vínculos, cuyo cumplimiento sólo puede ser reclamado coercitivamente, si con el consenso contractual concurre una causa civil obligatoria y excepcionalmente si se cumple con la forma o la entrega de la cosa en algunos casos. Al respecto se establece ciertos contratos no existen sino cuando se ha efectuado la tradición, la entrega de la cosa entre las partes.

Así ocurre con el préstamo de consumo, de uso, depósito y prenda, siendo esto exigencia puramente arbitraria ya que nadie se opondría racionalmente a que tales acuerdos se perfeccionen por el solo cambio de consentimiento, esto se debe que los contratos sometidos a condiciones de forma que entran en los contratos formales.

Se considera, que el consentimiento que perfecciona el contrato obliga a las partes a la entrega recíproca de las cosas que forman su objeto en las obligaciones de dar, que transmiten la propiedad, el uso o disfrute.

Un caso particular, es el contrato de depósito, es un contrato real, así lo establece el artículo 1974 del Código Civil al indicar que para que se perfeccione el contrato de depósito, es necesario que una persona haya recibido de otra, una cosa, para su custodia, guarda y restitución, lo que nos lleva a concluir que en nuestro medio el depósito es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa.

El Decreto Ley número 106, Código Civil guatemalteco, regula en el Artículo 1518 con respecto a las formalidades del contrato: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

La formalidad de la escritura pública para documentar el negocio jurídico, aunque no obligada para todos los contratos, resulta requisito esencial, en forma aseverativa se establecen en los Artículos 1574 al 1578 del Código Civil que regulan: Toda persona puede contratar y obligarse:

1. Por escritura pública;
2. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar;
3. Por correspondencia y
4. Verbalmente.

El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito. Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales. Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberá constar en escritura pública.

Sin embargo, los contratos serán válidos y las partes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de la escritura pública, si se establecen sus requisitos esenciales por confesión judicial del obligado o por otro medio de prueba escrita.

La ampliación, ratificación o modificación de un contrato debe de hacerse constar en la misma forma que la ley señala para el otorgamiento del propio contrato. Todos los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor debe de constar en escritura pública.

Esta norma obliga a que una gran cantidad de contratos deban de hacerse en escritura pública, ya que la relación del derecho notarial con el derecho registral denotamos que dicha relación estriba en que todos o casi todos los instrumentos que el notario autoriza llegan en definitiva a los distintos registros públicos, para que sean operados.

Otro aspecto de vital importancia y que no se debe descuidar, es cuando se amplíe, ratifique o modifique un contrato debe hacerse en la misma forma que se hizo el propio contrato, es decir, si se celebra en escritura pública, cualquier asunto relacionado con el mismo debe constar en escritura pública también, no es correcto el uso de documentos privados o cruce de cartas.

- **Clasificación de los contratos**

Los contratos para su estudio y discernimiento de manera más amplia y estratégicamente ordenada se dividen en:

a. Por la naturaleza del vínculo que generan:

- Unilaterales.
- Bilaterales

b. Por la forma en que se perfeccionan:

- Consensuales
- Reales
- Formales
- Solemnes

c. Por su finalidad económica:

- Gratuitos
- Onerosos y su subdivisión en conmutativos y aleatorios.

d. Por su regulación legal:

- Típicos
- Atípicos

e. Por su objeto:

- Principales
- Accesorios

f. Por su cumplimiento:

- De tracto único.
- De tracto sucesivo.

g. Por su nominación:

- Nominados.
- Innominados

h. En relación a su forma de discusión:

- De libre discusión
- De adhesión
- De tipo

i. Si se encuentran sujetos a condición o no:

- Condicionales
- Absolutos

j. Por el número de sujetos que lo integran:

- Individuales
- Colectivos

Atendiendo a su inicialización y en principio a la finalidad se subdividen de esta forma:

a. Preparatorios:

- Promesa
- Opción
- Mandato
- Sociedad civil

b. Traslativos de dominio:

- Compraventa
- Permuta
- Donación - Mutuo

c. Traslativo de uso:

- Arrendamiento
- Comodato



d. De custodia o guarda:

- Deposito

e. De prestación de servicios:

- De obra o empresa
- De servicios profesionales

f. De resolución de controversias:

- Transacción
- Compromiso, actualmente en acuerdo de arbitraje, tal como lo regula la Ley de Arbitraje.

g. Aleatorios:

- La renta vitalicia
- El juego, apuesta, lotería y rifas

h. De garantía:

- Fianza
- Hipoteca
- Prenda

En síntesis, el contrato constituye una fuente de las obligaciones a través del cual los otorgantes crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones que de no hacerse efectivas estas últimas en forma voluntaria, su cumplimiento puede exigirse coercitivamente a través de los órganos jurisdiccionales.



CAPÍTULO II

2. Contratos con similitud de arrendamiento

En la actualidad existe una serie de contratos en el ámbito civil y trayendo a colación en comparación al ámbito mercantil surgen similitudes en las cuales se son los siguientes:

a) el contrato de comodato, b) contrato de Usufructo, c) contrato de uso, y d) contrato de leasing, los cuales se desarrollan a continuación:

2.1. Contrato de comodato

Es el contrato por el que una persona entrega a otra gratuitamente, algún bien inmueble no fungible o semoviente, para que se sirva de el por cierto tiempo y para cierto fin y después lo devuelva.

En consecuencia, se establece que es la forma por el cual una persona se sirve del bien inmueble o inmueble, por un tiempo determinado donde se tomo el provecho adecuado para la explotación del mismo, y por su puesto se debe entender que se regresa al dueño original del mismo.

En principio todo contrato debe tener elementos esenciales y específicos y personales, para que pueda subsistir y de la misma manera se desarrolla y en consecuencia se establecen los siguientes:

a) Personales

Comodante es la persona que tenga la libre disposición, del arrendatario y el usufructuario que no tengan ninguna prohibición, para que pueda otorgar el mismo al Comodatario



b) Reales

Los bienes que deben ser muebles no fungibles o semovientes, dentro de los cuales están, los formales, en donde no está sujeto a ninguna formalidad especial, y por supuesto no queda regulado ninguna condición al mismo.

Consecuentemente, se establecen las características de los contratos que son esenciales y en el caso que se aborda son principales para poder discernir cual es el tipo de contrato, pero para el presente se toman como caracteres los siguientes:

- a. Unilateral
- b. Real
- c. Traslativo de uso
- d. Principal
- e. De tracto sucesivo
- f. Gratuito

Es así, como se establecen los derechos y obligaciones que surgen de la contratación y por ende los efectos de los propios contratos, donde se desarrollan con más apego a derecho y en la cual se puede regular una adecuada mediación en caso de existir controversia en los mismos, y para el efecto se citan las siguientes:

- a) Los aumentos, menoscabos o pérdidas sin culpa o pacto del comodatario de la cosa corresponden al comodante 1959;
- b) El comodatario deberá de restituir la cosa prestada, si esto es imposible deberá de devolver otra igual o el valor que corresponda, elección que corresponde al comodante, salvo que la cosa hubiese sido valuada o tasada al celebrarse el contrato en cuyo caso se pagará dicho precio;



- c) El comodato es intuito personae;
- d) Obligaciones del comodante;
- e) Obligaciones del comodatario;
- f) El comodante puede pedir judicialmente la devolución de la cosa, cuando tenga urgencia de la misma o tiene temor de que perezca;
- g) Si el comodante se demora en recibir la cosa ya concluido el comodato deberá pagar los gastos al comodante que genera la conservación de la cosa;
- h) Si el comodatario se demora en la restitución de la cosa deberá indemnizar los daños y perjuicios que ocasione al comodante;
- i) El comodatario puede retener la cosa prestada únicamente si no se le pagan los gastos extraordinarios e indispensables en beneficio de la misma;

2.2. Usufructo

De acuerdo a la investigación se establece que el usufructo, es el derecho de goce que faculta a su titular a disfrutar los bienes ajenos y sus frutos naturales, civiles, ordinarios y extraordinarios con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra circunstancia.

La forma por la cual se puede, constituir e individualizar cada contrato en particular, y también se regula en la legislación nacional donde que por contrato, se entiende que es un acto de última voluntad como por ejemplo: el testamento, donación por causa de muerte, Legado. Queda plasmada la permanencia de los contratos donde se debe fijar, por tiempo fijo, en cuyo caso no podrá exceder de 30 años, salvo que se trate de bienes del Estado, en cuyo caso se puede establecer hasta por 50 años.

De manera vitalicio es cuando termina hasta la muerte del usufructuario, y de cualquier forma no puede constituirse un usufructuario a perpetuidad. Atendiendo a la importancia del contrato y la similitud con otros de la misma especie y regulación legal, y por ende la forma de que se establecen se citan las clases de usufructo y que a continuación son los siguientes:

- Gratuito, oneroso, puro, bajo condición;
- Individual, simultáneo o sucesivo;
- Cuasiusufructo, se llama así al usufructo que recae sobre bienes consumibles;
- Usufructo de bienes muebles;
- Usufructo sobre capitales;
- Usufructo sobre animales;
- Usufructo de acciones de sociedades mercantiles;
- Usufructo de la empresa mercantil;

En principio, se debe establecer los motivos por el cual son propios los frutos que produzca el bien usufructuado mientras dure el usufructo, incluyendo los pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, no así los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo. En los usufructos simultáneos, no tiene derecho a acrecer salvo acuerdo o disposición en contrario.

Asimismo el usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada, y también puede arrendar la cosa usufructuada, y por ende es facultad y sobre todo el derecho que sobre el mismo tiene y por la cual puede enajenar su derecho de usufructo, que tiene vigencia hasta la terminación del usufructuario.



Dentro de la misma se establece que tiene derecho que se le abonen los gastos hechos a favor del bien usufructuado, siempre que fueren reparaciones extraordinarias.

- **Obligaciones del usufructuario**

Se regula en principio que el usufructuario debe levantar inventario de los muebles y descripción del estado de los inmuebles con citación del propietario de los bienes, y debe prestar garantía de los bienes usufructuados a satisfacción del nudo propietario, donde se establece que debe hacer las reparaciones ordinarias e indispensables para la conservación de la cosa.

Por otro lado el usufructuario esta obligado a dar aviso de la destrucción, menoscabo o perdida de la cosa por falta de las reparaciones que deben llevarse a cabo en la misma, si el usufructo se adquiere a título gratuito, el usufructuario esta obligado a pagar los impuestos y contribuciones que pesan sobre la cosa usufructuada. Si es oneroso, esta obligación corresponde al nudo propietario.

En consecuencia el usufructuario esta obligado a dar aviso al nudo propietario aun cuando el derecho que le asiste a éste siendo perturbado bajo apercibimiento de responder por los daños y perjuicios que causare por la falta de aviso.

2.3. Uso

Es un derecho real que ha de servirse de cosas ajenas o de aprovecharse de los frutos de ella en cuanto basten las necesidades del usuario y de su familia, según sean las circunstancias que de el devengan.



- **Características**

En principio es, un derecho real, limitado, personalísimo e intransmisible, donde por analogías con el usufructo, se asemejan por ser ambos derechos reales que confieren a sus titulares el disfrute y goce temporal sobre cosas ajenas.

- **Diferencias con el usufructo**

El contrato de usufructo, es de carácter intransmisible y la extensión es aún más restringida en el contenido del derecho es allí donde se diferencian básicamente el uso del usufructo y el contrato de uso.

- **Leasing Arrendamiento Mercantil**

El contrato de leasing, es conocido también como arrendamiento financiero, locación financiera o arrendamiento con opción de compra. El contrato de leasing, consiste en una operación financiera conformada por tres figuras: arrendamiento, compraventa y la opción de compraventa, y como primer lugar se establece que la operación de financiación de mediano o largo plazo que se materializa entre una entidad financiera autorizada y una empresa comercial, industrial o de servicios interesada en incorporar, renovar o modernizar sus equipos productivos e instalaciones, en pro de la obtención de mejores niveles de eficiencia y competitividad.

- **Naturaleza Jurídica**

Por naturaleza nata es un contrato sui generis, autónomo con características propias, y por ende con propia autonomía.



- **Características**

1. Atípico
2. Bilateral-multilateral
3. Consensual
4. Oneroso
5. De tracto sucesivo
6. Principal
7. Financiero

En Guatemala, no existen normas legislativas que regulen este contrato, sin embargo existe una resolución de la Junta Monetaria que se refiere al mismo, estableciendo los lineamientos generales para realizar operaciones de arrendamiento financiero, entre las cuales cabe mencionar:

- a) El arrendamiento financiero implica la adquisición de bienes para el uso de las instituciones bancarias, con el fin de otorgar un crédito;
- a) Los contratos de arrendamiento financiero se registrarán en la contabilidad de los bancos como activos financieros, afectos al requerimiento mínimo de capital a que se refiere el Artículo. 20 inciso b) de la Ley de Bancos;
- b) La amortización de los activos financieros, constituidos por los contratos de arrendamiento financiero, se efectuará de conformidad con las cuotas previstas en los propios contratos. El valor de las cuotas se fijará de manera que en el plazo convenido se amortice el monto pactado en el contrato respectivo.

