

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

**APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS
CONTRATOS DE COMODATO CELEBRADO ENTRE LOS
PARTICULARES Y LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES DE
GUATEMALA, SOCIEDAD ANÓNIMA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DOMINGO ANTONIO MARTÍNEZ THOMAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2006

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



**APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS
CONTRATOS DE COMODATO CELEBRADO ENTRE LOS
PARTICULARES Y LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES DE
GUATEMALA, SOCIEDAD ANÓNIMA**

DOMINGO ANTONIO MARTÍNEZ THOMAS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006

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

DECANO:	Lic.	Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic.	Cesar Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic.	Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br.	José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br.	Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

PRESIDENTE:	Lic.	Héctor Manfredo Maldonado Méndez
VOCAL:	Licda.	Gloria Leticia Pérez Puerto
SECRETARIO:	Lic.	Héctor David España Pinetta

Segunda Fase:

PRESIDENTA:	Licda.	Mayra Yojana Veliz López
VOCAL:	Lic.	Fernando Girón Casiano
SECRETARIA:	Licda.	Eloisa Mazariegos Herrera

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

Guatemala 16 de junio del año 2006

Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
De la Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.



Distinguido Lic. Aguilar Elizardi:


Con todo respeto y de manera atenta me dirijo a usted para dar cumplimiento a la providencia dictada en relación al trabajo de investigación del Bachiller **DOMINGO ANTONIO MARTÍNEZ THOMAS**, sobre el tema intitulado **APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS CONTRATOS DE COMODATO CELEBRADO ENTRE LOS PARTICULARES Y LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES DE GUATEMALA, SOCIEDAD ANÓNIMA**. Al respecto me permito indicar que se revisó el plan de investigación el cual se ha modificado el nombre del título en virtud de que con el nombre con el que se aprobó el proyecto, se tendría que hacer un trabajo de campo e investigación demasiado extenso ya que se tendría que analizar cada uno de los contratos de las varias empresas de telefonía móvil que funcionan en la República de Guatemala;

Con el nombre que considero correcto, se reduce la investigación a una sola empresa de telefonía móvil, lo que a mi criterio es apropiado para el trabajo que he asesorado, posteriormente se fue revisando el trabajo por capítulo y por último en su totalidad, haciendo las observaciones correspondientes en cada uno de los capítulos, el cual cumple con los requisitos necesarios en cuanto a la investigación, en tal virtud, se emite el dictamen favorable a efecto de que el trabajo de investigación realizado por el Bachiller Domingo Antonio Martínez Thomas, puede ser discutido en examen público por el sustentante, previo al dictamen de Revisor.

Sin otro particular, me suscribo de usted;

Deferentemente:


Lic. Manuel González Tiniguar
Abogado y Notario
Colegiado 6,155
16 Avenida 15-69 Zona 1





UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de julio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (a) HÉCTOR OSBERTO OROZCO Y OROZCO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **DOMINGO ANTONIO MARTÍNEZ THOMAS**, Intitulado: **“APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS CONTRATOS DE COMODATO CELEBRADO ENTRE LOS PARTICULARES Y LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES DE GUATEMALA, SOCIEDAD ANÓNIMA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

BUFETE JURÍDICO
21 Calle 2-21 zona 1 segundo nivel
Guatemala
Tel 22211376 y 22207989

RECIBIDO
09 AGO. 2006
UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
Guatemala, 1 de agosto del 2006.
Hora: _____
Firma: _____



Licenciado.

MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS,
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE
SAN CARLOS DE GUATEMALA.

Respetable Lic. Castillo Lutín

En cumplimiento a la providencia dictada por ésta dependencia de fecha dieciocho de julio del año dos mil seis, procedí a REVISAR el trabajo de tesis presentado por el Bachiller DOMINGO ANTONIO MARTÍNEZ THOMAS, titulado "APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS CONTRATOS DE COMODATO CELEBRADO ENTRE LOS PARTICULARES Y LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES DE GUATEMALA, SOCIEDAD ANÓNIMA".

Al respecto he de manifestarle que el referido trabajo llena todos los requisitos establecidos en el Reglamento respectivo, constituyendo a la vez un trabajo de suma importancia en nuestra actualidad y por consiguiente una investigación de relevancia, en tal sentido se hicieron las observaciones pertinentes al caso respetando siempre el criterio e ideas propias del sustentante.

El trabajo en mención cumple con los requisitos requeridos razón por lo cual OPINO que puede ser materia de discusión para el examen correspondiente del autor.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco.
Colegiado Activo No. 5068.

Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de septiembre de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (la) estudiante **DOMINGO ANTONIO MARTÍNEZ THOMAS**, titulado **APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS CONTRATOS DE COMODATO CELEBRADO ENTRE LOS PARTICULARES Y LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES DE GUATEMALA, SOCIEDAD ANONIMA**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS** por todas las bendiciones y por permitirme llegar a esta instancia de mi vida.
- A MIS PADRES** Juana Martínez y Pedro Antonio, por darme la vida y apoyarme para que pudiera alcanzar este éxito.
- A MIS HERMANOS** Marco Antonio, Martín y Diego, por creer en este proyecto y por toda la ayuda incondicional.
- A MI ESPOSA** Evelyn Elizabeth, bastión en mis momentos difíciles y por su amor sincero.
- A MI HIJO** Cristian Eduardo, el amor que llena mi vida, y por ser quien me inspira a luchar en el sendero de la vida.
- A MIS HERMANOS** Mario, José, Leonardo, Víctor, Orlando, Edwin y Carlitos, que este trabajo sea para ellos un ejemplo, y que todo en la vida se puede, sólo si se hace un esfuerzo.
- A MI TIO** Domingo Matías y a su señora Lorenza de Matías por apoyarme y por sus consejos.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS** Por el apoyo brindado durante estos años, con todo cariño.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,** Especialmente a la gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El contrato	1
1.1 Origen del contrato	1
1.2 Concepto de contrato	2
1.3 Requisitos de los contratos	6
1.3.1 Clasificación	6
1.3.2 Requisitos esenciales del contrato	7
1.3.3 Requisitos naturales	22
1.3.4 Elementos accidentales del negocio jurídico	23
1.4 El perfeccionamiento de los contratos	25
1.5 Clasificación de los contratos	30
1.5.1 Obligaciones provenientes del contrato	37
1.5.2 Obligaciones provenientes de los hechos lícitos sin convenio.....	37
1.5.3 Obligaciones que proceden de los hechos y actos ilícitos	41

CAPÍTULO II

2. Contrato de comodato	43
2.1 Historia	43
2.2 Concepto	45
2.3 Definición.....	47
2.4 Naturaleza y caracteres.....	48
2.4.1 Caracteres	48
2.5 Constitución y requisitos: capacidad objeto y forma	53
2.5.1 Capacidad	53
2.5.2 Objeto	54

2.5.3	Forma	57
2.6	Efectos en relación al comodatario.....	57
2.6.1	Obligaciones y responsabilidades de comodatario...	57
2.6.2	Derechos de comodatario.....	66
2.7	Efectos en relación al comodante.....	69
2.8	Extinción del contrato de comodato.....	76

CAPÍTULO III

3.	La rescisión de los contratos	79
3.1	Concepto	79
3.2	Diferencia entre la rescisión y otras formas de ineficacia ...	86
3.3	Efectos de la rescisión.....	94
3.4	Acción rescisoria	96
3.5	Rescisión del contrato de comodato.....	99
3.5.1	Rescisión judicial	99
3.5.2	Rescisión legal	100

CAPÍTULO IV

4.	Aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima	101
4.1	Reseña histórica de las telecomunicaciones, en Guatemala.....	101
4.2	Los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima	103
4.2.1	contrato reglamento.....	103
4.2.2	El contrato de adhesión	104
4.2.3	Naturaleza jurídica	105
4.3	Análisis jurídico sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima.....	105
4.3.1	Legislación.....	107

4.3.2	Revisión y extinción de negocios por onerosidad sobrevvenida	108
4.4	Teoría de la imprevisión	111
4.4.1	Efectos la cláusula rebus sic stantibus (Teoría de la imprevisión).....	112
	CONCLUSIONES.....	113
	RECOMENDACIONES	115
	BIBLIOGRAFÍA	117

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se realizó con el objeto de hacer un estudio sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de comodato, por lo que se planteó la siguiente hipótesis: La empresa telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, no aplica la teoría de la imprevisión, pues la aplicación de esta traería perjuicio a sus intereses económicos, lo que no es el fin ni la esencia de la prestación de un servicio por una entidad comercial, la cual se verificó en el proceso de la investigación.

Se propuso un único objetivo general que es: El incluir la posibilidad de que judicialmente se pueda aplicar la teoría de la imprevisión en los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, para que otorgue al comodatario la posibilidad de no verse coaccionado y ser afectado en sus intereses económicos por el forzoso cumplimiento del contrato.

Como objetivos específicos el autor propuso los siguientes: a) Determinar la importancia de la aplicación de la teoría de la imprevisión; b) Establecer el beneficio que representaría para el comodatario la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima; c) Definir si es procedente legalmente la sanción denominada penalización en los contratos de comodato; d) Probar la hipótesis formulada al respecto; e) Incluir teóricamente la cláusula que implique la oportunidad para el comodatario de la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima.

En la fase investigativa de este trabajo, se utilizaron los siguientes métodos de investigación: Deductivo, que permitió llevar la presente investigación de lo general a lo particular; el inductivo que sirvió para el enlace de lo particular lo general; el inductivo-analítico, para realizar el análisis de hechos particulares dentro la investigación; la síntesis, que se utilizó para emitir las conclusiones; las técnicas empleadas fueron: El subrayado, que permite resaltar todos aquellos aspectos esenciales en las copias de

los libros consultados y de fichas bibliográficas, que permitió guardar toda la información del material que se obtuvo para este trabajo.

El presente trabajo, está enfocado sobre los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima. En el primer capítulo de la presente investigación, se estudia de forma extensa lo que a contratos se refiere propiamente, incluyendo su concepto, requisitos y clasificación.

Hacemos especial mención de los requisitos de los contratos, fundamentalmente por su finalidad moralizadora dentro de la contratación en materia de telefonía móvil, dada la gran importancia que en la actualidad tiene ya que se originan a diario contratos en esta materia, los cuales se encuentran regulados a través de cláusulas que en su mayoría son beneficiosas para las empresas de telefonía, no así para los usuarios que se ven sumidos en un sinnúmero de obligaciones que se vuelven sumamente onerosas a las cuales no pueden rehuir sin ser sujeto de pagos exagerados y en algunos casos inmotivados, es por ello que en este trabajo se hizo un profundo análisis a la posible problemática, para plantear soluciones alternativas, incluyendo, porque no dentro de ellas, reformas en materia legal para que el usuario pueda rescindir dichos contratos cuando se vuelvan excesivamente onerosos para el comodatario.

El propósito de este trabajo fue demostrar la desigualdad que existe entre las partes contratantes, debemos manifestar que no ha sido posible estructurar algo original por lo delicado de las ideas y porque la ciencia jurídica, tal como la encontramos, no es sino una concreción producto de la elaboración universal; pero sí creemos que en algo ha de contribuir este trabajo para acrecentar la cultura jurídica de los cursantes de nuestra facultad de ciencias jurídicas y sociales y de todas aquellas personas que tengan interés en estos problemas.

Para el efecto el trabajo se ha elaborado en cuatro capítulos de la manera siguiente:

En el capítulo I se desarrollo el contrato en general, definiéndolo según el derecho romano y el derecho moderno, además se desarrollan los requisitos de los contratos y los distintos clases de contratos así también clasificación de conformidad con nuestra legislación civil y las distintas doctrinas consultadas sobre las obligaciones que provienen de los contratos

El capítulo II contiene el contrato de comodato analizando de forma riguroso cada uno de los artículos contenidos en el Código Civil. En donde se establecen las obligaciones y responsabilidades tanto del comodante como del comodatario.

En el capítulo III se hizo un especial análisis sobre la naturaleza del instituto jurídico de la rescisión como causa provocadora de la esterilidad de los negocios jurídicos, así como la tradicional confusión que ha existido en cuanto a su concepto en relación con las demás formas de ineficacia negocial, nos a impulsado a mencionarlo en el presente trabajo cuyo objeto no es otro que el de tratar de perfilar la figura rescisoria y aislarla de las diversas formas jurídicas que también producen la inefectividad de las relaciones obligatorias de carácter privado.

En el capítulo IV se hizo un análisis sobre el contrato de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima. Para establecer la desigualdad que existe en una de las partes que interviene en el contrato. Así mismo consideramos importante regular la teoría de la imprevisión en los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima. para evitarle problemas a las personas que utilizan estos servicios, según lo investigado la entidad telefónica utiliza los contratos de adhesión, en donde todas las cláusulas están previamente estudiadas a favor de la persona que las elabora y para el efecto la teoría de la imprevisión según la doctrina y la legislación guatemalteca es aplicable en dicho caso para evitar la violación a los derechos del usuario.

CAPÍTULO I

1. El contrato

1.1 Origen del contrato

Cuando el hombre llegó a tener la idea de propiedad, nació la noción de contrato. El propietario de una cosa puede transferirla a otra persona voluntariamente, a título gratuito u oneroso, y puede también comprometer su esfuerzo en la ejecución de un hecho o la abstención de otro. Así, por ejemplo, el dueño de un bien lo vende, en cuyo caso, ha transferido su dominio y, a cambio de ese bien, recibe el precio; y viceversa, el comprador entrega el precio y recibe la cosa.

Si el que vendió la cosa no la entrega, o el que compra no paga el precio, surge más claramente la idea de contrato, que confiere acciones para reclamar la entrega de aquel bien o del precio, en su caso, como forma de hacer efectivo el contrato.

Existen dos declaraciones de voluntad: una traslaticia y otra recepticia. La primera es insuficiente por sí sola para transmitir y, la segunda, es ineficaz para adquirir por sí misma. La declaración de voluntad que se formula inicialmente, ya sea para transmitir o adquirir un derecho, se llama oferta y la que sigue a ésta, aceptación. "ambas deben coincidir sobre un objeto común y existir conjuntamente; no son actos separados, ni manifestaciones paralelas, sino por el contrario, constituyen una sola unidad voluntaria y recíproca, coincidente y con existencia cierta, en un momento determinado y debidamente exteriorizada".¹

La exteriorización, puede ser verbal, por escrito o por signos inequívocos, tales como: precios, tarifas, en formas mecánicas (contratos de adhesión).

La existencia de las dos voluntades dichas (traslaticia y recepticia) concurrentes y simultáneas, hace nacer una tercera, independiente y distinta, pero que unifica y regula, y a la que se someten las partes como a la ley común.

¹ Enciclopedia omeba, T. IV. Pág. 120.

El contrato aparece, pues, como instrumento práctico para llevar a cabo innumerables finalidades de la vida económica que impliquen colaboración de intereses que en un momento fueron dispares, o por lo menos no coincidentes. Dichos intereses se combinan por el trámite del contrato, de manera que cada uno encuentra su utilidad. De ahí viene la utilidad para los contratantes, e indirectamente, su trascendencia hacia la sociedad.

El contrato como hecho económico, llega a ser la institución jurídica más conocida y familiar al común de la gente, que a veces lo usa sin conocer su esencia y disciplina. Esto, en última instancia, carece de importancia, ya que la ley suple esta deficiencia. Esto no quiere decir, sin embargo, que no haya casos, a veces frecuentes, de perjuicios que sobrevienen a los contratantes que no alcanzan a comprender el exacto significado de las cláusulas contractuales, tampoco que no reconozcamos la necesidad de que los contratos sean celebrados en términos precisos y claros que garanticen una interpretación fácil e indubitable.

1.2 Concepto

La palabra contrato se origina en la voz latina contractus, que a su vez se descompone en las expresiones cum y traho que significan: venir a uno, ligarse, convenir, convención.

Los autores, buscando claridad en el concepto, hacen un estudio del concepto de contrato, desde el derecho romano, para luego arribar al concepto de contrato en el derecho moderno.

➤ Concepto de contrato en el derecho romano

En el derecho romano, se distinguía lo que era una convención, un contrato y un pacto.

Convención: "Era el acuerdo de dos a más personas en un asunto de interés común".²

Contrato: "Se definía como una convención que tiene, nombre y causa presentes, civilmente obligatorias, por su naturaleza".³

El pacto: "El pacto consistía en una convención, sin causa e innominada, que podía por su naturaleza producir obligación".⁴

En el pacto las partes carecían de acción, pero podían llegar a poseerla por disposición de la ley, edicto del pretor y otros se agregaban a contratos válidos obligatorios, amparándose en las acciones de éstos.

El contrato aparecía en la legislación romana como una convención provista de nombre, causa y acción, constituida de acuerdo con las solemnidades del derecho Civil.

Los romanos no tuvieron un concepto abstracto capaz de contener varias figuras contractuales existentes, pero sí poseían varias categorías de contratos, como figuras particularizadas del mismo. Así, existían contratos reales, consensuales, etcétera, e incluso admitían la categoría de contratos innominados, pero éstos siempre se inspiraban en una de las otras categorías existentes.

El concepto en el derecho romano, fue evolucionando hasta la admisión del concepto abstracto de contrato. La evolución fue más acentuada en la edad media con la extensión del cristianismo y el desarrollo del comercio.

En la época liberal, por influencia de las doctrinas económicas y políticas, en boga en ese tiempo, se llega a la concepción que ha prevalecido hasta la época contemporánea. Desde luego, esta concepción ha sufrido cambios ostensibles, ya que en aquella época la soberanía de la voluntad era absoluta, en tanto que en la

² **Enciclopedia omeba.** T. IV. Pág. 121.

³ **Ibid;** Pág. 121.

⁴ **Ibid;** Pág. 121.

actualidad se han dictado, aunque no en el grado que es necesario, leyes tendientes a favorecer al económicamente débil, que buscan tornar más justa la contratación.

➤ **Concepto del contrato en el derecho moderno**

En el derecho moderno existen varias posiciones, las más importantes, son las que trataremos de resumir:

❖ La que no hace distinción entre convención y contrato. Según esta corriente, todo acuerdo que tienda a producir un efecto jurídico, es contrato, cualquiera que sea la materia de ese acuerdo: ya persiga la creación de una relación obligatoria, su modificación o extinción, o bien la creación de un derecho real o la constitución de un vínculo familiar.

❖ Esta concepción se inspira en el código italiano de 1865 que definía el contrato como "El acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o resolver un vínculo jurídico entre las mismas".⁵

❖ La corriente que distingue la convención y el contrato. Según esta doctrina, la primera es el género y el segundo es la especie. "Convención representa un concepto muy general, dice Valverde,⁶ pues se reduce a consentir o ponerse de acuerdo sobre una cosa o varias. La convención puede ser no jurídica: la amistad y la cortesía, son convenciones. De modo que, para que una convención sea contrato, se necesita que produzca efectos jurídicos.

Otros autores hacen, dentro de esta posición, la distinción entre contrato y convención, en el sentido de que cuando verse sobre la creación de obligaciones será contrato, y cuando se refiera a la modificación o extinción de aquéllas, o a la creación de relaciones o reales, existirá la convención.

⁵ Espin Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Vol. III. Pág. 346.

⁶ Valverde y Valverde, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. T. III. Pág. 229.

❖ Entre las dos disposiciones anteriores, existe una doctrina ecléctica, según la cual lo constituirían las relaciones jurídicas patrimoniales, quedando fuera del mismo las extrapatrimoniales. De esta manera se comprenderán no sólo las relaciones obligatorias, sino también las referentes a los derechos reales; y a la modificación o extinción de las obligaciones, y los propios reales. En esta posición intermedia se dejan fuera las extrapatrimoniales, como las familiares, por no tener naturaleza económica.

❖ Hay una corriente cuyo principal sostenedor es Jellinek,⁷ la cual distingue entre contrato, y convención, pero en sentido diferente de la corriente ya estudiada.

Según esta posición el contrato se produce para satisfacer intereses opuestos cada uno de los cuales tenga un objeto y un fin diferente.

La figura del contrato, no absorbe todas las declaraciones plurilaterales de voluntad, pues junto a éste existen otras hipótesis de acuerdos de voluntades. Se citan como hipótesis distintas a los contratos, el acto colectivo "Gesamtak" en alemán que no es convención ni contrato, sino una suma de declaraciones de voluntad concordantes (como sucede con la sociedad por acciones y la asociación); y, el acto jurídico que es convención pero no contrato, que tiene por finalidad crear una situación jurídica objetiva y permanente (como el matrimonio) y no una situación subjetiva, individual y momentánea, entre deudor y acreedor.

❖ Puig Peña,⁸ nos da un concepto novedoso, pues además de considerar al contrato como un entrecruce de voluntades, como la concurrencia de voluntades opuestas, substituye la "oposición", por la "yuxtaposición de voluntades", o sea que, los intereses de las partes no aparecen como contrapuestos, sino unidos, agrupados, con un solo propósito, servir a la comunidad.

Agrega Puig Peña, citando a Pérez Serrano, que los individuos pactan sometidos a la suprema conveniencia de la comunidad. Que debe entenderse el contrato como

⁷ Citado por Diego Espin Cánovas. **Ob. Cit**; Vol. III. Pág. 346.

⁸ Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil español**. T. IV. Vol. II. Pág. 8.

fuelle creadora y fecunda, inspirada en el pensamiento de la comunidad, "basada en principios de fidelidad y buena fe y justificada en sus rigores por consideraciones de mutuo miramiento y atención inexcusable a las circunstancias accidentales".

➤ **Nuestra opinión**

Como hemos visto, existe gran disparidad de opiniones en cuanto al campo de aplicación del contrato.

Somos del criterio que, el contrato es un negocio jurídico, el negocio jurídico bilateral por excelencia, mas no el único negocio de esta naturaleza, pues existen otros negocios jurídicos bilaterales que no pueden confundirse con el contrato. Así, el matrimonio, que es una institución jurídica, que excede los límites de aquél, pues su creación, existencia y disolución no dependen de la autonomía de la voluntad, porque su celebración y finalidades, están reguladas por la propia ley. Consideramos que el campo de aplicación del contrato es el de los derechos patrimoniales, quedando fuera de él todo lo que se refiera a otra clase de derechos.

Siendo, pues, el contrato un negocio jurídico y su campo de aplicación el de los derechos patrimoniales, podemos decir, que consiste en dos o más declaraciones de voluntad, orientadas a la creación, modificación y extinción de derechos y obligaciones patrimoniales.

1.3 Requisitos de los contratos

1.3.1 Clasificación

Los requisitos de los contratos se clasifican en: esenciales naturales y accidentales: Los primeros son los elementos que no pueden faltar en todo contrato y sin los cuales no podría existir. Por ejemplo el consentimiento, elemento constante sin el cual no podría nacer a la vida ningún contrato.

Los segundos (naturales), son aquellos elementos que aunque no consten expresamente, se presupone su existencia, están implícitos en determinados negocios, aunque no sean indispensables para su existencia. Y los últimos, los accidentales, son aquellas circunstancias que las partes agregan al negocio, según sus particulares deseos y si no las incluyen nada tienen que ver con el negocio, es decir; en nada afectan la validez, y existencia del mismo. Ejemplo de estos elementos son la condición y el plazo.

1.3.2 Requisitos esenciales del contrato

Ya nos hemos referido a ellos, en el sentido de que son aquellos requisitos indispensables para la existencia del negocio jurídico.

No hay unidad de criterio en la doctrina respecto a cuáles han de considerarse como elementos esenciales. Nuestro Código trae como elementos esenciales del negocio Jurídico, los siguientes: a) capacidad legal del sujeto que declara su voluntad; b) consentimiento que no adolezca de vicio; y c) objeto lícito: Nos atenderemos a esta clasificación hablaremos, además, de la causa.

Nuestro Código Civil, por otra parte, ya no regula los requisitos del contrato, sino de los requisitos del negocio jurídico en general. Es lógico que así sea, ya que como hemos dicho, el contrato es un negocio jurídico y los elementos del mismo son los comunes a todo negocio jurídico.

➤ La capacidad legal del sujeto que declara su voluntad

La declaración de voluntad debe tener su origen en un sujeto de derecho, persona capaz de obrar o sea de llevar a cabo el negocio de que se trate (capacidad negocial).

