

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LAGUNA DE LEY CONTENIDA EN EL ARTÍCULO  
687 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA, AL NO ESTIPULAR PLAZO  
PARA INTERPONER LA DEMANDA CUANDO SE EJERCITA EL DERECHO DE  
RETENCIÓN**

**DULBY ISAAC GONZÁLEZ LÓPEZ**

**GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2015**

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LAGUNA DE LEY CONTENIDA EN EL ARTÍCULO  
687 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA, AL NO ESTIPULAR  
PLAZO PARA INTERPONER LA DEMANDA CUANDO SE EJERCITA EL  
DERECHO DE RETENCIÓN**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**DULBY ISAAC GONZÁLEZ LÓPEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, noviembre de 2015



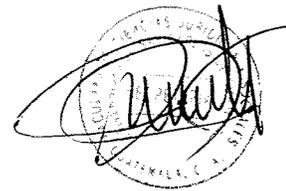
**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

|             |        |                                |
|-------------|--------|--------------------------------|
| DECANO:     | MSc.   | Avidán Ortiz Orellana          |
| VOCAL I:    | Lic.   | Luis Rodolfo Polanco Gil       |
| VOCAL II:   | Licda. | Rosario Gil Pérez              |
| VOCAL III:  | Lic.   | Juan José Bolaños Mejía        |
| VOCAL IV:   | Br.    | Mario Roberto Méndez Alvarez   |
| VOCAL V:    | Br.    | Luis Rodolfo Aceituno Macario  |
| SECRETARIO: | Lic.   | Daniel Mauricio Tejeda Ayestas |

**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).

OFICINA JURÍDICA PROFESIONAL

21 Calle 2-21 2º. Nivel zona 1  
Ciudad de Guatemala.  
Tel. 2221-1376



Guatemala, 29 de julio 2014.

Doctor

BONERGE MEJÍA

JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

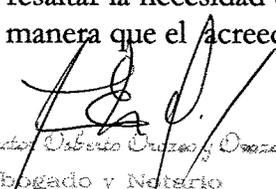


Respetable doctor BONERGE MEJÍA

En cumplimiento a la providencia dictada por esa Unidad de Asesoría de Tesis de fecha seis de junio de dos mil trece, procedí a asesorar el trabajo de tesis presentado por la Bachiller DULBY ISAAC GONZÁLEZ LÓPEZ, intitulado “ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LAGUNA DE LEY CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 687 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA, AL NO ESTIPULAR EL PLAZO PARA INTERPONER LA DEMANDA CUANDO SE EJERCITA EL DERECHO DE RETENCIÓN.”

Al respecto he de manifestarle que el Bachiller GONZÁLEZ LÓPEZ, desarrolla en su trabajo, aspectos doctrinarios y prácticos que a menudo se presentan en el que hacer práctico en materia mercantil. En el proceso de investigación se aplicó una metodología adecuada al tema, asimismo las técnicas de investigación tanto bibliográficas como de campo fueron las adecuadas, ya que la bibliografía consultada corresponde a los autores que con carácter científico han escrito sobre la materia en cuestión, y las personas a quienes se les entrevistó son las que tienen contacto directo con la necesidad de aplicar el derecho de retención, todo ello proporciona al trabajo un contenido científico y técnico acorde a la naturaleza de la tesis; pues se determinó la ambigüedad del Artículo 687 del Código de Comercio al no fijar el plazo para interponer la demanda cuando se ejercita el derecho de retención por parte del acreedor cuando hay una obligación mercantil por exigir, lo cual genera un ambiente de incertidumbre legal así como el temor de eventualmente ser contrademandado el acreedor, pues al final viene a ser materia del criterio judicial basado en distintas apreciaciones; además, siendo que los juicios mercantiles son conocidos y resueltos por jueces civiles, ello complica mucho más el panorama de incertidumbre sobre la figura del derecho de retención.

En las conclusiones y recomendaciones del trabajo se plasma un aporte tendiente a enriquecer el conocimiento sobre el derecho de retención así como resaltar la necesidad de que el derecho cuando es escrito debe ser claro, completo y preciso, a manera que el acreedor resultante de

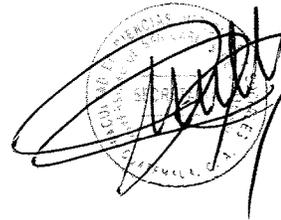
  
Abogado y Notario

## OFICINA JURÍDICA PROFESIONAL

21 Calle 2-21 2°. Nivel zona 1

Ciudad de Guatemala.

Tel. 2221-1376



una obligación mercantil, pueda ejercer con la debida certidumbre el derecho de retención, y no ver burlado su facultad de exigir el cumplimiento por parte del deudora, por falta de una regulación adecuada de esta institución jurídica.

La redacción del trabajo es acorde al nivel académico respectivo, el mismo constituye un valioso aporte para el estudio del tema en cuestión, ya que reviste de mucha actualidad y por consiguiente es una investigación relevante. En su oportunidad le hice las observaciones pertinentes al caso y se respetó el criterio e ideas de la sustentante.

Asimismo, hago de su conocimiento que el trabajo se desarrolló cumpliendo con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en consecuencia a mi criterio llena los requisitos reglamentarios exigidos para ser aceptada su discusión en el examen público de la sustentante. En tal virtud al emitir dictamen lo hago en sentido **favorable** por las consideraciones ya anotadas.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al encomendarme tan honroso trabajo de asesor, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta muestra de estima.

Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco  
Abogado y Notario  
Colegiado 5068  
Asesor de tesis

*Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco*  
Abogado y Notario



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 13 de agosto de 2014.

Atentamente, pase a el LICENCIADO MENFIL OSBERTO FUENTES PÉREZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante DULBY ISAAC GONZÁLEZ LÓPEZ, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LAGUNA DE LEY CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 687 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA, AL NO ESTIPULAR EL PLAZO PARA INTERPONER LA DEMANDA CUANDO SE EJERCITA EL DERECHO DE RETENCIÓN".

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/iyf.





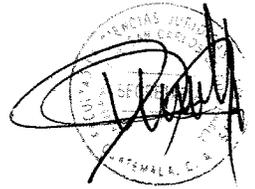
Guatemala, 13 de marzo de 2015

Doctor: Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente.

Estimado Doctor:

En atención a la providencia de la Unidad Asesoría de Tesis, de fecha 13 de agosto de 2014, le informo que revisé el trabajo de tesis titulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LAGUNA DE LEY CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 687 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA, AL NO ESTIPULAR EL PLAZO PARA INTERPONER DEMANDA CUANDO SE EJERCITA EL DERECHO DE RETENCIÓN", que elaboró el bachiller DULBY ISAAC GONZÁLEZ LÓPEZ, dicha asesoría se llevó a cabo de la siguiente manera:

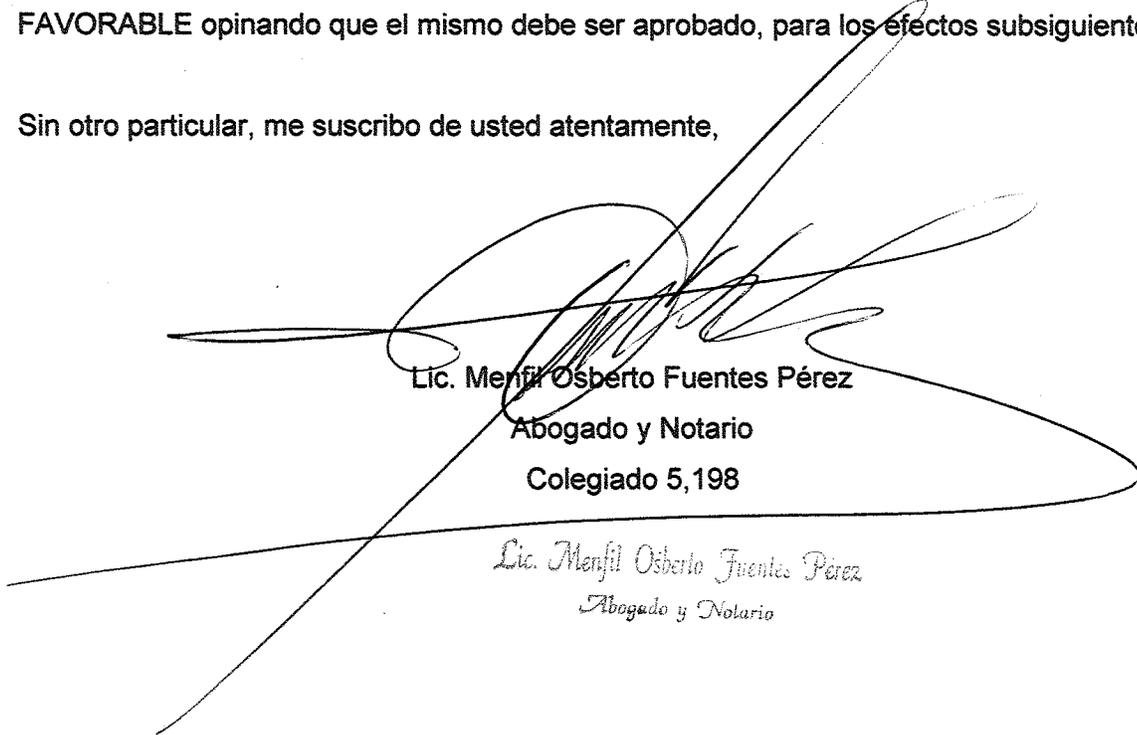
- a) Se asesoró al estudiante para realizar una investigación objetiva y actualizada del tema, razón por la cual el contenido final de la tesis es de carácter teórico y científico, de tal manera que la contribución científica que aporta el presente trabajo es muy importante, debido a que hace un análisis jurídico amplio acerca de la laguna de ley contenida en el artículo 687 del Código de Comercio de Guatemala al no estipular el plazo para interponer demanda cuando se ejercita el derecho de retención.
- b) De igual manera se asesoró al estudiante para la utilización de los métodos y las técnicas adecuadas, y de esa manera establecer que la información obtenida es cierta y valedera, en tal sentido, utilizó los métodos deductivo, inductivo y descriptivo y especialmente el método científico que permitió confirmar la hipótesis planteada, así como las técnicas de investigación bibliográfica y documental, las que de conformidad con mi opinión fueron aplicadas apropiadamente.



- c) En cuanto al tema presentado, opino que contribuye científicamente a la rama del derecho mercantil, puesto que se hace un análisis jurídico de la laguna de ley contenida en el artículo 687 del Código de Comercio de Guatemala al no estipular el plazo para interponer la demanda cuando se ejercita el derecho de retención.
  
- d) En conclusión, el contenido de la presente investigación es acertada respecto de la laguna de ley contenida en el artículo 687 del Código de Comercio de Guatemala al no estipular el plazo para interponer la demanda cuando se ejercita el derecho de retención.

Por los motivos anteriormente expuestos, le informo que el trabajo de tesis cumple con los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito DICTAMEN FAVORABLE opinando que el mismo debe ser aprobado, para los efectos subsiguientes.

Sin otro particular, me suscribo de usted atentamente,



Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez  
Abogado y Notario  
Colegiado 5,198

*Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez*  
*Abogado y Notario*



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 12 de octubre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DULBY ISAAC GONZÁLEZ LÓPEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LAGUNA DE LEY CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 687 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA, AL NO ESTIPULAR EL PLAZO PARA INTERPONER LA DEMANDA CUANDO SE EJERCITA EL DERECHO DE RETENCIÓN. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

*[Handwritten signature]*

BAMO/srrs.

*[Large handwritten signature]*



*[Handwritten signature]*  
 Lic. Avidán Ortiz Orellana  
 DECANO





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Fuente inagotable del conocimiento, Dios de justicia perfecta, con gratitud, por su dádiva inmerecida.
- A MIS PADRES:** Ricardo Federico González y María Isabel López, por ser el instrumento de Dios para darme la vida, en especial a mi madre con profunda gratitud por todos sus esfuerzos y apoyo.
- A MIS HERMANOS:** Con amor y que la meta alcanzada los motive a seguir adelante, en especial a Ilsa Victoria.
- A MI ESPOSA:** Marisol Pacay, por ser la madre de mis hijos.
- A MIS HIJOS:** Heber Isaac y Dulby Daniel, con especial amor por ser el motivo de mi esfuerzo y sacrificio y que la meta hoy alcanzada le sirva de ejemplo y la puedan superar.
- A MIS TÍOS:** Con respeto y cariño en especial a Augusto y Manuel López (D.E.P.)
- A MIS AMIGOS:** Con quienes compartimos muchos momentos de tristeza y felicidad y porque juntos luchamos para alcanzar el éxito
- A LOS PROFESIONALES:** Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez, Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco y Lic. José Dolores Bor Sequen, gracias por su apoyo.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



## ÍNDICE

Pág.