- **Clase de Leasing operativo**

Es donde el propietario fabricante o proveedor de un bien lo transfiere a otro para utilizarlo en su actividad económica, en este caso el locador o arrendante negocia con el locatario o arrendatario el uso del bien o cosa, a cambio de una renta y por un plazo de corta duración, lo que permite al fabricante o proveedor celebrar diversos contratos sobre el mismo bien, asegurándose ganancias rentables.

El arrendatario, en este caso, tiene a su servicio el bien y no se preocupará de su mantenimiento, pues eso es obligación del locador. En esta modalidad de leasing no es de su naturaleza que el arrendatario adquiere el bien al finalizar el plazo, no hay opción de compra, por lo que según se trata de un contrato de arrendamiento, el leasing operativo el locador es al mismo tiempo el fabricante o proveedor de los bienes, que se encuentra frente a la figura del renting, es el negocio que en el mercado se conoce, al arrendar un vehículo para uso personal y operado por el mismo arrendatario.

- **Leasing Financiero**

En éste contrato el sujeto llamado dador proporciona dinero para comprar un bien que necesita tomador, adquiriéndolo directamente del proveedor y pagándole el valor del mismo. Esta adquisición la hace el dador a su nombre y transfiere su uso al tomador, quien previamente ha seleccionado el bien a su conveniencia.

El tomador se compromete a pagar una renta por el uso del bien adquirido con el financiamiento y goza de la opción de comprarlo al finalizar el plazo, por un precio residual que fijan al celebrar el contrato.

- **Leasing Financiero**

Es aquel en virtud del cual un arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso y goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o colectiva, obligándose ésta a pagar como prestación, que se liquidará en pagos parciales según se convenga, una cantidad de dinero determinada o determinable.

Se es necesario, que cubra el valor de la adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y a adoptar al vencimiento del contrato alguna de las siguientes opciones:

- Compra de los bienes;
- Prórroga del contrato;
- Participación en el precio de venta de los bienes.

- **Características del leasing financiero**

- a) El tomador debe tener siempre derecho a optar por la compra de los bienes, por el valor residual al finalizar el plazo.
- b) El plazo se negocia en razón de la vida útil del bien adquirido y es común que sea forzoso.
- c) El valor del precio que deba pagar el tomador se fija en razón del precio del objeto adquirido y el beneficio que el dador va a obtener por la suma financiada conforme a los intereses existentes en el mercado financiero.
- d) El tomador asume los riesgos y soporta los vicios del objeto adquirido.
- e) El contrato además es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo, de adhesión.



- Elementos del Leasing Financiero

1. Subjetivos:
 - a. Persona que da el financiamiento, dador del financiamiento, por lo general es una sociedad anónima, no es necesario que sea banco ni financiera.
 - b. Tomador o beneficiario del financiamiento y usuario de los bienes a adquirir.
2. Objetivos:
 - a. Cantidad financiada o monto del financiamiento
 - b. Bienes que se adquiere a través del financiamiento
- 3 Formales: es recomendable que se haga por escrito, por lo general se trata de un contrato de adhesión.

Función del Contrato de Leasing Financiero: Para el dador, realiza una operación financiera que le permitirá obtener una ganancia por medio de los intereses y demás réditos que rinde la asistencia crediticia. Si al mismo tiempo es el proveedor, estará también colocando sus productos. En cuanto al tomador, le permite equipar su empresa con bienes nuevos, regularmente maquinaria y equipo.

- Etapas del Leasing Financiero

Existen dos etapas, entre las cuales son la de administración y la de disposición que a continuación se desarrollan en el apartado correspondiente y son:

1. Etapa de administración: Utilización del bien adquirido con el financiamiento, en el entendido que el tomador debe utilizarlo racionalmente, cuidarlo y conservarlo con diligencia para devolverlo útil, si no hiciere uso del derecho de opción a compra.

2. Etapa de Disposición: Cuando vence el plazo, el tomador decide adquirir el bien, ejercitando el derecho a la opción de compra. Se da la compraventa por el precio residual, en el entendido que el objeto ya está entregado al adquirente y dada la naturaleza de la relación, no existe obligación de saneamiento en el dador. Si no se ejerce la opción, el bien se devuelve al dador, quien durante todo el plazo conserva el derecho de propiedad.

- **Factoring**

Es un contrato de carácter financiero, una empresa adquiere los créditos a favor e otra y los financia, para cobrarlos luego directamente o a la empresa factoreada. Es un convenio de efectos permanentes establecido entre el contratante, según el cual se compromete a transferir al factor todas o parte de las facturas que posee de terceros deudores y notificarles esa transmisión; como contrapartida, el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor y de pagar su importe, bien por anticipado, a fecha fija o mediante deducción de sus gastos de intervención.

- **Características**

1. Atípico
2. Bilateral
3. De tracto sucesivo
4. Oneroso
5. Conmutativo
6. De financiamiento
7. Por adhesión



- Elementos

1. Subjetivo:
 - a. Factor, sociedad Factoring
 - b. Cliente: titular de los créditos que transfiere al factor
2. Objetivo: Los créditos que se transfieren.
3. Formal: Generalmente se trata de un contrato de adhesión.

- Modalidades

1. El factoring es una real y verdadera operación de crédito, por la cual el cliente obtiene el valor de los objetos que ha vendido, lo que se traduce en una obtención de liquidez para el comerciante; a su vez, el factor obtiene su ganancia mediante los intereses que cobra por el financiamiento, de acuerdo con el plazo a que esté sujeto el cobro de las facturas y las tasas vigentes en el mercado financiero.
2. No existe financiamiento, el factor se concreta a la administración de las facturas y cobro de las mismas, mediante un precio por ese servicio.

- Franchising

Es un negocio entre un franquiciante y un franquiciado, por medio del cual el primero permite al segundo la comercialización de un producto o un servicio que constituye la actividad propia de su empresa, debiéndose seguir las mismas pautas que se observan en la empresa franquiciante, en cuanto a calidad, presentación del producto o servicio, su publicidad, etc., de tal manera que el consumidor estará recibiendo un bien, por medio del franquiciado, como si lo estuviera proveyendo el franquiciante.



La empresa franquiciada recibe toda la asistencia necesaria en cuanto a técnicas de producción, calidad de las materias primas, secretos de elaboración de productos o prestación del servicio y en general, el llamado know how, que es la habilidad técnica o conocimiento especializado en un campo determinado de los negocios, un conocimiento práctico de cómo lograr un objetivo específico, y en general, todo conocimiento técnico que es secreto, de uso restringido y confidencial.

Como consecuencia de este contrato, el franquiciante recibe una suma de dinero que se conoce como derecho de entrada, al inicio del contrato; y posteriormente, se queda recibiendo regalías periódicas, según se haya pactado, durante el plazo del contrato. El franquiciante también permitirá el uso de su marca registrada, lo que se conoce como licencia de marca o licencia de uso de marca.

- **Características de la Franquicia**

1. Es una relación continuada de transferencia de tecnología del franquiciante hacia el franquiciado, para la comercialización de un producto o un servicio.
2. El franquiciante, a cambio recibe el pago de una cuota inicial y se queda recibiendo regalías periódicas.
3. La franquicia implica licencia del uso de la marca que la distingue.
4. El franquiciante mantiene una relación constante sobre las actuaciones del franquiciado en la ejecución del contrato.

Cuando el contrato se ejecuta en un país distinto al de la empresa franquiciante, ésta deberá estudiar el ordenamiento jurídico del país recipiendario a fin de establecer los términos contractuales.

- Características del Contrato

1. Bilateral
2. Conmutativo
3. Oneroso
4. Por adhesión
5. De tracto sucesivo
6. Atípico

- Clases de franquicia

1. Franquicia piloto master franchising, es aquella que se establece en una empresa intermedia encargada de controlar a los franquiciados que en una zona hayan celebrado contratos de tal naturaleza.
2. Franquicia directa: se celebra entre franquiciante y franquiciado, es la que explicó anteriormente.
3. Franquicia tecnológica: es aquella que a partir del efecto propio del contrato, el franquiciado desarrolla su propia tecnología.

- Elementos

1. Subjetivo:
 - a. Franquiciante: es el propietario del know how y quien lo transfiere mediante un pago inicial y posteriores regalías al franquiciado.
 - b. Franquiciado: es quien recibe el know how.
2. Objetivo: es el know how de un producto o de un servicio.
3. Formal: se trata de un contrato de adhesión.



- **Contrato de Underwriting**

Es una operación por la cual un banco o una sociedad financiera otorga pre financiamiento a la sociedad emisora sobre la suma que representa el total o parte de los valores a emitir: acciones o debentures, pagando un precio menor al valor nominal de cada documento, los cuales colocará posteriormente por un precio mayor.

- **Elementos**

1. Subjetivos:

- a. La entidad que da prefinanciamiento, adquiere los títulos valores a emitir con la finalidad de colocarlos posteriormente.
- b. La sociedad anónima emisora que recibe el prefinanciamiento, contrayendo la obligación de emitir los valores objeto del contrato, en los términos que hayan negociado.

2. Objetivo:

- a. El prefinanciamiento que se otorga
- b. Los títulos que se emiten

3. Formal: es libre por regla general, debe considerarse formalizarlo por escrito.

- **Modalidades:**

1. Underwriting en firme: cuando el ente que otorga el prefinanciamiento adquiere los títulos con el fin de colocarlos al menor plazo posible, en el entendido de que, con la adquisición, se convierte en socio temporal de la sociedad emisora.
2. Underwriting no en firme: cuando el ente financiero, no obstante otorgar el financiamiento, se obliga a colocar los títulos, pero por cuenta del emisor.

- **Contrato de Joint Ventures**

Es aquel por el cual el conjunto de sujetos de derecho, nacionales o internacionales, realizan aportes de las más diversas especies, que no implicarán la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio común, pudiendo se éste desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará dentro de un lapso limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos.

Es un modo de colaboración empresarial que permite conjuntar recursos dinerarios y no dinerarios en la explotación de una negociación comercial, se trata de un agrupamiento de recursos más que de empresas.

- **Características**

1. Se trata de un negocio único de tracto sucesivo.
2. El aporte de una de las partes puede ser de variada especie: capital, transferencia de tecnología, una marca, una patente, etc.
3. Los sujetos pueden ser personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras.
4. Existe una expectativa de beneficio o pérdida.
5. La participación de cada uno de los contratantes y de sus respectivas empresas, no significa una fusión o absorción total.
6. Es un contrato consensual, plurilateral, oneroso, de tracto sucesivo y atípico.



Se enfoca e identifica cada una de las características y elementos formales dentro de la investigación que tiene como relevancia en cada una de los mismos citados y a groso modo la concientización que se vive en cada etapa del desarrollo humano y evolutivo en el medio social; el cual versa en una serie de incidencias y por ende se ha desarrollado en el presente capítulo la fundamentación legalmente establecida y el contenido básico de cada institución en la que se aporta una investigación de carácter eminentemente científica en la materia de contratación.





CAPÍTULO III

3. El contrato de arrendamiento

El contrato es el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a los que el derecho objetivo conoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece.

También es aquel acuerdo de voluntades anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación de carácter patrimonial. En la celebración del contrato participan las partes llamadas como contratante, que implica un acuerdo sobre un objeto de interés jurídico. Por su parte el Código Civil establece que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

Queda regulado que los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez. Se afirma que el contrato es principal productor de obligaciones y la principal fuente ya que todo convenio que produzca, crea o transfiere una obligación y un derecho toma el nombre del contrato.

- **Antecedentes del contrato de arrendamiento**

Desde sus inicios en el Derecho Romano, no se conocía el arrendamiento, sino que existía el contrato de locación de cosas, de obra y de servicios.



En Roma, el arrendamiento se confundía con la compraventa en el sentido de que se entregaba una cosa, a manera de venta, pero por un tiempo determinado, las conquistas, el auge comercial, la inmigración y otros factores sirvieron para que adquiriera identidad este contrato en atención a la necesidad de vivienda para personas de escasos recursos, y para el uso, bajo el concepto de *locatio conductio*: la cesión de una cosa, su goce, y la prestación de un trabajo o servicio, de una obra, a cambio de una remuneración o renta.

En el siglo II antes de Cristo, establece "Viteri Echeverría, Ernesto, la cual la *locatio conductio* se definía como el contrato por el cual una persona (locator) se obliga a ceder temporalmente a otra (conductor) el disfrute de una cosa corporal o incorporal, mueble o inmueble, a cambio de una retribución (merces)."¹⁰

Posteriormente se agruparon bajo el concepto de la *locatio conductio* la cesión para su goce de una cosa, la prestación de un trabajo o servicio y la de una obra *rei, operarum, operaris*, mediante una remuneración o renta. El "Artículo 1880 del Código Civil establece que el arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes se obliga a dar uso o goce de una cosa por cierto tiempo a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado".

El contrato de arrendamiento o *locatio conductio* por su denominación originaria en latín es un contrato donde arrendador, se obliga a transferir temporalmente el uso y goce de una cosa mueble o inmueble a otra parte denominada arrendatario.

¹⁰ Viteri Echeverría, Ernesto. **Los contratos en el derecho civil guatemalteco**. Pág. 279.

El precio puede consistir en una suma de dinero pagada de una sola vez, o bien en una cantidad periódica, que en este caso recibe el nombre de renta.