Capacidad del sujeto, es la aptitud para celebrar el negocio jurídico. No obstante, preciso es, hacer una breve referencia a la capacidad en general, para tratar este tema en su debida forma.

La capacidad jurídica se ha definido corrientemente como la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; o, en un sentido moderno: "la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas determinadas".⁹

La capacidad jurídica se desdobra en dos aspectos: la capacidad jurídica o de derecho, que se le llama también de goce y la capacidad de obrar o de ejercicio.

La primera, capacidad de goce, es la idónea para ser titular de derechos subjetivos. En otras palabras, el poder de titularidad que da la posibilidad de gozar de determinados beneficios provenientes de las cosas, de los actos, etcétera.

La capacidad jurídica corresponde a todos los hombres por el solo hecho de serlo; acompaña al individuo desde que nace hasta que muere. No se concibe un individuo sin capacidad jurídica. Todas las personas gozan de capacidad jurídica, aun el niño y el enajenado mental. Todas las personas tienen en potencia la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, aun cuando en un determinado momento no los posean. No quiere decir esto que no puede tener limitaciones, porque se dan casos en que en determinadas situaciones el individuo no goza de capacidad jurídica para la adquisición de ciertos derechos, por ejemplo, el estado de indignidad, le impide adquirir la herencia; hay casos en que no puede adquirir derechos por contrato, por ejemplo, no está permitida la compra-venta entre cónyuges. Sin embargo, la capacidad es la regla y sus limitaciones la excepción.

En cuanto a la segunda, la capacidad de obrar, la define Messineo, como "la aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad, o sea por sí solo, derechos subjetivos, o de asumir, con la propia voluntad o sea por sí solo, obligaciones jurídicas".¹⁰ En pocas palabras, es la aptitud del individuo para realizar actos con eficacia jurídica.

⁹ De Caso y Romero, Ignacio. **Diccionario de derecho privado**. T. I. Pág. 769.

¹⁰ Messineo, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. T. II Pág. 109.

Como dice Castán,¹¹ "la capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto, mientras que la capacidad de ejercicio denota una idea dinámica". Así es en efecto, pues con la capacidad de derecho el individuo es apto para adquirir derechos y obligaciones, y está ahí, estático, esperando el momento de adquirirlos y la capacidad de obrar, es la aptitud de adquirirlos por sí mismo, llegando el momento, es la capacidad puesta en acción.

La capacidad de ejercicio tiene más limitaciones que la capacidad de goce, pues esta última puede incluso llegar a faltar, por ejemplo, un niño menor de catorce años no tiene ninguna capacidad de obrar, un alienado tampoco la tiene y, así, sucesivamente, podríamos citar varios ejemplos.

Por eso se dice que para tener completa capacidad se necesita la plenitud de las facultades mentales, o sea un estado de idoneidad para entender y para querer, que generalmente se adquiere con la mayoría de edad.

La capacidad de obrar tiene tres manifestaciones o formas de darse:

- ❖ La capacidad negocial o para actos jurídicos, que es la aptitud para emitir declaraciones de voluntad o realizar actos jurídicos;
- ❖ Capacidad judicial o procesal, es la aptitud de comparecer en juicio;
- ❖ Capacidad penal o de incurrir en responsabilidad por delitos imputables al agente.

La capacidad de obrar puede faltar completamente o sufrir serias alteraciones, según el estado de las personas. Estos estados, son: El sexo, la edad, enfermedad, prodiga, concurso, quiebra, etcétera. Son causas que influyen en la capacidad de obrar. Ya sea afectándola parcialmente o suprimiéndola definitivamente.

Nos interesa sobremanera la capacidad de ejercicio, pues es la que se necesita para celebrar válidamente cualquier contrato, porque, como ya se dijo, la capacidad de goce se presupone en todo ser humano, por el simple hecho de su existencia. Dentro de las manifestaciones de la capacidad de ejercicio, nos interesa especialmente

¹¹ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español, común y foral**. T. I. Vol. II. Pág. 136.

destacar la capacidad negocial, que es la capacidad para emitir o recibir declaraciones de voluntad, y para todo acto jurídico.

Lo anterior, en virtud de que no basta que un acto sea querido, sino se necesita, además, que quien haga la declaración de voluntad tenga capacidad suficiente para ello.

La capacidad de obrar, es la regla, la incapacidad es la excepción. Generalmente cuando se habla de incapacidad del sujeto se está haciendo referencia a la incapacidad de obrar, pues la capacidad de goce se tiene por el solo hecho de existir y son raras sus limitaciones.

Los códigos civiles tienen como premisa la capacidad del sujeto y sólo hacen referencia a los casos de excepción. Quiere esto decir que, los que no están incluidos en ellos, son capaces.

Nuestro Código Civil, contempla la capacidad en su Artículo 8° y dice que la capacidad para el ejercicio de los derechos se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido 18 años.

Los menores que han cumplido 14 años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

En los Artículos subsiguientes hace referencia a la incapacidad. Así el Artículo 94 se refiere a los mayores que adolecen de enfermedad mental, y a que pueden ser declarados en estado de interdicción las personas que abusen de las bebidas alcohólicas o de estupefacientes, que por las mismas razones se exponen ellos o que exponen a su familia a graves perjuicios económicos.

El Artículo 10 se refiere: a las perturbaciones mentales transitorias, que dan lugar a la nulidad de las declaraciones de voluntad hechas en ese estado.

El Artículo 13 se refiere a la incapacidad de los ciegos y sordomudos de nacimiento.

Los incapaces pueden actuar a través de sus representantes legales, ya que como se dijo, pueden ser sujetos de derecho y obligaciones, por el solo hecho de ser personas, pero no pueden ejercitarlos. Por eso, se han creado instituciones, tales como la representación legal.

En cuanto a las personas jurídicas o morales, dice que son capaces también de adquirir derechos y obligaciones, pero tienen limitaciones, ya que no pueden adquirir aquellos derechos y obligaciones, los cuales se necesita del substractum de la persona humana y su capacidad se refiere más que todo a cuestiones patrimoniales.

En consecuencia, la capacidad de obrar es un requisito indispensable en la contratación y la no existencia de dicha aptitud al celebrar el contrato, da lugar a la ineficacia de éste.

➤ **Consentimiento**

La palabra consentimiento deriva del latín consensus, que a su vez proviene de las voces cum (con) y sentire (sentir). Es, por consiguiente, el acuerdo de dos o más voluntades.

El consentimiento es otro de los elementos básicos del contrato. Es necesario que dos o más personas, consientan de un modo válido en crear entre sí un vínculo contractual.

"Consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común y se unen", dice Ruggiero.¹²

"Dirigidas las voluntades en el contrato obligatorio, una de ellas a prometer y la otra a aceptar, dan lugar a una nueva y única voluntad, que es llamada voluntad

¹² De Ruggiero, Roberto. **Instituciones de derecho civil**. T. II. Pág. 275.

contractual y que es el resultado no la suma, de las voluntades individuales, y que constituya una entidad nueva, capaz de producir por sí el efecto jurídico querido y sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes, de lo cual deriva la irrevocabilidad del contrato", afirma el mismo autor.

Existen en todo contrato dos declaraciones de voluntad, que representan intereses distintos y que buscan un objetivo común, crear la relación contractual.

No es el supuesto de que existan dos declaraciones de voluntad el único, pues puede existir pluralidad de partes, tanto en el polo de los promitentes como en el de los aceptantes.

Es necesaria la existencia de dos o más declaraciones de voluntad para que exista el contrato. No es posible reducirla a una sola, pues la misma palabra implica la necesidad de un recíproco acuerdo.

Lo anterior ha dado lugar a una cuestión discutidísima y es lo relativo a la declaración unilateral de la voluntad y el llamado autocontrato.

El primer caso, se da cuando una persona, independientemente de la aceptación de otra, puede vincularse por medio de su propia declaración de voluntad, al prometer a otros una prestación. Verbigracia, el que hace una promesa de recompensa a quien entregue una cosa extraviada, a los títulos al portador.

En la doctrina es discutida la cuestión, pero es más aceptada la corriente de que en la declaración unilateral de voluntad no puede existir contrato, porque para que este exista se necesita la concurrencia de dos voluntades, como requisito indispensable.

En nuestro derecho positivo, esta cuestión está resuelta, porque nuestro Código Civil claramente dice que, hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación y, por otra parte, expresa que, coloca a la declaración unilateral de voluntad entre las fuentes de las obligaciones provenientes de hechos lícitos "sin convenio".

El segundo caso, o sea el autocontrato o contrato consigo mismo, se da cuando una sola persona ostenta la representación de dos patrimonios distintos y que en un momento dado, puede crear una relación obligacional entre ambos.

Esto es posible ya que no hay dificultad alguna en considerar que el titular de un patrimonio y administrador de un ajeno, o el administrador de dos ajenos, pueda crear una relación obligatoria entre el suyo y el ajeno o entre los dos ajenos.

De diversas maneras se ha tratado de explicar la existencia del autocontrato. Unos aprecian en la voluntad única dos voluntades distintas. De manera ficticia se puede considerar delegada al comisionista mediante el mandato y lo mismo en la doble representación. Otros dicen que donde no hay mandato es la voluntad única la que crea la relación obligatoria.

Hasta el presente, no se ha dado una explicación satisfactoria de lo que es el autocontrato y se acepta que es una situación anormal, consecuencia de la combinación de los principios de la representación y el contrato.

➤ **Formación del consentimiento**

La conformidad de las partes es insuficiente para la constitución del contrato, si no lo manifiestan recíprocamente con el objeto de dar vida a la relación contractual.

Existen dos etapas en la formación del consentimiento, una interna y otra externa:

- ❖ Etapa interna: que presenta dos aspectos: el primero la concordancia de lo que ambas partes quieren y, el segundo, la decisión de hacer obligatorio el acuerdo, acto volitivo que determina la conclusión del contrato;
- ❖ Finalizada la etapa anterior, se necesita que este acuerdo de voluntades se revele para darle fuerza obligatoria. Cuando todas las adhesiones se han producido y manifestado en forma legal, el contrato existe.

➤ **Formas de manifestación del consentimiento**

- ❖ **Expresamente:** verbalmente, por escrito y por signos inequívocos. El consentimiento es expreso cuando no necesita ser inferido de hechos o actos que lo presupongan y hay certeza sobre que se produjo;
- ❖ **Tácitamente:** cuando resulta de hechos o actos que lo presuponen o que autoricen a presumirlo, salvo en los casos que la ley o las partes convienen en que ha de ser expreso.

La manifestación tácita del consentimiento resulta de actos o hechos inequívocos de los que se puede inferir la existencia de la voluntad.

➤ **Vicios del consentimiento**

Error: es el conocimiento equivocado de un hecho o una cosa, ya sea por ser conocimiento incompleto o por ser inexacto.

El error consiste en un defecto del conocimiento del verdadero estado de las cosas y los hechos; por eso vicia la voluntad, porque nadie puede querer lo que no conoce.

Los efectos de la ignorancia son los mismos que los del error, pues ella implica el desconocimiento absoluto de una cosa.

La espontaneidad en el error da lugar a la distinción entre error propiamente y el dolo. El error *extrictu sensu*, es el espontáneo y el dolo es el error provocado por maquinaciones de la otra parte.

➤ **Clases de error**

- ❖ **Error in, negotio:** es el error sobre la índole del negocio que se realiza. Ejemplo: alguien dona cree que vende;
- ❖ **Error in substantia o error sobre el objeto del con trato error in re,** es el error sobre la esencia y cualidades fundamentales de la cosa. Compro una cosa que creo que

es de plata y resulta ser de plomo. Este caso como el anterior dan lugar a nulidad del contrato, de conformidad con el Artículo 1258 del Código Civil;

❖ El error puede ser sobre las cualidades secundarias de la cosa. No anula el contrato;

❖ Error in persona: es el error sobre la identidad y las cualidades de la persona. Sólo da lugar a nulidad si se hizo en consideración a la persona. Artículo 1259 del código Civil;

❖ Error era cuantitate: error en la cantidad o error en cuenta. Este no da lugar a nulidad, Artículo 1260, del Código Civil

➤ **El dolo**

Según Puig Peña,¹³ es sinónimo de mala fe, en sentido amplio. En sentido estricto, es la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro, para inducirlo al error y mantenerlo en el mismo, a fin de obtener de éste, el consentimiento en un acto jurídico sin cuyas maquinaciones o artificios no lo hubiera obtenido.

Clases de dolo

Desde tiempos del derecho romano se hace la distinción entre dolo bueno y dolo malo. El primero no vicia el consentimiento, ni hace nulo el negocio, ya que consiste en los halagos que la gente hace en el comercio para vender sus productos; no puede compararse con el segundo, que consiste en las maquinaciones que se hacen para inducir al error al otro contratante.

Se hace también la distinción entre dolo causante y dolo incidental. El primero es la causa o motivo del contrato e influye de tal manera en el ánimo del contratante que sin éste no se hubiera realizado el contrato. El segundo, permite a las partes contratar, pero si éste no hubiera intervenido, el negocio hubiera resultado menos oneroso, es decir el negocio siempre se lleva a cabo pero sin la acción dolosa hubiera sido en otras condiciones. Este último no vicia el consentimiento.

¹³ **Ob. Cit;** T. I. Vol. II. Pág. 493.

➤ **La violencia o fuerza (vis absoluta)**

Es la coacción física ejercida sobre una persona para obtener su consentimiento a fin de realizar un negocio jurídico. Esto no es un vicio del consentimiento, es la carencia absoluta de voluntad, porque no le queda otra alternativa al violentado. Da lugar a la nulidad del negocio.

➤ **Intimidación (vis compulsiva)**

Es la amenaza de un mal que alcanzará al amenazado o a su familia, si no se realiza el negocio jurídico que se propone el autor de aquella. El miedo provocado por la amenaza debe ser fundado, es decir debe haber proporción entre el mal amenazado y la resistencia que se pueda oponer. El temor reverencial, que es el respeto que se tiene a las personas sometidas a la autoridad de otra, no invalida el negocio, salvo circunstancias especiales.

➤ **Objeto**

Es otro de los requisitos indispensables para que exista el contrato. El objeto es el conjunto de derechos y obligaciones que el contrato crea, modifica o extingue. El objeto del contrato y de la prestación a veces se confunde. El objeto del contrato o de la obligación es siempre una prestación (dar, hacer) o una abstención (no dar, no hacer) y el objeto de la prestación que es el servicio o cosa que se ha de dar o hacer.

La prueba de ello como dice De Diego¹⁴, es que "las cosas o hechos pueden desaparecer o no llegarse a realizar y sin embargo, la obligación quedar subsistente".

Menos mal, dice Puig Peña,¹⁵ que de uno u otro modo que se considere siempre se llega al mismo resultado práctico.

¹⁴ Citado por Federico Puig Peña. **Ob. Cit**; T. IV. Vol. I. Pág. 27.

¹⁵ **Íbid**; Pág. 27.

➤ **Requisitos del objeto**

❖ **Ha de ser posible**

Nadie puede obligarse a una prestación imposible, porque la obligación sería nula.

La imposibilidad puede ser de dos formas: física: que es imposible por causas naturales, ejemplo: la destrucción de la cosa, y jurídica: que sea imposible por ser contrario a la ley. Por ejemplo: que se quiera vender un bien público de uso común.

Se distingue también la imposibilidad objetiva o absoluta, que es aquella que se da para todos, y subjetiva o relativa, que afecta al deudor en particular.

También está la imposibilidad originaria y subsiguiente: según sea al constituirse la obligación o aparezca posteriormente.

Finalmente, puede ser total o parcial, según se refiera a toda la prestación o a parte de ella.

❖ **Ha de ser lícito**

Es decir que no sea contrario a las leyes, al orden público o a la moral y a las buenas costumbres.

Dice Puig Peña,¹⁶ que no debe confundirse con la imposibilidad jurídica, porque en ésta el derecho no deja que nazca a la vida jurídica (vender algo que está fuera del comercio) y en la relación ilícita, la prestación puede realizarse, pero el derecho la condena por ir contra sus normas la moral o las buenas costumbres.

¹⁶ **Ob. Cit;** T. IV. Vol. II. Pág. 28.

❖ **Ha de ser determinado**

Al menos determinable. No se concibe la existencia de una obligación indeterminada, puesto que no puede quedar al arbitrio del deudor o del acreedor, ya que en el primer caso, podría el deudor cumplir con una cosa ínfima y en el segundo el acreedor exigir un pago exagerado.

Puede existir cierto grado de indeterminación en cuanto al género, pero esto es perfectamente posible en las llamadas obligaciones genéricas.

➤ **La causa**

La causa se identifica con la finalidad, es el fin directo e inmediato que se proponen las partes en virtud de la cual se celebra o se obliga. La causa es la razón, el por qué del contrato.

No hay actividad humana que no esté guiada por un propósito, no existe persona alguna que quiera desprenderse de algo que es actualmente suyo por el único gusto de cambiarlo con otro sin tener un interés que satisfacer. Lo hará con el fin de obtener cierta cantidad de dinero, de tener un bien que actualmente no tiene, pero que le interesa, etcétera.

No es el capricho el que funciona como propulsor de un contrato, es la finalidad práctica, es el mérito del valor social de esa finalidad, a la que el ordenamiento jurídico presta protección.

No hay que confundir la causa con el fin individual o contingente del acto que constituye un impulso ocasional, diversos motivos pueden inducir a la voluntad a realizar un contrato; puedo comprar una casa para habitarla, regalarla, etcétera; puedo aceptar una herencia por gratitud, por evitar que otro se quede con ella..., pero estos son motivos intrascendentes, ocasionales, son ante todo, subjetivos.

La causa es un elemento más importante, es algo mas allá de los impulsos ocasionales, es algo objetivo que no, cambia en cada clase de contrato.

“No basta la voluntad de transferir la propiedad de la cosa y el consignar la misma para que la transmisión se verifique, precisa una relación con otros que venga a justificar la adquisición, y la relación será, según los casos, una compraventa, una donación, un pago, si se transmite la propiedad de la cosa para obtener en compensación, el precio, para realizar un acto de liberalidad o para extinguir una deuda". Dice De Ruggiero,¹⁷

La causa en los diversos contratos depende de la clase de contrato que sea, así:

➤ **La causa en los contratos sinalagmáticos**

Los contratos sinalagmáticos son aquellos que originan derechos y obligaciones recíprocos entre las partes contratantes.

Lo que determina a cada parte a obligarse es el deseo de obtener la ejecución de la prestación prometida en cambio.

La causa de la obligación del vendedor es tener a su disposición el precio prometido, la consideración de que se ejecute o realice materialmente el fin perseguido. La causa de uno, es la contraprestación del otro, así para el que vende la causa es el precio y para el que compra, la causa es la cosa.

Esto será así para todos los contratos en que haya prestación y contraprestación, aparte de los móviles particulares que induzcan a uno a comprar y a otro a vender, ya sea porque la cosa es útil, porque la necesita en un momento dado. Estos motivos no interesan al problema de la causa, puesto que son inconstantes y pasajeros.

¹⁷ **Ob. Cit;** Vol. I. Pág. 281.

➤ **La causa en los contratos unilaterales**

Unilaterales son aquellos contratos en los que nacen obligaciones sólo a cargo de una de las partes.

En estos contratos la causa, varía según la naturaleza de cada uno. Así, si se trata del comodato y el mutuo gratuito, la causa del comodante y mutuamente es doble hacer un servicio al prestatario, y recobrar la cosa en el tiempo estipulado; en el mutuo con interés, la inspiración de la obligación es el cumplimiento de la misma y el pago con interés. La causa del mutuuario y comodatario, es hacer que se ejecute la obligación del mutuante y comodante; es decir, la entrega del dinero o la cosa, según el caso.

➤ **Contratos gratuitos**

Son aquellos en los que una de las partes obtiene una ventaja económica gratuita, sin desembolsar nada de su parte. La causa en estos contratos es la intención de liberalidad la intención de proporcionar al donatario una ventaja gratuita.

➤ **Distinción entre causa y motivos**

Es interesante el ejemplo que trae el autor chileno Victorio Pescio V.,¹⁸ para hacer la distinción entre causa y motivos, y dice así: "Compro 100 quintales de trigo en \$35.00. El motivo que me ha determinado a comprarlos y a pagar a mi vendedor dicha cantidad, es mi propósito de sembrar mi fundo. En esa operación: ¿Cuál es la causa final y cuál es la ocasional o impulsiva?

Si se pregunta por qué me he obligado a pagar \$35.00 podré dar dos respuestas:

- Para obtener que el vendedor se obligue a entregarme los 100 quintales y
- Para sembrar mis tierras. La primera respuesta es la indicación de la causa; y la segunda, el motivo".

¹⁸ Pescio, Victorio. **Manual de derecho civil**. T. II. Pág. 133.

En general, modernamente se acepta que la causa es el fin económico social que se persigue. Así el que compra tiene la finalidad de acrecentar su patrimonio con una nueva adquisición. Se dice que para encontrar la causa no debe uno preguntarse: ¿por qué se debe?, sino: ¿por qué se contrajo la obligación?

Antes de la formación del contrato las partes se proponen alcanzar o lograr un resultado determinado; su consentimiento está animado por el propósito de obtener un resultado, y es lo que constituye la causa.

➤ **Teorías anticausalistas**

Los anticausalistas sostienen:

- ❖ Que la teoría de la causa no es tradicional. Los romanos no la conocieron, no se preguntaban si en los contratos sinalagmáticos existía alguna causa, si la obligación de una de las partes servía de causa a la obligación de la otra, porque en tales contratos las obligaciones nacían independientemente una de la otra, los contratantes estaban obligados en razón de la solemnidad;
- ❖ Es ilógica: sobre todo en lo que se refiere a los contratos bilaterales. Una de las obligaciones no puede servir de causa a la otra, pues ambas nacen simultáneamente. En los contratos unilaterales la causa se confunde con el objeto, puesto que la causa consiste en la entrega de la cosa y en los gratuitos: se confunde con el consentimiento, la liberalidad;
- ❖ La noción de causa es inútil: Si se suprimieran los preceptos legales relativos a la causa, la teoría de los contratos no sufriría ningún menoscabo.

La falta de causa en un contrato equivale en unos casos a la falta de objeto y en otros a la falta de consentimiento. En un contrato sinalagmático, la falta de causa en una de las partes, sería que una de éstas no se hubiera obligado y en este caso faltaría el objeto. Un contrato gratuito sin causa sería una donación sin intención de liberalidad, sería un donante que no ha consentido.

➤ **Nuestro criterio con relación a la causa**

Aunque nuestro Código Civil, excluye expresamente la causa de los elementos esenciales del negocio jurídico y en la exposición de motivos,¹⁹ del mismo se aceptan las críticas que hacen los anti-causalistas a este requisito, encontramos cierta contradicción en su articulado, por ejemplo: en el artículo 1258, dice: "El error es causa de nulidad cuando recae sobre la substancia de la cosa que le sirve de objeto o sobre cualquiera circunstancia que fuere -la causa principal- de la declaración de voluntad. Y por otra parte, en el capítulo II del título VI habla del enriquecimiento sin causa.

Es decir, que nuestro Código no ha podido desprenderse del concepto de causa, y no es para menos, pues la causa ha tenido siempre máxima importancia en los negocios jurídicos, sobre toda como elemento moralizador de los mismos.

Es más, en la actualidad, se considera que debe velarse por el interés social y sobre todo tener en cuenta la causa como motivación psicológica de los negocios. Así por ejemplo: asociarse para comerciar es una actividad perfectamente lícita, pero formar sociedades que son verdaderos monopolios para obligar a otros comerciantes a cerrar sus negocios y subir los precios, para luego obtener ganancias fabulosas, esto va contra el interés social y debe evitarse a toda costa.

Es por eso que somos partidarios de la teoría de la causa, como elemento esencial de los contratos para que funja como medio moralizador de los negocios jurídicos, sobre todo en nuestro medio, donde se aprovecha muchas veces de la ignorancia y necesidades de la gente para hacer verdaderos negocios ilícitos.