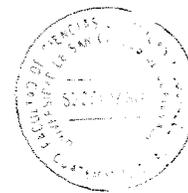
|                   |   |
|-------------------|---|
| Introducción..... | i |
|-------------------|---|

### CAPÍTULO I

|   |    |
|---|----|
| 1. Obligaciones.....                                      | 1  |
| 1.1. Obligaciones jurídicas.....                          | 2  |
| 1.2. Definición.....                                      | 3  |
| 1.3. Obligaciones mercantiles.....                        | 5  |
| 1.3.1. Importancia de las obligaciones mercantiles.....   | 8  |
| 1.4. Principios de la contratación mercantil.....         | 12 |
| 1.5. Características de las obligaciones mercantiles..... | 14 |
| 1.6. Contratos.....                                       | 17 |
| 1.6.1 Contratos mercantiles.....                          | 18 |

### CAPÍTULO II

|   |    |
|---|----|
| 2. El proceso.....                                    | 21 |
| 2.1. Definición.....                                  | 21 |
| 2.2. La función jurisdiccional.....                   | 25 |
| 2.2.1. Definición de jurisdicción.....                | 27 |
| 2.2.2. Proceso y procedimiento.....                   | 28 |
| 2.3. La acción.....                                   | 29 |
| 2.4. Los actos procesales.....                        | 30 |
| 2.4.1. Proceso y actos procesales.....                | 32 |
| 2.4.2. Fines del proceso legal.....                   | 33 |
| 2.4.3. La acción procesal.....                        | 34 |
| 2.4.4. Naturaleza jurídica de la acción procesal..... | 35 |
| 2.5. Teorías de la acción procesal.....               | 36 |
| 2.5.1. Clases de acción.....                          | 37 |



|   | <b>Pág.</b> |
|---|-------------|
| 2.5.2. Los titulares de la acción procesal          | 37          |
| 2.6. La pretensión procesal.....                    | 38          |
| 2.7. Características de la pretensión procesal..... | 39          |
| 2.7.1 Clasificación de las pretensiones.....        | 39          |

### **CAPÍTULO III**

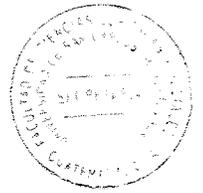
|  |    |
|--|----|
| 3. Procesos cautelares.....                          | 41 |
| 3.1. Definición.....                                 | 42 |
| 3.2. Clasificación.....                              | 43 |
| 3.3. El embargo.....                                 | 45 |
| 3.3.1. Modalidades del embargo.....                  | 49 |
| 3.3.2. Embargo con carácter de intervención.....     | 50 |
| 3.3.3. Diferencias entre embargo e intervención..... | 51 |
| 3.4. El secuestro.....                               | 53 |
| 3.5. El arraigo.....                                 | 54 |
| 3.6. Bienes inembargables.....                       | 56 |
| 3.7. Variabilidad del embargo .....                  | 58 |

### **CAPÍTULO IV**

|  |    |
|--|----|
| 4. Análisis jurídico de la laguna de ley contenida en el Artículo 687 del Código de Comercio de Guatemala..... | 61 |
| 4.1. Laguna de ley.....  | 61 |
| 4.2. Cumplimiento de las obligaciones.....   | 71 |
| 4.3. Incumplimiento de las obligaciones.....   | 72 |
| 4.4. El derecho de retención.....  | 73 |
| 4.4.1. Definición.....   | 73 |
| 4.5. El depósito.....  | 75 |
| 4.6 Daños y perjuicios.....  | 82 |



|                              | <b>Pág.</b> |
|------------------------------|-------------|
| <b>CONCLUSIONES</b> .....    | <b>83</b>   |
| <b>RECOMENDACIONES</b> ..... | <b>85</b>   |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....    | <b>87</b>   |

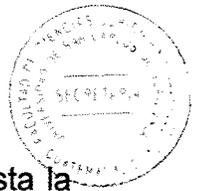


## INTRODUCCIÓN

El derecho de retención, consiste en la facultad del acreedor de una obligación mercantil, en retener los bienes de su deudor para asegurar de esa forma el pago de la misma, ello en consonancia con la obligación del Estado que a través del ordenamiento jurídico provee seguridad al tráfico mercantil en Guatemala, de igual manera se han creado instituciones para evitar abusos por parte de los comerciantes hacia sus clientes.

Los objetivos alcanzados, determinaron que si bien es cierto, el derecho de retención está contemplado en el ordenamiento jurídico guatemalteco que regula las obligaciones mercantiles, también se ha establecido la ausencia de certeza jurídica por la laguna de ley, al no establecerse el plazo para plantear la demanda; razón por la cual, la ley debe ajustarse al fenómeno social que se da en la realidad, puesto que la ley establece una sanción al no entablar la demanda en tiempo, en ese sentido en el presente trabajo se hizo un estudio de naturaleza jurídica donde se abordan aspectos tanto doctrinarios como legales acerca del derecho de retención, el proceso legal y los daños y perjuicios.

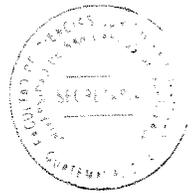
En la hipótesis del presente trabajo se sostiene que cuando se ejercita el derecho de retención en una obligación mercantil, la ley no regula expresamente el plazo en el cual se debe plantear la demanda, lo que provoca incertidumbre y falta de certeza jurídica para quien ejerce el derecho de acción, por lo que es necesario modificar el



Artículo 687 del Código de Comercio a fin establecerse dicho término, siendo ésta la hipótesis del presente trabajo, la que se comprobó mediante el análisis del ordenamiento jurídico, tanto de la Constitución Política de la República como del Código de Comercio y demás leyes conexas.

En el presente trabajo se utilizaron los métodos de investigación científica, como el deductivo e inductivo, con los que se hace un estudio de manera general del tema, hasta llegar a conclusiones particulares, el sintético y el analítico, se utilizaron para analizar toda la doctrina, teorías y regulación existente. Las técnicas de investigación utilizadas fueron la bibliográfica y la entrevista.

La tesis se estructuró en cuatro capítulos, en el primero se hace un estudio sobre las obligaciones, civiles y mercantiles, importancia, principios y características de estas, así como de los contratos mercantiles, el segundo se circunscribe al tema del proceso legal, la función jurisdiccional, el proceso, fines del proceso, su naturaleza jurídica, fines de la acción, entre otros; en el tercer capítulo se aborda el tema de los procesos cautelares, definición, clasificación y bienes objeto de embargo; en el cuarto se hace un análisis sobre la necesidad de reformar la ley a fin de regular en forma más adecuada el derecho de retención que se ejercita con ocasión de obligaciones mercantiles y de los aspectos relativos a los daños y perjuicios.



## CAPÍTULO I

### 1. Obligaciones

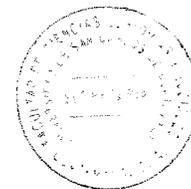
El hombre es un ser social por naturaleza ya que nace, crece, vive y se desenvuelve invariablemente dentro de la colectividad; es decir una sociedad, y dentro de ella se relaciona con sus semejantes de una forma variada, su actuar en algunas ocasiones trasciende porque repercute con los demás y en otras pasa desapercibido. Desde un punto de vista común, obligación es el compromiso de cualquier naturaleza que la persona contrae y que debe cumplir en los términos acordados.

“Vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer algo, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos”<sup>1</sup>. Es de notar que esta definición da la idea de una relación que sujeta a la persona que tiene un compromiso ya sea adquirido voluntariamente o que le ha sido impuesto por la ley.

La definición anterior no cubre todos los aspectos que implica el vocablo obligación como un concepto jurídico, pues el alcance desde dicha perspectiva es mucho más extenso. Así, a partir del enfoque legal, se tiene implícito el constreñimiento que por parte de la autoridad se puede eventualmente dar, para que mediante la coerción se obtenga el cumplimiento de la voluntad expresada y comprometida, es por ello que a continuación desarrollaré este tema.

---

<sup>1</sup> **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.** Edición electrónica.



## 1.1 Obligaciones jurídicas

La vida es bien mas grande y preciado de todo ser humano, inmediatamente después, en un lugar muy inmediato está la voluntad y la libertad también como bienes invaluables de todo individuo dentro de sus relaciones con sus semejantes, pero cuando esta libertad manifestada a través de la voluntad adquiere compromisos por un actuar propio de la persona, esta viene a ser esclava de la libertad comprometida. “No es la ley el único dispositivo en virtud del cual puede aparecer constreñida la libre actividad humana. Junto a ella, y con fuerza similar, la propia voluntad del hombre tiene evidente poderío para conseguir esos mismos efectos, con potestad creadora y originaria, aunque, lógicamente, necesite a su vez del Derecho para doblegar la voluntad comprometida, en caso de resistencia a cumplir con su obligación. Ahora bien, aquella potestad, aunque tiene esta plena soberanía vinculativa, necesita marchar por los causes que el ordenamiento jurídico establece, para evitar que el mundo de las transacciones se convierta en un caos sin finalidad ni orientación.”<sup>2</sup>

De ahí la importancia de reglas claras respecto del derecho de obligaciones, a fin de que las personas tengan certeza respecto al cumplimiento de sus compromisos, tanto que pueden exigir, o a que pueden ser compelidos. Con razón añade el referido autor, “es quizás la rama más importante de derecho civil como tratamiento adecuado prefijado por el legislador, para que el crear de la voluntad humana no sea un crear sin orden ni concierto. Por eso, ya desde el primitivo derecho, esta rama jurídica ha sido objeto de particular atención por parte del legislador, y la mirada preferente puesta en

---

<sup>2</sup> Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 15



ella sigue en progresión ascendente, conforme se va multiplicando el entrecruce de relaciones que la vida moderna demanda.”<sup>3</sup>

Pero desde ya algún tiempo las relaciones contractuales entre los hombres han sobrepasado el campo del derecho civil y se han extendido al derecho mercantil. Por lo que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de manifestaciones de voluntad en el ámbito mercantil es fundamental para la armonía social lo cual no se da si falta una legislación adecuada que regule con precisión las distintas situaciones que se presenten.

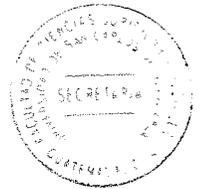
## **1.2 Definición**

Tradicionalmente se puede definir el derecho de obligaciones desde dos puntos de vista, es decir que esta rama jurídica se puede abordar desde el punto de vista tanto objetivo como subjetivo. Desde el punto de vista objetivo se concibe como el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones emanadas de los llamados derecho de crédito, y desde el subjetivo, es la suma de facultades y deberes de las personas que surgen de las relaciones jurídicas creadas con ocasión de estos derechos.

“Obligación significa vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor), para la satisfacción de un interés de este, digno de protección; y a este (acreedor) le compete un correspondiente poder

---

<sup>3</sup> Ibid. Pág. 2



(llamado derecho de crédito) para pretender tal presentación.”<sup>4</sup>

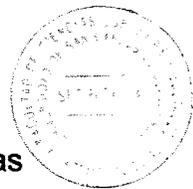
Se infiere claramente de la definición anterior, que en toda obligación jurídica hay un sujeto con derecho a exigir una conducta o prestación de otro que tiene el compromiso de cumplirla, y que el derecho tutela.

La ley no proporciona una definición de ella, sino más bien describe su contenido, pues el Artículo 1319 del Código Civil, regula: “Toda obligación resultante de un acto de declaración de voluntad consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. De lo cual se desprende que la obligación impone al sujeto obligado cierta conducta a la que técnicamente se le denomina prestación, la cual debe ser de naturaleza patrimonial y su contenido va a consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer, dado que no tiene efectos personales sobre el individuo obligado.

El derecho mercantil por ser una rama jurídica reciente, no desarrolla una doctrina sobre el derecho de obligaciones, sino que se vale de toda la doctrina del derecho civil para aplicarla, pero le da algunos matices que le cambian las características con el fin de que sean compatibles al dinamismo propio del comercio, pues bien es sabido que los actos de comercio distan en mucho de los negocios particulares. Es por ello que todo lo escrito sobre obligaciones civiles es aplicable sin reserva alguna al campo mercantil, como indica Garrigues, citado por Vásquez Martínez, “desde el punto de vista jurídico-estructural no puede haber diferencias entre las obligaciones civiles y las

---

<sup>4</sup> Vásquez Martínez. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 319



mercantiles.”<sup>5</sup> Es decir que las diferencias van a estar en las características que las revisten en cada una de estas dos ramas del derecho ya aludidas.

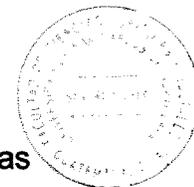
### **1.3 Obligaciones mercantiles**

Siendo que el tema sobre el cual desarrollo el presente trabajo está relacionado con las obligaciones y contratos mercantiles, se hace necesario analizar el cuerpo normativo que regula estas instituciones jurídicas. En ese orden de ideas, el Código de Comercio dedica el libro IV a las obligaciones y contratos mercantiles. Dicho libro principia con el título destinado a “las disposiciones generales”, el cual comprende un solo capítulo que se ocupa de las obligaciones en general. A continuación de este título y capítulo únicos el Código pasa a tratar los contratos mercantiles en particular.

Los preceptos que en el Código de Comercio norman las obligaciones mercantiles en general son pocos y se ocupan de aspectos especiales que los negocios que el comerciante realiza son necesarios para su buen desenvolvimiento. Pero dichas normas son insuficientes para incluir todos los supuestos hipotéticos que se dan en las relaciones mercantiles, dicho en otras palabras, del fenómeno circulatorio de bienes y servicios que se da en el mercado, de ahí que este código en prevención de vacíos de ley, establece la remisión subsidiaria del Derecho civil. Por ello, el Artículo 694 del Código de Comercio de Guatemala, preceptúa: “solo a falta de disposiciones en éste

---

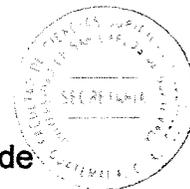
<sup>5</sup> Ibid. Pág. 519



libro, se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil”

Al analizar las disposiciones que el Código de Comercio dedica a las obligaciones mercantiles, se encuentra un apartado destinado a regular las obligaciones mercantiles en general, normas para las obligaciones mercantiles que revisten una forma específica y normas que se aplican sólo a determinadas obligaciones, resultantes de contratos o relaciones jurídicas especiales. Lo cual evidencia que el Derecho de las obligaciones mercantiles va especializándose a medida que sus disposiciones van teniendo un ámbito menos amplio.

Como se infiere de lo ya expuesto, el derecho de obligaciones mercantiles constituye fuente de Derecho especial porque afecta a determinados aspectos de los vínculos jurídicos que se crean en los negocios mercantiles y que responden a las necesidades de la dinámica de este. Por lo que las obligaciones mercantiles están sujetas a un régimen jurídico que se integra así: a) con normas generales que el código de Comercio establece para las obligaciones mercantiles en general; b) con las normas especiales que dicho Código dedica a categorías de obligaciones mercantiles; c) con las normas especiales con que el referido cuerpo legal regula contratos específicos; d) las del Código Civil que supletoriamente se aplican en caso de ausencia de disposiciones especiales; y e) con las normas emanadas de los distintos contratos suscrito entre las partes ya que estos también son fuente de las denominadas normas individualizadas.



Las obligaciones mercantiles son el instrumento o vehículo necesario para revestir de legalidad la circulación de bienes y servicios, así como de la integración y organización de los elementos del sistema productivo necesarios para la generación de riqueza en cada todo lugar. A este respecto Garrides, indica: “La circulación de los bienes (cosas o servicios) se realiza mediante instrumentos jurídicos y, concretamente, mediante obligaciones que imponen el traslado de los bienes económicos de un sujeto a otro bajo la forma de transmisión de una cosa, de realización de obra, de prestación de un servicio.”<sup>6</sup>

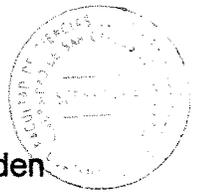
La obligación mercantil como concepto jurídico tiene un aspecto objetivo, es decir, impersonal, esto es producto de la evolución del concepto de obligaciones, lo cual está en concordancia con la dialéctica, según la cual en la realidad, el pensamiento y la sociedad, nada permanece eterno, sino que todo cambia. Con este criterio, Vásquez Martínez, indica: “abandonando el subjetivismo propio del Derecho Civil conforme al cual se aprecia fundamentalmente el carácter personal de obligación y se considera el patrimonio como una proyección de la persona, hace énfasis en que el objeto de la prestación no es tanto la actitud de cooperación del deudor, como la prestación en si en su consideración objetiva, también realizable por otros, considerada como para conferir una utilidad típica.”<sup>7</sup>

La naturaleza objetiva e impersonal de la obligación mercantil implica que es un

---

<sup>6</sup> Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Tomo I, Pág. 4

<sup>7</sup> Vásquez Martínez. **Op. Cit.** Pág. 44

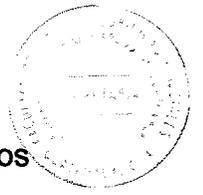


vínculo, no entre dos personas si no entre dos patrimonios cuyos titulares pueden cambiar indefinidamente sin que por ello se vea afectada la estructura de la obligación por ser esta objetiva.