También puede pagarse la renta en cualquier otra cosa equivalente, con tal de que sea cierta y determinada, por ejemplo, con los frutos que produce la cosa arrendada renta en especie; que a la vez puede ser una cantidad fijada previamente o un porcentaje de la cosecha aparcería.

El autor "Viteri Echeverría, cita a los siguientes autores, con la definición que cada uno de ellos aportan para enriquecer el presente estudio."¹¹

- Para "Borda, el contrato de locación es aquel por el cual una persona llamada locador, se obliga a entregar el uso y goce de una cosa durante un cierto tiempo a otra llamada locatario que a su vez se obliga a pagar un precio en dinero."¹²
- Para "Sánchez Medal, refiere que por el contrato de arrendamiento, una persona llamada arrendador se obliga a conceder el uso o goce temporal de una cosa al arrendatario, a cambio de un precio cierto precio."¹³
- Por su parte "Puig Brutau, manifiesta que es el contrato de tracto sucesivo por el que una de las partes se obliga a mantener a la otra en el goce o uso de una cosa, durante un tiempo determinado, a cambio de un precio cierto, generalmente pagado por períodos y en cuantía proporcional a su duración."¹⁴

¹¹ Viteri Echeverría, **Ob. Cit.** Pág. 280.

¹² **Ibid.** Pág. 25.

¹³ **Ibid.** Pág. 55.

¹⁴ **Ibid.** Pág. 45.

- Díez Picazo y Guillón, transcribe la definición del Código Civil español en el Artículo 1543, "cuando señala que por el arrendamiento una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o el uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto."¹⁵
- Se cita al autor Barbero, y refiere que la función de este contrato es: "consentir al propietario de la cosa que no necesite o no estén condiciones de recabar de ella una utilidad directa, un disfrute indirecto, mediante obtención de un equivalente del goce concedido a otro, sin perder la propiedad de ella y por otra parte, extender la posibilidad de goce de las cosas a quien no puede o no quiera adquirir la propiedad, a cambio de un precio (renta) y el arrendatario se beneficia del uso y goce de la cosa, pagando por ello, un precio."¹⁶

La función de este contrato es consentir al propietario de la cosa, que no necesite o no esté en condiciones de recabar de ella una utilidad directa, un disfrute indirecto, mediante obtención de un equivalente del goce concedido a otro, sin perder la propiedad de ella y, por otra parte, extender la posibilidad de goce de las cosas a quien no pueda o no quiera adquirir la propiedad.

En consecuencia regula el "Artículo 1880 del Código Civil Decreto Ley 106, define el arrendamiento como el contrato por el cual una de las partes se obliga a dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo, a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado." La renta o precio del arrendamiento debe consistir en dinero o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada.

¹⁵ Díez Picazo. **Ob. Cit.** Pág. 88.

¹⁶ Díez Picazo. **Ob. Cit.** Pág. 69.

Existe una gran variedad de criterios con relación a las diferentes clases de arrendamiento, una de las de más fácil comprensión es la que da “Ambrosio Colin Capitant, en la que distinguen dos clases de arrendamientos los cuales son el de cosas y el de obras.”¹⁷

- a. El arrendamiento de cosas; y
- b. El arrendamiento de obras.

Indicando con relación a esto, lo siguiente: que el arrendamiento de cosas a la vez se subdivide en cuatro variantes las cuales se establece de la siguiente manera:

- Arrendamiento de cosas o partes de casa, conocido con el nombre de arrendamiento urbano o arriendo en alquiler. Usualmente, el locatario o arrendatario recibe, en este caso, el nombre de inquilino, y la remuneración que satisface se llama alquiler.
- El arrendamiento de tierras de explotación agrícola, llamado arrendamiento rústico.
- El arrendamiento de muebles.
- El arrendamiento de ganados.

Dentro del contexto citado se distinguen una distinta categoría del arrendamiento de cosas como en el arrendamiento de obras el que se desarrolla a pesar de no ser materia de estudio del trabajo de investigación y al respecto se indica lo siguiente: El arrendamiento de obras se define así: Un contrato por el cual una de las partes se compromete a hacer algo con destino de la otra, a cambio de un precio entre ellas convenido.

¹⁷ Colin Capitant, Ambrosio. **Curso elemental de las clases de arrendamientos civiles.** Pág. 741.

- **Clases de arrendamiento**

El contrato de arrendamiento se puede presentar de tres especies, tales como el de cosas, de servicios, y el de obra los cuales se establecen y se analizan en el siguiente apartado correspondiente:

- Arrendamiento de cosas locación de cosas o *locatio conductio rei*: En éste crea un vínculo personal, por virtud del cual puede exigir el arrendatario, el uso y disfrute de aquellas, en tanto pesa sobre él la obligación de pagar la renta convenida.
- Arrendamiento de servicios locación de servicios o *locatio conductio operarum*: en éste contrato el arrendador se obliga a trabajar o a prestar determinados servicios al arrendatario en forma, lugar y tiempo convenidos mediante un pago.
- El arrendatario está obligado a retribuir los servicios. Este tipo de contrato concluye por incumplimiento de obligaciones, por terminación de contrato o por la muerte.
- Arrendamiento de obra o locación de obras *locatio conductio operis*: En este contrato una persona se compromete con otra a realizar una obra o un trabajo determinado mediante el pago de un precio. Esto recae sobre el resultado de un trabajo, sobre el producto del mismo, ya acabado. Ejemplo: la confección de un traje o la construcción de una casa.

Es importante tener en cuenta reglas comunes del contrato de arrendamiento las cuales se pueden resumir de diferente manera la que en consecuencia establece una explicación adecuada para la presente investigación y la interpretación detallada así:

- Es esencialmente temporal, un arriendo perpetuo equivaldría a una enajenación y por eso el Artículo 1880 del Código Civil, tiene buen cuidado de establecer que el arrendamiento se estipula por cierto tiempo.
- Al arrendatario no se le impone ninguna clase de formalidades externas. No necesita que se le estipule por escrito. Pero la ley, de un modo general, excluye en lo que a él le concierne, el empleo de la prueba testimonial o reconocimiento judicial y por consiguiente, de las presunciones simples que se presentan paralelamente a esta clase de prueba.
- Además la prueba de reconocimiento judicial, cuando el contrato se ha realizado verbalmente supone que el arrendamiento estipulado sin documento escrito no ha recibido todavía ningún principio de ejecución y si una de las partes lo niega (como se ve, lo que se pone aquí en duda es la existencia misma del arrendamiento), decide que en caso semejante la prueba no puede ser de testigos, sino que la prueba idónea es la de reconocimiento judicial.

La ley no regula el caso en que hubiera principio de prueba por escrito. Pero pensando lógicamente, se debe decidir que semejante circunstancia hace admisible la prueba testifical, como no lo haría la redacción de una prueba escrita irregular, por ejemplo, un documento del que sólo se hubiese redactado el original. Si la ley no excluye la prueba testimonial además es aplicable la prueba de reconocimiento judicial.

- De conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil, cuando existe documento escrito de arrendamiento y una de las partes no lo quiere presentar de conformidad con el Artículo 182 se puede disponer que el juez prevenga a la parte contraria la entrega del documento dentro de un plazo que le señalará, teniéndose por exacto el texto del documento mencionado por la parte que solicitó la diligencia.



Se cree que este silencio lo que excluye porque una de dos o se exhibe un documento en cuyo caso el juez no tiene necesidad de hacer prestar tal juramento o no se exhibe escrito ninguno y en ese caso no puede depender del juez el recurrir a un procedimiento que sólo es admitido por la ley a título de suplemente entre los elementos de convicción.

En cuanto a la confesión, la ley no cita en términos; pero ya se ha dicho que se debe, sin embargo, admitirla para suplir la ausencia de prueba escrita. La cuestión, naturalmente no se plantea más que por lo que hace a la confesión en juicio.

- Documentos consistentes en los recibos que se pueden exhibir de las cantidades correspondientes a plazos ya abonados, harán fe, pues equivalen a una confesión de ambas partes.
- Puede suscitar la prueba pericial en documento extendido por el arrendante, en caso que la otra parte rechace haber suscrito.

Se puede definir el arrendamiento como el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionarle a otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo y la otra a pagar como contraprestación un precio determinado. De conformidad con el Código Civil, se puede indicar que la parte que proporciona el goce se llama arrendador y la parte que da el precio arrendatario.

También de conformidad con lo que estipula la ley de inquilinato, que actualmente no se aplica su procedimiento para demandar, se conoce con el nombre de inquilino cuando se trata de arrendamiento de casas, almacenes u otros edificios y colonos cuando el goce radica en predio rústico propiedad de la nación que en Guatemala como Petén.



Así se manifiesta “Borda y define la locación de cosas como el contrato por el cual una persona locador se obliga a entregar el uso y goce de una cosa durante un cierto tiempo a otra locatario que a su vez se obliga a pagar un precio en dinero.”¹⁸

Establece “Sánchez menda, que en consecuencia siguiendo la aplicación del Artículo 2398 del Código Civil mexicano define el arrendamiento como el contrato que por el que el arrendador se obliga a dar a otra el uso o goce temporal de una cosa al arrendatario, a cambio de un precio cierto.”¹⁹

De la misma manera se manifiesta “Díez Picazo y Gullón y transcriben la definición del Código Civil español contenida en el Artículo 1543 el cual señala que por el arrendamiento una de las partes se obliga a dar a otra el goce o el uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto.”²⁰

Para Puig Brutau, para quien el contrato de arrendamiento: “es el contrato de tracto sucesivo por el que una de las partes se obliga a mantener a la otra en el goce o uso de una cosa, durante un tiempo determinado, a cambio de un precio cierto, generalmente pagado por periodos y en cuantía proporcional a su duración.”²¹

En un contrato traslativo de bienes muebles o inmuebles, de una renta y el arrendante a su vez tiene la obligación de mantener en la libre disposición del arrendatario.

¹⁸ Borda, Guillermo. **Tratado de derecho civil**. Pág. 485.

¹⁹ Sánchez menda. Ramón. **De los contratos civiles**. Pág. 229.

²⁰ Díez Picazo, Antonio y Gullón, Antonio. **Sistema de derecho civil**. Pág. 275.

²¹ Puig Brutau, José. **Fundamentos de derecho civil**. Pág. 255.



Además es un contrato típico, civil, por estar contemplado y regulado en el Código Civil.

Al respecto Barbero, comenta que la función de este contrato es: “consentir al propietario de la cosa, que no necesite o no esté en condiciones de recabar de ella una utilidad directa, un disfrute indirecto, mediante obtención de un equivalente del goce concedido a otro, sin perder la propiedad de ella y por otra parte, extender la posibilidad de goce de las cosas a quien no pueda o no quiera adquirir la propiedad, mediante este contrato el propietario cede la posesión, uso y goce de la cosa, no la propiedad, a cambio de un precio renta y el arrendatario se beneficia del uso y goce de la cosa ajena, pagando por ello un precio.”²²

- **Naturaleza jurídica**

Es un contrato traslativo, de uso y disfrute, por el cual el arrendatario goza del bien, de sus frutos pero a cambio del pago de una renta. El dominio lo tiene el arrendante o propietario. Confiere un título de mera tenencia, porque el arrendatario no tiene el título de propietario, sino que reconoce dominio ajeno del arrendador, en este caso, sean casas, autos, o distintos inmuebles.

El arrendamiento de cosas o arrendamiento propiamente dicho, es el contrato por el cual una de las partes se obliga a proporcionar a la otra, durante un período determinado de tiempo. El uso y el disfrute de una cosa, a cambio de un precio que ésta se compromete a pagarle. El arrendamiento no es otra cosa que la venta del disfrute de una cosa, decir de los frutos venideros de dicha cosa. Hay, sin embargo, diferencias esenciales entre uno y otro que están bien claras.

²² Barbero, Doménico. **Sistema de derecho privado**, Pág. 90.



La venta transmite la propiedad; apenas realizada, los riesgos pasan del vendedor al comprador, y es un acto de disposición que requiere por parte del que lo otorga, la capacidad de disponer. El arrendamiento por el contrario es un contrato sucesivo que se ejecuta por actos repetidos y recíprocos de disfrute y de pago de los alquileres, actos que se sirven de causa los unos a los otros, hasta el extremo que si el uso y el disfrute no pueden llevarse a cabo no se debe al alquiler.

Finalmente, arrendar es realizar un acto de simple administración, donde se ha suscrito gran cantidad de problemas con relación a la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento, con excepción de que si se trata de un contrato. Se discute sobre si en el contrato de arrendamiento crea a favor del arrendatario un derecho de naturaleza real, personal o incluso un derecho mixto, respecto del bien arrendado existen tres criterios al respecto:

- Es un derecho personal;
- Es un derecho real y
- Es un derecho mixto.

Ha sido muy discutido el problema de si el arriendo crea favor del arrendatario un derecho de naturaleza real o un simple derecho personal o de crédito. Como se ha observado, en el derecho romano una vez enajenada la finca, terminaba el contrato de locación.

De manera que en el contenido se analiza la situación en la que el adquirente no estaba obligado a respetar los actos cumplidos por el enajenante en cuanto al uso y goce de la cosa, salvo que hubiese pactado lo contrario.