1.3.3 Requisitos naturales

Son los que se derivan de la naturaleza de cada negocio y lo acompañan aún sin que sean expresamente declarados, pero pueden ser excluidos por determinación de las partes. Ejemplo: la onerosidad en el mandato; la evicción en la compraventa.

¹⁹ **Exposición de motivos del Código Civil.** Pág. 132.

La principal diferencia entre éstos y los elementos esenciales es que, los primeros no tienen carácter de indispensables, pues como se dijo pueden ser excluidos a voluntad de las partes, sin que por ello se altere substancialmente el negocio jurídico, mientras que los segundos son absolutamente indispensables para que exista el contrato.

1.3.4 Elementos accidentales del negocio jurídico

Por virtud de la autonomía de la voluntad, la declaración de voluntad puede asumir determinadas actitudes e imponer ciertas modalidades a los contratos, incluso llegar hasta excluir la existencia de éstos.

Una persona dona algo con la condición de que se cumplan determinadas cargas; da en arrendamiento alguna cosa siempre que se cumplan determinadas condiciones, vende algo hasta que se llegue cierto momento.

A estos elementos se les llama accidentales porque no son necesarios para la existencia del contrato, no son ni siquiera consecuencia del contrato, dependen puramente de la voluntad, con condiciones que se impone ella misma, pero una vez que se pongan en el negocio se vuelven parte del mismo e influyen en su eficacia.

Hay un gran número de modalidades, pero aquí sólo nos referiremos a dos que son las más importantes: la condición y el plazo.

➤ La condición

Consiste en un hecho futuro e incierto del cual depende la producción de los efectos jurídicos de un contrato; esto es, la adquisición o pérdida de un derecho.

También se dice de la condición, que es la limitación de la declaración de voluntad, por la cual esta debe tener efecto sólo presuponiendo que se cumplirá un hecho futuro e incierto.

➤ **Requisitos de la condición**

- ❖ Generalmente para que exista el contrato se requiere que el hecho en que consiste la condición debe llenar los siguientes requisitos: Ha de ser futuro: porque si es pasado o pueden suceder dos cosas: las partes tienen conocimiento de si el hecho se ha realizado o no. Entonces no hay condición y las partes no quieren contratar. O ignoran si el hecho se ha producido: se aplaza la obligación, pero la suerte del contrato está decidida;
- ❖ Incierto: si un hecho necesariamente ha de ocurrir, no es condición si no que su cumplimiento está aplazado;
- ❖ Posible: si la condición es imposible, queda como pura y simple.

➤ **Clases de condiciones**

- ❖ Condiciones suspensivas y resolutorias: esta es la distinción más importante que se hace de la, condiciones;
- ❖ La condición suspensiva es aquella de la cual depende la producción del efecto jurídico querido, es decir a partir del cumplimiento de la condición nace el derecho. Ejemplo; Te doy una casa si te gradúas de abogado;
- ❖ Resolutoria: es aquella condición de la cual depende que el negocio deje de producir el efecto jurídico querido, es decir que al cumplirse la condición, el negocio deja de producir los efectos que normalmente estaba produciendo. Ejemplo; Si te casas con tal persona, te quito la casa que te di;
- ❖ Positivas y negativas: las primeras consisten en que acontezca un hecho en un tiempo determinado. Te daré una casa si te gradúas de ingeniero. Las segundas consisten en que no acontezca un hecho; Te venderé mí casa sí no compras otra en este año.

➤ **Potestativas, causales y mixtas**

Potestativas: dependen de la declaración de una de las partes. Ejemplo: Me pagarás si vendes tu carro.

Causales: son aquellas que dependen de un hecho fortuito: Te pagaré si no hay temporal este año.

Mixtas: que dependen de la voluntad de uno de los interesados y las circunstancias: Te pagaré si reúno el dinero y no me lo roban.

➤ **El plazo**

Es el señalamiento de una fecha a partir de la cual el contrato o cualquier negocio jurídico empieza a surtir efectos.

La diferencia fundamental con la condición, estriba en que en el plazo se conoce con certeza que el hecho se va a producir y en la condición el hecho es incierto.

El plazo lo único que hace es detener temporalmente los efectos de la obligación y en cambio en la condición, se hace depender de ella la eficacia de un negocio.

Se divide en:

- ❖ Suspensivo o inicial: fija el momento en que empieza a surtir efectos el negocio;
- ❖ Resolutivo o final: fija el momento en que deja de surtir efectos el negocio.

1.4 El perfeccionamiento de los contratos

Ya hemos visto anteriormente,²⁰ que en todo contrato hay dos declaraciones de voluntad: una traslaticia, ya sea para adquirir o para transmitir un derecho a la que se le llama, oferta; y una recepticia, que es la que sigue a la oferta y se le llama, aceptación. Ambas deben coincidir para la formación del contrato.

La oferta es un acto unilateral, que busca convertirse en uno de los elementos del contrato que está por formarse, pero que no es parte del mismo, mientras no sea aceptada. No obstante ello, tiene algunos efectos jurídicos, puesto que el destinatario

²⁰ Reto: Capítulo III. **Concepto de contrato** .Pág 220.

puede aceptarla, dando nacimiento al contrato y vinculando de esta manera al oferente. Claro, que éste puede retirar la oferta antes de ser aceptada.

Estas son soluciones de la doctrina tradicional, dice Valverde,²¹ "pues la teoría de la declaración unilateral, entiende que el individuo queda obligado aún antes de la aceptación, por entender que la promesa del deudor es la que importa, ya que la aceptación, no es una condición de existencia de ella, sino un medio para hacer posible su ejecución, sin fijarse -sigue diciendo el mismo autor-, en que si a la declaración unilateral se le reconoce el poder de crear una obligación, crea una obligación sin equivalente alguno, que hace de mejor condición al destinatario que al oferente".

La aceptación es una declaración de voluntad por la que la oferta queda admitida. Esta adhesión que el destinatario hace a la propuesta del oferente, puede ser en forma expresa, mediante una declaración de voluntad o, tácitamente, mediante la ejecución del contrato.

La oferta por sí sola es insuficiente para crear el vínculo contractual, y la aceptación, por sí misma, también lo es. De manera que ambas deben coincidir y en el momento en que se produce aquella concurrencia de voluntades. Nace el consentimiento, que por sí mismo, ocasiona la perfección del contrato.

La aceptación puede producirse en el instante en que se hace la oferta o posteriormente, porque puede suceder que el oferente deje un plazo y queda ligado por el término de ese plazo (Artículo 1521 del Código Civil).

De manera que en el contrato entre presentes, no hay problema, porque el mismo es discutido "cara a cara" como dice Candián,²² "pues llega un momento en que ambas partes se ponen de acuerdo y en ese momento se produce la voluntad única. Lo mismo sucede con los contratos por teléfono, ya que de acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil, el contrato celebrado por ese medio se considera celebrado entre presentes. Debe tenerse en cuenta, que cuando no se ha señalado plazo al

²¹ **Ob. Cit;** T. III. Pág. 241.

²² Candián, Aurelio. **Instituciones de derecho privado.** Pág. 194.

destinatario en el contrato entre presentes, para que se acepte la oferta, el oferente queda desligado, si la aceptación no se hace inmediatamente" (Artículo 1521 del Código Civil).

El problema surge en el contrato entre personas no presentes. A este respecto, se han elaborado varias teorías, que resumiremos en la siguiente forma:

➤ Teoría de la declaración

Para los partidarios de esta teoría, las voluntades se entrecruzan en el momento en que el aceptante expide la declaración de aceptación a la propuesta que se le hace. Se considera que en ese momento, se apodera el aceptante de la voluntad del oferente y se produce la coincidencia de las declaraciones.

➤ Teoría de la emisión

Según esta teoría, la coincidencia de voluntades se produce en el momento en que el aceptante se desprende de su declaración y la envía al oferente. Se basa en que al enviarse la declaración el aceptante se desliga de ella y ésta va a unirse con la oferta.

➤ Teoría de la recepción

Según esta teoría, la fusión de las dos voluntades en una sola, se efectúa en el momento en que la declaración de aceptación es recibida por el proponente, aunque aún no se haya enterado de su contenido. Esta teoría tiene bastante aceptación.

➤ Teoría del conocimiento

Esta última, considera que la coincidencia de voluntades, se produce en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación del destinatario.

En favor de esta doctrina, está la afirmación de que la coincidencia de voluntades, no está en el entrecruce material de las mismas, sino en la conciencia de estar obligado en un contrato, y esta conciencia, se produce cuando el oferente conoce la aceptación del destinatario.

Se le critica el hecho de que el oferente de mala fe puede retrasar el conocimiento a la aceptación, no abriendo la carta en que se le hace saber la misma, por ejemplo:

Nuestro Código Civil, acepta la teoría de la recepción. Así lo establece el Artículo 1523, que dice: "Cuando la oferta se haga a persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquélla dentro del plazo de la oferta. Si la oferta se hiciera sin fijación de plazo, el autor de ella quedará ligado durante el tiempo suficiente para que la contestación llegue a su conocimiento".

Esta teoría, tiene ventaja sobre la del conocimiento en el sentido de que el perfeccionamiento del contrato depende de un hecho cierto, como lo es la llegada del documento material que contiene la aceptación, a la casa del oferente, que un hecho visible. Mientras que en la teoría del conocimiento, se hace depender el momento del perfeccionamiento del contrato, de un hecho secreto o sea el momento en que el oferente tomó conocimiento de la aceptación, que a veces puede tener interés en ocultarlo, lo que da inseguridad al tráfico jurídico.

La teoría de la recepción tiene sus inconvenientes también, sobre todo, en cuanto a que puede suceder que el oferente nunca llegue a enterarse, porque al llegar la aceptación no se encontraba en su casa, porque estaba enfermo y tantas otras circunstancias que pueden concurrir.

Sin embargo esta teoría tiene bastante aceptación, pues hay un hecho cierto del cual se hace depender la aceptación, ya que se supone que una vez recibido el documento, el interesado se enterará del contenido de éste, y los inconvenientes son excepcionales.

Nuestro Código Civil, en su Artículo 1525, hace referencia a la recepción tardía de la aceptación y el oferente puede eximirse de toda responsabilidad, comunicándosele al aceptante sin demora. El Artículo citado, reza: "Si por alguna circunstancia la aceptación llegare tardíamente a conocimiento del oferente, éste lo comunicará sin dilación al aceptante, bajo pena de responder por los daños y perjuicios".

Es importante, hacer referencia al hecho de que el aceptante puede retractarse de su declaración de voluntad, antes de que llegue a conocimiento del oferente. Dice el Artículo 1527 del Código citado; "Se considera inexistente la aceptación, si antes de ella o junto con ella, llegare a conocimiento del oferente la retracción del aceptante".

Otra cuestión importante, es el hecho de que la oferta no tendrá efecto si el proponente falleciere o perdiere su capacidad para contratar, antes de haber recibido la aceptación; o si falleciere o perdiere su capacidad la otra parte, antes de haber aceptado. Según lo dispone el Artículo 1528. De suerte que si el oferente recibió la aceptación en vida o antes de haber perdido su capacidad mental, están obligados sus herederos a cumplir el contrato. En el caso de enfermedad mental o cualquier otra circunstancia que le haga perder su capacidad, será su representante legal quien cumpla la obligación contractual. En cuanto a lo primero, el Artículo 1529, lo establece claramente: "Los derechos y obligaciones de los contratantes pasan a los herederos y demás sucesores de las partes, a menos que lo contrario resulte de la ley, de la convención o de la naturaleza misma de la convención". Lo mismo puede decirse de los herederos del aceptante, en el caso de que hubiera aceptado antes de fallecer o antes de ser declarado incapaz. En ambos casos deberá cumplirse el contrato.

En cuanto a los contratos reales, hay que tener presente como lo veremos más adelante, que si bien es cierto que se necesita del consentimiento de las partes para su constitución, éstos no se perfeccionan sino con la entrega de la cosa, objeto del contrato.

De manera que en estos contratos, no hay perfeccionamiento con sólo el consentimiento de los contratantes, pues además de esto, se necesita de la entrega de la cosa. Entre estos contratos podemos citar: el comodato, el depósito, el mutuo y la prenda.

La oferta y la aceptación, siempre son necesarias, pero el contrato queda perfecto, cuando se produce la entrega de la cosa; mientras no se ha entregado el bien, lo único que puede existir es una promesa de contrato. Pero, una vez que se produce la concurrencia de voluntades, tanto entre ausentes como entre presentes, el oferente o

sus herederos están obligados a cumplir la promesa de contrato. Por ejemplo, si se tratara de un mutuo, el mutuante o sus herederos deberán cumplir tal promesa. No desconocemos la existencia de fundamentadas corrientes doctrinarias de tinte consensualista, que adversan la existencia de los contratos reales. Sin embargo, omitiremos su exposición para no apartarnos del cauce central de este trabajo.

1.5 Clasificación de los contratos

➤ Consensuales y reales

Consensuales: son aquellos contratos en que es suficiente el consentimiento para que se perfeccionen.

Por regla general, el consentimiento es necesario en todos los contratos, pero en los consensuales, el consentimiento basta para su perfeccionamiento.

En otros casos, además del consentimiento se necesita de la entrega de la cosa. Se trata de una cosa que una de las partes ha de entregar a la otra. Estos son los **contratos reales**. Se incluyen dentro de estos, el comodato, el mutuo, el depósito y la prenda.

Del contrato real nace la obligación de restituir, ya sea la misma cosa o su equivalente; en el primer caso tenemos el comodato y en el segundo, el mutuo.

Se discute en la doctrina la existencia de los contratos reales, pues, se dice, siendo aceptado el principio de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; todos los contratos son consensuales.

Se dice también que lo que sucede es que al hacer la distinción de contratos consensuales y reales, se confunde el perfeccionamiento con la consumación de los contratos, pues el contrato quedaría perfecto al prestarse el consentimiento y se consumaría al hacer la entrega.

A este respecto, dice Valverde,²³ que no hay que confundir el sistema actual con el sistema formalista romano, en el que la entrega de la cosa era un requisito esencial para la existencia del contrato, sin la cual no existía ni contrato real, ni ninguna clase de contrato.

Mientras que en el derecho moderno, sí existe contrato, aunque no sea un contrato real. Así, un depósito sin la entrega de la cosa, sería una promesa de depósito, es decir, siempre existiría un contrato.

Nuestro Código Civil, en el capítulo que se refiere a la división de los contratos, trae esta clasificación, en su artículo 1588, el cual dice: "Son consensuales, cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos; y reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa".

En general, cuando en el Código Civil, se refiere a los contratos en particular, del contexto de los mismos se puede extraer la distinción. Así, por ejemplo, cuando se refiere al arrendamiento (Artículo 1880), dice: "El arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes "se obliga," a dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado". En cambio, cuando se refiere al mutuo (Artículo 1942), "Por el contrato de mutuo una persona "entrega" a otra, dinero u otras cosas fungibles, con el cargo de que se le de igual cantidad de la misma especie y calidad".

Como se puede apreciar, y lo hemos puesto entre comillas para que se note, en uno dice se "obliga" y en el otro "entrega", en uno hace referencia a la obligación que se contrae de dar una cosa y en el otro a la entrega que se hace de la cosa.

Es por eso que creemos que en nuestro derecho positivo, existen los contratos reales, en el sentido que ya ha quedado indicado.

²³ **Ob. Cit;** T. III. Pág. 332.

➤ **Bilaterales o sinalagmáticos y unilaterales**

Es necesario aclarar, que, todo contrato es un negocio jurídico bilateral, es decir, el producto de dos declaraciones de voluntad en ese sentido todos los contratos son bilaterales.

La distinción que vamos a estudiar no se funda en el punto de vista de las declaraciones de voluntad que se produzcan, sino como dice Ruggiero,²⁴ en el importante criterio de que una sola de las partes asuma obligaciones frente a la otra o ambas recíprocamente.

En el sentido indicado, son bilaterales o sinalagmáticos los contratos que originan obligaciones para ambas partes contratantes. Ejemplos de estos, son: la compraventa, el arrendamiento, etc. Y unilaterales: los que originan obligaciones, sólo a cargo de una de las partes. Ejemplo de estos, son: el depósito, el mutuo, el comodato, etc.

Nuestro Código Civil, acepta esta distinción en su Artículo 1587 y dice: "Los contratos son unilaterales, si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes; son bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente".

Dentro de esta clasificación, se habla de los contratos bilaterales imperfectos, en los que pueden surgir derechos para el único obligado. Tal sucede con el depósito cuando el depositario ha hecho gastos para la conservación de la cosa, a cuyo reembolso está obligado el depositante.

Al respecto de esta clasificación última, se dice que el hecho de ser eventual la posibilidad de que surjan derechos para el único obligado, le quita la posibilidad al contrato respectivo de que se le pueda considerar como bilateral, ya que en éstos, se exige que la contraprestación sea equivalente a la otra. En tal sentido, dice Messineo:²⁵ que el hecho de que el mandato o el depósito, por ejemplo, sean remunerados no les quita el carácter de unilaterales, porque no es elemento esencial

²⁴ **Ob. Cit;** T. II. Pág. 264.

²⁵ Messineo, Francesco. **Doctrina general del contrato.** T. I. Pág. 416.

del contrato, como lo es por ejemplo, el deber de realizar actos jurídicos por cuenta del mandatario o el deber de custodia en el caso del depositario. En resumen, la remuneración no tiene carácter de contraprestación.

Todo lo anterior, nos conduce a considerar que la clasificación de contratos sinalagmáticos imperfectos, no tiene aceptación en la doctrina, ni en los códigos.

➤ **Contratos onerosos y gratuitos**

Nuestro Código Civil, define, en su Artículo 1590, estas dos categorías en la siguiente forma: "Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; gratuito, aquel en el que el provecho es solamente de una de las partes".

Es decir que, en los contratos onerosos, cada una de las partes sufre un sacrificio patrimonial y recibe una ventaja de la misma naturaleza. La ventaja que recibe se reputa equivalente al sacrificio.

En el contrato gratuito, una sola de las partes soporta el sacrificio, sin exigir compensación o equivalente; o desde otro punto de vista, una sola de las partes obtiene la prestación sin realizar ninguna de su parte.

Son ejemplos de contratos onerosos: la compraventa, el arrendamiento y todos los contratos bilaterales; y de gratuitos el comodato, que es el contrato gratuito por excelencia ya que no admite ninguna remuneración; está también la donación, el depósito y el mutuo, que algunas veces son gratuitos.

Se ha planteado la cuestión de que sí existen los contratos mixtos, o sean aquellos, que en parte son gratuitos y en parte onerosos. Por ejemplo, la donación que impone cargas.

Se dice que no puede existir esta clase de contratos, es decir, en parte gratuita y en parte onerosa. Es necesario examinar la esencia misma del contrato para determinar

si es oneroso o gratuito, y no la naturaleza de los valores intercambiados. Así, un contrato en el cual hay una contraprestación inferior a la que se da, es por esencia gratuito, puesto que hay un espíritu de liberalidad en quien la hace, por ejemplo, quien hace una donación y exige al donatario que cumpla con determinado encargo, esto no le quita la naturaleza de gratuito al contrato.

No hay que confundir, como suele suceder, los contratos onerosos y gratuitos, con los bilaterales y unilaterales. A este respecto, dice De Ruggiero:²⁶ "Entre estas categorías hay solamente interferencias; mientras todos los contratos sinalagmáticos en cuanto presuponen un cambio de prestaciones recíprocas son siempre onerosos, no todos los onerosos son necesariamente sinalagmáticos (el mutuo con interés, es oneroso pero unilateral); y viceversa si el contrato gratuito es siempre unilateral en cuanto genera obligaciones sólo para una de las partes, no todos los contratos unilaterales son necesariamente gratuitos (donación, mutuo, depósito, comodato) u oneroso - mutuo con interés, depósito o mandato retribuido".

➤ **Contratos conmutativos y aleatorios**

Los contratos onerosos: se subdividen en conmutativos y aleatorios:

Los contratos conmutativos: son aquellos en los que la prestación de cada una de las partes es determinable desde el momento en que se celebra el contrato. Por ejemplo, la compraventa, la permuta, el de transporte, hospedaje, etc.

Los contratos aleatorios: son aquellos en los que la ganancia o pérdida, no se puede establecer en el momento de su celebración, y ésta depende de un acontecimiento incierto cierto, que dependen del azar. Son ejemplo de estos contratos: el juego de apuestas y el contrato de seguro.

Estos contratos son todos bilaterales, porque en todos los casos se necesita de una compensación a la prestación, determinada en el primer caso e indeterminada en el segundo.

²⁶ **Ob. Cit;** T. II. Pág. 266.

Los contratos aleatorios se diferencian de los condicionales, en que el contrato aleatorio es siempre puro y simple, y además, adquiere existencia firme desde su celebración, lo único que no se sabe es quién de los contratantes sufrirá la pérdida o quién recibirá la ganancia; en cambio, en el condicional lo que sucede es que al cumplirse la condición el contrato empieza a surtir efectos o terminan los efectos del mismo.

➤ **Contratos preparatorios, principales y accesorios**

Contratos preparatorios: son aquellos que van dirigidos a la preparación de un contrato futuro entre las partes. Ejemplo: típico es la promesa.

Principales: son contratos principales, los que existen independientemente de otros, o como dice nuestro Código Civil, cuando subsisten por sí solos. Ejemplos: el mutuo, la compraventa, etc.

Accesorios: son aquellos cuya existencia depende de otro, o existen como consecuencia de un contrato anterior, ejemplos de éstos, son los contratos de garantía: la hipoteca, la prenda y la fianza.

Lo importante de esta división, es que el contrato accesorio, sigue la suerte del principal.

Nuestro Código Civil, acepta esta clasificación de principales y accesorios en el Artículo 1589, que dice: "son principales, cuando subsisten por sí solos; y accesorios, cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación".

➤ **Nominados e innominados**

Se les llama también, típicos y atípicos, que es la terminología más aceptada, pues su esencia esta prevista y regulado por la ley, en que tengan o no, un nombre en la misma; pero, la primera denominación es la de uso corriente.

Los contratos nominados: son aquellos que encuentran específicamente regulados por el ordenamiento legal, como quien dice, tipificados en la ley: la donación, el mutuo, la permuta, la compraventa, etc.

Los innominados: son aquellos cuya celebración queda a disposición de las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, siempre que sean lícitos y posibles; Los nominados o típicos, son los más comunes, por eso están previstos por la ley; Los contratos innominados, en el derecho moderno se rigen por los principios generales de la contratación.

En la actualidad, esta clasificación no tiene la importancia que tuvo en el derecho romano, pues en aquel derecho, sí era capital su importancia, sobre todo en los primeros tiempos. En el derecho romano, los contratos innominados carecían de acción para reclamar su cumplimiento, salvo que se asimilara a uno de los ya existentes (nominados).

Nuestro Código Civil ya no contempla esta división, tal vez porque en la actualidad no tiene mucha importancia.

➤ **Solemnes y no solemnes**

Esta clasificación ha perdido importancia también, y no puede compararse con la que tuvo en tiempos pasados. En el derecho romano, era muy importante porque no había contrato, si no se llevaban a cabo todos los actos o ritualidades simbólicas que se necesitaban en aquel derecho.

En la actualidad han desaparecido aquellas formalidades y únicamente se exige de los contratos solemnes, que se celebren en escritura pública, con la intervención de funcionario público (Notario o Alcalde), y algunas veces su inscripción en los registros respectivos.

En los contratos solemnes, se exige la escritura algunas veces, como requisito indispensable para su validez y efectos; y otras, como requisito de prueba. Ejemplo de

lo primero es el contrato de sociedad y de lo segundo, el contrato de compraventa de bienes raíces.

Los demás contratos que no exigen requisito especial para su celebración, son los no solemnes.

1.5.1 Obligaciones provenientes del contrato

Es la fuente más importante de las obligaciones, pues el contrato es el instrumento por medio del cual se contraen la mayor parte de las obligaciones en nuestro sistema de vida.

Sin perjuicio de lo que más adelante diremos, expondremos aquí un concepto de contrato que es concebido como "el negocio jurídico bilateral productor de obligaciones".²⁷ Salta a la vista, en esta definición, la importancia del contrato como fuente de las obligaciones. Nuestro Código Civil lo sitúa en primer plano y en la vida práctica este es el lugar que ocupa como fuente de relaciones jurídicas con fuerza vinculante.