### **1.3.1 Importancia de las obligaciones mercantiles**

Todos los días se aborda un autobús, se compra en algún supermercado, librería, gasolinera o tienda, lo que evidencia que las personas están constantemente relacionadas con el derecho mercantil más que con cualquier otra rama del derecho, pues como ya indiqué, están efectuando actos de comercio y en consecuencia adquiriendo obligaciones mercantiles; además, es la esfera del comercio la que permite mayor circulación de bienes y servicios lo que redundará en el incremento al valor agregado de los productos, con el efecto multiplicador que ello produce en beneficio de la colectividad.

A) **Importancia social.** No cabe duda que la sociedad está compuesta no por mero agregado de individuos sin un mirar y necesitarse entre sí, pues todos los miembros se necesitan mutuamente. Sería imposible la vida con sólo las fuerzas de que el hombre aislado dispone, necesita de los demás, en engranaje creciente de exigencias y satisfacción de necesidades que unos con otros, en concordia mutua, acaban por realizar; además, los servicios de la beneficencia, la amistad o la humanidad, satisfacen, no cabe duda, gran parte de esas necesidades: pero ello por si solo no basta. Exige y requiere un mundo de compensaciones, servicios y contraprestaciones,



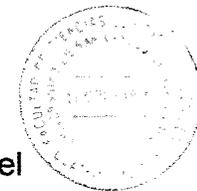
sin el que no es dable recabar de los demás la actividad o las cosas que nosotros necesitamos.

Este mundo de relaciones sociales necesita del derecho para el orden debido y en particular al tema del que me ocupo en este trabajo, del derecho de obligaciones, y de aquí su importancia, ya que, por así decirlo, viene a actuar como complemento social en el sentido de que, gracias a el, se hace posible aquella vida de sociedad, y, si se quiere, la vida de convivencia humana.

B) **Importancia económica.** El hombre individualmente considerado necesita de satisfactores para su supervivencia y por ello se dedica a las más diversas actividades económicas y lo hace no pensando en beneficiar a la sociedad sino por el contrario con un interés personal, que es el de agenciarse de recursos económicos y con ello adquirir satisfactores en el mercado. Ello en congruencia con Adam Smith<sup>8</sup>, que postula lo siguiente: “Pero el hombre reclama en la mayor parte de las circunstancias la ayuda de sus semejantes y en vano puede esperarla sólo de la benevolencia. Lo conseguirá con mayor seguridad interesando en su favor el egoísmo de los otros y haciéndoles ver que es ventajoso para ellos hacer lo que les pide. Quien propone a otro un trato le está haciendo una de esas proposiciones. Dame lo que necesito y tendrás lo que deseas, es el sentido de cualquier clase de oferta y así obtenemos de los demás la mayor parte de los servicios que necesitamos.”

---

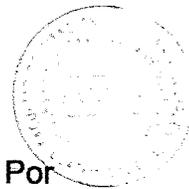
<sup>8</sup> Smith, Adam. **Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones.** Pág. 17



Todas esas relaciones de oferta y demanda que convergen en todo momento en el mercado, destaca la importancia económica de este derecho, ya que regula dichas relaciones, sin la cual no habría circulación de la riqueza o esta se daría en forma desordenada. No puede, haber economía propiamente en las relaciones comerciales sin el derecho de obligaciones y tampoco puede existir el cambio de servicios y valores sin esta rama jurídica, que preside, por así decirlo, el cotidiano comercio de la vida.

C) Importancia moral. El derecho de obligaciones no es un conjunto de preceptos fríos estereotipado por el legislador para disciplinar las transacciones nacidas del más tosco materialismo. Hay en él, más que en otra rama jurídica, un inestimable fondo de moral. Ciertamente que en los albores de la humanidad podría existir múltiples casos de desconexión con los principios de la ética; Pero también lo es que, a pesar de la enorme influencia de la moral cristiana, aquella sabiduría se infiltra en todos sus preceptos, hasta el extremo que hoy día se puede decir que el derecho de obligaciones no es solo una rama jurídica asentada firmemente en la moral, sino la afirmación de la moral misma. Gracias a él se fortalece la voluntad del hombre al saber que tiene una fuerza obligatoria la palabra empeñada, fuerza que lo constriñe a su cumplimiento por medio del actuar de los órganos jurisdicciones o arbitrales según el derecho vigente.

Por este derecho el fuerte sabe que no puede atropellar al débil y le obliga a un comportamiento más justo en sus relaciones con quienes están en un plano inferior, esto aunque el principio de la autonomía de la voluntad no lo reconoce el Estado si lo

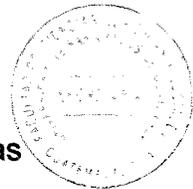


hace de hecho al crear instituciones como la Dirección de atención al consumidor. Por el derecho de obligaciones saben las gentes que debe existir un justo equilibrio entre las prestaciones convenidas, y que si no existe esta equivalencia hay firme riesgo de perder; que si no se cumple con lo prometido no se puede exigir el cumplimiento de los demás.

Todo lo anterior y otros más importantes efectos se causan por el firme sentido moral de esta rama jurídica; y gracias a ella los hombres aprenden o se les enseña a vivir correctamente, en elegancia espiritual, con sus semejantes.

D) Importancia jurídica. El Derecho tiene que ir acompañado a la realidad, la importancia moral, económica y social del derecho de obligaciones determinará su importancia jurídica. Si la voz de este se deja sentir con fuerza en la vida, tendrá que dejarse sentir con igual entidad en el Derecho, para de esa forma revestir de certeza jurídica las relaciones de comercio.

Si el Derecho tiene que ir acompañado a la realidad, la importancia moral, económica y social del derecho de obligaciones determinará su importancia jurídica. Si la voz de este se deja sentir con fuerza en la vida, tendrá que dejarse sentir con igual entidad en el Derecho, es por ello que el Código Civil, desarrolla un amplio articulado sobre el derecho de obligaciones, normas que como ya indiqué eventualmente se aplicarán a las obligaciones mercantiles.



En los contratos de tracto sucesivo se permite que, al alterarse las circunstancias pueda revisarse o resolverse el contrato en virtud de que las condiciones primarias han variado.

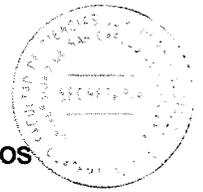
#### **1.4 Principios de la contratación mercantil**

En obligaciones mercantiles la doctrina reconoce cinco principios fundamentales, a saber: a) la buena fe guardada, b) la verdad sabida, c) toda prestación se presume onerosa, d) el ánimo de lucro, y e) ante la duda debe resolverse en el sentido que mas favorezca el tráfico mercantil. Es importante aclarar que el actual código de comercio sólo contempla los primeros dos, por lo que los otros tres son de naturaleza doctrinarios.

Considero importante dejar algún aporte sobre estos principios exponiendo para el efecto su contenido, por lo que a continuación los expongo desde mi perspectiva.

a) la buena fe guardada. Este principio indica que en toda obligación o contratación mercantil, se presume que las partes obran de manera recta y correcta.

b) la verdad sabida. Este principio indica que en toda negociación de carácter mercantil, se presume que cada una de las partes impone a la otra, sobre cualquier

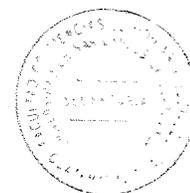


información que corresponda sobre los productos o servicios que negocian, talos como si los productos son nuevos, clonados, reconstruidos, de medio uso, en fin, todo lo que se deba saber a efecto de que no existan reclamaciones por vicios ocultos.

c) Toda prestación se presume onerosa. Se debe entender por este principio que en los contratos que se celebren, cuando una de las partes es comerciante y actúa como tal, siempre hay la obligación de una contraprestación en dinero a cambio de los bienes y servicios que este ofrece o se compromete a proporcionar.

d) Ánimo de lucro. Este principio aclara que en los contratos que se celebren, cuando una de las partes es comerciante y actúa como tal, éste siempre obra buscando una ganancia, derivada de su actividad mercantil y el riesgo que esta implica.

e) Ante la duda debe resolverse en el sentido que más favorezca el tráfico mercantil. Se desprende de este principio, que debe fluir el comercio, por lo que en ese sentido se debe resolver ante cualquier duda que eventualmente surja con ocasión de un contrato mercantil.



## 1.5 Características de las obligaciones mercantiles

En general, las obligaciones mercantiles tienen como características, además de su tendencia a la objetivación el ser típicos, uniformes que busca su cumplimiento. Estas características son las que las diferencias de las obligaciones civiles, se encuentra el régimen general en el Código de Comercio, siendo las principales las siguientes:

A) Solidaridad de deudores. Establece el Artículo 674 del Código de Comercio que: “en las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios, salvo pacto en contrario y que todo fiador de obligación mercantil, aunque no sea comerciante será solidario con el deudor principal con los otros fiadores, salvo lo que se estipule en el contrato”; cosa distinta regla del Código Civil, ya que el Artículo 1353, preceptúa: “La solidaridad no se presume y que debe ser expresa por convenio de las partes o por disposición de la ley”; la presunción de solidaridad de los deudores mercantiles tienen su origen en las prácticas comerciales. La solidaridad representa una garantía que da mayor seguridad al tráfico comercial, pues a través de esta disposición los acreedores mercantiles tienen más oportunidad de conseguir el cumplimiento de las obligaciones por parte de los obligados, ya que cuando éstos son muchos es muy probable que alguno resulte solvente y contra él se entablará la demanda.

b) Exigibilidad de las obligaciones puras. Lo común y normal es que en los contratos sea cual fuere su naturaleza, se establezcan plazos para el cumplimiento a fin de tener certeza del momento en que normalmente las partes cumplirán con el



mismo; sin embargo, hay casos en los cuales por alguna razón se omite indicar el plazo para su cumplimiento, en este caso la solución puede variar. La primera solución deviene de los aspectos referentes al contrato, así el plazo se establecerá acudiendo a la naturaleza del contrato y a partir de ahí determinar el mismo o el tiempo para su cumplimiento, así por ejemplo si se tratare de alguna cosecha es más lógico esperar que se cumpla cuando sea época de levantar la misma; ahora bien si no depende de la naturaleza del contrato.

La segunda solución es la que proviene de la ley, y para el efecto el legislador previó dos supuestos: a) si la obligación es civil, el Código Civil de Guatemala, en el Artículo 1283, norma: "si el negocio no señala plazo, pero de una naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fijara su duración". O sea en este último caso es necesario que se acuda al juez para que sea él quien fije el plazo al deudor para cumplir y al acreedor para exigir la prestación, lo cual como se sabe por la saturación del trabajo en tribunales se prolongará el cumplimiento; b) Ahora bien, si la obligación es mercantil, preceptúa Artículo 675 del Código de Comercio: "son exigibles inmediatamente las obligaciones para cuyo cumplimiento no se hubiere fijado un termino en el contrato, salvo que el plazo sea consecuencia de la propia naturaleza de este", es decir que en este caso el comerciante tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación, en este caso no es necesario acudir al juez para solicitarle la fijación del plazo como en el caso anterior, ello responde a la dinámica del comercio a la cual también se adapta la norma jurídica y esto precisamente es uno de los aspectos que particularizan a las obligaciones mercantiles.



c) **Expresividad de la prórroga.** Para referirme a esta diferencia quiero primero tener a colación una definición del vocablo prórroga, con el fin de evitar confusiones o ambigüedades. En ese orden de ideas, el Diccionario Manual de la Lengua Española Vox, define la prórroga como: "Prolongación de la duración de una cosa, o del plazo de tiempo que se tiene para hacerla, por un tiempo determinado", ya más exactamente en el ámbito jurídico, la extensión del concepto es más amplio, por ello Cabanellas, define prórroga, así: "Aplazamiento de un acto o hecho. Alargamiento de un plazo. Continuación de un estado de cosas durante tiempo determinado...". No cabe duda de que la prórroga conlleva implícito el aplazamiento, demora, retraso, retardo o dilación en el cumplimiento de una obligación.

Existen contratos que son de tracto sucesivo, es decir que su cumplimiento se prolonga en el tiempo, tales como el suministro, el depósito, el descuento, entre otros. El Código de comercio establece en el Artículo 676, que "en las obligaciones y contratos mercantiles, toda prórroga debe ser expresa", esta norma lleva implícita la prohibición de la concesión de términos de gracia o cortesía. No obstante ello, en la práctica cuando un contrato tracto sucesivo culmina, por lo regular el comerciante lo prorroga en virtud que esto le significa seguir cobrando por el servicio que brinda, pero cuando se trata de exigir un pago aplica en su totalidad el artículo ya citado, en virtud de lo cual se puede concluir que esta normativa se aplica sólo a conveniencia del comerciante.

d) **Automaticidad de la mora.** Según Cabanellas de Torres, "MORA. Dilación,



retraso o tardanza en el cumplimiento de una obligación. Demora en la obligación exigible. Más estrictamente, esa misma dilación cuando es culpable o se refiere a cantidad de dinero líquida y vencida”<sup>9</sup> (sic.)

Se entiende por mora como el retardo en el cumplimiento de una obligación por culpa del deudor, lo cual de acuerdo al Artículo 1428 del Código Civil, se debe cumplir con el presupuesto de la interpelación al deudor, es decir efectuar el requerimiento de pago de forma legal, en tanto que dispone el Código de Comercio, en el artículo 677, que: “en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora, sin necesidad de requerimiento, desde el día siguiente al del cumplimiento, salvo en títulos de crédito, las obligaciones y contratos en que expresamente se haya pactado lo contrario.”

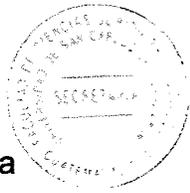
e) Capitalización de intereses. El Código de Comercio admite como una consecuencia de la mora, el anatocismo, es decir la capitalización de los intereses, para ello regula el Artículo 691, del cuerpo legal citado: “se permite la capitalización de intereses”, en tanto que todo contrato de naturaleza civil esto está prohibido expresamente por la ley, así se encuentra establecido en el Artículo 1964 del Código Civil.