Si se analiza detenidamente este pacto fue el principio de carácter excepcional, con el tiempo se convirtió en regla, en tal sentido que últimamente se establecía en todo contrato la cláusula de cuando la finca es enajenada, el contrato de arrendamiento tendía a ser continuado por el adquirente. A continuación se analizará cada uno de los tres criterios con relación a la naturaleza jurídica de este importante contrato.

- **El arrendamiento como un derecho personal**

El arrendamiento tiene como fundamento de carácter personalísimo y como lo regula esta teoría en función de la aceptación de “Arturo Orgaz, que: El arrendamiento sólo produce un derecho de carácter personal; ya que faltan elementos típicos que configuran los derechos reales, todo derecho tiene necesariamente un sujeto activo o uno o muchos sujetos pasivos, los cuales ya activos, ya pasivos, no pueden ser sino personales. Desde este aspecto todo derecho es personal.”²³

En el contrato de arrendamiento es en el cual intervienen el arrendador y el arrendatario. El arrendador es el que se obliga a ceder el uso de la cosa; el arrendatario, el que adquiere el uso de la misma. Y por consiguiente puedan otorgar estos contratos aquellos que tengan la capacidad mínima necesaria para contratar, siempre que posean la facultad de gozar de la cosa.

A groso modo, se ve de manifiesta, esta teoría, que indica que es un derecho real a favor del arrendatario, este es un criterio discutido, ya que su aceptación en ciertas situaciones jurídicas constituiría cierta enajenación de inmuebles.

²³ Orgaz, Arturo. **Diccionario de derecho y ciencias sociales**, Pág. 118 y 119.

Por su parte establece “Raymundo M. Salvat y menciona lo siguiente: Troplong y otros jurisconsultos sostienen esta segunda posición fundándose esencialmente en el principio de que la locación subsiste a pesar de la enajenación de la finca alquilada.

Si el locatario, se ha dicho, puede invocar contra el adquirente, no obstante no existir entre el vínculo alguno de obligación, es porque ese derecho ha pasado de absoluto y grava la cosa misma, es decir, porque en vez de constituir un derecho personal como era antes, se ha transformado en derecho real.”²⁴

Al referirse sobre este punto de vista establece “Federico Puig Peña manifiesta que: resulta absurdo que si se transmite el uso o disfrute de una cosa sin precio, constituya un derecho real de usufructo, uso o habitación y no lo constituya si se transmite de otra forma, con otro nombre o mediante el pago de una renta, en cualquier forma que sea, el propietario, al ceder el uso o el disfrute, se desprende de él, lo pierde para sí y lo entrega a otro.”²⁵

El eminente maestro “Castan establece que en el terreno del derecho constituyente, puede pensarse que el arrendamiento debiera ser un derecho real como lo es el usufructo, ya que son circunstanciales y puramente históricas las diferencias existentes entre uno y otro derecho, y por otra parte, ello tendrá ventajas innegables, el derecho del arrendatario y permitir su hipoteca.”²⁶

²⁴ Troplong citado por Salvat Raymund M. **Tratado de derecho civil argentino**, Pág. 987.

²⁵ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, Pág. 52.

²⁶ Tobeñas, Castan. **Derecho Procesal Civil**. Pág. 945.

- **Es un derecho mixto**

Quienes comparten esta teoría opinan que el arrendamiento tiene una naturaleza mixta, se trata de una opinión matiz intermedia muy favorecida en España porque, la doctrina estima que se puede distinguir entre el arrendamiento no inscrito y el inscrito, el primero le asigna una naturaleza personal y al segundo una naturaleza real. Así en el presente trabajo objeto de estudio se sitúa la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento como ser un derecho de carácter mixto.

- **Características**

Dentro del contrato de arrendamiento en el medio social es particularizado por diferentes aseveraciones y para el siguiente efecto se citan las siguientes características:

- a. Consensual**

Se perfecciona mediante el simple acuerdo de voluntades en cuando a las obligaciones que recíprocamente asumen la partes: el arrendador, dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo y el arrendatario, pagar por ese uso o goce un precio determinado. La entrega real y efectiva de la cosa no es esencial para la existencia del contrato y tampoco está sujeta al cumplimiento de solemnidades especiales.

En forma de opinión, se cita que el arrendamiento en Guatemala, es un contrato consensual del que nacen derechos personales y, secundariamente, puede producir algunos efectos reales indirectos.

En la doctrina se discute si del arrendamiento derivan únicamente derechos personales para el arrendatario o si también resultan relaciones de carácter real, y se sostiene que el arrendamiento produce efectos reales, que se manifiestan regularmente en el caso de venta del bien arrendado, ya que el contrato continúa con el comprador y el arrendatario de que si el arrendador perdiera la propiedad del bien, el nuevo propietario debe respetar los derechos de los arrendatarios, aunque estos deriven de contratos celebrados con el primitivo propietario.

También, se señala que la situación del arrendatario se fortifica incesantemente expensas de la del propietario, que se debilita día a día; incrustados en el inmueble, gracias al juego de las prórrogas, protegidos contra el alza de los alquileres por un legislador siempre favorables a los deudores, los que son más en número los inquilinos y arrendatarios de predios rústicos tienen tendencia a considerarse como en su casa, en la casa o propiedad ajena y a comportarse como titulares de un ius in re, de un derecho de la cosa o propiedad ajena y a comportarse como titulares de un iuris in re, de un derecho a la cosa.

b. Principal

Porque tiene existencia independiente y subsiste por sí solo.

c. Bilateral

Pues del mismo surgen obligaciones correlativas a cargo de ambas partes, o sea que crea obligaciones a cargo de las partes por un lado el arrendador debe poner la cosa a la disposición del arrendatario, se obliga a entregar la cosa.



Así en el “Artículo 1587 del Código Civil establece que los contratos Son bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente”. Para “Miguel Fenéché, es bilateral porque es fuente de derechos y obligaciones para ambas partes.”²⁷

d. Oneroso

En el arrendamiento existe un cambio entre una utilidad de una cosa y un precio. El arrendador tiene el provecho y a su vez la obligación de conceder el uso o goce de la cosa, el arrendatario tiene el provecho de gozar del uso o goce de la cosa y la obligación de pagar una renta. El Código Civil en el “Artículo 1590, estipula lo siguiente: Es contrato oneroso aquél en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.”

e. Temporalidad

El tiempo debe ser determinado sin que sea necesaria una determinación absoluta, ya que puede pactarse un arrendamiento de duración indefinida en cuanto dependa del cumplimiento de una condición o de la voluntad de alguna de las partes. No se admite el arrendamiento perpetuo, y como lo indica “Federico Puig Peña, Si se establece una locación perpetua, deja de ser arrendamiento para convertirse en otro contrato.”²⁸

f. Conmutativo

En cada una de las partes contratantes, da lo equivalente de lo que recibe. El Código Civil en el “Artículo 1591 indica cuando el contrato oneroso es conmutativo y establece que: Las prestaciones son ciertas desde que se celebra el contrato”.

²⁷ Fenéché, Miguel. **Enciclopedia práctica de derecho**, Pág. 1002.

²⁸ Puig Peña, **Ob. Cit**; Pág. 191 y 192.



g. De tracto sucesivo

El arrendamiento es de tracto sucesivo, porque durante un tiempo determinado, la cosa objeto del arrendamiento, estará en poder del arrendatario y a su vez éste pagara periódicamente una renta o que no concluye en el mismo momento, como ocurre con los instantáneos, que son los contratos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera, que el pago de las prestaciones se realiza en un período determinada.

Es muy importante esta distinción, en cuanto a la nulidad, porque en los contratos instantáneos si es posible la restitución de las prestaciones. En cambio en los de tracto sucesivo, no siempre lo es, porque habrá algunas que ya definitivamente quedaron consumadas y existirá una imposibilidad de hecho para restituir las.

El autor Rojina Villegas aporta que: “el arrendamiento hay un obstáculo insuperable para restituir el uso que ya disfruto el arrendatario y su nulidad no trae consigo la devolución de la renta porque el arrendatario no puede a su vez devolver el uso.

En cambio, en la compraventa, la nulidad trae como consecuencia la restitución de la cosa y del precio aún cuando sea de tracto sucesivo porque se haya pagado este último en abonos.”²⁹

²⁹ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil**, Pág. 17 y 18.



h. De goce o de uso

Por medio del contrato de arrendamiento se concede el uso o goce de la cosa alquilada, no la propiedad de la misma, nominado: Porque el Código Civil, se encarga de calificarlo y desarrollarlo.

- **Regulación legal**

El contrato de arrendamiento se encuentra regulado entre los Artículos 1880 al 1941 del Código Civil, entre su regulación aparecen elementos personales, reales y formales los cuales se analiza a continuación:

- **Elementos personales**

- a. Arrendador**

Es la persona que se obliga a conceder el uso de la cosa, y como se trata de un acto de pura administración, todo aquel tenga capacidad mínima para contratar, que posea el derecho y la facultad de gozar de la cosa puede darle en arrendamiento.

Como señala “Guillermo Cabanellas de Torres es, la persona que da en arrendamiento alguna cosa propia de este contrato.”³⁰

El Código Civil regula el “Artículo 1881 que se puede dar bienes en arrendamiento el propietario que tenga capacidad para contratar, así como el que por ley o pacto tenga esta facultad respecto de los bienes que administra.”

³⁰ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, Pág. 38.



El marido necesita del consentimiento de su cónyuge para dar en arrendamiento los bienes comunes del patrimonio conyugal por un plazo mayor de tres años con Anticipo de renta por más de un año, según el Artículo 1882 del mismo texto normativo.

En el mismo sentido establece el “Artículo 1863 del Código Civil regula que el copropietario de cosa indivisa no puede darla en arrendamiento sin el consentimiento de sus condueños.”

b. Arrendatario

Llamado también locatario o inquilino como le denomina “Manuel Ossorio, que se le llama así al que paga el precio por el uso o goce de una cosa, por la prestación de un servicio o a la ejecución de una obra.”³¹

• Obligaciones y derechos del arrendador

Todo lo relativo al derecho de arrendamiento y para las obligaciones y derechos posteriores queda regulo el Código Civil de los Artículos 1897 al 1902 y 1917. La cual establece las obligaciones del arrendador, pueden estudiarse de la siguiente manera:

- Entregar al arrendatario la cosa en estado de servir al objeto de arrendamiento.
- A poner en conocimiento del arrendatario, en el acto de celebrarse el contrato, los vicios ocultos de la cosa y las limitaciones y gravámenes que puedan perjudicarle.
- A mantener el arrendatario en el goce pacífico de la cosa durante el arrendamiento.
- Al referirse a esta obligación “Leopoldo Aguilar Carbajal, manifiesta que esta obligación del arrendador debe entenderse en las relaciones con terceros.”³²

³¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**, Pág. 586.

- A no estorbar ni embarazar de manera alguna el uso de la cosa arrendada a no ser por causa de reparaciones urgentes e indispensables.
- A conservar la cosa arrendada en el mismo estado, durante el arrendamiento, haciendo para ello todas las reparaciones necesarias.
- A defender el uso de la cosa contra un tercero que pretenda tener o quiera ejercer algún derecho sobre ella.
- A pagar los impuestos fiscales y municipales que gravitan sobre la cosa.
- Abonar el arrendatario los gastos derivados de las mejoras que este haga en la cosa arrendada, solo cuando por convenio escrito el arrendador se haya obligado a pagarla, esto es en caso de mejoras útiles y de recreo ya que las mejoras necesarias siempre corren a cuenta del arrendador.

- **Obligaciones y derechos del arrendatario**

Queda así reguladas las obligaciones y derechos del arrendatario y en consecuencia se ve de manifiesto que se fundamenta y por ende queda plasmado en el ordenamiento jurídico ordinario en los Artículos del 1903 al 1914, siendo las siguientes:

- Pagar la renta el día en que reciba la cosa, en los plazos, forma y lugar convenido. A falta de convenio la renta se pagará vencida a la presentación del recibo firmado por el arrendador o representante legal.
- A no pagar la renta si se ve impedido sin culpa suya, del uso total de la cosa arrendada y otras especificadas.

³² Aguilar Carbajal, Leopoldo. **Contratos civiles**, Pág. 56.



- El arrendatario puede o no puede subarrendar o no, de conformidad con el Artículo 1930 numeral 5) del Código Civil.

Es importante analizar este último inciso porque nos encontramos con un sub-contrato que se puede dar en el contrato de arrendamiento y que se le denomina el subarrendamiento que es un derecho otorgado por la ley tácitamente, a menos que expresamente se prohíba.

- Elementos reales

a. La cosa

Al tratar de este elemento la doctrina es unánime en entender que puede ser objeto de este contrato que puede ser objeto de este contrato todas las cosas cuyo uso o goce este en el comercio de los hombres. El "Artículo 1880 del Código Civil establece: Todos los bienes no fungibles pueden ser objeto de este contrato, excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales".

b. El precio

También conocido como renta constituye el elemento esencial del contrato de arrendamiento sin precio, podrá haber un contrato de donación o de comodato o un contrato innominado, según circunstancias, pero el contrato de arrendamiento no existirá y por consiguiente en principio debe ser cierto y determinado y consistir en dinero o en cualquier otra cosa equivalente, así como los romanos indicaban sin precio no hay arrendamiento.