Dice el cuerpo legal citado que "hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación".

1.5.2 Obligaciones provenientes de los hechos lícitos sin convenio

Bajo este título, están colocadas en nuestro Código Civil, como fuente de las obligaciones; La gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, y la declaración unilateral de la voluntad.

²⁷ De Caso y Romero, Ignacio. **Diccionario de derecho privado**. T. I. Pág. 1163.

➤ La gestión de negocios

Concepto: Rafael de Pina,²⁸ define este instituto, como: "El fenómeno jurídico que se produce cuando una persona sin mandato y sin estar obligado a ello, se encarga de un asunto de otra".

La finalidad de la gestión de negocios, es dar protección o tutela jurídica a aquel que sin estar obligado asume el encargo de velar por los intereses de otra persona que no está en condiciones de atender sus asuntos, por cualquier circunstancia (ausencia, enfermedad, etc.).

De esta manera una persona puede adquirir obligaciones para otra sin haber recibido un encargo de ésta.

Claro que el gestor, por el hecho de encargarse de un asunto ajeno, adquiere ciertas obligaciones. Así el Código Civil, en su Artículo.1605, dice: "El que sin convenio se encarga voluntariamente de los negocios de otro, está obligado a dirigirlos y manejarlos útilmente y en provecho del dueño".

La gestión de negocios comprende la elevación de tal gestión de un modo espontáneo y lícito, quedando fuera de su concepto aquellas gestiones asumidas en virtud de un mandato legal (como la tutela y la curatela) y aquellos que constituyen un hecho ilícito.

Ahora bien, ¿es la gestión de negocios un cuasicontrato? La doctrina moderna, acabó por aceptar que el concepto de cuasicontrato es una fórmula vacía, sin contenido, pues, en él se han comprendido tantas fórmulas que lo único que tienen en común es el ser hecho voluntarios lícitos, tales como el pago de lo indebido, el enriquecimiento sin causa y las formas de copropiedad semejantes a la sociedad. De manera que comprende tal número de figuras, que en realidad no abarca nada; y principalmente por las razones ya dichas de que no puede asimilarse al contrato por no existir el requisito del acuerdo de voluntades que ello implica; cuando se habla de

²⁸ De Pina, Rafael. **Elementos de derecho civil mexicano**. T. III. Pág. 73.

mandato oficioso, no se está hablando de mandato como contrato, sino en una forma genérica del que interviene en asuntos de otro sin contrato, pues no puede reputarse un contrato presunto y menos oficioso, pues el contrato no puede ser tácito por impedirlo su propia naturaleza.²⁹

La gestión de negocios no es, pues, un cuasicontrato, por faltar los elementos esenciales para asimilarse al contrato. La gestión de negocios es un hecho voluntario lícito. Pero, ¿es un hecho o un acto? El gestor puede estar compenetrado de que su actuación va a originar derechos y obligaciones para el dueño del negocio. Más, ¿toma la ley en cuenta esta intención? o, ¿basta la intervención lícita y voluntaria para que la ley le conceda su protección? Es evidente que la ley no toma en cuenta la intención del gestor sino únicamente su intervención lícita, lo cual basta para concederle consecuencias jurídicas. De ahí que se le considere como un hecho voluntario lícito sin convenio, aunque propiamente no es un hecho sino un acto, pues es una manifestación de voluntad, libre y consciente del gestor.

➤ **El enriquecimiento sin causa**

La base filosófica de esta doctrina son la equidad y la justicia; El enriquecimiento indebido supone el incremento de un patrimonio a costa de otro.

Los romanos fueron los primeros en esbozar el principio del enriquecimiento sin causa. Ellos no admitían que un hombre sensato se desposeyera sin causa, de algo de su pertenencia, y que faltando alguna cosa de su patrimonio no exigiera su reparación.

Puig Peña,³⁰ nos da el siguiente concepto: "Se produce la situación de enriquecimiento sin causa cuando una persona recibe a costa de otra, un beneficio pecuniariamente apreciable sin causa jurídica que lo motive".

²⁹ **Enciclopedia jurídica omeba.** T. XIII. Pág. 234.

³⁰ **Ob. Cit;** T. IV. Vol. II. Pág. 561.

En el enriquecimiento sin causa hay un desplazamiento de valores de un patrimonio a otro, que significa el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento de otro, sin causa que lo justifique.

Los términos enriquecimiento y empobrecimiento no deben entenderse en su sentido literal, pues no es necesario que una persona se quede pobre o se vuelva rica. Basta que haya el desplazamiento de uno o varios bienes de un patrimonio a otro, para que se produzca.

Puig Peña,³¹ dice que el concepto de enriquecimiento sin causa, involucra los; siguientes requisitos

- ❖ “Un enriquecimiento o atribución patrimonial. Es decir, que el enriquecido se haya acrecentado a consecuencia de un beneficio. Este incremento del patrimonio puede tener lugar en forma positiva, a través de la transmisión real de un bien o mediante la prestación de o en forma negativa, por haber evitado la disminución de ese patrimonio, pagando por ejemplo, una deuda.

- ❖ Empobrecimiento en otro patrimonio que a su vez determina el enriquecimiento del otro. Tal empobrecimiento, a su vez puede consistir en una disminución afectiva del patrimonio o en no haberse producido un aumento en el mismo que era procedente. Se tiene como condición indispensable el que haya empobrecimiento.

- ❖ Que el enriquecimiento producido sea injustificado, es decir, que carezca de causa, Es cuestión discutidísima, dice Puig Peña, parece que ha adquirido fuerte dominio, la tesis que transporta a esta materia, el concepto que rige las atribuciones patrimoniales realizadas por contrato".

➤ **La declaración unilateral de la voluntad**

Hay que distinguir dos posiciones en cuanto a la declaración unilateral de la voluntad: por una parte la tesis que sostiene que la única fuente de las obligaciones es

³¹ **Ibíd;** Pág. 56.

la declaración unilateral de la voluntad, y la otra que es la que nos interesa, es la declaración unilateral de la voluntad, como fuente excepcional de las obligaciones.

Modernamente se admite la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones en aquellos casos en que así lo exige el tráfico jurídico, siendo las más frecuentes: La oferta al público, la promesa de recompensa y los títulos al portador, que son las que admite nuestro Código Civil.

1.5.3 Obligaciones que proceden de los hechos y actos ilícitos

La doctrina moderna rechaza la distinción entre delito y cuasidelito, por cuanto que las consecuencias de ambos, en el orden civil, son las mismas, es decir, la obligación de su autor de reparar el daño causado, y prefiere hablar del acto ilícito como fuente de las obligaciones.

Al acto ilícito civil o delito civil se le denomina culpa extracontractual o culpa aquiliana. La denominación de extracontractual se le da por contraposición a la culpa contractual, en la cual sí existe vínculo obligatorio entre ambas partes, en tanto que en la extracontractual no existe ningún vínculo, es decir, en el acto ilícito no hay ninguna relación jurídica que una a las personas.

La noción de delito en el derecho moderno es una categoría abstracta, que comprende todo acto injusto y lesivo, siempre que sea imputable y se haya verificado con el propósito de hacer daño. Así, nuestro Código Civil establece en su Artículo 1465, que todo daño debe indemnizarse, sea causado intencionalmente, o por descuido o imprudencia, salvo que se demuestre que ha sido por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Actualmente no se toma en cuenta dentro del acto ilícito la noción de delito y cuasidelito, que se distinguen tradicionalmente porque en el primero existe la intención de causar el daño y en el segundo no existe tal intención de dañar, pero sí hay negligencia por no haber previsto las consecuencias del hecho.

El ámbito del cuasidelito se ha ensanchado, comprendiendo no sólo los hechos lesivos propios, sino también los ajenos, los de animales, de terceros y cosas inanimadas que en definitiva son hechos culposos por no haber cuidado de la persona dependiente, del animal o del edificio.

Se puede decir que en la actualidad, prevalece en cuanto a hechos culposos el sistema de la responsabilidad objetiva sobre la subjetiva. Esta última se basa en la existencia de una culpabilidad en la persona que ha de responder de las consecuencias dañosas, en tanto que, la primera o sea la objetiva, sostiene que la persona responde de los daños, con independencia de toda idea de culpa, por la mera causalidad de los daños. En el primer caso, se examina la conducta del individuo; en el segundo, no se examina la conducta del individuo, sino sólo se examinan ciertas condiciones externas que lo colocan en la posición de ser la persona idónea para reparar el daño, por haber creado el riesgo.

Es el caso, por ejemplo, del patrono que tiene que responder por los accidentes de trabajo de sus trabajadores, por el hecho de que, quien aprovecha los beneficios de una industria, deberá soportar los inconvenientes. Esto sucede también cuando se hace solidariamente responsables a los dueños de transportes por los daños causados por los encargados de los vehículos; a los patronos y dueños de talleres, establecimientos comerciales e industriales, por los daños causados por sus dependientes, etcétera. Posibilidades todas, que están contempladas en el Código Civil.

Fuera de eso sigue predominando la responsabilidad por culpa, ya que en definitiva cuando se responsabiliza a los dueños de animales, a los propietarios de edificios y a los padres de menores por los daños que éstos ocasionan, se toma en cuenta el descuido o negligencia, por no haber puesto la debida atención y cuidado en cada uno de estos casos.

CAPÍTULO II

2. Contrato de comodato

2.1 Historia

El contrato de comodato (commodatum), fue ampliamente conocido en Roma, donde fue tratado separadamente del mutuo (mutuum) y desde entonces se le ha considerado como un contrato real, junto con este y otros.

Según Caramés Ferro,³² el contrato de comodato se celebraba en un principio por medio del pacto de fiducia. Este era un convenio que acompañaba a la entrega de una cosa, por el cual, el que adquiría una cosa, se obligaba a devolverla en una época determinada.

Al principio fue un hecho, pero con el tiempo se fue transformando en una acción jurídica basada en la buena fe, aunque admitía la acción fiduciaria contraria. Las acciones de buena fe (bonae fidei), en el derecho romano, eran aquellas en que el magistrado (pretor), atribuía al juez la facultad, de fijar el monto de la condena fundando su resolución en la equidad, la voluntad presunta de las partes, y demás circunstancias del contrato, que pueden conducir a una condena por más o menos de lo demandado.

Posteriormente, se admitió que la simple entrega de una cosa bastaba para formar el contrato, y precisamente desde ese momento el comodato fue considerado como un verdadero contrato real. Este progreso se realizó a fines de la República y a principios del Imperio, según el autor citado.³³

El contrato de comodato era definido por el derecho romano, como: "un contrato real, nominado, por medio del cual una persona, llamada comodante, entregaba

³² Caramés Ferro, José María. **Curso de derecho privado romano**. Pág. 466.

³³ **Ibíd**; Pág. 367.

gratuitamente a otra, llamada comodatario, una cosa determinada para que se sirviera de ella y se la devolviera en una época convenida".³⁴

De manera que el contrato de comodato, en aquella época, ya reunía las características que actualmente se le atribuyen como lo veremos más adelante.

Por ahora, nos limitaremos a decir, que se le consideraba un contrato real, sinalagmático imperfecto, esencialmente gratuito y sancionado por acciones de buena fe.

Según Sohm,³⁵ el comodatario quedaba siempre obligado a devolver al comodante la cosa prestada y éste para reclamarla, en caso de negativa del comodatario, disponía de la actio comodati directa; y cuando el comodatario realizaba ciertos desembolsos en la cosa, que no se podían considerar compensados con el uso, gozaba de la actio comodati contraria y además del derecho de retención.

Arias,³⁶ por su parte, dice que en el derecho romano, el comodatario respondía de la cosa, aun por culpa levísima, por ser el favorecido por el contrato y tener además un interés personal.

El comodatario estaba obligado a usar la cosa en el tiempo y la forma convenida, pues si se excedía en el tiempo o le daba un uso distinto, podía ser reo del delito de "furtum usus" (hurto de uso):

El derecho romano admitió el comodato sobre cosas consumibles, tales como el dinero y otras especies, cuando se daban como no fungibles. Así, ciertas sumas de dinero, que se daban como no consumibles, el que solicitaba de otro cierta cantidad de dinero para exhibirla como suya (comodato pompam vel ostentationem).

El derecho romano admitía también, el transitorio, que era la cesión de uso de alguna cosa, pero el que la daba tenía facultad para retirarla en cualquier momento y

³⁴ **Ibíd;** Pág. 366.

³⁵ Sohm, Rodolfo. **Instituciones de derecho privado romano.** Pág. 362.

³⁶ Arias, José. **Manual de derecho romano.** Pág. 386.

el precarista estaba obligado a devolverla inmediatamente; y si no cumplía, podía ser obligado a devolverla mediante el "interdictum precario".

Podemos dar por terminada esta breve referencia histórica diciendo que el comodato fue un contrato perfectamente conocido en el derecho romano, y de ahí pasó al derecho intermedio y luego al derecho moderno, con pocas o casi ninguna modificación en su estructura y consecuencias.

2.2 Concepto

Al contrato de comodato se le llama también préstamo de uso. Etimológicamente se deriva del latín "cum modo": "como te lo doy, me lo has de devolver",³⁷ y de commodum (provecho), según otros.

Comodar, es dar a alguna persona una cosa para que la use por cierto tiempo o para determinado servicio, con la obligación de restituirla después de haberse servido de ella, sin esperar recompensa alguna. Dice Ricci,³⁸ "El objeto del préstamo de uso es el servirse de la cosa prestada, pero: ¿cuál es el concepto jurídico de este servicio?"

Es preciso comparar el comodato con el arrendamiento de cosas. En ambos contratos se da una cosa, y el que la recibe la disfruta; pero en el comodato el uso está limitado, al servicio para que se entregó, mientras que en el arrendamiento el goce de la cosa se extiende al que es susceptible con arreglo a su destino. Un ejemplo: Te presto un caballo para salir al campo; tú no puedes emplearle más que para tal objeto; si le llevas a otro lado, infringes el contrato y responderás de las consecuencias. Pero, si te arriendo un caballo, puedes emplearlo en cualquier viaje, y puedes hacer de él, el uso a que estaba destinado por el arrendador".

³⁷ Fenech, Miguel. **Enciclopedia práctica de derecho**. Vol. I. Pág. 106.

³⁸ Ricci, Francisco. **Derecho civil**. T. 18. Pág. 334.

El contrato de comodato tiene su fundamento filosófico en la convivencia social. Es un contrato basado más que todo en la amistad y la mutua colaboración entre los hombres, tan necesarias en la convivencia diaria; y la ley lo regula por las consecuencias que pudieran derivarse, tanto de su cumplimiento, como de su incumplimiento.

"El contrato de comodato", dice de Ruggiero,³⁹ "parece ser de aquellos que en las relaciones normales de la vida están fuera del campo jurídico, y se hallan regidos por la costumbre y los deberes de la amistad; son siempre cosa de poco valor aquellas cuyo uso se presta (un libro, un arnés, un caballo), raramente un inmueble; la concesión es esencialmente gratuita y se hace para rendir a otros un servicio, y, por regla general, en provecho exclusivo de quien recibe la cosa".

El comodato, es un contrato, que como dijimos, se basa en las relaciones de amistad, y más que en un ánimo de liberalidad de quien presta una cosa a otro, se basa en la cortesía, esta hace que nadie niegue a otro un favor. Si alguien llega a prestarnos una cosa, difícilmente nos negamos a hacerlo. Siempre y cuando la cosa no nos vaya a servir en el momento y por eso es precisamente que en este contrato cuando el comodante necesita de la cosa urgentemente, puede exigir la devolución del objeto prestado.

Dado que el comodato es un contrato que se basa precisamente en relaciones de amistad y cortesía, no da lugar a discusiones en los tribunales, pues en casos de incumplimiento los interesados se arreglan entre sí y muchas veces el comodante prefiere perder lo que ha dado, antes de exigir su cumplimiento judicialmente. El comodato en el común de las gentes, no es tomado con un carácter jurídico contractual, sino más bien. Se le da el carácter de favor y como una, cuestión moral antes que jurídica.

Pero es un hecho que el contrato existe y la ley lo regula. Diariamente las personas se prestan cosas entre si, generalmente de poco valor, pero muchas

³⁹ **Ob. Cit;** T. II. Pág. 439.

veces son cosas bastante valiosas que pueden dar lugar a responsabilidades por parte del comodatario en caso de faltar a obligaciones.

2.3 Definición

Con excepción de que nuestro Código Civil habla de cosas muebles no fungibles, al referirse al comodato, la definición que da de este contrato, coincide con el concepto que del mismo hemos analizado y, comprende los elementos que incluyen la mayoría de autores al definir este contrato; por lo tanto nos parece correcta la definición legal y la incluiremos aquí.

Dice el Artículo 1957 del Código Civil: "Por el contrato de comodato una persona entrega a otra, gratuitamente, algún bien mueble no fungible o semoviente, para que se sirva de él por cierto tiempo y para cierto fin y después lo devuelva".

De esta definición se pueden extraer los siguientes elementos:

- ❖ Que exista la entrega de una cosa. la parte que la entrega es el comodante y la parte que la recibe se le llama comodatario;
- ❖ Que la entrega de la cosa sea gratuita y con facultad de usarla para el comodatario; Es un derecho que tiene carácter personalísimo y que generalmente no se transmite a los herederos;
- ❖ Que la cosa sea bien mueble no fungible o semoviente;

No se admite sobre otra clase de bienes. Quedan fuera los bienes inmuebles que en otras partes son objeto de este contrato;

La definición de nuestro Código Civil es más completa, en este sentido, que la de algunos códigos civiles de otros países, pues en estos no se aclara si la cosa puede ser mueble o inmueble, y entonces surgen dudas sobre si los inmuebles pueden ser objeto de este contrato.

- ❖ Obligación del comodatario de restituir la misma cosa, dentro de cierto tiempo o después del uso convenido.

2.4 Naturaleza y caracteres

De la definición que da nuestro Código Civil, podemos inferir que el comodato es un contrato de naturaleza esencialmente gratuita y según las disposiciones del mismo Código se entiende otorgado "intuitu personae", es decir, en consideración a la persona del comodatario, salvo pacto en contrario.

2.4.1 Caracteres

➤ Esencialmente gratuito

Este es un elemento fundamental en este contrato, al grado que sin esta característica dejaría de existir. Cualquier remuneración en dinero lo transformaría en un arrendamiento de cosas, o si la compensación consistiera en la prestación de algún servicio o cualquiera otra cosa, se transformaría en un contrato innominado regulado por los principios generales de la contratación, pero no sería un comodato.

Con respecto a esta característica del contrato de comodato, dice Josserand,⁴⁰ que el comodato es esencialmente gratuito, no se acomoda a ninguna remuneración, es absolutamente refractario a la ingerencia del título oneroso; su condición de gratuito es más acentuada que en la donación misma, la cual puede ir acompañada de cargas, más o menos importante; sin dejar de ser donación.

La condición de gratuidad en el comodato, es tan esencial, como la capacidad y el consentimiento mismos, sin esta condición, repetimos, el contrato deja de existir ipso facto, para transformarse en otra clase de contrato. Es decir, siempre existiría un contrato, pero no se le podría llamar comodato.

⁴⁰ Josserand, Luis. **Derecho civil**. T. II. Vol. II. Pág. 266.

➤ Real

El Código Civil derogado⁴¹ por el actual, le daba este carácter expresamente, al definir este contrato de la siguiente manera: "El comodato es un contrato real por el que una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa no fungible para que se sirva de ella por cierto tiempo o para cierto fin y después la devuelva".

En el Código Civil vigente, se ha suprimido la alusión directa al carácter real de este contrato; sin embargo, del contexto de la definición que da el Código se puede inferir su condición de contrato real, cuando dice: "entrega una cosa", a diferencia de otros contratos en que dice: "se obliga a dar en uso o goce de una cosa por cierto tiempo", tal como sucede en el arrendamiento, por ejemplo.

La mayoría de los autores, está de acuerdo en considerar al comodato como un contrato real, pero hay otros que lo consideran como un contrato consensual y creen que el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, y la entrega no es más que la consumación del mismo. Es decir, que la entrega de la cosa es sólo parte de la ejecución del contrato.

Con respecto a este problema Ripert y Boulanger,⁴² se expresan así: "El préstamo era en Roma un contrato real. Ha conservado esta expresión, que nada significa en un régimen consensualista. Una promesa sinalagmática de préstamo es actualmente equivalente a un préstamo. Pero naturalmente no puede existir una obligación de restituir de parte del prestatario, más que cuando el prestamista empezó a cumplir entregando la cosa, en este sentido se dice que el contrato es real".

Por su parte, Lafaille,⁴³ refiriéndose a la clasificación de los contratos en reales y consensuales, dice que ésta va perdiendo cada vez más terreno en el estado actual del derecho; y agrega, "el argumento de que no podría haber restitución si no hubiese entrega no es decisivo para que tal requisito sea considerado esencial en la

⁴¹ **Código Civil**. Dto. 1932 de la Asamblea Legislativa (derogado). Arto. 1927.

⁴² Ripert, Georges y Jean Boulanger. **Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol**. T. VIII. Pág. 524.

⁴³ Lafaille, Héctor. **Curso de contratos**. T. I. Pág. 36.

formación del contrato. Así podría decirse que la locación es un contrato real, porque el inquilino está obligado a restituir el objeto".

El código suizo de las obligaciones,⁴⁴ lo considera un contrato consensual al definirlo como un contrato en el que el comodante, se obliga a conceder al comodatario el uso gratuito de una cosa y el comodatario a restituir esa misma cosa.

Esta definición nos da idea de que el contrato se perfecciona con el consentimiento mismo, sin que sea necesaria la entrega de la cosa.

El código civil mexicano,⁴⁵ también lo considera como un contrato consensual, según opina De Pina, al definirlo de la siguiente manera: "como el contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente".

No obstante esta fuerte corriente legislativa y de opinión, consideramos que tal como se encuentra concebido el contrato de comodato en nuestro Código Civil, para que dicho contrato se perfeccione, se necesita de la entrega del bien y el contrato que no conlleve la entrega de tal, no puede considerarse más que una promesa de comodato.

En algunos códigos, como el argentino.⁴⁶ La promesa de hacer un empréstito de uso, no da acción contra el promitente, ni siquiera la acción de indemnización, por tratarse de un contrato gratuito, y como consecuencia lógica de ser un contrato real, según afirma Salvat.⁴⁷

De todas maneras, como dice Messineo,⁴⁸ queda abierta, sea en un sentido u otro; es decir, si se le considera perfeccionado con el consentimiento o si se le considera como una, promesa de contrato, más aún, como que no existe ninguna relación jurídica.

⁴⁴ **Código suizo de las obligaciones.** Citado por C. Valverde y Valverde. Ob. Cit. T. III. Pág. 608.

⁴⁵ Citado por Rafael de Pina. **Ob. Cit;** T. IV. Págs. 129 y 133.

⁴⁶ Citado por R. Salvat. **Tratado de derecho civil.** T. II. V. VI. Pág. 479.

⁴⁷ **Ibíd;** Pág. 479.

⁴⁸ Messineo, F. **Ob. Cit;** T. IV. Pág. 105.

➤ **Unilateral**

Porque genera obligaciones para una sola de las partes: el comodatario.

Esta característica es discutida por cuanto que, eventualmente puede generar obligaciones para el comodante, cuando el comodatario ha hecho gastos extraordinarios para la conservación de la cosa, por ejemplo: tiene derecho a que el comodante se las reembolse. Por eso algunos autores lo han colocado dentro de los contratos denominados.

Sinalagmáticos imperfectos. Pero esta categoría de contratos, no tiene mucha aceptación entre los tratadistas (como hemos visto), por considerarse que las obligaciones que nacen para el otro contratante no provienen de la naturaleza misma del contrato, y, además, porque dichas obligaciones no tienen el carácter de contraprestación para éste, como se exige en los contratos bilaterales, para que tengan este carácter. Por lo tanto se desecha su inclusión dentro de los mismos.