## 1.6 Contratos

El diccionario de la Real Academia de la lengua española, define el contrato como

---

<sup>9</sup> Cabanellas de Torres, Guilleromo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Pág. 279



“Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.”<sup>10</sup>

Desde una óptica jurídica, Capitant, citado por Manuel Ossorio<sup>11</sup> indica: “acuerdo de voluntades entre dos o mas personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones; y también documento escrito destinado a probar una convención”.

Como se puede apreciar en las líneas antes escritas que el contrato es el acuerdo de voluntades que se celebra de las más variadas formas que el ingenio humano puede concebir, y que se destina para la conclusión de negocios de los cuales las partes esperan un exacto cumplimiento, además de incluir en este las condiciones, deberes y obligaciones de cada una de las partes que confluyen en su celebración.

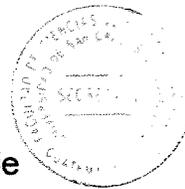
### **1.6.1 Contratos mercantiles**

En el Derecho guatemalteco, el Código de Comercio al regular los contratos lo hace partiendo de un conjunto de disposiciones generales que se refieren a las obligaciones mercantiles en general y regula en forma especial determinados contratos tales como la compraventa mercantil, operaciones de crédito, transporte, participación, hospedaje y seguro, entre otros. Estos contratos los regula en forma exclusiva y tienen en común

---

<sup>10</sup> Real Academia de la lengua española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 912.

<sup>11</sup> Manuel Ossorio. **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**. Pág. 167



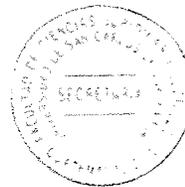
el hecho de ser contratos que surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa.

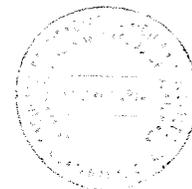
Indica Vásquez Martínez que “Los contratos mercantiles son junto con los títulos de crédito, los instrumentos del tráfico mercantil. Dicho tráfico procura siempre la circulación de valores patrimoniales, circulación que asume diversas formas: el goce de un bien se traspaşa definitivamente de una persona a otra (cambio), la cesión del goce es solamente por cierto tiempo (crédito) o se pasa a gozar de un bien conjuntamente por dos o más personas (asociación). Se dan así las tres manifestaciones del fenómeno circulatorio: cambio, crédito y asociación”<sup>12</sup>.

Cada una de estas formas está constituida por relaciones que generan obligaciones para las partes y como indiqué en líneas anteriores, el derecho ha estructurado para ellas un régimen jurídico que comprende aspectos generales de las obligaciones y contratos y especiales para negocios específicos.

---

<sup>12</sup> Vásquez Martínez. **Op. Cit.** Pág. 515





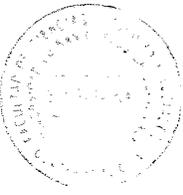
## CAPÍTULO II

### 2. El proceso

Cuando el Código de Comercio regula el derecho de retención, ordena entablar la demanda en el plazo legal, lo que lleva implícito la tramitación de un proceso legal ante los tribunales de justicia a fin de obtener una resolución o fallo que en definitiva produzca la satisfacción del acreedor y con ello la certeza jurídica de que las obligaciones se adquieren para cumplirse ya sea en forma voluntaria o por constreñimiento mediante el actuar del juez. En virtud de lo cual considero oportuno incluir en este trabajo la función que los jueces realizan, pues no puedo asumir que las personas que eventualmente consulten esta tesis, tengan conocimiento sobre la actividad jurisdiccional.

#### 2.1 Definición

Hay dos términos muy relacionados entre sí, y que a veces se les toma como sinónimos pero que no lo son y me refiero a juicio y proceso; por ello considero oportuno reflexionar respecto a los ellos, pues el primero es una etapa del segundo. Por eso al referirse a este vocablo, Canelutti, expresa: "Proceso, en su significado originario, de *procedere*, no quiere decir otra cosa que ir adelante: juzgar es



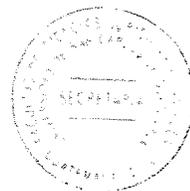
precisamente un ir adelante; el pensamiento procede lo mismo que el cuerpo camina. Cuando se dice que el juicio es proceso (o procedimiento), que dejando a salvo los valores convencionales de las palabras en el lenguaje científico, expresa la misma idea, no se quiere decir otra cosa, después de todo, sino que es un desarrollo, o sea que se forma en el tiempo. Un desarrollo extremadamente veloz en la vida ordinaria; ésta es una razón de la extrema dificultad que el juicio y, por consiguiente, el pensamiento ha opuesto al análisis; nada es más fulmineo que el paso del pensamiento; sin embargo, que también el juicio opera a través del tiempo es cosa bastante fácil de comprender.”<sup>13</sup>

Existen distintas clases de procesos, tales como el judicial, el constitucional, el legislativo, entre otros. Es momento de precisar la distinción entre los dos términos, lo que es la premisa necesaria para estudiar la relación entre ellos. Un primer aspecto, es que si se denota con la palabra “proceso” una de las formas de producción del derecho, ya que emanará un mandato judicial, no las otras formas, ello debe depender de una mayor importancia que la idea del proceder, esto es, del paso gradual de una fase a la otra del cambio, tiene respecto de ella; se podría decir que se haga sentir más vivamente en él la exigencia de la ponderación del juicio.

Por su parte Chiovenda, al definir el proceso indica: “Una serie de etapas ordenadas, conectadas que nos sirven para la obtención de un fin, y ese fin se llama

---

<sup>13</sup> Carnelutti, Francesco. **Derecho y proceso**. Pág. 21.



sentencia.”<sup>14</sup>

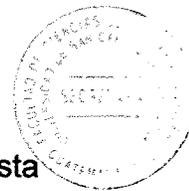
Y por sentencia se debe entender como la resolución que le pone fin en forma normal al proceso, cuando se han cumplido con todas las etapas. El fundamento legal de las resoluciones está contenido en el Artículo 141 de la Ley del Organismo Judicial, y en relación a la Sentencia específicamente en la literal “c”.

La forma normal de poner fin a un proceso es la sentencia. Cualquier otra forma distinta a esta que le ponga fin al proceso, es una forma anormal de ponerle fin, en virtud de que no se pasa por todas las etapas establecidas para el efecto, es decir por todas las etapas del proceso.

Cuando en el proceso no se pasa por todas las distintas fases, por ejemplo: cuando se da un allanamiento, no tiene sentido continuar con el proceso, porque allanarse es aceptar la pretensión del actor. Entonces, desde el momento en que surge esta figura procesal se termina el proceso. Para que el allanamiento sea una forma anormal de ponerle fin al proceso, tiene que ser total. En el caso de que el allanamiento sea “parcial”, el proceso continúa hasta la sentencia, discutiéndose en la parte parcial en la que no hubo arreglo.

---

<sup>14</sup> Chiovenda, Lemario. **Manual de derecho procesal**. Pág. 214

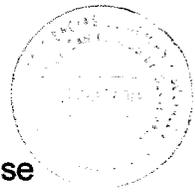


Lo que sucede con el allanamiento es de que de una etapa del proceso se salta hasta el final, obviando pasar por cada una de las etapas y se le pone fin en forma anormal. Cuando eso sucede, surge lo que doctrinariamente se le llama: Las formas anormales de ponerle fin a un proceso; ejemplo de ellas: El Allanamiento, la caducidad, la prescripción, el pago, el desistimiento, por mencionar algunas, ya que esta lista es sólo enunciativa y no agota todas las formas que pueden darse eventualmente.

La forma de ponerle fin al proceso, debe emanar de la voluntad de la persona ya que si es coaccionada por cualquier medio a desistir dentro de un proceso habría un vicio y hasta un delito de naturaleza penal.

Para cada proceso hay una serie de etapas que la ley señala y que deben tramitarse en el orden establecido, de ahí la importancia de saber que en el proceso no se puede adelantar etapas, que aún no se han dado ni se puede regresar a las etapas que ya han pasado; pues si se realiza así se violenta el debido proceso lo que da motivo a invalidar resoluciones y obliga a regresar a la etapa cuando esta es recurrida por los medios establecidos para el efecto.

Lo anterior está ligado con un principio procesal que se le denomina preclusión, el cual quiere decir, que no se puede ir a una etapa hacia delante que no ha sucedido, y después pretender regresar a la anterior, la que ha pasado; porque cada aspecto que se presenta en un proceso, tiene el momento procesal oportuno, pretender violentar tal



aspecto, sería violentar el Principio de preclusión y con ello consecuentemente se violenta el principio del debido proceso.

## **2.2 La función jurisdiccional**

Para tener una idea del tema abordado, es oportuno traer a la mente que hablar de función, la referencia es al ejercicio que realiza una persona o ser vivo que desempeña una facultad, actividad u oficio.

El Estado de Guatemala, a través de sus órganos correspondientes ha emitido una serie de leyes de distinta jerarquía que tienden a buscar la armonía de sus miembros mediante la regulación de las acciones que se desarrollan en la sociedad, y que además incluyen normas que establecen la forma en que se designa a las autoridades así como los alcances del ejercicio de su función para evitar abusos que rompan la armonía social, por lo que establece un control del actuar de cada uno en su respectiva esfera.

Dentro de la estructura del estado de Guatemala, se encuentra el organismo judicial, que tiene como principal atribución la interpretación y aplicación de las leyes, y a esta actividad se conoce como la función jurisdiccional. En ese orden de ideas, la función jurisdiccional consiste en todas aquellas actividades que se realizan en los distintos



rangos de los tribunales, con el ánimo de que el Estado cumpla con uno de sus fines establecidos en la Constitución Política de la República, que es la justicia.

En la Carta Magna de Guatemala, se establece la garantía que la aplicación de la ley le corresponde con exclusividad a un organismo en particular, ya que en el Artículo 203, norma: “Independencia del Organismo Judicial de Guatemala, y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones...”

Además, en los Artículos 57 y 58 del cuerpo legal antes citado, se desarrolla con mayor amplitud el ejercicio de la función jurisdiccional, y para efectos de control en el actuar de éstos, se crearon grados en los órganos jurisdiccionales, es decir de un orden superior a inferior y viceversa.

Por lo antes expuesto, se puede concluir que la función jurisdiccional, se le relaciona con la aplicación de la ley, lo que conlleva a una participación del Estado a través de la actividad procesal de las partes, ya que hay una gran cantidad de funcionarios que pertenecen al Estado y que son los encargados de realizar la función jurisdiccional. Tales como magistrados, jueces, fiscales, defensa pública, etcétera. Estos funcionarios públicos considerados no de forma aislada sino interrelacionados, valga



la redundancia, son los que desarrollan la función jurisdiccional.

### 2.2.1 Definición de jurisdicción

En un trabajo como el presente, es mi opinión que debe darse la definición de jurisdicción, ya que su comprensión es de suma importancia para el desarrollo del tema en relación. Según Cabanellas<sup>15</sup>, “La palabra jurisdicción se forma de los vocablos jus y de dicere, aplicar o declarar el derecho, por lo que se dice iurisdictio o jure diciendo. A toda jurisdicción va agregado el mando, el imperio, con el objeto de que tengan cumplido efecto sus prescripciones: pues sin el serían únicamente formulas o disposiciones vanas y sin eficacia las determinaciones de la justicia”.

Es de hacer notar que una efectiva aplicación de la ley, reviste de su principal característica que es la de ser erga omnes, es decir, de observancia obligatoria para todas las personas, es por ello que se le confiere autoridad a los jueces y magistrados para que puedan llevar a cabo su cometido con la certeza de que sus disposiciones van a tener una efectiva ejecución ya por sometimiento voluntario o forzado de las partes.

Chiovenda, citado por Cabanellas, define esta institución indicando que: “jurisdicción

---

<sup>15</sup> Cabanellas. **Op. Cit.** Tomo IV. Pág. 48



es la substitución de la actividad individual por la de los órganos públicos, sea para afirmar la existencia de una actividad legal, sea para ejecutarla ulteriormente.”<sup>16</sup> Es decir que este tratadista incluye implícitamente una alusión a la época de la venganza privada, en la cual el ofendido hacia justicia por mano propia, pero de todos es sabido que al día de hoy el aplicar la justicia le corresponde con exclusividad al Estado y además tiene el poder para forzar el cumplimiento de lo resuelto.

Como se puede evidenciar con lo escrito en líneas anteriores, el Estado le da investidura de autoridad a los jueces para conocer y resolver mediante sentencias, cuestiones litigiosas sometidas a su consideración con la certeza de que lo resuelto por ellos, tendrá un cumplimiento certero.

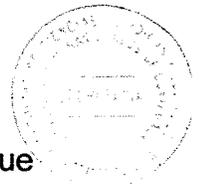
### **2.2.2 Proceso y procedimiento**

Es tan común confundir proceso con procedimiento, pero son dos cosas distintas. En ocasiones se les toma como sinónimos, pero, proceso es una cosa y procedimiento es otra cosa.

Como se vio anteriormente el proceso es el todo, es la serie de etapas ordenadas hasta llegar al fin, entre tanto que procedimiento es la forma en que se desarrolla el

---

<sup>16</sup> **ibid.**



proceso; por ejemplo: la forma en que se presenta la demanda, los requisitos que debe llenar la demanda, la forma en que resuelve el juez dándole trámite a la demanda, la forma en que se da el emplazamiento, la forma en que se realiza una notificación, la forma en que se articulan posiciones, forman parte del procedimiento.

En conclusión, proceso es el todo pues incluye todas las etapas y procedimiento es la forma en que se desarrolla cada una de estas etapas. Fácil es darse cuenta entonces que proceso y procedimiento son dos cosas totalmente distintas pero relacionadas íntimamente entre sí.

### **2.3 La acción**

Todo proceso se inicia con un acto que pone en movimiento todo el aparato judicial del Estado, este acto se le conoce como la acción. El Diccionario de la Lengua española<sup>17</sup>, tomando esta voz en su acepción jurídica, la define como: “derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio, y modo legal de ejercitar el mismo derecho, pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe.” Como se puede evidenciar de esta definición, la referencia es a un derecho que asiste a toda persona de solicitar algo, en este caso el diccionario se refiere a la justicia, pero no siempre va ser a ella, ya que bien puede realizarse con ocasión de un trámite de naturaleza declarativa, tal como la jurisdicción voluntaria.

---

<sup>17</sup> Real Academia Española de la Lengua. **Diccionario electrónico.**



Capitant, citado por Juan Montero, indica: “Es el remedio jurídico por el cual una persona o el Ministerio Público piden a un tribunal la aplicación de la ley a un caso determinado.”<sup>18</sup> Se puede deducir de lo expuesto anteriormente que la acción es ese poder que el ordenamiento jurídico confiere a todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción, exponiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirma le asiste. En consecuencia la acción se aplica a tribunales de todas las áreas y jerarquías.