- **Elemento formal**

Por tratarse de un elemento consensual en esencia, no requiere formalidad alguna, salvo cuando se va inscribir en el Registro General de la Propiedad que debe constar en escritura pública, según lo requieren los Artículos 1125 numeral 6 y 1576 primer párrafo del Código Civil.

Con el aporte del presente capítulo, se llega al fin de que en el contrato de arrendamiento propiamente se deriva una infinidad de contratación en la que se establece sus funciones esenciales de cada uno y por tal motivo es de interés hacer una buena inversión en el contrato en particular.



CAPÍTULO IV

4. La necesidad de incluir de forma obligatoria la mediación en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles

En principio el contrato de arrendamiento, y es el medio por el cual una de las parte se obliga a dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo, a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado, aunado con la salvedad de negocios por medio de la mediación para no llegar a los tribunales donde lo que se causa es una sobre carga jurisdiccional.

4.1. Disposiciones generales

Para el efecto se establecen determinados elementos, que se deben de mencionar como fundamentales en cada contrato con el fin de llegar a un acuerdo en caso de controversia, y por consiguiente son los personales, y entre estos están el arrendante o arrendador y el arrendatario.

También se establecen los elementos reales, y son los bienes que pueden ser objeto de arrendamiento que pueden ser muebles o inmuebles excepto los derechos estrictamente personales.

Así el maestro Espin Canovas, Diego cita; “se debe regular en la legislación los medios idóneos, por la cual es necesario incluir en la contratación de carácter de arrendamiento, si bien es cierto esta regulado pero no obstante cuando existe una prohibición para poder subarrendar el mismo bien inmueble en la cual surge controversia y por la cual no se debe violentar las circunstancias que se establezcan.



Siendo estas como por ejemplo se cita el no pagar por cierto tiempo las mensualidades causales de desocupación el bien inmueble y así sucesivamente surgen muchas situaciones por la cual no debe ser de esa manera por la misma circunstancia se hace necesario que se llegue a un final con la mediación necesaria.”³³

El elenco que forma el gran maestro citado es consecuencia del estudio y análisis en la cual se desarrolla la presente investigación para llegar al lugar adecuado y así comprender lo que en realidad establece la conciliación como mera manera de carácter extrajudicial, y en su caso la mediación la cual se puede emplear por medio de un Notario en el ejercicio de la profesión.

4.2. El juicio sumario de desahucio

El juicio sumario es el procedimiento de tramitación abreviada, con rapidez superior y simplificación de formas con respecto al juicio ordinario, con los trámites de éste, pero los plazos más cortos. Y en consecuencia para la demanda debe cumplirse con lo regulado para el juicio ordinario.

El plazo dado al demandado para contestar la demanda es de tres, días contados a partir del día siguiente de la notificación. Dentro del 2º día de emplazado, el demandado puede hacer valer las excepciones previas, las cuales se resuelven por el trámite de los incidentes.

³³ Espin Canovas. **Ob. Cit.** Pág. 773.



Sin embargo, en cualquier estado el proceso pueden oponerse las excepciones de litispendencia, falta de capacidad legal, falta de personalidad, falta de personería, cosa juzgada, caducidad, prescripción y transacción, las que se resuelven en sentencia.

El plazo para contestar la demanda es de tres días, en cuya oportunidad debe el demandado interponer las excepciones perentorias que tuviere contra la pretensión del actor. Las excepciones nacidas después de la contestación de la demanda, así como las relativas a pago y compensación, se pueden proponer en cualquier instancia y son resueltas en sentencia.

El plazo para la prueba es de 15 días. La vista se debe verificar dentro de un plazo no mayor de 10 días, contados a partir del vencimiento de plazo de prueba. La sentencia debe pronunciarse dentro de los 5 días siguientes.

4.2.1. Son materia del juicio sumario

Se regula en el ordenamiento nacional y específicamente en el Código Procesal Civil y Mercantil los asuntos que deben tramitarse en juicio sumario para lo cual se establecen los siguientes:

1. Asuntos de arrendamiento y desahucio.
2. Entrega de bienes muebles que no sea dinero.
3. Rescisión de contratos.
4. Deducción de responsabilidad Civil de Empleados y Funcionarios públicos.
5. Interdictos.



4.2.2. Juicio sumario de arrendamiento y desahucio

Todos los asuntos que provengan del contrato de arrendamiento se ventilan por el proceso sumario, y pueden ser sujetos activos de la relación procesal, el propietario, el que ha entregado un inmueble a otro con la obligación de restituirlo o el que tenga derecho de poseer el inmueble por cualquier título; y son sujetos pasivos, el simple tenedor, el intruso o el que recibió el inmueble sujeto a la obligación de devolverlo.

En el juicio sumario el actor puede pedir el embargo de bienes y el Juez deberá decretarlo preventivamente, asimismo es importante señalar que en caso debe poderse demostrar la relación jurídica, en base a los documentos acompañados a la demanda, el Juez al emplazar al demandado deberá apercibirlo de que si no se opone dentro del término de tres días de que dispone para contestar la demanda, ordenará la desocupación sin más trámite.

Vencido el plazo fijado por el Juez, que deberán estar enmarcado en lo que para el efecto establece el "Artículo 240 del Código Procesal Civil y Mercantil, sin que la desocupación se realizare, se decretará el lanzamiento del demandado a costa de éste.

En este proceso sólo son apelables los autos que resuelvan las excepciones previas y la sentencia.

De manera integra se trae a colación determinadas circunstancias en la cual si bien es cierto el tema principal es el juicio sumario de desahucio y al hacer el análisis respectivo en lo que corresponde a la materia que se ocupa es necesario adoptar la medida obligatoria de la mediación en los contratos de arrendamiento para llegar a un final sin discusión alguna y de buena forma.



4.2.3. La mediación y las ventajas generales

En la actualidad y en la vida real, existe una cierta aseveración en relación a la mediación como factor de suma importancia entre el arrendador y arrendatario para no sufrir de ciertas características que están catalogadas como situaciones de carácter conflictivas.

Ante tal circunstancia se debe en primer lugar tomar en cuenta que es la mediación, y por tal motivo se establece que, es el proceso por el cual un individuo neutral ayuda a dos o más partes a encontrar una solución negociada a sus diferencias. Asimismo se usan diversas técnicas para ayudar a las partes a encontrar un acuerdo, pero el mediador no tiene poder de decidir la controversia.

En tal sentido que se debe establecer que antes de la sesión de negociación o mediación, es absolutamente necesario que las partes se esfuercen por pensar fríamente lo que realmente quieren y necesitan, para poder negociar sobre todo en lo que conlleva un contrato de arrendamiento y por ende no descartar la cláusula donde establece ya sea la prohibición de subarrendamiento o no del mismo, y para ello es necesario identificar cuales son sus verdaderos intereses, y que es lo que realmente se necesita para que pueda nacer a la vida jurídica y su posible rescisión por la vía de la mediación.

4.2.4. La mediación

Si bien es cierto que durante el proceso de mediación se ha de hacer todo lo posible por ayudar a las partes a distinguir sus verdaderos intereses de los demás.



Además es importante establecer la forma de lo mas importante que es la persona que se sienta sus puntos de vista validados y por ende respetada en todos sus actos de la vida.

Como es el tema principal que ocupa el presente trabajo de investigación científica el cual es la inclusión de la mediación en la contratación de los arrendamientos para que el mismo descongestione el sistema de justicia.

4.2.5. Antecedentes históricos de la mediación

Desde la existencia del hombre, se han utilizado formas diversas no judiciales o alternas al juicio, para la solución de conflictos como por ejemplo, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, entre otros. En el mundo hispanoamericano existía el Tribunal de Aguas de Valencia en España desde el año 1321 del reinado de Jaime II, que usaban la mediación entre los campesinos del lugar en el conflicto de agua.

“En China, Inglaterra, Noruega, Nueva Zelanda, Canadá, Italia, Suecia, Alemania, Japón. Australia y Francia, crearon en los años ochenta el Código de Mediación. En los Estados Unidos de América el conocimiento de la mediación lo obtuvieron en el año 1988; en el estado de la Florida, en el año de 1976, se puso a la vanguardia la mediación anexo al poder judicial, con legislación.

En Canadá existe mediación desde 1979 en materia de familia y en su ley se contempla la mediación en 1985.

En Latinoamérica el país que inició la práctica de los métodos alternos de solución de conflictos fue Colombia. Existe mediación, desde finales de la década de los ochenta en Argentina, Brasil, Chile, Bolivia, Uruguay, México, Honduras, El Salvador. Costa Rica³⁴

En todo momento histórico las distintas instancias del control social, formal e informal, han aplicado formas y estilos diversos de mediación de manera simultánea, complementaria o interrelacionada, porque el mantenimiento del orden social no depende exclusivamente del derecho penal estatal, sino también de determinadas situaciones problemáticas se aborden en materia civil con unas concretas formas y estilos, depende según la historia demuestra, de factores como la complejidad social, las diferentes estructuras relacionales, los propios valores de la sociedad, etcétera.

Por ello, siempre han existido procedimientos más o menos informales de solución de conflictos, de estructura bilateral o trilateral, orientados hacia la negociación y compromiso. La mediación tiene, una corta historia pero largo pasado; no es una fórmula nueva en la ingeniería jurídica, ni producto de circunstancias sociales de la realidad actual.

Precisamente por su inabarcable historia, interesa ahora solo una referencia a sus antecedentes próximos. Como se dijo, en los orígenes y posterior configuración de este modelo, confluyen antecedentes y concepciones político criminales desde tendencias victimológicas clásicas, partidarias de la reparación y de la conciliación autor-víctima.

³⁴ Barrera Santos, Yasid. **Proyecto de juzgados de paz, programa manual de mediación y conciliación.** Pág. 9.



“El sistema, en consecuencia, deposita una firme confianza en la capacidad y autonomía de los individuos para resolver, pacífica y eficazmente, los conflictos en que puedan hallarse inmersos, y conlleva desde luego, una decidida tendencia a desjudicializar y desjuridicidar aquellos, optando por la mediación flexible de instancias no oficiales de carácter comunitario y por procedimientos informales, siempre más pacificadores”³⁵

4.3. La mediación en Guatemala

En Guatemala, algunos pueblos indígenas aplican un sistema de normas regidas en el país, por grupos mayas, y califican su sistema como reparador, el cual tiene como principal característica reconstruir el equilibrio perdido entre las partes en conflicto, se busca que los contendientes después de acudir a su sistema puedan reencontrarse con la tranquilidad o felicidad a través del diálogo, la negociación y la mediación, es por medio de estos instrumentos y medios que logran llegar a acuerdos, que facilitan la vida personal y de la comunidad.

La reparación de daños no se impone, se dialoga y una vez acordado entre las partes y el mediador, se llega a un acuerdo, que se sustenta en la comprensión, perdón y tolerancia, y se procede a la reparación de los daños, la cual busca esencialmente una reflexión por parte de quien cometió la falta, es la persona que debe cumplir siempre atendiendo al orden de ideas en materia civil como lo es el contrato de arrendamiento.

³⁵ García Pablos de Molina, Antonio. **Introducción a la conciliación teórica**. Pág. 493.



En la mayoría de las ocasiones los castigos consisten en trabajos comunitarios, pero dependiendo de la falta los imputados pueden llegar a recibir azotes o inclusive ser expulsados de la comunidad.

El respeto a los demás es fundamental para la cultura maya, por esta razón, cuando se hace mal a otro, se esta haciendo daño así mismo. Por el momento, entre mas pronto se reconozca el error y se corrija o repare el daño se logrará la tranquilidad personal y de la comunidad.

Una vez arreglado un problema, existen personas que se encargan de velar porque los acuerdos se cumplan. En la legislación nacional, se introdujeron cambios importantes en la parte litigiosa en materia civil y sobre todo con la introducción de formas mas rápidas, pacíficas y practicas de responder ante la falta de cumplimiento de una obligación, dentro de estos están la mediación como una innovación al ordenamiento procesal y que se encuentra en la actualidad vigente.

4.3.1. Concepto de mediación

Es un proceso de manejo de conflictos, en el cual se abre espacios al dialogo y negociación directa, para atacar y resolver la causa del conflicto. Asimismo, puede decirse que es una forma confidencial y consensual de solución de disputas, facilitada por un juez en funciones con experiencia en solución de conflictos. Es una forma o modo de gestión de conflictos, de la cual sobrevendrá un acuerdo y una solución.



4.3.2. Definición de Mediación

Es un mecanismo de resolución alternativa de conflictos que ayuda a resolver en forma pacífica diferentes tipos de conflictos. Es una instancia voluntaria que tiene como objetivo el acercamiento entre las personas que presentan una posición controvertida, El mediador a cargo del proceso, ayuda a que se clarifiquen e identifiquen esos intereses en conflicto y que se llegue a un acuerdo satisfactorio, sin tener que recurrir al tribunal de justicia.

También se define como un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial el mediador, que actúa como conductor de la sesión, ayudando a las personas que participan en la mediación a encontrar una solución que sea satisfactoria para ambas partes.

La mediación preserva la relación entre las personas involucradas en la disputa; en la mediación, la decisión a la que lleguen las partes será elaborada por ellas mismas y no por el mediador. Se reafirma así la capacidad de la mediación de devolverle el poder a las partes para que sean ellas mismas las protagonistas de la decisión, y no el mediador.