En conclusión, el comodato es un contrato unilateral, porque las obligaciones que nacen para los contratantes no son recíprocas; el comodante sólo eventualmente puede llegar a tenerlas y en los contratos bilaterales siempre existen obligaciones para ambas partes; no son accidentales, nacen de su propia naturaleza y existen siempre.

➤ **Principal**

El contrato de comodato es principal, porque tiene vida propia y no depende de otro contrato para su existencia.

➤ **Nominado o típico**

Es un contrato nominado o típico, porque está expresamente regulado en el Código Civil.

➤ **No solemne**

Es un contrato no solemne, en el sentido moderno de la palabra. Su constitución no requiere ninguna de las formalidades que son necesarias en estos contratos, a saber: no es necesario que se constituya en escritura pública, ni que sea ante notario. Cualquier forma es válida para constituir el comodato.

Sin embargo, hay que tener presente que para que se perfeccione este contrato, por su naturaleza real, se necesita de la entrega de la cosa.

➤ **De restitución**

Es un contrato que junto con el depósito, el mutuo, y la prenda, forman el grupo de contratos de restitución. El comodatario está obligado a restituir la cosa recibida en préstamo. Obligación que la ley contempla expresamente y constituye el contenido característico del contrato, una vez perfeccionado el mismo.

➤ **Traslativo de uso**

Al comodatario sólo se le transmite el derecho de usar la cosa. El comodante conserva la propiedad y posesión, inmediata de la cosa dada en comodato. Nuestra ley, así lo establece, en su Artículo 1957 "para que se sirva de él por cierto tiempo y después lo devuelva"; y, en su Artículo 1959: "corresponden al comodante los aumentos de la cosa".

➤ **Es temporal**

El comodato es un contrato que tiene un límite de tiempo, pues de otra manera se desvirtuaría una de sus características o sea la obligación que tiene el comodatario de devolver la cosa.

El comodatario usará la cosa por el tiempo convenido expresa o tácitamente o para el uso que le fue prestada. El Artículo 1957 citado en el apartado anterior, hace

referencia a la temporalidad del comodato. Lo mismo sucede con el inciso 4° del Artículo 1964 del Código Civil, que dice: "Devolver la cosa en el término estipulado o después del uso determinado en el contrato, sin mas deterioro que el proveniente del uso ordinario de ella".

2.5 Constitución y requisitos: capacidad, objeto y forma

2.5.1 Capacidad

Nuestro Código Civil no exige ninguna capacidad especial para celebrar el contrato de comodato, por lo que, en cuanto a la capacidad de las partes, habrá que estarse a lo establecido con respecto a este atributo de la personalidad en las reglas generales contenidas en el mismo.

De manera que, de acuerdo con lo dicho anteriormente, podrán celebrar este contrato los mayores de dieciocho años, que tengan libre disposición de sus bienes y que no hayan sido declarados en estado de interdicción, por padecer enfermedad mental o por abuso de las bebidas alcohólicas o estupefacientes.

No podrán hacerlo los que padezcan de ceguera o sordomudez congénita, cuando no puedan expresar su voluntad de manera indubitable. Los declarados en quiebra tampoco pueden constituir en comodato algún bien, por no tener libre disposición de sus bienes.

Los menores e incapacitados, pueden constituir en comodato algún bien a través de sus representantes legales. Las personas jurídicas pueden dar algún bien en comodato a través de sus representantes legales, también.

Ahora bien, ¿quiénes pueden dar en comodato algún bien? Desde luego, el propietario que tenga libre disposición de sus bienes, y todas aquellas personas que tengan un mínimo derecho sobre la cosa, como el usufructuario y el arrendatario, siempre que no tengan prohibición de hacerlo. Esto se explica, porque como se dijo

anteriormente, en el comodato sólo se transmite el uso y no la propiedad, ni la posesión mediata.

Estas son las únicas personas que pueden dar en comodato algún bien, pues así lo establece taxativamente nuestro Código Civil, en el Artículo 1958, que dice textualmente: "Sólo pueden dar en comodato el que tiene libre disposición de la cosa y el arrendatario y usufructuario que no tengan prohibición".

No pueden constituir comodato el usuario y el habitacionista por ser derechos personalísimos, y este último, además, porque no puede constituirse comodato sobre inmuebles.

2.5.2 Objeto

Tiene que ser un bien mueble no fungible, o semoviente. Así lo establece el Código Civil en su Artículo 1957.

En otras, legislaciones, se admite que sea un bien inmueble. Por ejemplo: Argentina,⁴⁹ Italia,⁵⁰ Francia,⁵¹ y Alemania.⁵²

El bien que se da en comodato tiene que ser no fungible, es decir no sustituible por otro. Esto le viene de la necesidad de devolver la misma cosa. Nuestro Código Civil vigente, exige que la cosa que se da en comodato sea mueble no fungible, o semoviente. En el Código Civil derogado, no había esta declaración expresa y sólo hablaba de cosa no fungible (Artículo 1927).

Creemos que puede darse el caso de que un bien fungible, pueda darse en comodato, ya que por la propia naturaleza y contenido del contrato, se transforma de fungible en no fungible, porque siendo requisito indispensable la devolución de la cosa, ésta no puede ser substituida por otra. Afirmamos lo anterior, porque, por

⁴⁹ Citado por Salvat, Raymundo. **Ob. Cit**; T. II Vol. 6 Pág. 482.

⁵⁰ Citado por Messineo, Francesco. **Ob. Cit**; Pág. 104.

⁵¹ Ripert y Boulanger. **Ob. Cit**; Pág. 524.

⁵² Ennecceus, Ludwing. **Tratado de derecho civil**. T. II. Vol. II. Pág. 211.

ejemplo: una enciclopedia científica, es un bien fungible, ya que puede substituirse por otra: los mismos autores, la misma edición, etc., sin embargo, si dicho bien se da en comodato, se transforma en no fungible, porque ha de restituirse la misma cosa.

En cuanto al objeto, debemos agregar también que debe ser un bien que esté en el comercio de los hombres. Por ejemplo: no se puede dar en comodato una ametralladora de uso exclusivo del ejército, por estar sustraída a la propiedad particular.

El contrato sería nulo por falta de objeto. Habría una imposibilidad jurídica.

El objeto ha de ser lícito, como en todo contrato. Por ejemplo: no se puede dar en comodato una fábrica de aguardiente clandestina. El contrato sería nulo por falta de objeto lícito.

Y, finalmente, el objeto ha de ser determinado. En ningún otro contrato como en éste se exige que, el bien sea determinado. No se concibe el comodato de cosas genéricas porque se ha de devolver la misma cosa individualmente.

Las cosas consumibles no pueden darse en comodato esto por la razón ya apuntada, de que ha de restituirse la misma cosa al comodante y si ésta se con el primer uso, lógico es que no pueda devolverse la misma cosa.

Nuestro Código Civil anterior, taxativamente lo establecía en su Artículo 1928: "Sólo pueden darse en comodato las cosas que no se consumen con el primer uso". El Código Civil vigente, no trae esta norma.

Los autores piensan que las cosas consumibles, alguna vez pueden ser objeto del contrato de comodato, si prestadas como no fungibles. Por ejemplo: cuando se presta cierta cantidad de monedas a un coleccionista para que las exhiba. Es lo que los romanos llamaron comodato ad pompam vel ostentationem causam.

A este respecto, Ricci,⁵³ se expresa así: "Es de esencia en el comodato que el comodatario devuelva al comodante la cosa recibida. Ahora bien, si el uso la consume, es natural que no pueda hablarse de comodato, ni es necesario una disposición legal para admitir lo que depende de la esencia misma de las cosas. Dedujese de aquí que las cosas que se consumen por el uso, ¿no pueden ser nunca objeto de comodato? Ciertamente que si el uso para el cual se prestaron es incompatible con su conservación, no puede hablarse de comodato; pero si el uso especial para que se prestan fuese compatible con su conservación, no hay razón para excluir el comodato. Si yo te doy botellas de vino para que las bebas, el contrato no será comodato; pero si te las doy para que las pongas de muestra, podrás devolvérmelas, y el contrato será préstamo de uso y no de consumo".

Aunque la disposición legal contenida en el Artículo 1957 del Código Civil es rigurosa: "bien mueble no fungible o semoviente"; creemos que es posible la existencia del contrato de comodato de cosas consumibles, como caso de excepción, cuando se prestan para determinado uso, con la condición de que no se consuman y se devuelvan en su individualidad. Entendemos que en este caso aquella cosa que es consumible por naturaleza, como en el caso de las botellas de vino citado por Ricci, se transforma por voluntad de las partes y sólo para, los efectos del contrato respectivo en cosas no fungibles, ya que no pueden ser substituidas por otras, tienen que ser devueltas en su individualidad propia. Afirmamos lo anterior, porque lo esencial en el comodato, es que se use de la cosa sin consumirse y que ésta pueda devolverse al comodante.

Consideramos, sin embargo, que si por cualquier circunstancia no se indicara en el contrato el uso determinado que ha de darse a la cosa consumible y la otra parte la usa según su naturaleza, consumiéndola, no puede existir el contrato de comodato, ya que en este caso se transformaría en mutuo.

⁵³ **Ob. Cit;** T. 18. Pág. 334.

2.5.3 Forma

No se exige ninguna forma especial para la celebración de este contrato; es decir, puede celebrarse el contrato de comodato: verbalmente o por escrito, según el valor de la cosa prestada.

Este contrato por basarse en la buena fe, la mayoría de las veces, se realiza sin documento alguno.

Sin embargo, hay que tener presente, que por tratarse de un contrato real, se exige para su perfeccionamiento: la entrega de la cosa. Si no se produce la entrega, no hay más que una promesa de contrato.

2.6 Efectos en relación al comodatario

2.6.1 Obligaciones y responsabilidades del comodatario

➤ Cuidar de la cosa prestada

Señala el inciso 1º del Artículo 1964 del Código Civil. El comodatario está obligado a cuidar la cosa, poniendo la diligencia necesaria para su conservación, de acuerdo con las circunstancias de su naturaleza, tiempo y lugar. El comodatario está obligado a poner todo el esmero y cuidados necesarios en la cosa para que no parezca o sufra daños irreparables. Por ejemplo: si se trata de un semoviente deberá alimentarlo, no dejarlo en lugar donde corra peligro de ser sustraído, etc.

El comodatario es, pues, responsable de la guarda y conservación de la7 cosa y de esta obligación nacen las siguientes responsabilidades:

Contenida en el Artículo 1967 del Código Civil: Será responsable el comodatario de la pérdida de la cosa y de los daños y perjuicios que resulten de su dolo o culpa.

El Código Civil derogado, hacia responsable al comodatario aún por culpa levísima cuando el comodato fuese constituido en provecho suyo solamente; de la

culpa leve si el comodato era constituido en favor del comodante y comodatario. (Artículo. 1940).

Nuestro Código Civil vigente, no contiene esta norma y es natural que así sea, porque dicho código no acepta la clasificación trimembre de la culpa y sigue la orientación moderna que deja al arbitrio del juez su apreciación.

De tal manera que para la apreciación de la culpa, habrá que estar a lo establecido en las normas generales del Código para toda clase de contratos.

Así pues, el comodatario será responsable de la destrucción de la cosa por su conducta dolosa, o sea, cuando consciente y voluntariamente incumple la obligación de cuidar la cosa, con el propósito deliberado de que se destruya o perezca. Por ejemplo, cuando deliberadamente no alimente el semoviente que se le ha prestado, con el propósito que este muera para privar a su dueño del mismo.

También será responsable de la destrucción de la cosa cuando esto resulte de su conducta culposa, es decir, que la cosa se destruya por su negligencia, impericia o ignorancia. Por ejemplo: que por manejar en estado de ebriedad un vehículo que ha recibido en comodato éste se destruya.

El comodatario no responde de la destrucción de la cosa, cuando ha mediado caso fortuito o fuerza mayor. Por ejemplo, que el semoviente dado en comodato perezca por haberse producido una inundación, o supongamos, como dice Ricci, que le ha sido prestado un caballo para hacer un viaje determinado y en el camino es asaltado, dándole muerte al caballo los asaltantes.

Sin embargo, hay un caso en que el comodatario responde aun por caso fortuito y es el contenido en el Artículo 1960 del Código Civil, que dice: "Si fue tasada la cosa al entregarla, responderá el comodatario de la pérdida de ella, aun por caso fortuito, salvo pacto en contrario".

El fundamento de esta disposición es que el comodante, trata de asegurarse la restitución de la cosa o su valor. De manera que si la cosa ha sido tasada y no hay pacto que exima al comodatario de responder aun por caso fortuito, este deberá responder en esa forma.

El Artículo 1972 del Código Civil, contempla la responsabilidad solidaria cuando sean varios los comodatarios. Dice el artículo: "cuando en el contrato de comodato sean varios los comodatarios, todos ellos responderán solidariamente".

De tal forma, que cuando el bien haya sido prestado a varias personas a la vez y este se destruye o causan deterioros que la hacen inservible, el comodante podrá dirigirse contra cualquiera de los comodatarios para obtener su restitución.

➤ **Emplear la cosa prestada según su naturaleza o lo pactado**

El inciso 2° del Artículo 1964 del Código Civil, dice: "emplearla en el uso señalado por su naturaleza o por el pacto; siendo responsable de su pérdida o deterioro proveniente del abuso aun por caso fortuito".

El comodatario está obligado a dar el uso que corresponde a la cosa, de conformidad con su naturaleza, si no se ha pactado el uso que debe dársele.

Si hay convención al respecto, no hay problema, porque el comodatario deberá sujetarse a lo pactado; pero si no lo hay deberá atenerse a la naturaleza de la cosa. Pero ¿Qué quiere decir esto de naturaleza de la cosa?. Creemos que se refiere más que todo al fin a que estaba destinado por el comodante. Así, si un caballo estaba destinado para montarlo, no puede el comodatario usarlo como bestia de tiro.

Algunos códigos, como el español,⁵⁴ agregan que a falta de pacto, la cosa deberá usarse conforme a la costumbre de la tierra. Igual disposición existe en el código argentino.⁵⁵

⁵⁴ Puig Peña, Federico. **Derecho civil español**. T. IV. Vol. II. Pág. 265.

⁵⁵ **Ob. Cit**; T. II. Vol. VI. Pág. 479.

"Puede agregarse la profesión del comodatario, dice Salvat, si se le presta un automóvil a una persona que trabaja como chofer de plaza, es lógico pensar que se le haya autorizado a emplearlo en este destino".

Responsabilidad: El abuso del derecho da lugar a responsabilidad en el comodatario, aun por caso fortuito. ¿Cuándo hay abuso del derecho? Hay abuso del derecho cuando el comodatario dé un uso distinto al pactado o un uso contrario a la naturaleza de la cosa, y cuando el comodatario se exceda en el tiempo que ha de devolver la cosa.

El contrato es ley entre las partes y estas deben sujetarse escrupulosamente a lo convenido. Si el comodante determinó el uso que debería darse a la cosa y el comodatario así lo aceptó, cualquier uso distinto al convenido que se le dé, está contraviniendo lo estipulado, y por lo tanto, hay abuso del derecho por parte del comodatario y es responsable de sus consecuencias, aun por caso fortuito.

Cuando el comodatario da un uso contrario a su naturaleza al bien que recibe, hay abuso del derecho porque el uso contrario a la naturaleza de la cosa, conduce generalmente al deterioro o destrucción de la misma. Por ejemplo: si nos prestan un molino de maíz y nosotros lo usamos para hacer harina de pescado, este uso contrario a su naturaleza, hará que este bien no pueda ser utilizado posteriormente, porque probablemente el olor que deje el pescado no lo permitirá o probablemente sufrirá deterioros en su estructura lo que lo harán inservible. De esto deberá responder el comodatario porque lo sucedido ha sido por culpa suya.

Cuando el comodatario se exceda en el tiempo que ha de devolver la cosa hay abuso del derecho que le fue concedido y deberá responder de su actuación, aun por caso fortuito. Así lo establece nuestro Código Civil, en su Artículo 1966 que dice: "El comodatario que demora la devolución de la cosa, responde de la pérdida de la cosa y de los daños y perjuicios, aunque provengan de caso fortuito".

Ricci,⁵⁶ nos da un ejemplo: "Empleando el comodatario la cosa prestada en un uso distinto o por un tiempo más largo del que debería, responde del caso fortuito, porque este es aquí consecuencia de la culpa. Si tú te sirves de mi caballo para el viaje para el cual te lo presté, y en el camino le matan los ladrones o le parte un rayo, no respondes porque estás exento de culpa; pero si te sirves de mi caballo después de transcurrido el término para el cual te lo di o para un viaje distinto, responderás de la muerte del caballo por parte de los malhechores, o por efecto del rayo; porque tú tienes la culpa, y si hubieses restituido el caballo a su tiempo, o si no te hubiese servido para otro viaje, ni el rayo le hubiera partido, ni los bandidos le hubieran muerto".

Consideramos también, que hay abuso del derecho cuando el comodatario cede a tercera persona el bien dado en comodato cuando no tenga autorización para hacerlo, esta autorización tiene que ser expresa, pues, si no existe, se entiende que el comodato ha sido concebido en atención a la persona del comodatario. De manera, que si el comodatario cede el bien a tercero sin la venia del comodante, deberá responder de la pérdida a deterioro de la cosa, aun por caso fortuito, porque todo se ha debido a su culpa.

Es muy importante señalar aquí, que en tiempos del derecho romano, cuando el comodatario se excedía en el tiempo que debía usar la cosa o le daba un uso distinto al señalado, incurría en el delito de hurto de uso.

En el derecho moderno no existe ninguna disposición en tal sentido. A este respecto, Manresa,⁵⁷ se expresa en la siguiente forma:

"Pothier pretendió convalidar tales reglas en el derecho moderno; pero ni los redactores del código de Napoleón, ni los jurisconsultos de nuestros días han seguido en este punto al eminente civilista francés. Como dice Gutiérrez, el derecho moderno se contenta con establecer dos capitales principios, a saber: que el comodatario que traspasa los límites del contrato: 1º está sujeto a la indemnización de daños y

⁵⁶ **Ob. Cit;** T. II. Pág. 345.

⁵⁷ Manresa, José María y Navarro. **Comentarios al código civil español.** T. IX. Pág. 609.

perjuicios; y 2º, responde de la pérdida ocurrida por caso fortuito durante el ejercicio de un uso ilegítimo o por más tiempo del pactado".

Nuestro Código Civil, como hemos visto, contiene estos principios.

❖ Hacer los gastos ordinarios que exija la cosa mientras dure el comodato. Esta obligación está contenida en el inciso 3º del Artículo 1964 del Código Civil.

Es natural que si el comodatario se sirve y aprovecha de la cosa, tenga que hacer los gastos necesarios para su conservación y uso. Por ejemplo: si se trata de un semoviente tendrá que alimentarlo, curarlo de las infecciones ordinarias, en fin, darle los cuidados necesarios que exige su supervivencia. Si se trata de un vehículo, pagar el combustible, llevarlo a los servicios ordinarios que requiere su conservación y buen funcionamiento, tales como: lavado, engrase, etc.

Manresa,⁵⁸ a este respecto nos dice lo siguiente: "Satisfacer los gastos ordinarios exigidos por la conservación de la cosa prestada, es consecuencia natural de la esencia del contrato. Préstase el uso, y para que éste tenga lugar es preciso efectuar determinados gastos inherentes a la naturaleza de la cosa dada en comodato. Prestado en este concepto un caballo, no sólo por ministerio de la ley, sino por razón de lógica, está que el prestatario lo mantenga. Aprovechase de él, le utiliza para la satisfacción de sus necesidades; ¿qué menos podría pedírsele, sino que sea de su cuenta la nutrición? Por otra parte, si la cosa ha de ser devuelta a su dueño exigiendo gastos de esta naturaleza, es claro, que de no efectuarse perecería, al parecer imposibilitaría su devolución específica, condición sine qua non, del comodato".

Las responsabilidades en que incurre el comodatario en este caso, son las mismas que nacen de la obligación de cuidar la cosa; o sea, que será responsable de la pérdida de la cosa, y de los daños y perjuicios que resulten de su dolo o culpa. Por ejemplo: si el comodatario no alimenta el semoviente que ha recibido en comodato, con el propósito deliberado de que éste muera, responderá de su desaparición a título de dolo; o si, por negligencia del mismo, el animal no recibe el alimento necesario o

⁵⁸ **Ob. Cit;** Pág. 608.

los cuidados que su naturaleza exige, será responsable del mismo a título de culpa; y, en ambos casos deberá responder de los daños y perjuicios que esto ocasione.

Es oportuno mencionar aquí, la responsabilidad que tiene el comodatario de pagar las responsabilidades civiles provenientes de los daños, y perjuicios causados por el uso de la cosa, pues si los pagara el comodante tiene derecho a repetir en su contra, de conformidad con lo preceptuando por el Artículo 1973 del Código Civil.

Un ejemplo de estas responsabilidades sería el caso de que el comodatario chocara en un vehículo que le ha sido prestado y como consecuencia, tuviera que responder de daños y perjuicios por la misma causa. Sería injusto que el comodante respondiera de tales daños, pues el comodatario es quien se aprovecha de la cosa.

Esta disposición es muy importante. Muchos casos se dan en que cuando alguien presta una cosa de su propiedad, tiene que responder de los daños y perjuicios que ocasione el prestatario, pues contra él se dirige el damnificado por ser el dueño de la cosa, y si este fuera el caso, tendrá derecho a repetir contra quien usaba la cosa.

❖ Devolver la cosa en el término estipulado o después del uso determinado en el contrato.

Esta obligación está contenida en el inciso 4° del Artículo 1964 del Código Civil, que dice: "Devolver la cosa en el término estipulado o después del uso determinado en el contrato, sin más deterioro que el proveniente del uso ordinario de ella".

Esta es la principal obligación del comodatario y es particularmente imperiosa, pues forma parte de la naturaleza misma del contrato y es el efecto fundamental del mismo.

El comodatario deberá devolver la cosa, con todos sus frutos y aumentos, ya que éstos corresponden al comodante, de conformidad con el Artículo 1959 del Código Civil. Es lógico que así sea, pues el comodatario sólo adquiere el derecho a usar la cosa.

El tiempo de la devolución, es el estipulado en el contrato o después del uso señalado en el mismo. El tiempo de la devolución puede quedar establecido en años, meses o días, o puede quedar determinado implícitamente según el uso a que la cosa se destina.

El comodante podrá pedir la devolución de la cosa antes de vencido el término o antes de que se haya usado de ella, si necesita con urgencia imprevista la cosa prestada o si esta corre peligro de perecer si continúa en poder del comodatario. Así lo establece el Artículo 1963 del Código Civil.

El Código Civil derogado, contemplaba en su Artículo 1936 el comodato precario. Expresaba el artículo en referencia: "Cuando no se ha determinado el objeto del uso ni su duración, puede el prestador a su arbitrio pedir que se le devuelva la cosa prestada".

Nuestro Código Civil actual no trae esta norma y no resuelve la situación que pudiera presentarse cuando en el comodato no se haya convenido término y tampoco se haya estipulado un uso determinado. Esta situación puede presentarse, porque, por ejemplo: sí presto un caballo a un amigo para que lo use y no le fijo término para su devolución, ni un fin determinado. El uso que deberá darle al comodatario será el que le corresponda según su destino, ya sea para montarlo, como bestia de carga, etc...., pero si no le fijo tiempo: ¿cómo se resolvería la situación? Creemos que el comodante puede pedir la devolución cuando lo desee. Esto según la doctrina es un contrato de comodato precario, pero en nuestro Código resultaría un contrato innominado y su regulación quedaría sujeta a las normas generales de la contratación y especialmente a la voluntad de las partes.

Otra cuestión importante es el lugar de la devolución. Nuestro Código Civil nada dice al respecto, es decir, no contiene ninguna norma específica para el contrato de comodato. Por lo que en este caso, la situación deberá resolverse conforme a las normas contenidas en el Código para el cumplimiento de las obligaciones. Así tenemos el Artículo 1938, que dice: "El pago se hará en el lugar designado en el contrato. Si no se designó y se trata de cosa cierta y determinada, se hará el pago

en el lugar donde la cosa existía al tiempo de contraerse la obligación. En cualquier otro caso, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor al tiempo de exigirse la obligación".