## **2.4 Los actos procesales**

Para tener la comprensión adecuada de los actos procesales es necesario dejar sentada la distinción entre dos vocablos relacionadas estrechamente a la norma jurídica, a saber el hecho y el acto jurídico. En el primero se da una modificación o manifestación en la realidad existente pero que produce consecuencias jurídicas.

EL acto procesal está determinado por la concepción que se tenga sobre la teoría general del hecho y del acto jurídico, por cuanto aquél no es más que una especie del género que es éste. Si por hecho debe entenderse todo acaecimiento del mundo exterior que modifica la realidad existente, se está ante un hecho jurídico cuando la realidad modificada esté contemplada por una norma jurídica que extraiga

---

<sup>18</sup> Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. **Manuel de derecho procesal civil guatemalteco.** Pág. 212

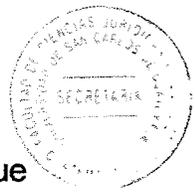


consecuencias jurídicas de ese acaecimiento. Hecho procesal será, pues, el acaecimiento del mundo exterior que tiene efectos o consecuencias en el proceso. Elemento fundamental para distinguir el hecho del acto procesal es la falta en el primero y la presencia en el segundo de la voluntad del hombre.

En consecuencia se puede afirmar que a los hechos aun y cuando afecten directamente al proceso, no están determinados por el elemento volitivo del ser humano, es decir que la voluntad del hombre no ha mediado en la producción del acontecimiento verificado en el mundo exterior. Un ejemplo claro de esto es el fallecimiento de una persona, lo cual da lugar a promover la sucesión ya sea intestada o testamentaria, pero en el ordenamiento procesal guatemalteco no hay un tratamiento sistemático de los hechos procesales, sino que normas dispersas que contemplan hechos específicos.

Cosa distinta en su origen pero igual en su consecuencia sucede con el acto jurídico, ya que este si contempla el animus en la actividad del ser humano, en el se plasma la manifestación de su voluntad y cuando ese comportamiento está contemplado por una norma jurídica que extraiga consecuencias de esa naturaleza, se le califica como un acto jurídico.

En ese orden de ideas, el Doctor Orellana, al referirse al mismo indica: "El acto procesal no puede definirse como aquel acto jurídico que produce consecuencias en el



proceso, sino como el acto por medio del cual el proceso se realiza, de modo que aquél ha de producir sus consecuencias en forma directa en el proceso.”<sup>19</sup>

Agrega el referido autor que no todos los actos tienen influencia o repercusión en el proceso y que pueden tener la calificación de procesales; para que alcancen esa naturaleza es preciso que su repercusión sea directa e inmediata y no sólo indirecta o mediata. Por ejemplo, es indudable que el poder otorgado ante notario al mandatario judicial puede tener repercusiones en el proceso, pero el acto del otorgamiento no es procesal, entre otras cosas porque es posible que exista el mandato y que no llegue a existir nunca un proceso.

#### **2.4.1 Proceso y actos procesales**

Como indiqué en líneas anteriores, cuando se habla de órganos jurisdiccionales, se entiende que son los tribunales que imparten justicia. El pensamiento liberal del siglo XVIII, sostenía que el Estado únicamente debía dedicarse a dos funciones que son a) la de administrar, y b) la de legislar, y no debía meter las manos en las otras actividades de la sociedad, sino que permitir que se desarrollaran al ritmo que la sociedad y especialmente el mercado le impone.

---

<sup>19</sup> Orellana Donis, Eddy Giovanni. **Teoría general del proceso**. Pág. 83



Pero en el modelo actual de Estado, la organización política de este está compuesta por tres cuerpos importantes que son: El Ejecutivo, El Legislativo y El Judicial. Lo que sucede es que cuando se habla de los Órganos Jurisdiccionales, se refiere a los tribunales físicamente y la actividad administrativa que tienen consistente en realizar una función que se le denomina ejercer jurisdicción, la cual es la potestad de administrar justicia. De ahí es que se cree que es una actividad simplemente administrativa.

#### **2.4.2 Fines del proceso legal**

La finalidad del proceso es resolver la Litis que surge entre los particulares. Aquí interviene el Estado ya que la finalidad de este es proteger a la persona y a la familia, así lo regula el Artículo uno de la Constitución Política de la República de Guatemala; de igual manera el proceso busca dirimir cualquier controversia y de esa forma es que el Estado cumple con el bien común, que es su fin primordial por naturaleza, ya que el Estado es parte del derecho procesal por la actividad jurisdiccional que desarrollan funcionarios públicos que se involucran en el proceso. Como se indicó, el contenido del derecho procesal incluye a la acción procesal y a la actividad jurisdiccional; pero también se involucran las partes y el desarrollo ordenado del proceso. Incluye también la competencia de los tribunales en esa jerarquía vertical en forma de subordinación, ya sea en forma ascendente o descendente.



### 2.4.3 La acción procesal

El proceso debe tener un punto de partida y, para ello, se habla de acción, por lo que es importante darse cuenta que se trata de un verbo, desde ese punto de vista; Acción significa movimiento. Al involucrar el léxico jurídico, acción procesal ya poniéndole apellido, no significa otra cosa que poner en movimiento un órgano jurisdiccional.

Proceso es el recorrido; que procedimiento es la forma en que se hace ese recorrido; y como ya quedó plasmado en líneas anteriores la acción procesal es el arranque con el cual da inicio ese recorrido que se denomina proceso.

De lo anterior se concluye que acción procesal es el primer momento en un proceso, por lo que va íntimamente ligado con la demanda, ya que esta por lo regular, es el primer escrito por medio del cual se pone en movimiento a un órgano jurisdiccional. Y en muchas ocasiones, sólo el inicio le corresponde al particular realizarla pues en algunos casos la ley impone al juez impulsar de oficio el proceso, tal como sucede con el juicio ejecutivo bancario, en el cual a pesar de ser de naturaleza mercantil, se protege de manera especial a los bancos como si fueren sujetos que necesitan de una tutela especial por parte del estado, lo cual responde a una nueva filosofía del pensamiento jurídico moderno ya que tradicionalmente el proceso es impulsado de oficio por el propio juez cuando intereses o derechos de la parte procesal más débil pudiere peligrar por falta de capacidad de defensa o desconocimiento de la ley.



#### **2.4.4 Naturaleza jurídica de la acción procesal**

La acción procesal tiene su naturaleza jurídica en el derecho de petición, que se encuentra regulado en el Artículo 28 de la Constitución Política de la República. Pero la forma de hacer efectivo ese derecho, es a través de la acción procesal, en consecuencia, cuando se habla del actuar del juez, el derecho de petición se ejercita mediante la acción procesal.

Algunos autores indican que el derecho de petición es el que le asiste a cualquier ciudadano de acudir ante cualquier autoridad a plantear una solicitud, dependiendo del asunto que quiera resolver; pero en lo judicial la forma de plantear esa solicitud es a través de la acción procesal, pero considero que al indicar que le asiste a cualquier ciudadano se está dejando de lado a todas aquellas personas que no tienen la calidad de ciudadanos por diversas causas, ya por residir temporalmente en el país, por no tener la edad que la ley establece para obtener la ciudadanía, pero que de hecho habitan en el territorio nacional, por lo que es preferible indicar que el derecho de petición, es el derecho le asiste a toda persona aunque no sea ciudadano, a acudir ante cualquier autoridad a plantear una solicitud.

Se debe de tener presente que si se habla de la acción procesal, hay que hablar de la excepción procesal; porque así como la acción procesal es el instrumento por medio del cual se ejercita el derecho de petición; la excepción procesal es el instrumento por



medio del cual se hace valer el derecho constitucional denominado: "Derecho de Defensa."

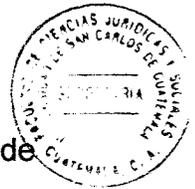
## **2.5 Teorías de la acción procesal**

La acción procesal es abordada desde distintas ópticas, creando con ellas así mismo varias teorías sobre la acción procesal, las cuales comprenden la forma y el enfoque en que la doctrina ha querido identificar o ubicar a esta institución jurídica. En respuesta a lo indicado A continuación voy a referirme a las distintas teorías sobre el tema en relación.

Existen varias teorías que abordan el tema de la acción procesal y a continuación voy a referirme a las más importantes.

a) Teoría de la acción como un derecho abstracto. Esta ubica a la acción procesal como un derecho de obrar, pero desde un punto de vista abstracto, es decir que puede estar separada del sujeto titular del mismo.

b) Teoría de la acción como un derecho concreto de obrar. Esta ubica a la acción procesal como un derecho de obrar, pero desde un punto concreto, es decir que está íntimamente ligada a la persona y compete sólo a ella el poder ejercitarla, tal el caso



de pedir alimentos, que corresponde únicamente a la persona que tiene grado de parentesco que la ley requiere para el efecto.

c) Teoría de la acción como un derecho autónomo. De conformidad con los postulados de esta teoría, la acción procesal es independiente, pertenece a la persona, ya que si ella quiere accionar, lo hace, si no quiere no lo hace, o sea que se asimila a un derecho subjetivo cuyo ejercicio está en la esfera volitiva de cada sujeto en particular que le asiste el derecho.

### **2.5.1 Clases de acción**

Cuando se habla de las clases de acción, es porque dependiendo la materia jurídica que nos ocupe, así será la distinción que se tendrá que hacer de la Acción, se puede entonces encontrar: acción civil, acción penal, acción pública, acción pública a instancia particular, acción indemnizatoria, acción laboral, acción administrativa, etcétera. En resumen va a depender de la disciplina para que se haga uso de las distintas clases de Acción.

### **2.5.2 Los titulares de la acción procesal**

Si se habla de los titulares de la acción procesal se está hablando de las personas que



se involucran con este concepto; los jueces y las partes.

Aquí se encuentran como sujetos procesales: el actor y a los terceros; también se ubica al Estado, a los jueces que actúan en representación del estado en la función jurisdiccional.

## **2.6 La pretensión procesal**

No puede existir un proceso, un procedimiento, un actor, un demandado, etcétera. Sin una pretensión, ya que la pretensión es el objeto principal en un proceso es lo que reclama el actor al demandado, es lo que pretende el actor.

La pretensión es el problema que se quiere resolver y se puede resolver en forma voluntaria o acudiendo ante un órgano jurisdiccional.

En la legislación guatemalteca se encuentra regulada la pretensión; específicamente en el Artículo 51 del Código Procesal Civil y Mercantil que dice: "La persona que pretenda hacer efectivo un derecho, o que se declare que le asiste, puede pedirlo ante los jueces en la forma prescrita en este Código. Para interponer una demanda o contra demanda, es necesario tener interés en la misma".



## **2.7 Características de la pretensión procesal**

La pretensión procesal es la que interpone el actor en su demanda, es la hipótesis, que se plantea al juez y se discute en el proceso; y tiene las siguientes características:

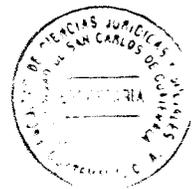
- Es una declaración de voluntad;
- Debe de ser clara y precisa;
- Debe de narrarse en los hechos;
- Debe de ser probada por quien la exige; y,
- Se resuelve en la sentencia

### **2.7.1 Clasificación de las pretensiones**

Las pretensiones se clasifican de acuerdo con la clasificación de los procesos, por lo que puede ser: a) cautelares; b) de conocimiento; y, c) ejecutivas.

Lo peculiar de un proceso es que exista litigio por conseguir una pretensión, se está en presencia de la litis, que es una voz latina que significa controversia, discusión. La litis es la discordia, es la controversia.





## CAPÍTULO III

### 3. Procesos cautelares

No siempre es suficiente obtener una sentencia favorable a los intereses del cliente, pues sucede que al momento de pretender ejecutar el fallo, en ocasiones no es posible debido a la falta de patrimonio del obligado o porque antes de llegar a sentencia este transfirió el bien objeto de litigio a un tercero. De ahí que ante estas eventuales situaciones están contempladas en la ley las medidas cautelares, que tienen como finalidad garantizar los resultados del proceso.

Por ello Juan Montero Arocha, indica que “La satisfacción de la pretensión interpuesta ante los órganos jurisdiccionales del Estado puede no alcanzarse de modo completo, a pesar de la utilización para lograrla del proceso de conocimiento y del proceso de ejecución. Estos procesos, por su propia naturaleza de sucesión de actos, necesitan un lapso de tiempo, más o menos largo, en el que han de desarrollarse; tiempo que puede ser utilizado por el demandado para colocarse en una situación tal que haga inútil la resolución que se dicte en el proceso de conocimiento o declaración, por cuanto con ella y con los actos de su ejecución posterior no se va a poder alcanzar el resultado perseguido por el actor.”<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Montero Arocha. **Op. Cit.** Pág. 153



Es necesario que el Estado brinde a sus habitantes la certeza de que el fallo que emitan los órganos jurisdiccionales se puedan cumplir o ejecutar, de ahí la importancia de las medidas cautelares, en la doctrina se le conocen también como medidas conservativas.

### 3.1 Definición

Cabanellas de Torres las define así: "Conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o a asegurar una expectativa o derecho futuro. Las integran los inventarios, las fianzas, cauciones y otras garantías personales o reales, las reservas, la administración provisional, las retenciones, los embargos, los depósitos, la promesa, el reconocimiento del derecho futuro hecho por el titular actual, la reserva de derecho (para que no se interprete la pasividad como renuncia o abandono), la hipoteca, la prenda y la cláusula penal."<sup>21</sup>

De conformidad con el ordenamiento jurídico de Guatemala, para los juicios de conocimiento, la medida cautelar se ha constituido en el remedio jurídico que tiende a proteger los riesgos de la duración temporal de los procesos, en orden a su eficacia, es decir, que el proceso es eficaz cuando otorga una completa satisfacción jurídica a las partes. No se limita a la mera declaración del derecho sino que se prolonga incluso en una eventual fase de ejecución para cumplir en todo su alcance el pronunciamiento

---

<sup>21</sup> Op. Cit. Pág. 420.



jurisdiccional. Solo cuando la sentencia ha sido cumplida por completa, alcanza su plena eficacia el proceso. La medida cautelar anticipa provisionalmente la ejecución o asegura su éxito, desde el propio momento inicial del proceso.

Para que no sea ilusorio el derecho reconocido o declarado en la sentencia de los procesos cognoscitivos, la medida cautelar tiene como finalidad asegurar los resultados positivos y eficaces para los efectos de la ejecución del fallo.

Como se aprecia en la definición dada por el citado autor, las medidas cautelares abarca las distintas áreas donde se necesita la tutela respectiva, ya sea en la administración de la herencia, la familia, o dentro de procesos legales propiamente dichos. Por ello, y con el propósito de facilitar su estudio y comprensión se han hecho clasificaciones, a las cuales me referiré a continuación.