4.3.3. Características del rol de mediador

- Ser neutral e imparcial.
- Escuchar con atención.



- Demostrar habilidad para identificar los temas fundamentales.
- Aplicar su capacidad para tener presente los aspectos objetivos y tratar apropiadamente las cuestiones generadas por las emociones vivenciadas por las personas participantes.
- Ser alguien que se dirige con respeto a todas las partes involucradas.
- Ser creativo a la hora de ayudar a generar soluciones.
- Ser paciente con los procesos de pensamiento de las partes, no apurarlos.
- Generar en la mediación una atmósfera y estructura que maximice, las posibilidades de alcanzar un acuerdo.

4.3.4. Ventajas específicas de la mediación en Guatemala

La mediación preserva la relación entre las personas involucradas en la disputa, ayuda a la gente a resolver disputas en forma rápida y económica, en comparación a los procesos judiciales en cuestiones penales, laborales, civiles, de negocios, entre vecinos, entre familiares, dentro de una comunidad o en disputas en el interior de organizaciones.

La eficacia de la mediación permite ofrecerles a las partes interesadas tremendos ahorros de costos y otros beneficios, al resolver los casos y mantenerlos al margen del sistema judicial y eficacia en la tramitación de los casos, se enfrentan a problemas de costos y retrasos similares, la mediación como un procedimiento familiar en las culturas de tantos países, en el movimiento de solución alternativa de controversias destinado a tener un gran éxito internacional a medida que avanza el nuevo milenio.



4.4. Clases de mediación.

4.4.1. Mediación internacional

Es una herramienta cada vez más imprescindible para abordar los conflictos que surgen al interior de las naciones y entre naciones, ya que permite ayudar a resolver los conflictos en una mesa de negociación por la vía de las palabras y la persuasión por encima de la fuerza e imposición.

A través de ésta se puede obtener diferentes resultados. Sin embargo, si existe diálogo y voluntad política de las partes en conflicto para encontrar una salida por medios pacíficos a sus diferencias, se excluirá automáticamente la violencia como mecanismo para obtener sus objetivos. Así, mediante un acuerdo de paz justo sentamos la posibilidad de construir sólidamente y de manera perdurable la convivencia.

Los elementos aquí compartidos son un breve acercamiento al amplio espectro de intervenciones de la mediación Internacional, el tintero quedan muchos aspectos que es interesante estudiar, como aportación al campo de actuación de la mediación.

4.4.2. Mediación familiar

En este caso especial de mediación, diremos que es todo lo referente a los asuntos de familia, incluyendo personas casadas y no casadas, antes y después de sentencias puede mediar en la disolución del matrimonio, división de la propiedad, responsabilidad paternal única o conjunta; o pensión de alimentos, custodia y régimen de visitas que incluyen consideraciones emocionales o financieras no presentes de modo usual en otros casos en los juzgados civiles.

Las negociaciones en temas de familia son conducidas usualmente por las partes, puede haber asesor legal que atienda la sesión de mediación y se comunique privadamente con su cliente. Sin embargo, la presencia de asesores no es requerida y, a discreción del mediador, la mediación puede proceder en la ausencia de consejo legal, salvo el caso de que haya recomendación de la corte en contrario.

4.4.3. Mediación vecinal

Este tipo de mediación se refiere a la intervención de los diferentes centros de mediación en las relaciones originadas por las relaciones dentro de los barrios y colonias en donde existe un conflicto que resolver entre varios vecinos o entre dos únicamente.

Con esto se evitará que las personas recurran a los juzgados a solventar una situación que en un momento determinado pudiera tipificarse como una falta. Manteniendo la armonía en los barrios y colonias ya que existen personas especializadas en esta materia y para este fin.

4.4.4. Mediación comunitaria en Estados Unidos de América

En la mediación comunitaria, está asistida por mediadores voluntarios de la comunidad; depende de una ONG o agencia pública. Conformando una mesa directiva, los mediadores representan la diversidad del público; ofrece acceso directo a la mediación, sin costos grandes; promueven relaciones cooperativas en la comunidad; e interviene de modo preventivo o temprano en los conflictos; asimismo brinda una alternativa a la corte, en cualquier momento.

4.4.5. Características de los centros de mediación comunitaria

Son los centros más importantes de formación de mediadores tanto para el sector privado como para la comunidad, entre las cuales se han desarrollado enfoques realmente innovadores; y por ende cubren poblaciones que no tienen acceso a la justicia; y es un servicio eficiente, y de bajo costo.

4.4.6. Mediación laboral

El derecho laboral se ha caracterizado dentro del ámbito jurídico, como informal, lo que hace más flexible que puedan dirimir sus controversias o diferencias con la intervención de mediadores, ya sea en conflictos laborales individuales o colectivos.

4.4.7. Mediación civil

- A diferencia del derecho laboral, el civil es eminentemente formal y rogado. Sin embargo, en cuanto a mediación se trata, si las partes están de acuerdo en someter sus controversias a los centros respectivos, la ley no lo prohíbe ya que este depende de las personas involucradas.

4.5. Características de la mediación

- Tripartita: Asistencia de un tercero imparcial, rol del mediador.
- Voluntaria: Es decir, que las partes deben concurrir libremente; si una de ellas se niega a asistir, no hay mediación.
- Extrajudicial: En lugar de juicio y fuera del proceso judicial.
- Definitiva: Que pone fin al conflicto. Los puntos que consten en el acuerdo no podrán excepcionarse, el juez se limitará a ejecutarlo.

- Confidencial: Esta particularidad persigue varios propósitos. La posibilidad de expresarse con franqueza y abiertamente, con la seguridad de que lo revelado dentro de la audiencia no podrá ser utilizado fuera de ella, sobre todo si no hubiere acuerdo y se continúe en juicio o arbitraje.
- La confidencialidad incluye al mediador, quien, además no podrá divulgar aquello que se diga en las sesiones privadas.
- Informal: No se rige por normas procesales y la solución se identifica por mutuo acuerdo y no por imposición; no se guía bajo etapas rigurosas que suponen pruebas, términos o plazos.
- La mediación es un método estructurado por las necesidades que planteen las partes.
- Flexible: Puede encontrarse varias opciones de solución, que se adaptan a las necesidades de las partes.
- No adversarial: A diferencia del litigio, que es una forma adversarial de adjudicación y se sustenta en la confrontación, la mediación es colaborativa,
- Mutualista: Las partes convergen hacia la búsqueda inteligente y creativa de una solución mutuamente satisfactoria que ponga fin a la controversia.
- Visión a futuro: No remarca los hechos pasados ni busca culpables, pues generalmente en ello radica el conflicto; la mediación hace hincapié en las soluciones, no interesa lo anterior sino como resolver el problema hacia el futuro.
- Rapidez: Menor tiempo para la solución.
- Transigible: Porque las partes voluntariamente ajustan un punto dudoso o litigioso conviniendo en algún medio que componga la diferencia a la disputa.

- Equitativa: Los procedimientos controversiales usualmente terminan con un ganador a expensas del perdedor. La mediación se adapta a las necesidades de las partes y busca satisfacer sus intereses. Desde luego implica que ambas partes concedan algo en beneficio del otro; pero siempre esta alternativa es mejor que el riesgo del final devastador de un juicio.
- Democrática: Las partes tienen el poder de decisión. La mediación significa una suerte de autogobierno frente a una administración de justicia engorrosa y formalista, lenta, costosa y en muchos casos corrupta. No es el juez árbitro o tribunal, quien resuelve por ellas. La mediación, al igual que la negociación directa, recupera para las partes la capacidad y competencia de acordar una solución que

4.6. Diferencias entre mediación y litigio

En contraposición con los métodos adversariales de resolución de conflictos, que persiguen el objetivo abstracto de descubrir la verdad, la mediación busca una solución concreta desde la conveniencia de las partes. En el litigio las partes se enfrentan y son contendientes; en la mediación actúan juntas, cooperativamente.

En el primer caso un tercero suplente la voluntad de las partes; en el segundo éstas mantienen el control del procedimiento y acuerdan su propia decisión, por una parte gana y otra pierde; en la mediación todos se benefician con la solución que juntos han creado, en el procedimiento judicial la decisión se basa en ley o en un precedente y no siempre satisface el interés de las partes; en la mediación la decisión resuelve el problema de las partes de conformidad a sus propias necesidades, sin importar la solución jurídica o los precedentes judiciales.



En consecuencia, es de gran relevancia indicar que la mediación reduce los obstáculos a la comunicación entre los participantes, realiza al máximo la exploración de alternativas, atiende las necesidades de todos los que en ella intervienen, proporciona un modelo para la futura resolución de conflictos.

La mediación está dirigida a los resultados y no a las causas internas del conflicto, debe considerarse como un conjunto de habilidades y un proceso al cual los profesionales tienen acceso para uso selectivo cuando los problemas demandan un convenio coherente entre las partes en conflicto.

4.7. Autoridades mediadoras

Las autoridades de los distintos centros de mediación pertenecen a la denominada Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos, que forma parte de la Presidencia del Organismo Judicial y es la encargada de coordinar todo lo referente a los distintos centros de mediación a nivel nacional, su jerarquía esta determinada según organigrama que forma parte del apartado de anexos respectivo.

Las estadísticas de los casos registrados, con acuerdo, sin acuerdo, pendiente de celebrar la sesión, los que han solicitado mediación y no comparecen, por tipo de caso según la rama de derecho, y su procedencia, las partes han comparecido voluntariamente, referidos por alguna autoridad administrativa u otro, ó derivado por juez, con conocimiento del mismo globo mediático, en donde pertenece tal capacidad lógica y elemental para lo plasmado en el cierre del capítulo e inculcar la importancia de la mediación como ciencia en la rama del derecho, en el ámbito profesional.





CAPÍTULO V

5. La mediación como mecanismo eficaz para dirimir controversias en los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles

En principio la mediación, es un procedimiento tradicionalmente usado en muchas comunidades e incorporado a las leyes y normas de varias naciones, cobrando plena vigencia y pasando de un acto puramente informal y cultural, a ser parte de la vida y estructura legal, en nuestros países.

En la legislación guatemalteca, ya hace parte de las alternativas que tienen los ciudadanos, sobre todo en los juzgados de paz, en donde se vienen implementando las condiciones necesarias para que funcione como otra opción dentro del sistema de justicia.

Es una respuesta de la justicia a los ciudadanos, quienes esperan encontrar soluciones rápidas, efectivas y acordes a sus intereses y necesidades. Se regula que es un procedimiento voluntario, no adversaria, en el que las partes buscan en forma cooperativa y amigable, los caminos y alternativas que nacidas de sus propias propuestas e intereses, permiten encontrar puntos de equilibrio, armonía y solución al conflicto, donde se puede recurrir a la mediación en cualquier etapa de una controversia.

Según las reglas del caso en particular, puede ser elegida como el primer paso encaminado a la solución del conflicto cuando las negociaciones emprendidas por las partes no hayan concluido satisfactoriamente.

También se puede recurrir a la mediación en cualquier momento durante un litigio o arbitraje, cuando las partes desean interrumpir éstos, para explorar la posibilidad de llegar a un acuerdo.

Otro uso común de la mediación, guarda relación con la prevención de las controversias antes bien que con su solución, cuando las negociaciones encaminadas a llegar a un acuerdo hayan quedado estancadas y que las partes consideren que lo más adecuado para satisfacer sus intereses económicos, sea llegar a un acuerdo.

La mediación es ante todo un procedimiento no obligatorio, ello significa que, aun cuando las partes hayan convenido en someter una controversia a la mediación, no están obligadas a continuar el procedimiento de mediación después de la primera reunión.

5.1. La mediación y sus beneficios

Se trae a colación la definición de medicación y como en primer lugar se establece que, la mediación es un procedimiento voluntario en el que las partes, es decir, las personas en conflicto, buscan los caminos y alternativas para solucionarlo de manera amigable y evitando la confrontación.

En este proceso voluntario e informal, participa una tercera persona neutral, quien, a través de su intervención, ayuda a abrir los canales de comunicación entre las partes, busca el intercambio de ideas, confronta los puntos de vista y contribuye a buscar una solución al conflicto.

Las propuestas o alternativas de solución surgen de las propias partes, las cuales negocian en plena libertad, analizando sus propios intereses y necesidades.

Con la mediación se busca reencontrar armonía y paz, mediante la comunicación y el análisis de las propuestas que realizan los interesados, a las personas a través del diálogo y la cooperación para que ellas mismas encuentren las mejores soluciones a sus diferencias y que todos queden satisfechos, evitando así llegar a un juzgado.

El autor Dupuis, puntualiza que: “La mediación es un procedimiento por el cual las partes, que sumergidas en un conflicto, buscan una solución aceptable, a la que podrán llegar debido a la ayuda de un tercero neutral, que mediante el uso de técnicas aprendidas, intenta ayudarlas a llegar a su propio acuerdo.”³⁶

El Licenciado “Rivera Neutze, reproduce la definición de mediación del autor Christopher Moore como: La intervención es una disputa o negociación de un tercero imparcial y neutral que carece de poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable.”³⁷

La mediación, persigue facilitar que la sociedad pueda vivir en paz y logre encontrar caminos apropiados, expeditos y oportunos, para resolver las diferencias propias del ser humano, quien vive en conflicto y confrontación de ideas, intereses y necesidades diferentes en tiempos y modo.