De manera que de conformidad con la norma citada, sí en el contrato no se designó el lugar de la devolución, este deberá hacerse donde existía la cosa al tiempo de celebrarse el contrato, pues en el comodato siempre se trata de cosa cierta y determinada.

En cuanto a las responsabilidades, diremos que la cosa deberá ser devuelta sin más deterioro que el proveniente del uso ordinario de ella. Cualquier deterioro que provenga de otra causa, que tenga como origen la culpa o dolo del comodatario, caerá bajo su responsabilidad, además de los daños y perjuicios que esto ocasione al comodante.

Por otra parte, si el comodatario se demora en devolver la cosa, responde de la pérdida de la misma, aún por caso fortuito, de conformidad con el Artículo 1966 del Código Civil. Dicho Artículo establece: "El comodatario que demora la devolución de la cosa, responde de la pérdida de la cosa, y de los daños y perjuicios, aunque provengan de caso fortuito".

La negativa de haber recibido el bien en comodato o el hecho de que el comodatario disponga de la cosa, puede dar lugar a responsabilidad criminal de su parte.

El Código Civil nada establece a este respecto, pero el Código Penal, en el inciso 5° del artículo 419, en el párrafo V que se refiere a las estafas y otros engaños, establece, que cometen tal delito: "Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla o negaren haberla recibido".

Afirmamos lo anterior, en virtud de que el comodatario como lo hemos venido repitiendo, tiene obligación de devolver la cosa al comodante, y si por alguna causa la distrae, o niega haberla recibido, incurre en el delito indicado, o sea el de estafa.

❖ Obligación de entregar al comodante otra de la misma especie y calidad o el valor que se le dio si la cosa fue tasada, cuando sea imposible devolver la misma cosa.

Esta obligación está contenida en el Artículo 1968, que dice textualmente: "Cuando sea imposible devolver la cosa prestada, el comodatario entregará otra de la misma especie y calidad, o el valor que le corresponda, a elección del comodante, arreglándose a las circunstancias de tiempo y lugar en que debía restituirse.

Si la cosa fue valorada al tiempo de la celebración del contrato, el precio que el comodatario devolverá, será el valor que se le dio".

Consideramos que el primer caso, se dará cuando la cosa se pierda por culpa o dolo del comodatario, y aun por caso fortuito cuando éste se haya demorado en devolverla. Pero cuando sea imposible por caso fortuito o por fuerza mayor, consideramos que si no hubo culpa de parte del comodatario y no estaba en mora, no está obligado a devolver la cosa en la forma establecida, pues no tiene ninguna responsabilidad. En el segundo caso, cuando la cosa fue valorada al tiempo de la celebración del contrato, no hay ningún problema, puesto que el comodatario responde aun por caso fortuito.

2.6.2 Derechos del comodatario

➤ Derecho de usar la cosa

Pero no un uso cualquiera, sino el uso convenido en el contrato o el que le corresponde de conformidad con la naturaleza de la cosa, como ya vimos. En caso de darle un uso contrario, será responsable de su pérdida aun por caso fortuito.

El comodatario tiene derecho únicamente de usar la cosa, ya que los aumentos corresponden al comodante. Este derecho, está contenido en el Artículo 1957 y a contrario sensu en el inciso 2° del Artículo 1961 del Código Civil.

➤ **Derecho de obtener el reembolso de los gastos extraordinarios**

Este derecho está contenido en el inciso 3° del Artículo 1962 y se desprende, de una obligación del comodante, la cual es la de pagar los gastos extraordinarios que hubiere hecho el comodatario para la conservación de la cosa prestada.

Sólo los gastos extraordinarios corren a cargo del comodante pues ya dijimos que los gastos ordinarios, corren a cargo del comodatario, como consecuencia de ser él quien se sirve de la cosa.

➤ **Derecho de retención**

El comodatario tiene derecho de retener la cosa en calidad de depósito, mientras no se le haga pago de los gastos extraordinarios e indispensables, hechos en beneficio de la cosa. Artículo 1977 del Código Civil.

Esta retención es en calidad de depósito, tal como lo dice la ley; por lo tanto, el comodatario no podrá seguir usando la cosa.

El derecho de retención otorgado al comodatario, tiene una limitación, no podrá retener la cosa en seguridad (debe entenderse en garantía), o en compensación de lo que el comodante le deba.

Algunas legislaciones, no otorgan este derecho al comodatario por considerar que sería demasiado duro para el comodante no poder gozar de la cosa, después de haberla dado gratuitamente al comodatario y que los sentimientos de gratitud deben ceder ante las razones que justifican este derecho.

Nuestro Código Civil ha tratado de suavizar esta situación, concediendo el derecho de retención sólo en calidad de depósito.

❖ Derecho de obtener el resarcimiento de daños y perjuicios por no habersele dado aviso de los vicios ocultos de la cosa

El derecho de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que le hayan sido causados, si el comodante conociendo los vicios ocultos de la cosa, no le dio aviso. Está contenido en el Artículo 1962, inciso 1°, como una contrapartida de una obligación que tiene el comodante de dar este aviso al comodatario.

Quiere decir que perderá este derecho si los defectos de la cosa eran manifiestos, o si por razón de oficio o cualquier otra circunstancia pudo haber tenido conocimiento de tales vicios, y no exigió su reparación o tomó las precauciones necesarias. Claro está, que la carga de la prueba en este caso corresponde al comodante.

Es necesario recalcar, que en cuanto a los vicios ocultos el comodante debió haber tenido conocimiento de los mismos y no dar el aviso correspondiente al comodatario, para ser responsable. Si no tenía conocimiento, no tiene ninguna responsabilidad.

➤ **Derecho de reclamar la cosa como suya**

Este derecho está contenido en el párrafo 2° del Artículo 1970 del Código Civil, que da derecho a reclamar la cosa como propiedad del comodatario, si habiéndose perdido la encontrare un tercero, después de haber pagado su valor al comodante.

➤ **Derecho a obtener el reembolso de los gastos ordinarios que hiciere después de terminado el comodato**

Este derecho está reconocido en el Artículo 1965 del Código Civil, que dice: "Si terminado el comodato y requerido el comodante demora recibir la cosa, todo riesgo será a su cargo y deberá rembolsar los gastos que el comodatario hiciere para conservarla".

Es decir, que en este caso el comodatario tiene derecho a que se le reembolsen no sólo los gastos extraordinarios, sino que también los ordinarios que hiciera en la conservación de la cosa, si el comodatario no la recibe después de concluido el contrato.

2.7 Efectos en relación al comodante

➤ Obligaciones y responsabilidades del comodante

Dice Puig Peña,⁵⁹ "Este contrato, al igual que el préstamo de mutuo, es rigurosamente unilateral, produciendo sólo obligaciones para una de las partes. El Código, sin embargo, habla con impropiedad de "obligaciones del comodante", dándole un sabor de reciprocidad que en sí no tiene, pues que los deberes de éste, son deberes de constitución propios del contrato o, en definitiva, se desprenden de los principios generales de la teoría de las obligaciones". No hay, pues, en el comodato obligaciones del comodante propiamente, las que resultan del mismo no tienen un carácter de reciprocidad, sino que se derivan de acontecimientos posteriores, vinculados a su ejecución, que no siempre se producen.

Hecha la aclaración anterior, veamos cuáles son las obligaciones del comodante de conformidad con nuestro Código Civil:

➤ Avisar al comodatario si la cosa tiene algún vicio oculto

Esta obligación está contenida en el inciso 1º del Artículo 1962, que dice textualmente: "Avisar al comodatario si la cosa tiene algún vicio oculto, siendo responsable, en caso contrario, de los daños y perjuicios que resulten de los vicios ocultos, si conociéndolos no dio aviso al comodatario".

⁵⁹ **Ob. Cit;** T. IV. Vol. II. Pág. 264.

Salvat,⁶⁰ nos da el siguiente ejemplo: "Si se presta un animal enfermo y contagia a los demás del comodatario, el comodante será responsable de los perjuicios que aquél sufra por esta causa, incluso de la muerte de sus animales".

Para que el comodante pueda ser responsabilizado de los daños y perjuicios ocasionados al comodatario, es condición indispensable que haya tenido conocimiento del vicio oculto de la cosa, y haya omitido culposamente (cuando lo hizo por negligencia) o dolosamente (cuando lo hizo deliberadamente), darle aviso al comodatario.

Si el comodante, obrando de buena fe, dio la cosa al comodatario desconociendo los vicios de ésta, no hay motivo para indemnizar. La ley en este caso, da una solución diferente a la que da para la generalidad de los contratos, cuando se refiere a los vicios ocultos. Estriba la diferente solución de la ley para el caso, en que éste es un contrato eminentemente gratuito.

La ley, se refiere a los "vicios ocultos". De manera que, si éstos son manifiestos o están a la vista y se descubren con un somero examen de la cosa, y el comodatario insiste en usarla, el comodante no tiene ninguna responsabilidad, porque en tal caso la advertencia resulta ociosa y se supone que el primero quiso correr el riesgo de usar la cosa en ese estado.

Para concluir este inciso, e insistiendo en lo dicho al principio, nos damos cuenta que esta obligación de indemnizar que tiene el comodante, no nace de la naturaleza misma del contrato, ni tiene un carácter de reciprocidad con alguna del comodatario; tiene su origen en la culpa o dolo del comodante, por no haber dado el aviso oportuno a aquél.

⁶⁰ **Ob. Cit;** Vol. II. T. 6. Pág. 497.

➤ **No pedir la cosa que se prestó antes del vencimiento del plazo**

Esta obligación está contenida en el inciso 2° del Artículo 1962, que dice: "No pedir lo que prestó antes del vencimiento del plazo estipulado; y, en defecto de convención antes de haber servido en el uso para que fue prestada".

Este inciso tiene dos supuestos: uno, que se haya convenido el momento en que debe devolverse la cosa; y, otro, que no se haya establecido término alguno para la restitución de la cosa prestada. En el primer caso, lo convenido entre las partes debe respetarse y por lo tanto el comodante tiene perfecto derecho a exigir la devolución de la cosa al concluir el término. En el segundo caso, es lógico y natural, que el comodante no puede pedir la cosa antes de que haya servido para el uso que fue prestada. Por ejemplo, si prestamos una cosechadora de trigo a un amigo, no podremos exigir que nos la devuelva antes de que se termine la cosecha.

Estas reglas tienen una excepción, y es la de que: en el comodato, si el comodante necesita con urgencia imprevista la cosa prestada, o si ésta corre peligro de perecer si continúa en poder del comodatario podrá exigir que se le devuelva antes de cumplido el plazo o antes de que se haya usado de ella, quedando a criterio del juez, resolver de conformidad con las circunstancias en caso que el comodatario se oponga.

Para que esta excepción funcione, es necesario que la urgencia del comodante sea imprevista, pues de lo contrario no podrá exigir la devolución de la cosa. Por ejemplo si presto mi cosechadora de trigo a un amigo, teniendo ya que cosechar el mío en la misma época, es lógico que pude haber previsto esa necesidad y en tal caso, no podrá exigir la devolución de aquel bien, antes de que mi amigo termine su cosecha. Pero si presto mi caballo y repentinamente me avisan que hay un enfermo de mi familia y tengo urgencia de irme, en este caso sí podré pedírselo a mi amigo, porque la urgencia es totalmente imprevista.

Con relación a esta obligación del comodante, diremos que no es una obligación propia del comodato, sino que es una obligación común a todo contratante, cual es la

de respetar los derechos otorgados a la otra parte, absteniéndose de, perturbar el ejercicio de un derecho adquirido. Del mismo modo que el vendedor no debe perturbar al comprador, o el arrendante al arrendatario; el comodante debe respetar al comodatario en su derecho.

La única característica que podemos señalar a este contrato es que en los casos ya expuestos, puede interrumpir el comodato, exigiendo la devolución de la cosa prestada; desde luego, que el comodatario puede oponerse, y entonces quedará a criterio del juez la solución del caso.

➤ **Obligación de pagar los gastos extraordinarios e indispensables que hubiere hecho el comodatario**

Esta obligación está contenida en el inciso tercero del Artículo 1962, que dice: "Pagar los gastos extraordinarios e indispensables que hubiere hecho el comodatario para la conservación de la cosa prestada".

El artículo respectivo del código español, está redactado en otra forma y dice: "El comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato, para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro. Artículo. 1751.⁶¹

Como se ve, hay diferencia en el contenido de ambos artículos, pues en este último se exige que el comodatario dé aviso al comodante de la necesidad de hacer los gastos extraordinarios, salvo que su urgencia no lo permita.

Nuestro Código Civil nada dice a este respecto, y entendemos que cuando se trate, como dice el Código, de gastos "extraordinarios e indispensables", no es necesario que el comodatario de aviso al comodante para que tenga derecho a su reembolso, Si el comodatario los hizo, y eran necesarios para la conservación de la cosa, tendrá derecho a su resarcimiento.

⁶¹ Citado por, Diego Espín Canovas. **Ob. Cit;** Pág. 448.

Claramente dice la ley, gastos "extraordinarios e indispensables", lo cual quiere decir que aquellos gastos que no sean indispensables, no está obligado a reconocerlos el comodante.

Entendemos que si el comodatario ha hecho mejoras útiles (aquellas que aumentan el valor de la cosa) o de recreo (aquellas que sólo sirven de adorno), si son retirables sin deterioro de la cosa, podrá quitarlas el comodatario; pero, si esto no es posible quedarán a beneficio del comodante sin ninguna retribución para el primero. Artículo 1916 del Código Civil.

➤ **Obligación de recibir la cosa al término del comodato**

Según se desprende del Artículo 1965 del Código Civil, que dice: "Si terminado el comodato y requerido el comodante demora en recibir la cosa, todo riesgo será de su cargo y deberá rembolsar los gastos que el comodatario hiciere para conservarla".

La ley claramente exime de toda responsabilidad al comodatario cuando el comodante es renuente a recibir la cosa, y además, le da el derecho de exigir los gastos ordinarios que hiciere para conservar la cosa.

Es conveniente señalar aquí, que el comodante también está obligado a recibir la cosa que el comodatario le entregue de la misma especie y calidad o el precio de ella, a su elección, si ésta desaparece y fuere imposible devolver la cosa prestada. Deberá asimismo, recibir el valor de la cosa prestada, si ésta fue valorada en tiempo. Artículo 1968.

➤ **Derechos del comodante**

No están expresamente señalados en el Código, y se desprenden de las obligaciones del comodatario. El derecho a reivindicar la cosa, cuando el comodante sea propietario, nace del derecho de propiedad.

➤ **Derecho a los aumentos de la cosa**

Este derecho está contenido en el Artículo 1959 del Código Civil.

Consideramos que en este contrato, tal como está concebido en nuestro Código Civil, el único aumento que puede haber en los bienes, son las crías de los animales, ya que nuestro Código Civil no admite el comodato sobre bienes inmuebles.

Afirmamos lo anterior, con base en que si se tratara de un vehículo, de una maquina, etc., se supone que no está produciendo ninguna renta, pues el comodatario no puede alquilarla para obtener provecho, sólo tiene derecho a usarla, de tal manera que no se producirían frutos civiles. En este caso no habrá ningún aumento en el bien.

➤ **Derecho a que se le devuelva la cosa en el término estipulado, o después del uso convenido en el contrato, sin más deterioro que el proveniente del uso ordinario.**

Señala el Artículo 1964 del Código Civil que este es un derecho correlativo a la obligación ya estudiada, que tiene el comodatario de restituir la cosa, a su tiempo al comodante.

➤ **Derecho de recuperar la cosa prestada antes del plazo pactado o antes de haber sido usada por el comodatario, si necesita de ella con urgencia o la cosa se encuentra en peligro de perecer si continúa en poder del comodatario, según el Artículo 1963 del Código Civil.**

Salvat,⁶² dice que esta es una disposición basada en la equidad, ya que si el comodante dio la cosa en comodato, en momentos en que no necesitaba de ella, es injusto que le prive de la misma, si en un momento determinado llega a necesitarla.

⁶² **Ob. Cit;** T. II. Vol. VI. Pág. 492.

De este derecho ya hemos hablado anteriormente. Sólo agregaremos que con relación a que el comodante pueda recuperar la cosa cuando ésta corre peligro, podemos decir, que él siempre tendrá interés en protegerla, ya sea como dueño, arrendatario o usufructuario. En el primer caso, por su propio interés y en los demás por las responsabilidades que pudiera acarrearle la pérdida de la cosa.

❖ Derecho a que le sea entregada otra de la misma especie y calidad o el valor que le corresponde, a su elección, en caso que sea imposible devolverle la misma, arreglándose a las circunstancias de tiempo y lugar en que debía restituirse.

Si la cosa fue valorada al tiempo de la celebración del contrato, el precio que el comodatario devolverá será el valor que se le dio. Artículo 1968 del Código Civil.

Este es el caso de que la cosa se hubiere perdido o destruido por culpa del comodatario, debiendo además resarcirle los daños y perjuicio que le hubiere causado, ya que de otra manera no tendría ninguna responsabilidad el comodatario, por ejemplo, si la cosa hubiere perecido por caso fortuito o fuerza mayor; salvo el caso de que hubiere sido valorada al constituirse el contrato.

❖ Derecho a quedarse con el valor que le haya sido pagado, en caso de que sea hallada la cosa, pues no podrá ser obligado a recibirla, también podrá quedarse con el precio o devolver la cosa al comodatario.

Este derecho está fundado en el Artículo 1970 del Código Civil.

❖ Derecho de repetir contra el comodatario, cuando pagare las responsabilidades provenientes de daños y perjuicios causados por el uso de la cosa prestada. Indica el Artículo 1973 del Código Civil.

Este es un derecho basado en la equidad y la justicia, pues si el comodatario es quien aprovecha la cosa, él deberá ser quien pague los daños y perjuicios causados por el uso de la misma, y no el comodante.

La ley otorga al comodante el derecho de repetir, porque generalmente es propietario de la cosa y a él se dirigirá quien pretenda indemnización por daños causados.

❖ Derecho de reivindicar la cosa de cualquier detentador en caso sea propietario

Si el comodatario niega el derecho de propiedad al comodante, éste puede reivindicarla ejerciendo la acción reivindicatoria, y no sólo del comodatario, sino de cualquier persona que la detente.

Este derecho está contemplado en el Artículo 469 del Código Civil, que dice: "El propietario de una cosa tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador".

2.8 Extinción del contrato de comodato

Con respecto al estudio de la terminación del comodante, Rojina Villegas,⁶³ se expresa en estos Términos: "En los contratos a término, se impone por cuestión de método, después de hablar de las obligaciones de las partes, tratar las formas de terminación del contrato. Tiene sentido este estudio exclusivamente para los contratos de tracto sucesivo que suponen un término de duración. En cambio, no podemos hablar de terminación del contrato instantáneo, supuesto que por su naturaleza, al realizarse las prestaciones, queda terminado el contrato. Supongamos la compraventa: el contrato queda concluido una vez definidos cosa y precio; pero en el comodato, en el arrendamiento, la sociedad, en el contrato de prestación de servicios, en el hospedaje, etc., debe estudiarse la forma de la terminación del contrato".

Hemos hablado ya de las obligaciones de los contratantes, conviene, pues, que estudiemos las causas de extinción del comodato. Estas son las siguientes:

⁶³ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil mexicano**. T. IV. Pág. 213.

➤ **Por expiración del término estipulado o después del uso determinado en el contrato.**

Artículo 1964, inciso 4° del Código Civil.

Esta es la principal causa de extinción del contrato de comodato y es el modo normal con que se termina, pues habiéndose llenado su finalidad, es natural que se extinga.

➤ **Por muerte del comodatario**

Por ser el comodato un contrato que se da en consideración a la persona del comodatario, termina, por la muerte de éste, salvo pacto en contrario. Es decir, que para que los herederos puedan seguir usando la cosa, debe existir en el contrato una cláusula en que se indique que el comodato no se da sólo en consideración a la persona del comodatario y que este puede transferirlo a tercero. De lo contrario el comodato se entiende conferido en atención a la persona, y por lo tanto se extingue con la muerte del beneficiado y los herederos no podrán seguir disfrutando del bien dado al causante. Artículo 1961 del Código Civil.

➤ **Por voluntad del comodante**

Este motivo de extinción del comodato, se da en los casos en que la ley autoriza al comodante para reclamar la cosa dada en comodato. Ya vimos que esto sucede cuando el comodante tiene urgente necesidad imprevista de la cosa, o cuando ésta se encuentra en peligro de perecer. Artículo 1963 del Código Civil.

➤ **Por realización de una condición resolutoria, cuando se ha estipulado expresamente esta modalidad.**

Si el contrato se celebró condicionado a que si ocurrido un hecho futuro e incierto terminaría, llegado el momento de ocurrir tal hecho, el contrato tendrá que terminar. Por ejemplo: si yo le presto mi carro a un amigo bajo la condición de que si el

adquiere un carro, ya sea por compra, donación o cualquier otra causa, me tendrá que devolver el mío, llegado ese momento el contrato se extingue.

➤ **Por destrucción o perecimiento de la cosa**

Siendo una cosa específica y determinada la que se da en comodato. y siendo además, ésta la que se ha de devolver, es natural que el comodato termine cuando ésta se destruye o perece.

Claro que en esto hay que tener en cuenta si la cosa pereció por culpa o dolo del comodatario, porque en este caso, tendrá que devolver otra de la misma especie y calidad o el precio a elección del comodante, o definitivamente el precio cuando la cosa haya sido valorado al constituirse el comodato. En el primer caso deberá pagar además, los daños y perjuicios ocasionados al comodante.

Si la cosa se destruye o perece sin culpa del comodatario la obligación termina sin ninguna responsabilidad para éste y el comodante no podrá hacerle ninguna reclamación, salvo el caso de que la cosa haya sido valorada al constituirse el contrato, en cuyo caso, el comodatario responde aun por caso fortuito.

➤ **En cualquier momento si no se estipuló término para devolver la cosa, o no se señaló un uso determinado**

Nuestra ley no contempla este caso, pero tampoco lo prohíbe, y en virtud de la autonomía de la voluntad, consideramos que puede celebrarse un contrato de esta naturaleza, como ya lo hemos visto anteriormente.

CAPÍTULO III

3. La rescisión de los contratos

3.1 Concepto

De acuerdo con Fernández Miranda, concepto es "la representación intelectual de un objeto o realidad concreta, acotada y discriminada de todas las demás realidades que no son ella misma";⁶⁴ de ahí que el concepto de rescisión tendrá que ser el resultado de un análisis dirigido a entresacar de las demás realidades ese objeto o realidad tal como es en sí mismo, sin mezclarlo o confundirlo con otros. Pero desentrañar el concepto de rescisión es cuestión complicada por cuanto que, como puede notarse en nuestro derecho, constituye una de las formas de ineficacia más confusas. Frecuentemente la anulabilidad suele ser denominada genéricamente con el nombre de rescisión.

Con base en el derecho español, se afirma que la rescisión de los contratos no es sino efecto de su anulación por lesión; que es una nulidad fundada sobre una lesión, o un caso particular de anulabilidad que se entiende cuando un contrato es anulable por evidente perjuicio económico para alguien (lesión).⁶⁵

Borrel y Soler expresan que la ley permite rescindir los contratos por vicios del consentimiento, por lesión los contratos onerosos no aleatorios.⁶⁶ Asimismo Escriche opina que rescisión es la anulación o invalidación de algún contrato, obligación o testamento.⁶⁷

Refiriéndose a la legislación chilena, Pescio emplea los términos de nulidad y rescisión como sinónimos. En relación con la equivalencia de las prestaciones en los actos onerosos y conmutativos, cuya desproporción da origen a la lesión, dice que si ésta es enorme el juez podrá, en los casos señalados en la ley, proceder a la

⁶⁴ Torcuato Fernández Miranda, citado por Fernando Suárez González. "**Concepto técnico-jurídico del despido**" en revista de derecho privado, T. XLV, enero-diciembre, 1961. Págs. 117-136.

⁶⁵ Valverde. **Op. Cit**; Pág. 298; Puig Peña. "Compendio" T. I, Pág. 828.