### **3.2 Clasificación**

a) En las relaciones familiares. En esta esfera, como medidas conservativas específicas, y adoptando el esquema del Código Civil, cabe citar las que tienden a evitar que el marido pueda perjudicar a la mujer en la administración de los bienes comunes o parafernales cuando ha dado causa al divorcio, o si contra él se dirige la acción de nulidad matrimonial; el señalar sumariamente la persona obligada dar



alimento en caso de urgencia, las resoluciones que hayan de tomarse en caso de ausencia y el afianzamiento de la tutela.

b) En los derechos reales. Poseen índole conservativa las defensas reconocidas al propietario, al facultar a todo copropietario de obligar a los demás a costear los gastos de conservación de la cosa o derecho, de retener las aguas pluviales con obras adecuadas, las reparaciones y reconstrucciones para evitar perjuicios con aguas que puedan desbordarse, las reparaciones que el nudo propietario pueda hacer a acosta del usufructuario remiso, las extraordinarias que el usufructuario haga por abstención del dueño, las requeridas para el uso y conservación de la servidumbre, entre otras.

C) En lo sucesorio. Puede mencionarse las medidas referentes a las reservas hereditarias, las disposiciones surgentes que los albaceas aun mancomunados, pueden adoptar, las precauciones necesarias que los mismos albaceas han de tomar para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.

D) En lo obligacional. El obligado a dar una cosa debe conservarla con diligencia de un buen padre de familia, quedan a cargo de la sociedad de gananciales las reparaciones menores o de mera conservación hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido o de la mujer. Son de cargo del arrendador las medidas destinadas a que la cosa pueda servir para el uso destinado, el mandatario

renunciante debe adoptar estas medidas hasta que el mandante pueda tomar sus disposiciones respectivas, y los herederos del mandatario tienen igual deber en caso de morir el causante.

### 3.3 El embargo

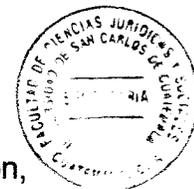
El embargo preventivo reviste el carácter de una medida cautelar que puede requerirse con miras a asegurar la eficacia o el resultado práctico de un proceso de conocimiento o de ejecución.

Cuando aborda esta temática, Chacón indica, “Como sucede con todas las medidas cautelares, el embargo preventivo puede acordarse sobre la base de la prueba de la mera verosimilitud del derecho invocado y requiere, asimismo, que quien lo solicite preste la correspondiente contracautela. Es, además, susceptible de caducidad, frente al supuesto de que el solicitante no entable la demanda dentro de cierto plazo contado desde la fecha de la traba de la medida.”<sup>22</sup>

Ahora bien el embargo se divide en preventivo y definitivo, además, dependiendo de la naturaleza del proceso principal así se le denomina. Por ello se habla en la doctrina del embargo ejecutivo, entendiéndolo como la medida que el juez debe acordar en la

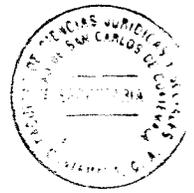
---

<sup>22</sup> Chacón Corado, Mauro. *El juicio ejecutivo cambiario*. Pág. 58



primera resolución que dicte a raíz de la iniciación de un proceso de ejecución, fundado en un título ejecutivo ya sea judicial o extrajudicial. En virtud de la certeza o de la presunción de certeza de los derechos que a esos títulos les confiere la ley, el otorgamiento del embargo ejecutivo no se halla supeditado a la prestación de garantía. Tampoco se encuentra sujeto al régimen de caducidad que es propio, que si se da en el embargo preventivo, y sólo puede levantarse cuando el bien es inembargable o en el supuesto de prosperar alguna de las excepciones que la ley autoriza a oponer al progreso de la ejecución. Por eso en la doctrina se hace distinción entre el embargo ejecutivo con la medida cautelar, ya que algunas diferencias se pueden señalar como ya quedó expuesto.

“El embargo ejecutivo, finalmente, es el que resulta de la circunstancia de no haberse opuesto excepciones al proceso de la ejecución, o de haber sido ellas desestimadas mediante sentencia firme. El embargo ejecutivo se convierte, por lo tanto, en ejecutorio, cuando se verifica cualquiera de las situaciones precedentemente mencionadas. El embargo preventivo se convierte en ejecutivo en oportunidad de recaer sentencia favorable al derecho de quien lo requirió. Lo que aquí interesa destacar es el hecho de que, al convertirse en ejecutorio, el embargo adquiere carácter definitivo. Mientras, en efecto, tanto el embargo preventivo cuanto el ejecutivo configuran, aunque con los distintos alcances ya señalados, medidas provisionales, cuando el segundo se convierte en ejecutorio se procede de inmediato, a través del procedimiento de remate, al pago del acreedor o a la realización de los bienes



respectivos, según sea el caso.”<sup>23</sup>

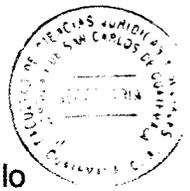
En Guatemala, también el embargo que se decreta en los procesos de ejecución, tiene carácter ejecutivo, pues no requiere garantía, ni está sujeto a caducidad, como ocurre con el embargo previo, o preventivo cuando se solicita antes de plantear la demanda, según lo indica el Artículo 532 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El Artículo 297 que regula el mandamiento de ejecución para la vía de apremio, en su último párrafo establece que se podrán solicitar las medidas cautelares previstas en este Código; también deben tomarse en cuenta que se refieren más que todo a su nominación y enumeración conforme aparece en el Libro quinto, (alternativas comunes a todos los procesos), con el objeto que tanto litigantes como jueces puedan solicitar y decretar, respectivamente, aquellas que sean pertinentes a la ejecución que se promueva, pues intrascendente resultaría que un crédito garantizado con prenda o hipoteca, se pidiera la intervención de una empresa. Pero, creer que dichas medidas tienen carácter cautelar, cuando el derecho ya está reconocido en un título (judicial o extrajudicial), por el hecho que así lo establece el precepto mencionado, no tiene sentido lógico y es distinto al alcance de las providencias cautelares con las medidas ejecutivas.

Al explicar el embargo ejecutivo Montero Aroca citado por Mauro Chacón, dice: “el

---

<sup>23</sup> **ibid.** Pág. 59



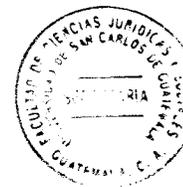
objeto de la pretensión ejecutiva es la realización de la prestación que el título ejecutivo impone al deudor. Si éste no cumple voluntariamente, a prestación se lleva a cabo sustituyendo la actividad del ejecutado por la actividad del órgano jurisdiccional. Si el deudor condenado a una obligación dineraria quisiera cumplir la prestación del título voluntariamente, tendría que sacar de su patrimonio una cantidad de dinero para entregarla al acreedor; si no contara con la liquidez requerida se vería en la necesidad de vender alguno o algunos de sus bienes, eligiendo aquellos que estimara más adecuados, es decir, más fácilmente realizables. Si el deudor no cumple voluntariamente esas actividades, va a realizarlas el órgano jurisdiccional.”<sup>24</sup>

El embargo es entonces aquella actividad procesal que se lleva a cabo en un proceso de ejecución, enderezada a elegir bienes del ejecutado que deben sujetarla a la ejecución y a efectuarlos concretamente a ella, que le permite al acreedor ejecutante una facultad procesal a percibir el producto de la venta de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes.

Así lo afirma Montero Aroca citado por Mauro Chacón, al indicar que: “el embargo no priva al ejecutado de la facultad de disponer sobre los bienes embargados; en nuestro sistema jurídico se conserva la tradición de prohibir la enajenación del bien embargado. En caso se hiciere, al ejecutante le asiste el derecho de perseguir el bien de cualquier poseedor, a menos que quien lo tenga en su poder le pague al acreedor

---

<sup>24</sup> Ibid. Pág. 61



el importe de su crédito, gastos y costas judiciales.<sup>25</sup>

Al tenor de lo establecido en los Artículos 302 y 303 del Código Procesal Civil y Mercantil, incluso, al ejecutante le asiste el derecho para ejercer, judicial o extrajudicialmente, los actos necesarios con el objeto de impedir que se perjudique el crédito embargado, siempre que haya omisión o negligencia de parte del deudor.

### **3.3.1 Modalidades del embargo**

Por la amplitud que permite el embargo como medida de afección de bienes propiedad del deudor, en oportunidades puede decretarse sobre ingresos que obtenga en concepto de salarios, pensiones o dietas por servicios personales. Para ello basta que el juez oficie al funcionario o persona que tenga que hacerlos efectivos, para que retenga la parte correspondiente. Cuando el ejecutado es empleado público y pasare a otro cargo, se mantendrá el embargo sobre el nuevo sueldo tanto subsiste la deuda, lo cual está regulado en el Artículo 307 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En caso el embargo hubiere recaído sobre bienes inmuebles, muebles o derechos reales registrados, se deberá librar despacho en duplicado al Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda, para los efectos de la anotación por el Registrador,

---

<sup>25</sup> Ibid. Pág. 60



cualquier gravamen o enajenación del bien que hiciere el ejecutado no perjudica el derecho del acreedor y hace anulable la negociación posterior.

### **3.3.2 El embargo con carácter de intervención**

El Código de Comercio establece que para los casos que los deudores sean comerciantes, individuales o jurídicos, únicamente se les puede intervenir los negocios a través del embargo de la empresa. Ya que así está establecido en Artículo 661, del mismo, que establece: “La orden de embargo contra el titular de una empresa mercantil sólo podrá recaer sobre ésta en su conjunto o sobre uno o varios de sus establecimientos, mediante el nombramiento de un interventor que se hará cargo de la caja para cubrir los gastos ordinarios o imprescindibles de la empresa, y conservar el remanente a disposición de la autoridad que ordeno el embargo. No obstante, podrán embargarse el dinero, los créditos o las mercaderías en cuanto no perjudique la marcha normal de la empresa mercantil.”

En la práctica esta medida no es la más afortunada porque la parte demandante la utiliza como medio de presión para obtener el pago de lo adeudado por parte del demandado, quien al ver obstaculizado el curso normal de sus negocios y con una persona extraña a su empresa, opta por buscar formas de arreglo o bien en poner dificultades al interventor en el desempeño de sus funciones como tal, en vista que el juzgador no se las asigna por la defectuosa redacción del precepto.



En lo referente a la intervención de la naturaleza civil Artículo 529 del Código Procesal Civil y Mercantil, le corresponde al juez quien fijar las facultades del interventor, las que están limitadas a lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho del acreedor o del condueño, permitiendo en todo lo posible la continuidad de la explotación. Una vez asegurado el derecho del acreedor, se decreta de inmediato el cese o levantamiento de la medida. Esta intervención se encuentra regulada con más amplitud en la ley procesal en el capítulo correspondiente a los auxiliares del juez, que no es aplicable a la de índole mercantil por exclusión que hace el Código de Comercio, pues establece que: “El embargo o intervención de empresas y establecimientos mercantiles se sujetará a lo establecido en el artículo 661 de este Código, por lo que en estos casos no tendrá aplicación el Artículo 37 del Decreto Ley 107, Código procesal civil y mercantil.”

El precepto anterior habla de embargo o intervención, es de notar que utiliza la conjunción o como conjunción disyuntiva, de empresas y establecimientos mercantiles, esto complicó más las cosas, puesto que aquí separa las dos medidas cautelares: embargo e intervención. Es necesario tener más claridad en su distinción.

### **3.3.3 Diferencias entre embargo e intervención**

El embargo se constituye en la cautela jurisdiccional de tipo patrimonial típica por excelencia. Es una institución que aparece regulada en la legislación comparada por



los resultados eficaces que proporciona.

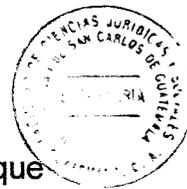
En palabras de Quiroga Cubillos, citado por Mauro Chacón, “el embargo no es más que la afectación de bienes a un proceso con diferentes finalidades, según la clase de proceso principal que se adelanta, es decir, le proporcionará al juez los medios necesarios para la eficaz ejecución de la sentencia”<sup>26</sup>.

Tiene como finalidad evitar que el deudor disponga libremente de sus bienes en perjuicio del acreedor, o bien que merme su patrimonio y haga desaparecer el respaldo para el cumplimiento de sus obligaciones.

La intervención es considerada como la inferencia que realiza el juez en la actividad de una entidad social, ya sea para evitar la distracción de los fondos que pueda conducir al deterioro de la empresa o de un patrimonio colectivo, en perjuicio del acreedor. En estos casos el interventor carece de facultades de dirección y gobierno del ente social, por ello es auxiliar de la administración de justicia, cuya función específica se concreta a recaudar las ganancias que obtenga la empresa en su actividad comercial, para ponerla a disposición del tribunal, sin que tenga injerencia en la administración social.

---

<sup>26</sup> **Ibid.** Pág. 63



En cambio, la administración estimada bien como medida cautelar, es más amplia que la intervención, puesto que produce la sustitución provisional de la dirección y gobierno de un ente social o bien de una empresa, teniendo como función la conservación de ésta y su status económico para asegurar, en forma positiva, el derecho del demandante.

Lo anterior permite establecer con facilidad que en la forma como se encuentra redactado el Artículo 661 del Código de Comercio, la mezcla de medidas que creó al unir el embargo con la intervención, que en nada contribuye a solucionar las diferencias económicas entre las partes, disposición que produce un sin número de problemas en la práctica. Sería aconsejable entonces, regular en una mejor medida estas dos instituciones, con una redacción más clara y precisa, que permita el control de los entes sociales y de las empresas, en donde la regulación de las facultades del interventor sean acordes a la naturaleza y/o explotación del negocio de que se trate, con lo que se evitarían problemas como los indicados y el uso de recursos dilatorios que perjudican la buena marcha de los procesos y causa perjuicio a los justiciables.

### **3.4 El secuestro**

El ordenamiento jurídico de Guatemala, también contempla otra medida cautelar que se aplica comúnmente en los juicios de naturaleza ejecutiva, y me estoy refiriendo a el secuestro.



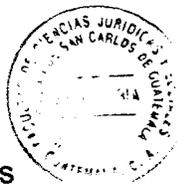
En ocasiones el demandado al darse cuenta que las probabilidades de ser despojado de bienes muebles de su propiedad, éste actúa con negligencia en la custodia y conservación de dicho bienes, por ello es que el secuestro es la medida que tiene como finalidad evitar que los bienes muebles desaparezcan, se arruinen o deprecien en manos del demandado, en perjuicio del acreedor.