³⁶ Dupuis, Juan Carlos. **Mediación y conciliación..** Pág. 25.

³⁷ Rivera Neutze, Antonio Guillermo, **Amigable composición.** Pág. 44

También persigue colaborar con la administración de justicia existente, la cual no logra responder a la gran demanda de la población. Pretende descongestionar los despachos judiciales, retomar el concepto de justicia como elemento definitivo en la construcción de una sociedad pluralista, regionalizada y mundializada y así dar acceso a todos a la justicia.

5.2. Principios de la mediación

- Es alternativa porque permite que las partes en conflicto la usen para llegar a una solución, pero en caso de no llegar a un acuerdo, se tienen otras vías para continuar buscando las soluciones esperadas.
- Es voluntaria porque las partes, sin ser obligadas, la aceptan como la forma en la que quieren solucionar un conflicto.
- Las partes, el mediador y cualquier otra persona que intervenga, acuerdan no divulgar por ningún medio, las cosas que fueron conocidas dentro del proceso.
- No existe un desgaste grande de energía.
- Es futurista, trabaja sobre mejora de las relaciones, sobre un acuerdo que beneficie a las partes, su principal atención está para construir el futuro.
- Autocompositiva, porque las soluciones nacen del intercambio de ideas y opiniones entre las partes.
- Trabajan sobre formas de cooperación y buena fe, porque las partes deben proporcionar información de forma amplia, tener buena disposición para trabajar y proponer opciones hacia el logro de un acuerdo, escuchando atentas las intervenciones de las partes o actores presentes.

- Tienen legitimidad, porque la voluntariedad de las partes que deciden acudir a la figura, le da la fuerza para hacerla legítima, adicionalmente, existe un documento escrito que señala los acuerdos a que se llegó.
- Operan condiciones de justicia para las partes, porque cuando éstas discuten sus intereses y deseos, llegando a acuerdos que les satisfacen mutuamente, se logra que su valoración sea justa para todos.

5.3. Atribuciones del mediador como persona

1. Imparcialidad: Es indispensable que el mediador durante todo el proceso mantenga una actitud neutral hacia las partes, así como evitar transmitir su propio criterio respecto al conflicto.
2. Es un tercero: El mediador siempre va a ser un tercero, a diferencia del conciliador que puede ser inclusive el mismo juez. El mediador es ajeno totalmente al proceso y a las partes, su única relación es la de ser un facilitador, el conflicto es de las partes, no del mediador.
3. Debe conocer el conflicto: Su obligación es descubrir las posiciones.
4. Orientador: Al mediador le corresponde el proceso, a las partes les corresponde la solución del conflicto; sin embargo, al someterse a la mediación saben que el mediador va a tomar las decisiones referentes al proceso, él decide si es necesario realizar sesiones privadas o no, si considera que deben hacer uso de un criterio objetivo o si debe darse por terminada la mediación.
5. Oyente activo: Esta característica se relaciona con la imparcialidad y con el conocimiento del conflicto.



El mediador debe evitar afectar su imparcialidad y lo logra escuchando detenidamente a las dos partes con el fin de informarse del conflicto, así como de las circunstancias de éstas.

6. Flexibilidad: Su función es la de facilitar la comunicación y por este motivo es que tiene la facultad de dirigir el proceso, el mediador no debe empeñarse en que se cumplan todas las fases en todos los conflictos, ya que no siempre son necesarias para cumplir su función.

7. Respeto: El mediador debe respetar a las partes en todo momento, inclusive cuando actúen de manera ofensiva hacia el mediador, ya que su función no es crear otro conflicto; su comportamiento debe ser respetuoso hacia las partes en todo momento y así lograr respeto y confianza hacia él.

8. Experto: Es importante resaltar que la mediación no es sentar a las partes para que platiquen sobre su problema, es un diálogo que tiene estructura, un diálogo consciente de las partes.

En este diálogo dirigido por el mediador se utilizan ciertas técnicas, con las cuales se pretende que las partes se detengan y analicen cual es el conflicto y cómo pueden solucionarlo. De las atribuciones expuestas en el presente apartado, se ven de manifiestas que son básicas y debe reunir las todo mediador, independientemente en la rama en que se desarrolle el mismo.

Debe quedar claro que existen varias clases de mediadores atendiendo al ámbito donde van a desempeñar funciones a realizarse una mediación en un ámbito privado, en forma particular o como parte de una institución privada o desde el ámbito público.



La conciliación está contemplada en la ley, como una facultad y algunas veces como un deber del juez, por lo que también se debe referir a la negociación ya que generalmente, la mediación es la intervención de un tercero en una negociación, por lo que la mediación, se convierte en una especie de negociación asistida.

La negociación es lo que las partes hacen por sí mismas, sin la intervención de un tercero, es un procedimiento informal que carece de estructura en el cual básicamente las partes hablan sobre el conflicto.

5.4. Imperatividad de la inclusión de la mediación en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles

La imperatividad es una de las principales características de la mediación, ya que el efecto de que todo lo sucedido en las sesiones de mediación sea de manera y por su fuerza legal e imperativo, que las partes hablen del conflicto de una manera más relajada, sabiendo que lo que allí se hable no podrá ser utilizado en un juicio o proporcionar esa información a los medios de comunicación; por ejemplo, de conformidad con el “Artículo 30 de la Constitución Política de la República, todos los actos de la administración son públicos.”

Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, reproducciones, certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.



La imperatividad es un deber para el mediador, las partes, sus abogados y toda persona que intervenga en el proceso. Sin embargo, existen excepciones al deber de confidencialidad y están contempladas en el Artículo 7 del Acuerdo número 22/998 de la Presidencia del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia: Cuando tengan conocimiento de la tentativa o consumación de un delito que de lugar a acción pública o de la existencia de estado de peligro o violencia contra un menor.

El Artículo 16 del mismo acuerdo, contempla una de las normas éticas de los mediadores, que se refiere a que el mediador no podrá comentar el caso, salvo con fines docentes, evitando revelar datos que lo hagan reconocible.

5.5. Adecuación jurídica de la inmediatez

En principio se debe garantizar la confidencialidad de las actuaciones y constituiría una violación a los derechos constitucionales, que un empleado mostrara un expediente o extendiera una certificación del mismo.

En caso el mediador revele hechos, queda sujeto a la sanción que establece el Código Penal para el delito de revelación de secretos y los demás profesionales que intervengan quedan sujetos a lo que establece el mismo código para el delito de revelación del secreto profesional, por tal motivo para no llegar a ser sancionado y aplicar el ordenamiento jurídico se propone como medio científico y social la solución de conflictos de carácter extrajudicial para el buen sostenimiento de la situación que se ventilara si surgieran inconvenientes ajenos a la voluntad de las partes, y específicamente en el ámbito civil.



En el ámbito jurídico la mediación también se caracteriza por la cooperación de las partes en el proceso, en el cual no son vistas como adversarios, sino separadamente del conflicto y juntos contribuyendo a la búsqueda de una solución justa para ellos.

Las circunstancias, que versan sobre la mediación es que gira en torno hacia el futuro, a diferencia de un juicio en el que las pruebas van encaminadas a probar hechos, es decir, el pasado.

Esto ayuda al mediador en el sentido de que si una parte llega con su abogado y éste con una serie de pruebas tratando únicamente de probar los hechos, tal vez este no sea el proceso idóneo para estas partes, ya que ellos de antemano conocen el procedimiento a seguirse, pero sucede que no le dan cumplimiento al mismo y se someten a un órgano jurisdiccional que en realidad no es aconsejable porque ya existe la sobre carga en los tribunales de justicia y por ende se trata de establecer la mediación contractual.

En algunas ocasiones ciertas pruebas pueden dar claridad en el proceso, acercando los relatos de las partes a la realidad. Es un proceso informal, ya que las sesiones de mediación pueden realizarse a la hora y en el lugar que las partes decidan, pero debe de cumplirse con el proceso y en general, que se considera que la mediación representa una economía de tiempo, dinero y energía al encontrar una solución al conflicto y en caso no se solucione, debido a su confidencialidad, las partes no tendrán nada que perder.

5.6. Eficacia en la aplicación de las normas relativas al arrendamiento de bienes inmuebles en la sociedad anónima.

Existe un ordenamiento jurídico, relativo para la aplicación de la mediación en la cual ofrece ventajas para las partes, como las ya citadas, y por lo tanto en el proceso ellas son las protagonistas, y tienen una participación activa dentro del mismo y toman sus decisiones respecto al conflicto y en caso de llegar a un acuerdo, la cual les podría representar un ahorro de dinero, tiempo y energía.

También se debe tomar en cuenta que representa una ventaja para el Organismo Judicial, ya que se podrían solucionar conflictos en mediación y entonces las partes no tendrían que acudir a un órgano jurisdiccional o bien los tribunales podrían derivar casos al Centro de Mediación del Organismo Judicial y podría ser que se solucionen allí, como es el caso de la Cámara Civil de Buenos Aires, Argentina. Según estadística preparada por Fundación Libra, en un período de tres años, la Cámara Civil de dicho país, derivó un total de 11,312 casos, de los cuales un 68.57% no volvieron a esa cámara, mientras un 31.43% regresaron.

Sin embargo, la mediación también tiene desventajas. Podría darse el caso en que el mediador que atiende el caso tenga poca capacitación y experiencia o que un mediador anteponga los intereses propios y tienda a apresurar el proceso o el acuerdo, aprovechándose del carácter en forma general y otras desventajas que posteriormente se analizarán; en primer lugar, en cuanto a la forma en que se va a prestar el servicio, el cual puede ser público o privado y en segundo lugar, en cuanto a la materia.

5.7. Análisis jurídico de la legislación actual, relacionada con el arrendamiento de bienes inmuebles

Algunos programas se dirigen hacia los casos complejos, otros seleccionan supuestos más simples; muchos están abiertos hacia todas o casi todas las causas civiles en relación con los contratos de arrendamientos y como consecuencia comerciales.

La mediación ha demostrado ser tan útil en todo tipo de disputas, que algunos expertos en resolución de conflictos lo preconizan en casi todos los supuestos.

Debido a su aplicabilidad en todo tipo de asuntos, las guías de selección no son fáciles de proveer. En otros países, la mayoría de programas conectados con los tribunales no especifican el criterio para identificar casos.

5.7.1. Preceptos jurídicos

Así el “Artículo 2° de la Constitución Política de la República: Deberes del Estado. Es deber del estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

La mediación facilita el acceso a la justicia en forma pronta y cumplida como lo estipula la misión del Organismo Judicial, además que propicia la paz jurídica y social al resolver los conflictos de las personas, con un procedimiento totalmente extrajudicial y gratuito.

La misma Carta Magna preceptúa en el “Artículo 28. Los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme la ley.”



Tanto el mediador del Organismo Judicial, como las personas que acuden a un juzgado con un acuerdo de mediación homologado, tienen derecho a dirigir peticiones a la autoridad.

Por su parte, la autoridad está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme la ley, lo cual significa que es un deber de la autoridad resolver en sentido positivo: Dar trámite al juicio basado en un acuerdo de mediación debidamente homologado, u homologar el acuerdo de mediación que se solicitó, ya que, como se indicó anteriormente, en palabras de Cabanellas relacionadas a las lagunas del derecho, a tal finalidad sirven los preceptos que establecen las fuentes del derecho, que se aplican supletoriamente a falta de regla jurídica expresa para un supuesto contencioso.

En tales situaciones, los principios del derecho, la interpretación extensiva y la analogía, constituyen los remedios prácticos que la misma ley o la experiencia judicial ponen en juego para resolver siempre, como es deber imperioso para los juzgadores. En conclusión, es un deber resolver, pero resolver en sentido positivo y no en sentido negativo rechazando la solicitud o no dando trámite a un juicio, cuando no se ha agotado el análisis jurídico para resolver una laguna legal en una ley cuando otra ley contiene y regula el caso.

El diccionario de la Real Academia Española define: Integrar. Dicho de las partes: 1. Constituir un todo. 2. Completar un todo con las partes que faltaban. 3. Hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo.³⁸

³⁸ Real Academia Española, **Diccionario**. Pág.490.



La finalidad de la equidad, y paralelismo con que lo acompaña, llevaría a consigo que la equidad es la sombra del derecho, si cuanto de ella se ha pensado y escrito desde los albores de la organización humana no la presentaran como luz y complemento de aquél, ante la oscuridad o desamparo de la norma legal o frente a los rigores y estragos de su aplicación estricta.

Ya que por su etimología, del latín equitas, igualdad, la equidad implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio y se adapta a su naturaleza íntima, un criterio expresado por un aforismo romano, la equidad cumplía, en primer término, una función complementaria de la ley existente o de la ley faltante, de las lagunas del derecho.

5.7.2. Preceptos concretos

En consecuencia queda regulado que la equidad puede servir de criterio al juez, cuando el derecho positivo se lo permite, pero no cuando expresamente se excluye por preceptos legales, como en algún código adjetivo, que impone al juez la resolución exclusiva por la ley, sin permitirle juzgar de su valor intrínseco o de la equidad; si bien existe la válvula de que el juzgador debe interpretar la ley según su ciencia y conciencia, en la que nada impide que pese lo equitativo.