⁶⁶ Borrel Antonio M. y Solter. "**Derecho civil vigente en cataluña**" T. I, Pág. 828.

⁶⁷ Escriche, Joaquín "**Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**" nueva edición, Pág. 1507.

anulación, y que en la compraventa de inmuebles y en las particiones hereditarias, verbigracia, "el acto es anulado o rescindido". Agrega dicho autor que el código civil chileno (Arto 1567) en idéntico sentido dice que "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula".⁶⁸ Aludiendo a la "restitutio in integrum" que producía la rescisión del acto al ser declarada por el pretor, dice Petit, que, algunas consecuencias variaban "según la naturaleza del acto anulado"⁶⁹

La distinción entre rescisión y nulidad procede del derecho consuetudinario francés. Las nulidades relativas tenían dos fuentes: o procedían de los textos de las ordenanzas o costumbres, o del derecho romano. En el primer caso se originaba una acción de nulidad y en el segundo, una acción de rescisión.

En consecuencia, antes de la vigencia del código civil de los franceses, entre rescisión y nulidad no había sino una diferencia puramente formal; tal se desprende de la sola necesidad de obtener previamente las "cartas rescisorias" que eran autorizaciones especiales para demandar la nulidad del contrato, siempre que tuviera que invocarse para el efecto las normas del derecho romano. La codificación francesa terminó con esta nota distintiva y tomó como criterio diferenciador la vieja idea de la lesión, que en parte ha coadyuvado a delimitar la fisonomía de esta figura, y a darle cierta autonomía, no obstante referirse el código de Napoleón, indistintamente, a las acciones de nulidad y de rescisión.

Según Puig Peña, el concepto romano de lesión, que ha reaparecido con una apreciación muy particular en cuanto al monto de la misma, la idea que con más acierto ha venido a caracterizar la figura, especialmente en nuestros días en que el principio liberal de la autonomía de la voluntad y libertad absoluta para fijar el valor de las prestaciones por más perjudiciales que sean para una de las partes contratantes, va cediendo terreno al de la equidad. Los autores han reservado el nombre de rescisión a la nulidad fundada sobre una lesión.⁷⁰

⁶⁸ **Ob. Cit;** Pág. 33.

⁶⁹ **Ob. Cit;** Pág. 692.

⁷⁰ **Ob. Cit;** T. I. Pág. 830.

La legislación española, por ejemplo, admite la lesión como causa rescisoria, y señala las hipótesis generales en que la misma procede (Artículo 1291, código civil español); incluye también como causas, aquéllas que técnicamente configuran la revocación por fraude de los derechos de los acreedores. Además de la rescisión por mutuo consentimiento y por otros motivos legales, dicha legislación acepta la lesión en sentido estricto como causa rescisoria en los siguientes casos: 1°. En los contratos que pudieran celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas representadas hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas; 2°. En los celebrados en representación de los ausentes, sin autorización judicial, si la lesión se produce en más de la cuarta parte; 3°. En las particiones hereditarias, si la lesión pasa de la cuarta parte del valor que tengan las cosas cuando fueren adjudicadas.

El Código Civil del 77 confundía la revocación por fraude de acreedores con la rescisión propiamente dicha, ya que ésta procedía en casos que se cometía fraude en perjuicio de aquéllos al enajenar los bienes del deudor (Artículo 2360). Consideraba, pues, la revocación como una modalidad de la rescisión en general, en virtud de que subsumía ambas figuras en una sola, al expresar que también quedaba sujeto a rescisión y podía revocarse "el pago hecho en estado de insolvencia por obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacer la solución" (Artículo 2362).

Dicho cuerpo legal tampoco separaba claramente la rescisión, la nulidad y la revocación por fraude de acreedores: la primera figura era regulada en el Título relativo a la "rescisión y nulidad" contractuales (Artículo 2359 y siguientes) y denominaba rescisión a "la invalidación de alguna obligación o contrato", y agregaba que solo podían rescindirse "las obligaciones que en sí mismas son válidas".

El Código Civil vigente no sigue el criterio de lesiones en forma expresa, es decir, no admite la lesión como causa rescisoria, ni como norma general ni como fórmula especial para algunos supuestos, aunque en ciertos casos especiales en los que autoriza pedir la rescisión del contrato o faculta a una de las partes para rescindirlo unilateralmente, es la existencia de un perjuicio económico, determinante de la lesión, el motivo que ha tomado en cuenta para otorgar el derecho.

No obstante lo expresado anteriormente, la ley no deja a la parte "débil" en la relación jurídica, a merced de la voluntad interesada de la otra, pues, aunque sin mencionar el término lesión en el sentido de perjuicio económico, como causa determinante para fijar una cuantía numéricamente estimable respecto de la desproporción de las prestaciones (lesión en sentido objetivo), otorga la facultad de pedir la nulidad (no la rescisión, como otras legislaciones), de aquellos contratos que conllevan ventajas usurarias.

El fin que persigue la ley en estos casos es el de imponer el equilibrio prestacional que debe normar la contratación, con base en el ideal de justicia conmutativa y del principio de la buena fe, que también debe estimarse existente en nuestro sistema contractual.

La ley tampoco indica la cuantía del perjuicio pecuniario ni sustenta la idea del desequilibrio en las prestaciones, sino que toma el incumplimiento inexacto u incumplimiento propio de la obligación para otorgar la acción rescisoria, confundiendo así la noción de rescisión con la de resolución en virtud de condición resolutoria tácita. Sin embargo, en el supuesto de compraventa "ad mensuram", fija de antemano el monto de la desproporción para los mismos efectos de conceder el derecho de pedir la rescisión (Artículo 1822, Código Civil).

La ineficacia del negocio por rescisión proviene de causas distintas de las demás formas de ineficacia negocial, pues no depende de un defecto o vicio en la constitución del contrato, ni del efecto aniquilador de una condición resolutoria verificada, ni del incumplimiento genérico de un contrato recíproco, tampoco de la existencia de fraude en perjuicio de los derechos de un tercero acreedor, ni mucho menos de la carencia de uno de los elementos esenciales del contrato o de la violación de un precepto legal imperativo al contrato, las causas que provocan la rescisión son distintas de las de la nulidad absoluta o relativa, de la resolución expresa o tácita, así como de la revocación en fraude de acreedores, con las que con frecuencia se le confunde.

Concretamente, la rescisión en nuestro derecho se produce:

Cuando las partes, en uso de su libertad contractual y de disposición, destruyen el contrato del mismo modo que lo han creado, siempre que cumplan con los requisitos en cuanto al tiempo y a la forma.

Cuando al celebrar el contrato las partes incorporan al mismo un pacto rescisorio de los que autoriza la ley.

Cuando una sola de las partes, por voluntad unilateral y con base en la facultad o autorización legal, lo da por concluido.

Cuando uno de los contratantes la pide al juez, si su situación coincide con alguno de los supuestos que especialmente establece la ley al regular las distintas figuras contractuales.

Cuando en virtud de ciertos hechos la ley da por extinguido el contrato de pleno derecho, sin necesidad de acuerdo alguno entre los contratantes ni declaración de juez competente.

Algunos motivos de rescisión que contiene nuestra legislación (Código Civil, de Comercio y de Trabajo) no satisfacen las exigencias técnicas que señala la doctrina para ser calificados como verdaderos casos de rescisión, ya que, a nuestro juicio, responden mejor a los conceptos de anulabilidad por error o dolo y de resolución por incumplimiento.

Por otra parte, cuando la ley dice, por ejemplo, que el contrato "termina" o que "se podrá dar por terminado el contrato" (Artículos 711, 787, 871, 907, 908, 1010, 1011, 1014, Código de Comercio; 1940, 1928, 1929, Código Civil),⁷¹ o que "se podrá denunciar el contrato" (Artículos 712, 871 inc. 1º., Código de Comercio), o "puede separarse del contrato" una de las partes (Artículo 2011, Código Civil), o "se extingue el contrato" (Artículo 849, Código de Comercio), o "se podrá desistir del contrato" (Artículo 1804,

⁷¹ El Código de Comercio, en la subsección cuarta, capítulo X, Título II, Libro IV, que se refiere al contrato de seguro, intitula dicha subsección "**De la nulidad, rescisión y reducción del seguro**", y en el contenido de la misma no emplea una sola vez el término rescisión, sino el de "terminación" del contrato (Arto. 907 a 910).

Código Civil); o "se tendrá por resuelto el contrato" (Artículo 1895, Código Civil) u otras expresiones semejantes, deben tenerse como típicos casos de rescisión, y, por consiguiente, someterse a las reglas generales de esta especie de ineficacia.

De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, rescindir equivale a "dejar sin efecto un contrato, obligación, etc.",⁷² criterio que de conformidad con la realidad del derecho vigente puede asimilarse con la resolución expresa y revocación unilateral.

Cabanellas define la rescisión diciendo que es la "facultad de dejarlos sin efecto (los contratos), en virtud de precepto legal que a ello autoriza, o según cláusula estipulada por las partes".⁷³ Este criterio supedita la rescisión a la existencia de una norma o cláusula contractual que conceda el derecho de hacer ineficaz un contrato. Interpretando el concepto estricto sensu no comprendería la rescisión judicial ni la que denominamos forzosa o legal.

También ha sido definida como un procedimiento que se dirige a hacer ineficaz un contrato válidamente celebrado y obligatorio en condiciones normales, a causa de accidentes externos mediante los que se, ocasiona un perjuicio económico a alguno de los contratantes o a sus acreedores (en las legislaciones que comprenden dentro de la rescisión en general, el procedimiento que nuestra ley califica de revocación por fraude).⁷⁴ Omitiendo lo relacionado con el fraude pauliano, la definición anterior puede aceptarse en nuestro medio, aunque referida solo a una especie, ya que comprendería únicamente la rescisión que se efectúa por declaración judicial, que tiene lugar a petición de parte.

Conviene advertir que de conformidad con la norma general del Artículo 1579 del Código Civil, la rescisión de los contratos que regula dicho cuerpo legal, solo tiene dos fuentes: el mutuo consentimiento y la declaración judicial, en los casos que el mismo Código señala.

⁷² **Ob. Cit;** Pág. 1135.

⁷³ **Op. Cit;** Pág. 422.

⁷⁴ De Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro. **Ob. Cit.**, T. II. Pág. 3394.

No obstante esa disposición genérica, es posible hablar de una rescisión forzosa o legal que se da en aquellos casos en que por virtud de la misma norma, los contratos deben tenerse por extinguidos, y de una rescisión unilateral, que se produce por voluntad de una sola de las partes según facultad expresa de la ley. En cuanto a la rescisión legal la misma se produce por la propia autoridad de la ley.

También es preciso tener presente que un contrato ya agotado, es decir, consumado o extinguido por el cumplimiento, no es susceptible de rescisión, por cuanto que no es posible jurídicamente darle vigencia a un contrato terminado normalmente, para luego tornarlo ineficaz. Un negocio o contrato que ha surtido todos sus efectos propios, ya ha agotado los mismos y consecuentemente, es ilógico pensar en resucitarlo para después rescindirlo, aunque esto se pretenda hacer dentro del término de su caducidad.

De conformidad con nuestro derecho vigente podemos decir, de un modo general, que la rescisión es el acto por el cual las partes voluntariamente, unilateral o conjuntamente, o el juez a petición de parte legítima, dejan sin efecto un negocio o contrato válido, pendiente de cumplimiento, privándolo de sus efectos normales, a los que se dirigía al constituirse la relación obligatoria.

Si las partes desean devolverse recíprocamente lo recibido en virtud de una compraventa, por ejemplo, lo correcto es celebrar un nuevo contrato de la misma naturaleza con inversión de la posición de las partes. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la rescisión solo procede en aquellos contratos de tracto sucesivo, por su naturaleza o porque así lo convienen las partes (ejecución diferida), y nunca en los de ejecución inmediata.

En consecuencia, la rescisión supone: a) un contrato inicialmente válido; b) que esté pendiente de cumplimiento; c) cuando es declarada por el juez, la existencia de un perjuicio pecuniario estimado suficiente por la ley para otorgar la acción respectiva; y d) cuando se autoriza su declaración unilateral, la facultad expresa de la ley.

3.2 Diferencias entre la rescisión y otras formas de ineficacia

Con el fin de perfilar en lo posible la figura de la rescisión, no obstante lo relacionado acerca de su amplitud conceptual y de su formal distinción respecto de la anulabilidad, trataremos de señalar los puntos que según nuestro criterio la distinguen de otras formas afines de ineficacia.

Por de pronto diremos que, en cuanto a los negocios en que la rescisión procede en materia civil, en nuestro medio se distingue de las demás causas de ineficacia ya expuestas, en que la misma es aplicable exclusivamente a los contratos, ya que particularizadamente se refiere a ellos el Código Civil en el Capítulo IV, Título V, Libro V, Primera Parte, y a las particiones hereditarias judiciales y extrajudiciales (Artículos 1118, 1119, 1579, Código Civil decreto ley 106), y no a todos los negocios jurídicos.

➤ Rescisión y nulidad absoluta

❖ La rescisión supone un contrato válido, es decir, concluido con todos los requisitos esenciales propios del mismo y pendiente de cumplimiento; en tanto que la nulidad absoluta o radical, se basa, en nuestro medio, en una situación constitutiva imperfecta por ausencia de alguno de los elementos indispensables (inexistencia), o por otras causas que conforman una invalidez inicial, (Art. 1301, Código Civil), o por transgredir el negocio una prohibición legal.

❖ La rescisión puede ser obra de la voluntad de las partes y aún puede verificarse unilateralmente, en virtud de precepto legal que a ello faculte; en cambio, la nulidad absoluta no puede, jurídicamente, ser declarada por las partes, puesto que de conformidad con la ley jamás podría llegar a surtir efecto alguno.

➤ Rescisión y nulidad relativa

La distinción entre la rescisión y la nulidad relativa no está claramente determinada, pues respecto del concepto de aquella, no existe uniformidad ni en la doctrina ni en la

legislación. Se ha estimado por muchos autores que la rescisión constituye un caso especial de la anulabilidad en general.

En realidad los dos motivos de extinción negocial suponen en principio un negocio celebrado con los requisitos necesarios para su existencia y validez, no obstante lo anterior, de acuerdo con nuestra legislación vigente, podemos señalar los puntos distintivos siguientes:

❖ Por razón del fundamento: la anulabilidad se funda en un vicio del consentimiento, en la incapacidad relativa de una de las partes o en la circunstancia de aprovecharse una de ellas de la posición ventajosa que ocupe respecto de la otra, o de la situación subjetiva de ésta; en cambio, la rescisión se funda, o debería fundarse, en la existencia de un perjuicio económico (doctrinalmente, la lesión), como nota característica,⁷⁵ salvo cuando se verifica por mutuo consentimiento, en que la causa que determina la extinción del contrato es eminentemente subjetiva, pues depende de una decisión voluntaria de las partes que libremente perfeccionan un nuevo convenio. El acto rescindible no lleva normalmente implícito vicio alguno como tal acto.⁷⁶

En la anulabilidad no es indispensable que los vicios traigan aparejada una lesión o perjuicio, basta su concurrencia de aquéllos; en la rescisión lo fundamental es la existencia de una afectación económica sufrida por una de las partes; pero no de un modo general para todos los casos de lesión propiamente dicha, sino en forma taxativa en los casos que exclusivamente indica la ley en cada figura contractual.

❖ Por razón de la prueba: en la demanda de nulidad, el actor solo tiene que probar la defectuosidad constitucional del contrato, o sea la concurrencia de vicio del consentimiento u otro motivo legal. Para que prospere la acción rescisoria, debe probarse la existencia y realidad del perjuicio económico, o el incumplimiento del contrato, si éste es el motivo legal determinante.

⁷⁵ Claramente indica el Código Civil español que los contratos pueden ser anulados “aunque no haya lesión” siempre que adolezca de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley (Arto. 1261).

⁷⁶ De Pina. **Ob. Cit**; Pág. 289.

❖ Por los modos de extinguirse la acción: la acción de nulidad se extingue por la confirmación del negocio anulable; los negocios rescindibles no son susceptibles de confirmación.

❖ La rescisión del contrato puede verificarse por acuerdo de las partes, en los contratos pendientes de cumplimiento, mientras no haya transcurrido el tiempo hábil señalado en la ley (Artículos 1572, 1581, 1851, Código Civil). La anulabilidad no puede ser obra de los contratantes, ya que solo es posible obtenerla por declaración judicial, a petición del contratante legitimado o de los terceros que resulten directamente perjudicados, cuando caen dentro de las situaciones que presupone la ley (Artículo 1310, Código Civil), del representante del menor (Arto. 1311, Código Civil).

❖ La nulidad es una sanción impuesta por la ley que torna estériles los negocios, como un castigo a la trasgresión de las normas legales, verificada ésta al tiempo de su conclusión o con anterioridad a ella.

La rescisión es un remedio concedido a los contratantes para obtener la reparación del perjuicio causado, mediante declaración de juez competente en casos especiales, o por obra de la voluntad de aquéllos por convención posterior. Para conceder la acción, en la nulidad predomina la ley; en la rescisión se toma en cuenta la equidad.

❖ La rescisión solo puede pedirse en los casos determinados especialmente en los capítulos correspondientes a cada contrato en particular, además de la acción derivada de la obligación de saneamiento, por lo que puede decirse que es de naturaleza excepcional; por el contrario, la acción de nulidad se ejercita por los motivos que la ley, de modo general, considera suficientes para impugnar cualquier clase de negocio.

❖ Por el término de caducidad que la ley prescribe para el planteamiento de la demanda: la acción rescisoria caduca por el transcurso de un año contado a partir de la fecha de la celebración del contrato, salvo otros términos fijados por la ley en casos especiales (Artículos 1572, 1585, 1847, 1851, Código Civil, Decreto ley 106). La acción de nulidad dura dos años a contar de la fecha en que se contrajo la obligación y un año a partir de la fecha en que cesó la violencia o en que el temor grave ha debido

razonablemente desaparecer, si éstos fueren los motivos invocados al solicitarla (Artículo 1313, Código Civil), excepto plazos distintos señalados en supuestos específicos (Artículo 1312, Código Civil).

❖ La anulabilidad vela por la conciencia y libertad del consentimiento de los contratantes sin más fundamentación; la rescisión se fija en el efecto perjudicial o lesivo que se ocasiona a una de las partes, por lo que, de acuerdo con Mucius Scaevola, podemos decir que la anulabilidad está en la médula de la misma estipulación, y la rescisión en causas exteriores o accidentales que por producir un daño que perjudica a una parte, se "invalida" el convenio.⁷⁷

❖ Para que proceda la rescisión, los contratos deben estar en una situación de pendencia en cuanto a su cumplimiento, ya que una vez cumplidos o agotados no es jurídicamente posible intentar la rescisión, pues no puede extinguirse lo que ya se ha consumado por el cumplimiento. En la anulabilidad el negocio puede haberse agotado, es decir, cumplido o ejecutado, total o parcialmente, y la acción ejercitarse y llegar a prosperar.

➤ **Rescisión y revocación por fraude**

En el Código Civil de 1,877 (y en algunas legislaciones extranjeras: España, México), la revocación formaba parte de la rescisión en general, es decir, que el fraude pauliano era una causa rescisoria⁷⁸. De tal manera que para obtener la revocación de los negocios jurídicos celebrados en fraude de acreedores, debía pedirse su rescisión. Claramente decía el citado cuerpo de leyes que procedía la rescisión cuando el deudor cometía fraude en perjuicio de los acreedores, al enajenar sus bienes, y como fraudulentas, a instancia de los acreedores, las enajenaciones a título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia, así como los pagos efectuados por éste, en el mismo estado (Artículos 2360 y 2362 Código Civil).

⁷⁷ Citado por Valverde. **Ob. Cit;** Pág. 307.

⁷⁸ **Ibíd;** Pág, 101.

La legislación civil vigente, con un criterio que consideramos exacto, regula la revocación y la rescisión en forma separada. Con base en sus disposiciones se originan dos acciones diferentes que pueden hacerse valer mediante procesos de distinta naturaleza (Artículos 96, 229 inc. 3°, 236, 245, Código Procesal Civil y Mercantil); Teniendo en cuenta los preceptos de dicho ordenamiento legal, intentaremos extraer las notas distintivas de estos institutos:

❖ En la rescisión el perjuicio económico recae sobre uno de los contratantes; en la revocación el efecto perjudicial lo sufre un tercero extraño al negocio: el acreedor del enajenante.

❖ Como la revocación no se instituye en protección de las personas que directamente realizan el acto, sino de quienes sufren sus consecuencias por haber resultado defraudados por el negocio en que no han intervenido, la acción revocatoria no corresponde a la parte que hubiere sufrido un perjuicio, sino a un tercero. La acción rescisoria sí es exclusiva del contratante afectado.

❖ La revocación torna inopinable el negocio calificado de fraudulento solo respecto del acreedor que la ha solicitado, considerándose subsistente y válido en cuanto a los demás, ante quienes el negocio sigue produciendo sus efectos normales; asimismo, el negocio continúa subsistiendo respecto de las partes, pues las relaciones entre ellas deben estimarse siempre vigentes. En la rescisión, en cambio, el contrato es destruido respecto de las partes y en cuanto a terceros; ahora bien, la ineficacia será relativa en lo que se refiere a terceros y el negocio debe reputarse vigente, únicamente si se afectan sus derechos con motivo de la rescisión (Artículo 1580, Código Civil).

❖ La rescisión produce ineficacia absoluta entre las partes que deben restituirse recíprocamente lo que hubieren recibido o percibido como consecuencia del contrato rescindido. La revocación, por el contrario, no aniquila las relaciones jurídicas existentes entre los negociantes, ya que el enajenante sigue ligado por el negocio respecto de su contraparte.

❖ También se distingue la revocación de la rescisión por la medida de la acción revocatoria, ya que ésta corresponde al acreedor defraudado, pero solo en la cantidad necesaria para que su crédito sea satisfecho. Si por ejemplo, el deudor ha enajenado fraudulentamente tres fincas y el valor de una de ellas basta para que el acreedor satisfaga su crédito, solo una debe volver al patrimonio de aquél, para ser embargada, quedando las demás libres en el patrimonio del adquirente.

❖ La acción revocatoria puede enervarse o paralizarse con solo que el deudor o el adquirente pague la deuda o el primero adquiera bienes con qué poder cubrirla (Artículo 1295, Código Civil). En la rescisión esto no es posible; una vez entablada la demanda la acción no puede paralizarla el demandado por este medio.

❖ En nuestro derecho civil la revocación por fraude es aplicable a los negocios jurídicos que la ley señala,⁷⁹ en tanto que la rescisión solo es aplicable a los contratos como especies particulares de aquéllos y a las particiones.

❖ Para que proceda la rescisión es indispensable que los contratos se encuentren pendientes de cumplimiento; en la revocación no se requiere que concurra esta circunstancia.

❖ La rescisión es susceptible de verificarse por la voluntad exclusiva de los contratantes, excepcionalmente por voluntad unilateral, y aún dispuesta por la ley; la revocación solo puede ser declarada por el juez a instancia del acreedor defraudado y mediante un proceso ordinario.

❖ En cuanto al término de caducidad, la acción revocatoria dura un año y la rescisoria tiene plazos distintos (Artículo 1300 Código Civil).

➤ **Rescisión y resolución**

No obstante cierta confusión doctrinaria y legislativa en cuanto al significado de estos términos,⁸⁰ la resolución no debe confundirse con la rescisión, pues entre una y

⁷⁹ **Ibid;** Pág. 73-74.

otra figura existe diferencias claramente apreciables que no pueden perderse de vista sin llegar, en la práctica, a resultados inadmisibles.

Por nuestra parte trataremos de señalar algunas diferencias existentes entre la rescisión y las dos especies de resolución que ya hemos expuesto.

➤ **Rescisión y resolución expresa**

Aunque la existencia de un negocio válidamente celebrado es el presupuesto común de ambas formas de ineficacia, el negocio condicional puede haberse ejecutado en su totalidad. Su extinción o privación de efectos depende de la realización de un acontecimiento futuro e incierto o ignorado por las partes (condición resolutoria), vale decir, de un suceso cuya verificación no tiene lugar por la voluntad absoluta o unilateral de los negociantes, ni es predecible en el tiempo.