El secuestro se realiza mediante el desapoderamiento de la cosa de manos del deudor, para ser entregada en depósito a un particular o a una institución legalmente reconocida, con prohibición de servirse de la misma, según lo establecido en el Artículo 528 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Con el secuestro como medida complementaria del embargo, el demandante asegura el pago de lo adeudado, ya fuere con la adjudicación de los bienes o en su caso, con el producto de su venta, en el remate, y con ello la satisfacción de su pretensión ejecutiva.

### **3.5 El arraigo**

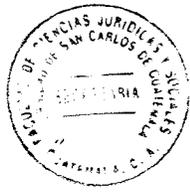
De conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 523, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, podrá el interesado pedir que se le arraigue en el lugar en



que deba seguirse el proceso, esto con lo finalidad de asegurar su presencia para los efectos consiguientes dentro del proceso.

Esta medida precautoria está destinada más a los procesos de conocimiento que a los de ejecución, porque en éstos funcionan con mayor efectividad las medidas de carácter patrimonial. Es necesario recordar que esta medida es improcedente en los juicios en que exista embargo sobre bienes o garantía suficiente que responda de las obligaciones reclamadas, salvo en aquellos casos en que sea indispensable la presencia en el país de la persona obligada, bajo la responsabilidad del juez. En cualquiera de estos casos, si el obligado se ausenta del país sin constituir en juicio representante legal, el tribunal le nombrará defensor judicial quien, por ministerio de la ley tendrá todas las facultades necesarias para la prosecución y fenecimiento del juicio de que se trate.

Para levantar el arraigo es suficiente, como regla general, que el demandado nombre apoderado dentro del juicio con facultades suficientes para su prosecución y fenecimiento. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 524 del Código Procesal Civil y Mercantil, en los procesos por deudas provenientes de hospedaje, alimentación o compras de mercaderías al crédito, el demandado deberá prestar garantía por el monto de la demanda. También deberá prestar esa garantía cuando el demandado hubiere librado en cheque sin tener fondos disponibles o dispusiere de ellos antes de que transcurra el plazo para que el cheque librado sea presentado al cobro. Apersonado en el proceso el mandatario; presentada la garantía



a satisfacción del juez en los casos anteriores, se levantará el arraigo sin más trámite.

### **3.6 Bienes inembargables**

Por principio general el embargo como medida patrimonial es admisible sobre bienes que se encuentra en el comercio, que permitan ser enajenado o gravado y con su producto hacerse pago al acreedor, pero en ocasiones pueden existir limitaciones establecidas por el legislador, atendiendo diversas razones, ya fueren por la naturaleza de los bienes, por tratarse de derechos personales o de la familia del obligado, por cuestiones de interés social, u otras.

Sobre el particular, tanto el Código Procesal Civil y Mercantil, como otras leyes, regulan cuáles bienes están exentos de embargo; por lo que es necesario conocer estas disposiciones legales. En orden al criterio del profesor Aguirre Godoy, citado por Mauro Chacón, se puede clasificar los bienes inembargables en la siguiente forma:

A) Por razón del interés público. Como ha ocurrido con las anteriores Cartas Fundamentales, la actual Constitución Política se limita a enumerar como bienes del Estado, entre otros: a) Los de dominio público; .. b) los que constituyen el patrimonio del Estado, incluyendo los del municipio y de las entidades descentralizadas y autónomas;... c) Los ingresos fiscales y municipales, así como los de carácter



privativo que las leyes asignen a las entidades descentralizadas y autónomas;.. Artículo 121). El Art. 259 al establecer los privilegios y garantías de los bienes municipales, dice: “los bienes, rentas, arbitrios y tasas son propiedad exclusiva del municipio y gozarán de las mismas garantías y privilegios de la propiedad del Estado.” Pero, no especifica que tengan carácter de inembargables.”, Siempre el registro del pago se efectuará en la fecha en que se emita el cheque, se formalice la transferencia de fondos a la cuenta del acreedor o beneficiario o se materialice por la entrega de efectivo o de otros valores al acreedor, con el propósito de tener certeza de la fecha en que se realizó el cumplimiento de la obligación.

Conforme al Artículo 306 del Código Procesal Civil y Mercantil, no pueden ser objeto de embargo: “1º. Los ejidos de los pueblos y las parcelas concedidas por la administración pública a los particulares, si la concesión lo prohíbe; 2º. Las sumas debidas a los contratistas de obras públicas, con excepción de las reclamaciones de los trabajadores de la obra o de los que hayan suministrado materiales para ella; pero si podrá embargarse la suma que deba pagarse al contratista después de concluida la obra.”<sup>27</sup>

En lo concerniente al área rural, el Artículo 78 de la Ley del Instituto Nacional de Transformación Agraria- INTA, prescribe que “Las fincas rústicas y el hogar familiar que integran el patrimonio familiar son además de indivisibles, inalienables e

---

<sup>27</sup> Chacón. *Op. Cit.* Pág. 67



inembargables.”

De conformidad con el Artículo 782 del Código de Comercio, son inembargables, los derechos que el fideicomisario pueda tener en fideicomiso por sus acreedores; pero son embargables los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso.

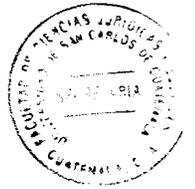
En lo que respecta a las sociedades mercantiles, tampoco pueden los acreedores particulares de un socio, mientras dure la entidad social, hacer efectivos sus derechos, sino cuando se hayan producido utilidades, cuya repartición se hubiere acordado y sobre la parte que le corresponde al ser liquidada la sociedad; parte que es susceptible de embargo. En las sociedades accionadas, en cambio, se pueden embargar y, en su caso, vender las acciones que correspondan al deudor, según el Artículo 42 del Código de Comercio.

### **3.7 Variabilidad del embargo**

Cuando los bienes embargados resultan insuficientes para cubrir el crédito reclamado y sus prestaciones accesorias, o bien se deduzca tercería sobre ellos, puede el ejecutante pedir ampliación del embargo, el cual se ejecutará a juicio del juez, sin audiencia del deudor, ello a la luz de lo preceptuado en el Artículo 309 del Código Procesal Civil y Mercantil.



A contrario sensu, si el valor de los bienes embargados excediera del importe de la deuda y de las costas procesales, el juez, a solicitud del deudor, o aun de oficio, previa audiencia por dos días a las partes, podrá disponer su reducción, sin que se obstaculice el curso de la ejecución, ya que así lo dispone el Artículo 310 del Código Procesal Civil y Mercantil.





## CAPÍTULO IV

### **4. Análisis jurídico de la laguna de ley contenida en el artículo 687 del código de comercio de Guatemala**

En el desarrollo del presente trabajo me he referido a las obligaciones de naturaleza jurídica, específicamente a las que tienen carácter mercantil, ya que por la dinámica del comercio, éstas deben regularse de manera distinta a las demás obligaciones.

Para efectuar el análisis de la ley a que se refiere el presente capítulo voy a hacer una exposición de lo que se entiende por laguna de ley, a manera de abarcar las distintas partes que integran el problema objeto del presente trabajo, para luego ya integrar todos los elementos y de esa forma comprobar los supuestos hipotéticos que he planteado al inicio de la propuesta a investigar del tema en relación.

#### **4.1 Laguna de ley**

La opinión más aceptada por la doctrina es que pueden haber lagunas en la ley, pero en el derecho en su conjunto no pueden haberlas, esto debido a que el juez está obligado a resolver y si alguna norma en especial se quedó corta sobre alguno o algunos aspectos debe aplicar ya sea la analogía o los principios generales del



derecho para resolver. Ya que el juez tiene la obligación de resolver, las partes dentro del proceso no son expertos en derecho, ya que los comerciantes se dedican al comercio en tal sentido es de suma importancia que el Estado les brinda reglas claras y con ello evitar pérdidas patrimoniales.

Según Ossorio, se puede definir la laguna legal así: “No siempre la ley contiene normas que puedan ser aplicables a determinados casos o problemas de hecho; en otros términos, existen problemas que no pueden ser subsumidos en una norma legal. A esa imprevisión, o a ese silencio de las leyes, es a lo que se llama lagunas legales.”<sup>28</sup>

Si la función específica de los jueces consiste en la aplicación de la ley a los casos concretos sometidos a su jurisdicción, se les plantearía el problema de la imposibilidad de sentenciar, por carecer de norma aplicable. Ante tan difícil situación, se ha tenido que buscar una solución que es dispar según la rama del derecho de que se trate. Así, en materia civil y por extensión en materia laboral o contencioso-administrativa, está prohibido a los jueces, so pena de incurrir en responsabilidad, dejar de resolver alegando el silencio o la omisión legislativa, dificultad que han de salvar mediante la aplicación analógica de otras leyes, de los principios generales del Derecho o de la simple equidad. Contrariamente, en materia penal, las lagunas legales, es decir, el silencio de la ley, no puede ser sustituido ni por aplicación analógica, ni por el recurso a los principios generales del Derecho, ni por los conceptos derivados de la equidad;

---

<sup>28</sup> Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 415



porque en ese fuero se impone el principio fundamental de que no hay delito ni pena sin previa ley que los establezca, de donde resulta la ineludible necesidad de absolver al imputado.

En la doctrina se conocen tres clases de lagunas que pueden aparecer en el mundo del derecho y así mismo, algunas propuestas para resolver cada uno de los supuestos a que las lagunas hacen referencia.

a) Las lagunas lógicas

Hans Kelsen, al abordar el tema de las lagunas lógicas, indica: “Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente. Y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de



aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo.”<sup>29</sup>

En razón misma de la naturaleza de una laguna como la referida, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la interpretación. Esta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se le deroga y se le reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que, por definición, no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

Lo anterior, en virtud de que dentro de un proceso por la existencia de intereses

---

<sup>29</sup> Kelsen Hans. **Teoría pura del derecho**. Pág. 134



divergentes, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro “derecho” considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de estos dos “derechos” hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

Hay litigio cuando una de las partes pretende retener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable



y permite resolver cualquier litigio.

En esta esfera es donde se puede dar esa contradicción respecto del que el acreedor mercantil tiene para interponer la demanda cuando ha ejercitado el derecho de retención, para que sea en tiempo y con los resultados esperados.

b) Lagunas técnicas.

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de las lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Es precisamente, Hans Kelsen, quien con más propiedad y claridad explica esta clase de laguna, y al respecto dice: “Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien, aquella indeterminación que resulta del derecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indica quien soportará los riesgos si la cosa



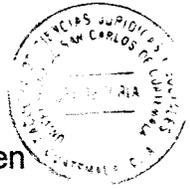
vendida es destruida de modo fortuito antes de haber sido transferido al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa ni abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.<sup>30</sup>

Bien se puede pensar en otro ejemplo: considérese que una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Este debe ser elegido por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que, en ausencia de un presidente. Todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería

---

<sup>30</sup> Kelsen. *Op. Cit.* Pág. 136



necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aún cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador.

Aunque no haya laguna en el derecho, el legislador puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas, ya que es imposible para el ser humano prever todas las circunstancias que en la práctica se da dentro de la sociedad. Pero estas lagunas no tienen el sentido que el legislador les atribuye.

Por ello algunas legislaciones adoptan frecuentemente disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Señala Hans Kelsen que “cuando una laguna, el Artículo 1 del Código Civil suizo prescribe al juez decidir “según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador” esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley,



en el caso de que su aplicación le pareciere conducir a un resultado inaceptable.”

El legislador no debiera renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía el mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues, otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella, sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

Pero en Guatemala, no se da esta situación puesto que no se le autoriza al juez a legislar, sino únicamente a interpretar y aplicar el derecho, y así quedó plasmado en el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial al indicar que: “... El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma, se podrán aclarar, atendiendo al orden siguiente:



- a) A la finalidad y al espíritu de la misma;
- b) A la historia fidedigna de su institución;
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

En tanto que en el pasaje citado por el autor ya referido en líneas anteriores, busca disminuir el peligro en la medida de lo posible de que la autorización dada al juez se limite a hacer abstracción de la ley de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué caso puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infiriendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de la laguna tiene, pues un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del



juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

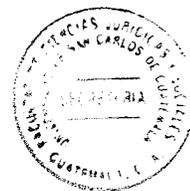
#### **4.2 cumplimiento de las obligaciones**

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

Por ello Vásquez Martínez, expresa: “En el ámbito mercantil el cumplimiento se rige por el principio general de la buena fe. A este efecto, el Código de Comercio dispone que debe obrarse “de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.”<sup>31</sup> Lo cual concuerda con lo establecido en el Artículo 669, del código de comercio. Se recoge así, por un lado, el valor de la fidelidad, del respeto a la palabra dada, que es el valor fundamental de la vida negocial; y de otro, el de la veracidad, que excluye el engaño de la vida obligacional. Agrega el referido autor que ambos valores tienen la función de: “fundamentar la confianza en el comportamiento del otro y la fe en su palabra, sin las cuales es inimaginable un tráfico comercial desarrollado

---

<sup>31</sup> Op. Cit. Pág. 523



y hasta el mismo intercambio pleno de prestaciones<sup>32</sup>.

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

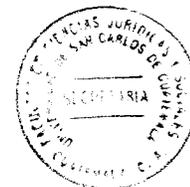
El hecho de que se imponga la obligación de obrar recta y honorablemente implica una apertura del derecho a la vida social. Cuando la ley habla de buena fe, de verdad, de rectas y honorables intenciones, se refieren a conceptos y a criterios valorativos que no están forjados por el Derecho, sino que el Derecho los asume y recibe de la conciencia social, para la que está llamado a valer. A través de esta apertura puede el tráfico mercantil mismo y la jurisprudencia ir introduciendo constantes reajustes al Derecho para hacerlo más humano y mas justo.

#### **4.3 Incumplimiento de las obligaciones**

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

---

<sup>32</sup> **ibid.**



la prestación.

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

#### **4.4 Derecho de retención**

El tema de la retención no puede parangonarse en forma sistemática entre disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio. El derecho de retención aparece diseminado en todo el libro v del Código Civil. Por ejemplo, en el Artículo 1715 se encuentra que el mandatario puede retener objetos que tenga en su poder como consecuencia el mandato, si el mandante no le paga las cantidades a que tiene derecho por indemnización y reembolso de gastos efectuados. En cambio, en la ley mercantil, la institución está sistematizada en la parte general que el Código dedica a las obligaciones, sin perjuicio de que aparezca también en algunos contratos en particular.

##### **4.4.1 Definición**

El derecho de retención es la facultad que se concede al acreedor mercantil para

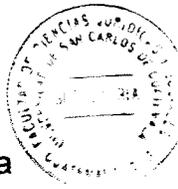


retener bienes muebles o inmuebles de su deudor, que se hallen en su poder, o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla según lo establecido en el Artículo 682 del Código de Comercio. De acuerdo a lo anterior, la retención funciona como una garantía a favor del acreedor que desea hacer efectiva la obligación.