De lo manifestado se establece que el “Artículo 12 de la Ley del Organismo Judicial: Integridad de las disposiciones especiales. La ley que tenga por objeto aclarar o interpretar otra ley, no produce efectos respecto a actos ejecutados, ni respecto a la cosa juzgada.”



En este sentido se reitera la integridad de las leyes de Guatemala, así como la posibilidad de interpretar otra ley, y la combinación entre las mismas que conllevan a un final donde se ve de manifiesto que el arrendamiento esta regulado en el ordenamiento jurídico nacional y por lo tanto se debe cumplir, y si bien es cierto no se cumple pero debe atenderse al llamado de la solución de controversias por medio de la mediación entre las partes.

Asimismo establece el "Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial. Obligación de resolver. Los jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia, sin incurrir en responsabilidad.

En los casos de falta, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el Artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que si es el caso, ejercite su iniciativa de ley."

Es éste el Artículo esencial, la llave que permite abrir la puerta para aplicar la mediación a cualquier ramo del derecho, por los principios de la finalidad y espíritu de la ley, la analogía y la equidad. Es éste el artículo que constituye la esencia del fundamento legal de la mediación y la homologación, se deriva que el Artículo citado es el que obliga al juez a resolver positivamente aceptando el trámite de un acuerdo de mediación homologado y la homologación misma, ya que, resolviendo positivamente una laguna de la ley, el paso que a continuación debe dar el juez, es el de poner el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia.



Debida cuenta regula el “Artículo 23 de la Ley del Organismo Judicial, supletoriamente. Las deficiencias de otras leyes se suplirán con esta.” A la cual se hace énfasis la aplicación del Artículo 81 del Código Procesal Civil Y Mercantil, que establece “Comisión de diligencias.

Las diligencias que no puedan practicarse en el lugar en donde se sigue el proceso, deberán someterse al juez del lugar que corresponda.” Igualmente por interpretación extensiva y analogía, son aplicables a la norma transcrita, los “Artículos 11, 15 y 23 de la Ley del Organismo Judicial, tanto para la mediación como para la homologación y más aún, basados en la equidad que es considerada, como a los rigores y estragos de su aplicación estricta.”

Asimismo el “Artículo 97 del Código Procesal Civil y Mercantil: Conciliación. Los tribunales podrán, de oficio o a instancia de parte, citar a conciliación a las partes, en cualquier estado del proceso...”

Hay que considerar esta particular norma sobre la conciliación, ya que aquí se reconoce legalmente la utilización de un método que es alternativo al proceso judicial y que es hermano de la mediación, pues utilizan las mismas técnicas, aspiraciones, condiciones y objetivos, ambas concluyen con un acta y ambas también constituyen la base para que el juzgador pueda dictar una resolución declarando terminado el juicio, en la conciliación establecida en el Artículo 97 del Código Procesal Civil y Mercantil, está reiterado y detallado en el Artículo 25 Ter del Código Procesal Penal, que antecede al Artículo 25 Quáter de dicho cuerpo legal, que regula la mediación en el ámbito penal.



El reconocimiento legal de la conciliación civil y la conciliación penal, facilita la interpretación y aplicación de la analogía para el caso de la mediación en cualquier ramo del derecho, sin que constituya ninguna transgresión, ni abuso, ni exceso del juzgador, al reconocer el valor legal de la mediación en aplicación de la unidad del ordenamiento jurídico guatemalteco.

El “Artículo 230 del Código Procesal Civil y Mercantil: Aplicación por analogía. Son aplicables al juicio sumario todas las disposiciones del juicio ordinario, en cuanto no se opongan a lo preceptuado en este título.”

Este artículo ilustra como un ejemplo más, la posibilidad legal de aplicar la integración de un proceso establecido a casos que carecen específicamente de dicha regulación y asimismo, refuerza la utilidad de la adaptación de los artículos ya citados de la Ley del Organismo Judicial.

Congestionamiento de los tribunales es uno de los principales problemas que actualmente tiene el aparato judicial guatemalteco, lo constituye la saturación de procesos que impera en la mayoría de los tribunales de justicia.

Una idea del actual índice de congestionamiento en los tribunales de justicia, se obtiene al establecer de causas ingresadas en un periodo de 10 meses en los juzgados de primera instancia del ramo civil de la Ciudad de Guatemala, relacionados con distintos tipos de juicios y acciones, tales como ordinarios, sumarios, orales, pruebas anticipadas, consignaciones, ejecutivos, ejecuciones en vía de apremio, etcétera.



Dentro de los centros de arbitraje y mediación entre los centros de conciliación y arbitraje que operan actualmente en Guatemala, se pueden mencionar los siguientes: a) Centro Privado de Dictamen, Conciliación y Arbitraje (CDCA); b) Centro Internacional de Arbitraje de Loyola; c) Centro de Arbitraje y Conciliación anexo a la Cámara de Comercio de Guatemala (CENAC); y d) Centro de Arbitraje de la Cámara de Industria de Guatemala.

Así se establece que los conflictos entre personas y entre grupos, han existido siempre, desde el nacimiento de las leyes guatemaltecas en la época independiente, la conciliación ya estaba regulada legalmente.

La mediación en cambio, comienza su desarrollo a partir de 1980 en Europa, Canadá y Estados Unidos y en Guatemala formalmente a partir de 1998, con la creación del Centro de Mediación Metropolitano del Organismo Judicial, siguiendo la escuela de mediación argentina.

Según cita "Dupuis, quien agrega, que el mediador no es un juez, ya que él no define la controversia, como en el caso del juez o del árbitro, sino que su función es colaborativa, el ayuda a las partes a esclarecer los puntos de controversia.

Más allá de sus posiciones, busca el interés que los mueve; facilita la discusión, plantea una visión realista del problema y sus posibles consecuencias en la hipótesis de no llegarse a un acuerdo.

Busca en definitiva, que sean los directamente involucrados quienes resuelvan por sí, sus propios conflictos, de modo tal que se evite una solución impuesta. Así se ahorra tiempo, dinero, energías y fundamentalmente, se liman las asperezas.³⁹

Concreción de acuerdo: La mediación, se inicia con una explicación sobre el papel del mediador y el procedimiento de mediación, la participación de las partes y su comportamiento, si encuentran conveniente el procedimiento las partes darán su consentimiento para seguir, durante el proceso.

Al ser las partes las constructoras de la solución, el mediador no puede garantizar que se celebre el acuerdo, la mediación concluye sin un acuerdo las partes pueden recurrir a otros métodos, siendo ellos los únicos responsables de la concreción del acuerdo.

El valor jurídico del acuerdo estadísticamente está demostrado que cuando se trabaja bien en una mediación, rara vez las partes incumplen el acuerdo, ya que son ellas quienes lo proponen y aceptan libremente.

5.8. Efectos legales del acuerdo

La homologación de un acuerdo de mediación, tiene por objeto entonces darle el carácter de título ejecutivo, a efecto de que, si no se cumple con el compromiso adquirido, la otra parte pueda acudir en la vía civil a ejercitar sus derechos a través de la ejecución en vía de apremio.

³⁹ Dupuis, Juan Carlos. **Mediación y conciliación, patrimonial y familiar, y laboral**. Pág. 22.



De conformidad con el numeral 7º “Convenio celebrado en el juicio”, contenido en el Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil. Más si el convenio no fue celebrado en juicio, el juez de paz puede homologar el acuerdo de mediación y podrá aplicarse el numeral 7 del Artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil que regula el título ejecutivo, y todas sus modalidades de tiempo forma y lugar de presentación del juicio.

Como puede observarse, a manera de ejemplo como una acción de carácter penal, puede a través de la homologación de un acuerdo de mediación, pasar al campo de la jurisdicción civil, en donde se sigue un proceso rápido y ya definido como lo es el juicio ejecutivo. La acción en el presente caso, se refiere a que la persona que ha convenido un acuerdo de mediación homologado por el juez de paz, tiene la facultad de iniciar el acto jurídico denominado proceso.

Como lo establece el tratadista “Eduardo Carlos, Barrientos, En sentido técnico procesal, el término acción significa “el derecho, la facultad o poder jurídico acordado al individuo para provocar la actividad jurisdiccional del estado.”⁴⁰

Lo expuesto implica concomitantemente respaldar y favorecer entre autoridades y usuarios, una sensibilización al cambio para aceptar que paralelamente al pilar de la justicia ordinaria, se erige un nuevo pilar para acceder a la justicia extrajudicial, informal y gratuita, que motiva a reencontrar la responsabilidad y la conciencia personales.

⁴⁰ Barrientos, Carlos Eduardo. **Acción de la mediación civil**. Pág. 211.



Resulta de vital importancia en la mediación, darle prioridad a la esfera de la voluntad de las partes, para que cualquier conflicto pueda ser resuelto por ellas mismas. El rol del mediador es guiar y estimular pacíficamente el diálogo en forma profesional, eficiente y profundamente imparcial.



CONCLUSIONES

1. Con la aplicación de la mediación a todos los hechos enmarcados en la presente investigación de campo y de carácter eminentemente científico, se establece que se reducirá gastos y el trabajo de la administración, ya que las personas que recurren al Centro de Mediación no necesitan (demandado y demandante) de asesoría legal alguna, por convenir a sus intereses.
2. Efectivamente el ordenamiento nacional procesal civil vigente, regula lo relativo a la mediación y en su defecto conciliación; sin embargo ha tenido poca difusión y si bien es cierto se capacita a las personas que actualmente laboran como administradores de justicia; la población en general no tiene conocimiento de que exista este sistema informal de solución de conflictos.
3. Los jueces del ramo civil no derivan los casos por delitos de acción privada que pueden resolverse a través de la mediación, lo que es un gran obstáculo para las personas involucradas en este tipo de delito, para la cual existe la mediación legal y por ende de carácter extrajudicial y por consiguiente previa aceptación de las partes interesadas.
4. Los jueces de carácter civil no evitan enviar los casos sea cual fuere, a un centro de mediación, lo que sucede es que perjudica a los usuarios y administradores de justicia, por lo que se tiene que establecer la forma y orientación para el desarrollo



con anuencia del órgano jurisdiccional que se manifiesta sobre el mismo caso concreto que se ventile en determinado juzgado.



RECOMENDACIONES

1. Es necesaria buena voluntad jurídica para que tanto legisladores, juzgadores, abogados, y la propia sociedad le den mayor importancia al uso de mecanismos de solución de conflictos; en donde la mediación de ninguna manera debe asumirse como una práctica negativa de subordinación del órgano judicial, sino solamente como el reconocimiento de un vínculo basado en el respeto entre ambos.
2. El Organismo Judicial debe difundir por todos los medios que sean necesarios todo lo relacionado con la mediación y que la misma sea aplicada a todos los casos en los cuales es motivo de un documento privado, la cual se debe ventilar en forma extrajudicial y sin necesidad de solicitar audiencia al órgano judicial.
3. Es necesario que el Congreso de la Republica de Guatemala cree una ley específica de mediación para descargar a los tribunales del ramo civil del excesivo trabajo y que las personas puedan arreglar sus controversias de manera armoniosa, pacífica y rápida y por supuesto de buena fe para el comienzo de una nueva amistad entre las partes en conflicto.
4. Que los profesores de las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales, hagan conciencia desde las aulas universitarias, que la función del abogado y notario; como defensor, fiscal o juez es la de brindar un servicio a la comunidad; ofreciéndoles formulas ecuanímes y pacificadoras para la solución de sus conflictos, en los hechos que puedan resolverse a través de la mediación.





BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y GRACIAS GONZALEZ, José Antonio. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. 3ª ed. Guatemala: Ed. Fenix, 2009.
- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 2ª ed. Guatemala: Ed. F. de León Impresos S.A. 2002.
- CAIVANO, Roque. **Mediación estratégica**. 1ª ed. España: Ed. Gedisa, 2002.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 2ª ed.; actualizada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Argentina; (s.e.), 2004.
- CASTILLO Y CASTILLO, Carlos Humberto. **Analogía y equidad en defensa de la mediación**. 1ª ed. Guatemala: Ed. Óscar de León Palacios, 2004.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª ed. Argentina: Ed. Depalma, 1969.
- COUTURE, Eduardo. **Estudios de derecho procesal civil**. 3ª ed. Argentina: Ed. Depalma, 1979.
- DUPUIS, Juan Carlos G. **Mediación y conciliación**. 2ª ed. Argentina: Ed. Abeledo, Perrot, 2002.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**. 13ª ed. España: Ed. Calpe, 2008.
- FOLBERG J. Y TAYLOR A. **Mediación, resolución de conflictos sin litigio**. 1ª ed. México: Ed. Porrúa, 2001.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L. **Derecho mercantil**. 29ª ed. 8ª reimpresión. México: Ed. Porrúa, 2001.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, política y sociales**. 28ª ed.; actualizada por Guillermo, Cabanellas. Argentina: Ed. Heliasta, 2001.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3ª ed. España: Ed. Pirámides S.A. 1976.
- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Contratos civiles**. 69 ed. México: Ed. Porrúa, 1999.
- SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo. **Sistemas jurídicos contemporáneos**. 3ª ed. México: Ed. Porrúa, 2002.



Legislación:

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

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

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

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, 1971.

Código de Notariado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 314, 1947.

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

Ley de arbitraje. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 67-95, 1995.

Ley de Inquilinato. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1468, 1961.