Pero como los bienes retenidos siguen siendo propiedad del deudor, el acreedor debe velar por su conservación; por eso la ley le asigna a éste las obligaciones de un depositario; guardar la cosa depositada y abstenerse de hacer uso de ella; no registrar las cosas que se le han entregado embaladas o selladas a visar de cualquier pérdida o deterioro que pudiera sufrir la cosa y de las medidas que deben tomarse para evitarlo; e indemnizar los daños y perjuicios que por dolo o culpa sufiere el deudor con relación a la cosa, pues así está regulado en el Artículo 1978 del Código Civil; y 683 del Código de Comercio.

Es de hacer notar que cosa distinta sucede cuando el derecho de retención es ejercitado con ocasión de un contrato de hospedaje, ya que en este caso se va directamente a la subasta sin intervención judicial, pues así lo establecen los Artículos 870 y 872 del Código de Comercio.

Con forme los artículos 684, 685, 686 y 687 del Código de Comercio, el derecho de retención opera bajo el siguiente régimen: a) Cesa la retención si el deudor consigna



la suma adeudada o la garantía; b) La disposición (enajenación) que el deudor haga de los bienes retenidos, no afecta la retención; c) Cuando los bienes retenidos son embargados, el acreedor que los posee tiene derecho: a conservar los bienes con carácter de depositario judicial; a ser pagado preferentemente, si el bien retenido estaba en su poder en razón del mismo contrato que originó su cuenta; y, a ser pagado con prelación al embargante, si su relación de crédito es anterior a la de este; y d) El acreedor que retiene pagará costas judiciales, daños y perjuicios, si no entabla la demanda dentro del término legal; o, si se declara improcedente su demanda. ¿Cuál es ese término para entablar la demanda? La ley no lo dice y es una inexcusable omisión, porque entonces debe estarse a los términos de la prescripción de las obligaciones, a menos que cada contrato se pronuncie sobre este particular. Creemos que la ley debió ser más específica en este aspecto.

#### **4.5 El depósito**

Quien ejerce el derecho de retención tiene las obligaciones de un depositario, por lo que resulta más que evidente la inclusión de este tópico en el presente capítulo. Según Guillermo Cabanellas, es la “Entrega de una cosa, para ser custodiada y devuelta por quien la recibe. Cosa que se deposita o la depositada. Lugar donde se confía algo o alguien a la vigilancia ajena. Traslado de una persona a domicilio distinto de habitual, para que pueda tomar libremente y con seguridad determinadas resoluciones y resida allí mientras la situación lo requiera. Acto de colocar algo en lugar adecuado; así se habla de depositar el voto en la urna o en un ataúd en una



sepultura.”<sup>33</sup>

Se puede inferir de lo ya expuesto la retención es un acto preparativo que busca asegurar el cumplimiento de la obligación, es decir que se asemeja a una providencia en sentido lato y no procesal, ya que providencia en sentido lato se entiende como Prevención o preparativo de lo necesario o conducente a un fin o logro. Medida o disposición que se toma para remediar un mal o daño. En las creencias trascendentales, Dios y su acción tutelar o protectora sobre la generalidad de la creación y de la humanidad. En lo procesal, de preferente desarrollo aquí, resolución judicial no funda expresamente, que decide sobre cuestiones de trámite y en cuanto a peticiones secundarias y accidentales.

No cabe duda que la retención culminará con un remate, considero oportuno definir el remate, y se puede definir así: Fin, conclusión, término de algo. ~~Declaro preferente~~ por ser la superior en precio, en una venta o arriendo de cosas, obras o servicios sacados a pública subasta. Adjudicación de los bienes al mejor postor. Subasta, acto en que se ofrecen cosas o derechos a quien mejores condiciones económicas ofrecen cosas o derechos a quien mejores condiciones económicas ofrece por ellos, que termina al no ser superada una oferta pese a los requerimientos de quien realiza y dirige la venta, arriendo o concesión.

---

<sup>33</sup> Cabanellas. **Op. Cit.** Tomo II. Pág.557



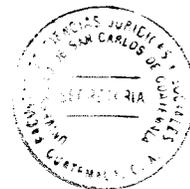
El plazo en que se entabla la demanda, requiere la definición de lo que se debe entender por plazo, según Cabanellas, este vocablo que se puede definir así: “Tiempo o lapso fijado para una acción. Vencimiento del mismo; o término, propiamente dicho. Cuota o parte de una obligación pagadera en dos o más veces. Procesalmente, el espacio de tiempo concedido a las partes para comparecer, responder, probar, alegar, consentir o negar en juicio.”<sup>34</sup>

Igualmente, en algunos casos se utilizan como sinónimo tanto plazo como término. Y según la doctrina término se refiere al final de lo que existe o dura: Plazo, aunque este uso no es el más acertado. Además se puede encontrar como sinónimos de este vocablo, vencimiento, mojón, línea divisoria entre propiedades, municipios. En fin, su significado es amplio y también se aplica a tiempo señalado para un fin, así como día y hora en que ha de cumplirse o hacerse algo.

Según se mencionó con anterioridad, en general el interés más que todo en los negocios mercantiles es la satisfacción voluntaria y de manera normal del crédito. Al Derecho mercantil dicho interés le es mas propio aún, ya que el tráfico comercial, al procurar la circulación de valores patrimoniales mediante relaciones obligatorias, necesita que éstas se desenvuelvan sin tropiezos, que el cumplimiento sea voluntario y oportuno y que solamente se acuda al cumplimiento forzado, mediante el proceso de ejecución judicial, en casos extremos. Para facilitar ese cumplimiento voluntario y oportuno se ha establecido precisamente el derecho de retención, el cual pues una

---

<sup>34</sup> Op. Cit. Tomo V. Pág. 269



garantía del crédito.

El derecho de retención es una de las figuras jurídicas de garantía de la obligación que aparece regulada con especialidad por el Código de Comercio. Ello obedece a que dentro de las medidas de garantía es la que más se acomoda a las necesidades del tráfico mercantil por su facilidad y flexibilidad. Cosa que no acontece con las otras medidas de garantía que requieren determinadas formalidades que se traducen en dilaciones no siempre convenientes en la negociación comercial.

El derecho mercantil de retención puede definirse como la facultad concedida a los acreedores mercantiles para demandar dentro del término legal. 2º. Si se declara improcedente la demanda.” Es evidente la obligación que el legislador estableció para la persona que ejercite el derecho de retención de plantear la demanda en el plazo legal bajo pena de responder de los daños y perjuicios si no plantea la demanda en el plazo de ley; sin embargo, dicho cuerpo normativo no establece el plazo para plantear la demanda, lo cual crea incertidumbre puesto que legalmente no se puede fijar con exactitud el plazo para plantear la demanda, tampoco el plazo que debe transcurrir para demandar al acreedor que ejercitó el derecho de retención y no planteó la demanda en tiempo.

Para analizar la problemática que dicho vacío legal provoca así como la conveniencia de establecer un plazo para que el acreedor plantee la demanda es que me propongo



realizar la presente investigación.

El tema de la retención no puede parangonarse en forma sistemática entre disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio. El derecho de retención aparece diseminado en todo el libro V del Código Civil. Por ejemplo, en el Artículo 1715 ese encuentra que el mandatario puede retener objetos que tenga en su poder como consecuencia el mandato, si el mandante no le paga las cantidades a que tiene derecho por indemnización y reembolso de gastos efectuados. En cambio, en la ley mercantil, la institución está sistematizada en la parte general que el Código dedica a las obligaciones, sin perjuicio de que aparezca también en algunos contratos en particular.

El derecho de retención es la facultad que se concede al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor, que se hallen en su poder, o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla, ello de conformidad con lo establecido en el Artículo 682 del Código de Comercio. De acuerdo a lo anterior, la retención funciona como una garantía a favor del acreedor que desea hacer efectiva la obligación. Pero como los bienes retenidos siguen siendo propiedad del deudor, el acreedor debe velar por su conservación; por eso la ley le asigna a éste las obligaciones de un depositario; guardar la cosa depositada y abstenerse de hacer uso de ella; no registrar las cosas que se le han entregado embaladas o selladas a visar de cualquier pérdida o deterioro que pudiera sufrir la cosa y de las medidas que deben



tomarse para evitarlo; e indemnizar los daños y perjuicios que por dolo o culpa sufiere el deudor con relación a la cosa.

Con forme los Artículos 684, 685, 686 y 687 del Código de Comercio, el derecho de retención opera bajo el siguiente régimen: a) Cesa la retención si el deudor consigna la suma adeudada o la garantiza; b) La disposición (enajenación) que el deudor haga de los bienes retenidos, no afecta la retención; c) Cuando los bienes retenidos son embargados, el acreedor que los posee tiene derecho: a conservar los bienes con carácter de depositario judicial; a ser pagado preferentemente, si el bien retenido estaba en su poder en razón del mismo contrato que origino su cuenta; y, a ser pagado con prelación al embargante, si su relación de crédito es anterior a la de este; y d) El acreedor que retiene pagará costas judiciales, daños y perjuicios, si no entabla la demanda dentro del termino legal; o, si se declara improcedente su demanda.

Ante esta situación, surge la pregunta necesaria ¿Cuál es ese término para entablar la demanda? La ley no lo dice y es una inexcusable omisión, porque entonces debe estarse a los términos de la prescripción de las obligaciones, a menos que cada contrato se pronuncie sobre este particular. Considero que la ley debe ser más específica en este aspecto.

El problema radica principalmente en que el Artículo 687, del Código de Comercio, establece dentro de las obligaciones derivadas de la retención que el acreedor que



ejercite el derecho de retención queda obligado a pagar las costas, los daños y perjuicios: 1º. Si no entabla la demanda dentro del término legal. Es evidente la obligación que el legislador estableció para la persona que ejercite el derecho de retención de plantear la demanda en el plazo legal bajo pena de responder de los daños y perjuicios si no la plantea, pero dicho cuerpo normativo no establece el plazo para plantear la demanda, lo cual crea incertidumbre puesto que legalmente no se puede fijar con exactitud el plazo para plantear la demanda, tampoco el plazo que debe transcurrir para demandar al acreedor que ejercito el derecho de retención y no planteó la demanda en tiempo.

A la luz del artículo citado hay una obligación sustantiva que obliga a plantear la demanda dentro del plazo legal, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 1039 del Código de Comercio, la vía procesal será el juicio sumario, pero el plazo en que se debe plantear la demanda y a partir de qué momento inicia a contarse dicho plazo, es algo que no esta previsto en la ley.

Por tal motivo propongo analizar la problemática que genera la ausencia de norma legal que establezca plazo para entablar la demanda cuando se ha ejercitado el derecho de retención, el momento en que el plazo inicia a contarse y como debiera de reformarse el Artículo 687 del Código de Comercio y así la ley sea concisa y precisa.



#### 4.6 Daños y perjuicios

Según la enciclopedia jurídica Omeba, se entiende por “Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio), cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de admisión, etcétera)” se entiende por perjuicio como la ganancia lítica que se deja de percibir<sup>35</sup>. En otras palabras al no entablar la demanda oportunamente se arriesga el acreedor mercantil a ser demandado a efecto de responder legalmente por los daños y perjuicios que se causen al deudor cuyos bienes fueron retenidos.

---

<sup>35</sup> OMEBA. *Enciclopedia jurídica*. Tomo V. Pág. 511

## CONCLUSIONES



1. Para dar certeza jurídica a las obligaciones resultantes de contratos mercantiles por parte de los sujetos contratantes, están previstas las distintas medidas cautelares que permiten asegurar el cumplimiento ulterior de las obligaciones que las partes contraen, en especial el deudor, y en ese orden de ideas, para las negociaciones comerciales se previó el derecho de retención, con lo que se reconoce que eventualmente las obligaciones resultantes de contratos mercantiles sean incumplidas.
  
2. En Guatemala, está contemplado el derecho de retención en el Artículo 687 del Código de Comercio, Decreto 2-70; sin embargo, es evidente que existe un vacío de ley, pues no se fija el plazo dentro del cual se debe entablar la demanda cuando el acreedor mercantil ejercita este derecho sobre bienes del deudor.



3. La etapa de la venganza privada, o de cobrarse la justicia por propia mano hace tiempo que fue superada; es por ello, que al acreedor mercantil la ley le impone la obligación de acudir al juez a fin de que, respetando las garantías constitucionales, especialmente el derecho de defensa, se obtenga el cumplimiento forzoso de las obligaciones, de ahí la importancia de establecer el plazo para interponer la demanda cuando se ejercite este derecho, y no se violen garantías constitucionales del deudor.

## RECOMENDACIONES



1. Que el Estado brinde seguridad jurídica a las personas en sus distintos negocios mercantiles, actualizando la regulación sobre los distintos aspectos que son necesarios y en el caso particular abordado en este trabajo, cuando se ejercita el derecho de retención y de esa forma asegurar el cumplimiento de las obligaciones resultantes en el tráfico mercantil.
2. El Estado debe evitar que quede a criterio de los jueces resolver la laguna de ley contenida en el Código de Comercio sobre el plazo para entablar la demanda al ejercitar el derecho de retención y con ello se evitará la discrecionalidad que puede prestarse a situaciones suspicaces que no ayudan a la seguridad jurídica.
3. Que el Estado reforme el Artículo 687 del Código de Comercio de Guatemala, a fin de que se establezca plazo dentro del cual se plantee la demanda cuando se ejercite el derecho de retención, así como el momento específico a partir del cual se debe iniciar el cómputo de dicho plazo, donde se debe tomar en consideración la naturaleza de los bienes retenidos, sean estos perecederos o no perecederos.





## BIBLIOGRAFÍA

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1985

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Argentina: Ed. Heliasta, 2003.

CABANELLAS, Guillermo **Diccionario de derecho usual**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., (s.f.).

CHACON CORADO, Mauro y Juan Montero Aroca. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Diseño y edición Magna Terra editores. 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina: 1971.

GARCÍA MARQUEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho II**. Argentina: Ed. Porrúa, S. A., 1978.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Argentina: Ed. Universitaria de Buenos Aires, Sociedad de Economía Mixta, 2000.

ORELLANA DONIS, Geovani. **Derecho procesal civil**. Guatemala: Ed. Oscar de León Palacios, 2002.

OMEBA. **Enciclopedia jurídica**. Argentina: Ed. Editorial Bibliográfica Argentina, 1977.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1987.



**PUIG PEÑA, Federico, Compendio de derecho civil español.** Madrid España: Ed. Pirámide, S.A. 1976.

**Real Academia Española de la Lengua. Diccionario de la lengua española.** España: Ed. Espasa, 2014.

**SMITH, Adam. Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones.** México: Ed. Fondo de la cultura económica, 1997.

**Legislación:**

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

**Código Civil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1963.

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

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1963.

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