La rescisión, por el contrario, no depende de condición resolutoria alguna, previamente incorporada por los contratantes. Si es por mutuo consentimiento lo que determina la extinción del convenio es la decisión espontánea de las partes; si es unilateral, lo que priva es la autorización concedida por la ley a una de ellas; si se trata de rescisión judicial, basta que en el caso dado la ley otorgue a quien la solicita la acción respectiva, y para su procedencia, la prueba de la existencia del perjuicio en la cuantía que la misma indica o el incumplimiento, en su caso. La rescisión jamás puede ser el resultado de una condición resolutoria pactada en el contrato.

➤ **Rescisión y resolución implícita**

Hemos dicho que la resolución judicial es consecuencia del incumplimiento culpable de obligaciones por una de las partes en cuanto a las nacidas del contrato bilateral y, que, como su nombre lo indica, debe ser declarada por el juez para que surta sus efectos extintivos.

⁸⁰ Espín Cánovas, por ejemplo, habla de “resolución legal” originada por lesión o perjuicio. **Ob. Cit;** T. I Pág. 412.

Conceptualmente, en la rescisión, el incumplimiento es ignorado, y en cambio, es el perjuicio económico inferido a una parte al concluirse el contrato lo que se toma en consideración para otorgar la acción rescisoria, aunque indebidamente, en ciertos supuestos, se toma también el incumplimiento como causa de rescisión.

En cuanto a la rescisión judicial, la distinción entre estas figuras en nuestro derecho vigente no es apreciable, pues las causas provocativas de una y otra no son excluyentes. En efecto, al analizar los casos en que se faculta a uno de los contratantes para pedir la rescisión, se concluye que no en todos ellos el legislador ha reparado en el perjuicio económico o pecuniario resultante para una de las partes, sino que también se ha basado en motivos de diversa naturaleza, incluyendo en ellos el incumplimiento, determinante de la condición resolutoria tácita, causa única de resolución judicial.

➤ **Rescisión y revocación especial por voluntad unilateral**

La revocación especial, en principio, no requiere la intervención judicial, salvo cuando la ley concede al perjudicado el derecho de oponerse a la misma, como sucede en el caso de la revocación de la donación ínter vivos, tanto gratuita como onerosa, en la parte que excede la prestación respectiva (Artículo, 1870, Código Civil).⁸¹

La revocación especial y la rescisión unilateral, como formas de ineficacia contractual son susceptibles de confusión, pues ambas tienen como supuesto fundamental la voluntad de una de las partes, la cual se actualiza en los casos en que la propia ley las autoriza para dejar sin efecto los contratos.

Sin embargo, como nota distintiva, tenemos que esta revocación no puede ser obra de las dos partes, y que la rescisión unilateral solo procede cuando la ley específicamente concede la facultad de tornar estériles los contratos en virtud de causas que la misma señala. Por el contrario, aunque la revocación que denominamos especial, en la generalidad de los supuestos también deviene de un acto voluntario de parte legítima, no en todos ellos es preciso atender a motivos externos fijados de antemano por el legislador para ejecutarlo.

⁸¹ **Ibid**; Págs. 94-95.

Además, frecuentemente la revocación tiene lugar en los negocios a título gratuito y de carácter unilateral.

3.3 Efectos de la rescisión

Los efectos que la rescisión produce en el derecho civil, no se dan en toda su extensión en los contratos y otros negocios de carácter mercantil ni en los contratos laborales, por la particular naturaleza de los mismos. La ley determina efectos especiales para estas clases de negocios, distintos de los prescritos para los contratos de derecho civil.

Aquí nos limitaremos a señalar las consecuencias generales que el instituto que nos ocupa produce según el Código Civil, en virtud de la gran variedad de efectos que la rescisión origina en aquellas otras ramas del derecho, para cada caso concreto.

El efecto esencial de la acción rescisoria es obtener la devolución de todo lo entregado a consecuencia del contrato que se rescinde.⁸² Es decir, que los efectos de la rescisión, cualquiera que ésta sea, son retroactivos: las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de celebrarse el contrato, o sea que las partes deben restituirse lo que respectivamente hubieren recibido o percibido en virtud del contrato rescindido, y en el estado en que se hallaban en el momento de concluirse éste, con sus frutos e intereses, vale decir, la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses, más daños y perjuicios, si procediere (Artículos 1314, 1315, 1316, 1583, 1584 y 1586, Código Civil).

Si se tratare de una obligación de hacer, los servicios prestados deberán valuarse ya sea para pagarlos o para devolver el valor de los no prestados, (Artículo 1583, Código Civil).

⁸² La Corte Suprema de Justicia declaró que no requiere escritura traslativa de dominio para que un inmueble vuelva a poder del vendedor, "dados los efectos legales de la rescisión declarada". **Sentencia de casación de fecha 10 de septiembre de 1964.** Gaceta de los Tribunales 2° semestre de 1964. Págs. 38 y sigs.

En la rescisión por mutuo consentimiento la ley solo permite reclamar daños y perjuicios, frutos e intereses, si las partes lo hubieren prevenido expresamente en el contrato que rescinde el anterior, (Artículo 1584, Código Civil).

En caso de que las partes hubieren percibido frutos, productos o intereses, serán compensables hasta la fecha de la notificación de la demanda de rescisión, y desde esta fecha serán restituibles (Artículo 1315, Código Civil). De esa manera, por ejemplo, en el arrendamiento no será restituible el valor de la renta por el tiempo que el arrendatario haya gozado de la cosa, porque es fruto compensable con este uso.⁸³

Las mejoras introducidas y los deterioros sufridos deberán abonarse por la parte que corresponda, salvo que el deterioro proceda de caso fortuito, fuerza mayor, vicio o defecto oculto de la cosa (Artículo 1316 segundo párrafo, Código Civil).

La ley prescribe la manera de proceder en caso de sobreveniencia de imposibilidad de restitución por desaparición de la cosa que fue materia del contrato. Según el Artículo 1317 del Código Civil, aplicable al caso en virtud de lo dispuesto por el Artículo 1586 del mismo cuerpo legal, la parte obligada cumplirá entregando otra cosa de igual especie, calidad y valor, o en su defecto, devolviendo el precio que tenía la cosa en el momento de la celebración del contrato, debiendo responder además por los daños y perjuicios, si la imposibilidad de la entrega proviene de mala fe (como cuando se enajena la cosa después de haberse notificado la demanda de rescisión).

En el caso de los pactos rescisorios, si estos constan en el Registro, los terceros adquirentes no deben conceptuarse como adquirentes de buena fe; en consecuencia están obligados a devolver la cosa o el precio y a responder por daños y perjuicios, en virtud de la publicidad registral, ya que por los libros se presume que el tercero conoce la posibilidad rescisoria en los demás casos, el perjuicio económico no puede inferirse de la transcripción en los libros respectivos, por lo que en tales supuestos no puede presumirse la mala fe del tercero adquirente (Artículos 1146 y 1147 inc. 1º., Código Civil).

⁸³ Ojeda Salazar. **Ob. Cit**; Pág. 200.

La devolución de las cosas debe hacerse simultáneamente, y en caso de imposibilidad, dentro del término que convengan las partes, o en su defecto, dentro del plazo que fije el juez.

Si la cosa se enajena de buena fe antes de rescindirse el contrato, la imposibilidad de restitución se convierte en obligación de devolver el precio o de entregar otra cosa de la misma especie, calidad y valor, más daños y perjuicios (Artos. 1317 y 1586, Código Civil).

Conviene recordar que la rescisión limita sus efectos en forma especial cuando con motivo de ella, resultan perjudicados derechos de terceros, ya que respecto de estos, la obligación debe reputarse subsistente (Arto. 1580, Código Civil).

3.4 Acción rescisoria

Siguiendo a Mucius Scaevola, diremos que la acción rescisoria es la que se dirige a hacer ineficaz un contrato válidamente celebrado y obligatorio en condiciones normales, a causa de accidentes externos mediante los que se origina un perjuicio económico a uno de los contratantes o se incumple alguna de las obligaciones que impone el contrato o la ley.⁸⁴

La particularidad de esta acción radica en que de ella no existen más que las previstas expresamente por la ley, pues no se reconoce más fuente de la misma que ésta; no hay rescisión judicial, sino en las hipótesis que claramente ha admitido el legislador; en ningún caso puede nacer de la voluntad de las partes.

Para algunos autores la acción de rescisión produce la nulidad del contrato, por la circunstancia de que ven en ella la existencia de dolo, error o violencia como causa de su procedencia, y porque al declararse la misma, no quedan rastros del contrato ni de sus consecuencias, como si nunca hubiera existido.

⁸⁴ Citado por De Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro. **Ob. Cit;** T. I. Pág. 110.

La acción rescisoria no debe confundirse con la resolutoria, no obstante que ambas persiguen la declaración de ineficacia del contrato y producen similares efectos. La primera solo puede ejercitarse en aquellos contratos que están pendientes de cumplimiento y en los que la ley, especialmente y de manera expresa, prescribe que por tal o cual circunstancia, una de las partes puede pedir la declaratoria de ineficacia, (incluyendo en aquélla numerosos supuestos en que la causa constituye un verdadero incumplimiento culpable de obligaciones). La segunda es una facultad general concedida al contratante cumplidor, en los contratos bilaterales, para, dejarlos sin efecto en los casos en que se produce un incumplimiento de obligaciones que le incumben al otro, derivadas del convenio o de la ley, que no sean constitutivas de rescisión.

Pueden ejercitar la acción rescisoria: a) en las legislaciones que admiten la rescisión por lesión, el perjudicado o lesionado; b) la parte que la ley designa en cada uno de los casos particulares que ella establece; c) los representantes del perjudicado o del designado en la ley; y d) sus causahabientes o herederos.

Cabe ejercitar la acción contra el contratante en lo personal (causante del perjuicio), y contra sus representantes o causahabientes.

Algunos autores opinan que solo puede llevarse a cabo la rescisión cuando el que ha ejercitado la acción que de ella emana, pueda devolver aquello a que por su parte estuviere obligado, y no haya incurrido en incumplimiento del contrato⁸⁵. En nuestro medio no es requisito para mandar la rescisión la circunstancia anterior; la única alusión al incumplimiento que la ley hace, se refiere al acreedor, pero solo pacta el objeto de acudir a la vía sumaria (Artículos 245 Código Procesal Civil y Mercantil).

El plazo para el ejercicio de la acción rescisoria es de un año contado a partir de la fecha de la celebración del contrato salvo que la ley fije otro término en casos especiales (Artículo 1585 Código Civil), como cuando se trata de rescisión de donaciones o de la acción redhibitoria, en cuyos supuestos el término es de seis meses a partir del día en que sobrevenga el motivo o de la entrega de la cosa

⁸⁵ Cabanellas. **Ob. Cit**; Pág. 422.

respectivamente, cualquiera que fuere la clase de bienes sobre los que versaren los contratos (Artículos 1379 y 1572 Código Civil).

A nuestro juicio, este término de un año resulta restringido cuando el cumplimiento de las obligaciones se pacta por periodos que abarcan o sobrepasar el mismo, vedándose de esa manera el derecho de impugnar el contrato. Tal cosa puede suceder en las ventas (Artículo 1822, Código Civil) pagaderas por abonos o amortizaciones periódicas, en las ventas a que se refiere el Artículo 1827 del Código Civil, en el caso de vicios ocultos.

Por el texto del Artículo 1585 del Código Civil, interpretando la disposición a contrario sensu y relacionándola con la rescisión judicial, se infiere que la rescisión unilateral y la voluntaria convencional no están sujetas a dicho término, salvo el supuesto de rescisión voluntaria de la compraventa sin pacto especial previo, en que el plazo se reduce a un año o seis meses, si se trata de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, o de otra clase de bienes, respectivamente, Artículo 1851, Código Civil.

Aunque la ley no indica si es un término de caducidad o de prescripción, estimamos que, tratándose de un derecho para el ejercicio de una acción procesal que no admite interrupción ni prórroga, constituye un término de caducidad, que, por esa circunstancia, extingue la acción por el simple transcurso del tiempo.

A pesar de la disposición general del Artículo 229 inc 3°. del Código Procesal Civil y Mercantil, de conformidad con lo prescrito por el Artículo 245 del mismo cuerpo legal, que completa el inciso 3°. citado como norma de carácter especial, la rescisión de los contratos puede demandarse en la vía sumaria, cuando el acreedor hubiere cumplido las obligaciones a su cargo, pudiendo en este caso optar por la vía ordinaria. De manera que si el acreedor no ha cumplido el contrato la rescisión debe demandarse en la vía ordinaria, cualquiera que sea el contratante que la pida como en el caso de acción resolutoria.

Ahora bien, con base en la norma general del inc. 1° del mencionado Artículo 229, que dispone que se tramitarán en juicio sumario los asuntos de arrendamiento y desocupación y en relación con el Artículo 236 que dice que "todas las cuestiones que se susciten con motivo del contrato de arrendamiento, deberán ventilarse por el procedimiento" del juicio sumario, "salvo disposición contraria de la ley", tanto la rescisión como la nulidad del contrato de arrendamiento deberán demandarse en la vía sumaria, por cualquiera de las partes; pero en cuanto a los demás contratos, repetimos, solo procederá la rescisión en la vía sumaria, si el acreedor los hubiere cumplido.

Por otra parte según la disposición del Artículo 1930 inc. 1°, del Código Civil, que como norma de carácter especial priva sobre las generales de los Artículos 1535 y 1579 del citado Código, el contrato de arrendamiento no es susceptible de tomarse ineficaz por condición resolutoria implícita pues el incumplimiento de obligaciones contractuales o legales dirimientes de este contrato, únicamente da lugar a la rescisión. El criterio anterior se fundamenta en lo dispuesto por el mencionado Artículo 1930 que dice: "Puede rescindirse el arrendamiento: 1° Si el arrendador o el arrendatario faltan al cumplimiento de sus respectivas obligaciones" y además, en que como es fácil presumir, el legislador ha previsto para este contrato un régimen específico e inmutable, de tal manera que no cabe la aplicación del Artículo 1535, por ser una disposición de carácter general.

En consecuencia, el contrato de arrendamiento solo puede ser objeto de resolución por condición resolutoria expresa, la que, en caso de oposición, debe ventilarse en juicio sumario, por imperio del Artículo 236 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.5 Rescisión del contrato de comodato

3.5.1. Rescisión judicial

❖ Por tratarse de un contrato de enajenación en que se transmite el uso de la cosa, de acuerdo con el Artículo 1543, el comodante está obligado al saneamiento por evicción y por vicios ocultos de la cosa prestada. De manera que, si en virtud de sentencia judicial

el comodatario pierde el uso de la cosa, el comodante responde por evicción, y, en consecuencia, está obligado al resarcimiento de daños y perjuicios, si procedió de mala fe. Ahora bien, si por causa de evicción parcial pierde el comodatario el uso de parte de la cosa dada en comodato, puede pedir la rescisión del contrato, de acuerdo con el Artículo 1546.

❖ En cuanto a los vicios o defectos ocultos, si conociéndolos el comodante no dio aviso al comodatario, puede éste ejercitar la acción redhibitoria para que se rescinda el contrato (Artículos 1561 y 1962, inciso 1° del Código Civil).

Regula el Artículo 1963, que si el comodante necesita con urgencia imprevista la cosa prestada, o si ésta corre el peligro de perecer si continúa en poder del comodatario, podrá exigir que se le devuelva, debiendo el juez resolver lo que proceda. Este derecho, a nuestro juicio constituye una típica acción rescisoria, puesto que pone fin al contrato, si prospera.

En otras legislaciones (la española, por ejemplo) se permite el pacto por el que se concede al comodante el derecho de reclamar la entrega de la cosa cuando quiera, rescindiendo de esa manera, en forma unilateral, el contrato de comodato; esta circunstancia es propia del precario, no legislado en el Código Civil guatemalteco. En nuestro medio el comodante no puede ser favorecido con esta potestad en virtud de la obligación legal de no pedir la cosa antes del vencimiento del plazo estipulado, o, si no se fijó plazo para la devolución, antes de haber servido en el uso para que fue prestada, salvo el caso anteriormente citado que no depende de la pura voluntad del comodante, sin las causas que la ley misma contempla. (Artículo 1962 inc. 2°. y 1963 Código Civil).

3.5.2 Rescisión legal

Por imperativo legal se rescinde el contrato de comodato por la muerte del comodatario, en razón de ser éste un contrato que se entiende otorgado en consideración a la persona del comodatario. (Artículo 1961). El contrato se extingue irremisiblemente, ya que el derecho de continuar con el uso de la cosa no pasa a los herederos del comodatario.

CAPÍTULO IV

4. Aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de comodato celebrado entre los particulares y la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima

4.1 Reseña histórica de las telecomunicaciones en Guatemala

Desde tiempos remotos el ser humano descubrió formas de comunicaciones a través de largas distancias, para ello buscó diverso métodos; entre las cuales se pueden mencionar las siguientes, unos de forma visual, otros de forma auditivo, entre las visuales se pueden mencionar las señales de humo, banderas, espejos, mensajeros etc. Y entre las comunicaciones de forma auditiva podemos mencionar las siguientes: gritos, tambores, cuernos y trompetas.

De esa forma surge las primeras comunicaciones entre el ser humano. Pero en el año 1876, el norteamericano, Alexander Graham Bell, patentizo los derechos sobre el invento de un aparato que consistía en un teléfono para la transmisión y recepción de voz.

Las primeras comunicaciones telefónicas que se dieron en Guatemala, se efectuaron durante el año de 1880, comunicaciones que se dieron entre la ciudad de Guatemala y la Antigua Guatemala. En 1982 se extendió este servicio a la ciudad de Quetzaltenango y en 1980 se consolidó la compañía teléfonos de Guatemala.

A partir del año 1926 funciono una empresa de carácter extranjera que corresponde al nombre de tropical radial telephone Co. Su función era prestar servicios de comunicaciones de carácter internacional.

Por medio del decreto 14-71 del Congreso de la República de Guatemala se fusionaron las empresas que prestaban los servicios de comunicación y que juntos adoptaron el nombre de empresa Guatemalteca de telecomunicaciones, de esa cuenta a dicha entidad se le otorgo la facultad de prestar los servicios de telecomunicaciones

nacionales e internacionales de forma exclusiva, que fue creada con carácter de entidad estatal descentralizada autónoma y con personalidad jurídica.⁸⁶

“Pero en el gobierno de Álvaro Arzú, fue subastado por primera vez el 16 de diciembre de 1997, la entidad empresa Guatemalteca de telecomunicaciones, asistiendo telmex como único oferente -aunque habían precalificado cinco-, ofreciendo 529.1 millones de dólares por el 95% de la empresa; Crystal Group de Guatemala estimaba un valor de 800 millones de dólares por dicha entidad.

De la venta de la empresa de telecomunicaciones, y a finales del siglo veinte, surgen en Guatemala nuevas alternativas de empresas que prestan el servicio de comunicación entre ellos, la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, empresa de origen español, que vino a Guatemala, a prestar sus servicios.

Se da la expansión internacional de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima; a finales de la década de los años 80, y los años 90, se convierten en un periodo en el que telefónica amplía sus negocios y servicios a otros continentes, especialmente a Latinoamérica. Durante 1990, telefónica adquiere participaciones en empresas operadoras de redes de telecomunicaciones de otros países (CTC en Chile, TASA en Argentina, TPSA en Perú y TMS en México). En 1991 el consorcio del que forma parte telefónica Internacional resulta adjudicatario de la privatización de la operadora venezolana CANTV. En el mismo año toma el control de telefónica larga distancia, de Puerto Rico.

En el año 1993, telefónica empieza prestar servicios en seis países de Latinoamérica la filial "telefónica I+D" participa activamente en los trabajos encaminados a la implantación de una red piloto de banda ancha en la técnica de conmutación ATM (modo de transferencia asíncrono) junto con otros operadores europeos.

De lo anterior se desprende que la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima empezó a prestar su servicio partiendo de esta visión, en 1998 al salir a la luz pública la oferta de privatización de las telecomunicaciones, primero en El Salvador, y

⁸⁶ Propuesta de un programa de selección de personal para Guatel. Págs. 6-7.

posteriormente en Guatemala, el grupo telefónica, decidió incursionar en el mercado centroamericano. De esta forma se concretiza a finales de los años noventa en Centroamérica, inicialmente, con un servicio de larga distancia, en El Salvador con el número 144, y luego se fue expandiendo a telefonía fija, telefonía móvil, cabinas telefónicas, posteriormente inicio operaciones en Guatemala.⁸⁷

4.2 los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima

En los contratos de servicios, celebrado por la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima. Con los usuarios, se determina por medio de los contratos por adhesión, en donde se coloca al usuario o consumidor en desventaja ante la entidad que ofrece el servicio en virtud de que las cláusulas ya están estudiadas con anterioridad por lo que en un momento determinado, violan los derechos de los usuarios.

4.2.1 El contrato reglamento

Opina Gastón Marín citado por José Arias,⁸⁸ que como consecuencia de las transformaciones de la vida económica, de la producción, y de los cambios bruscos de todo orden que esta sufriendo el mundo existe hoy en día una violenta desigualdad entre los contratantes e indica que por lo general "una parte determina las condiciones de la operación, que la otra no puede aceptar o rehusar" o sea que una de las partes en un "reglamento" fija de antemano las cláusulas de la contratación y el particular que quiera contratar con las empresas que redactan tales contratos-reglamento, o se conforma con ellos, o rechaza la convención ya que no tiene en sus manos el medio de modificar lo preestablecido.

Citamos a dicho autor, para evidenciar la desigualdad que existe entre los usuarios de la entidad telefónica.

⁸⁷ <http://www.momografias.com/trabajo28/privatización-guatemala.shtm/>. (20 de marzo de 2006).

⁸⁸ **Ob. Cit;** Pág. 68.

Encontramos el contrato-reglamento en el punto intermedio entre el clásico (en que la formación del consentimiento es libre) y el contrato necesario en que se obliga a celebrarlo y como decimos, este contrato toma el nombre de contrato reglamento porque las partes tienen que ajustarse a una serie de medidas o normas que previamente han sido elaboradas; son contrato-reglamento, los siguientes: contrato de seguro, de fletamento, contrato de transporte, suministro de corriente eléctrica, teléfonos, de adhesión, de previa licitación, etc. Presenta el contrato reglamento una gran utilidad para el público, porque en el reglamento ya están todas las condiciones de la operación y además es económico en cuanto a tiempo, porque si las empresas se pusieran a contratar con cada particular, por ejemplo, el suministro de agua, habría una demora en el servicio que sería perjudicial para la colectividad. Es de gran utilidad siempre y cuando cumpla con lo establecido.

La característica del contrato-reglamento es precisamente el reglamento que previamente se ha elaborado por la empresa que explota un servicio público.

4.2.2 Contrato de adhesión

Los contratos-reglamentos ya enunciados con anterioridad, quedan comprendidos en el de adhesión, bautizado así por Saleilles.

En el contrato por adhesión la oferta está constituida por un reglamento preestablecido o fórmula, en dicho reglamento constan todos los pormenores de la operación; la entidad telefónica contrata con sus usuarios por medio de esta fórmula, y los usuarios solo entran a formar consentimiento si se adhieren a la fórmula.

Citamos al autor Lafaille⁸⁹ quien estima como notas salientes

- "Simplificación en el modo de producirse el consentimiento".

⁸⁹ **Ob. Cit;** Pág. 124.

El concesionario ha elaborado previamente su fórmula, lo cual implica un trabajo preparatorio que es de gran importancia porque ya ha habido una madurez en el pensamiento, se ha razonado, con lo cual la mitad del camino para la contratación está ya limpio de obstáculos, y el otro contratante enterado de todo este trabajo preparatorio ya no puede titubear respecto a determinadas condiciones, tampoco pueden presentarse puntos oscuros para el futuro, es decir, el contrato de adhesión es el contrario del contrato de libre discusión, positivamente, la adherencia a la fórmula, simplifica la manera de producirse el consentimiento.

Esto es la esencia o el fin de utilizar este tipo de contrato, pero resulta que no siempre el oferente cumple con la obligación a la cual se compromete, por lo consiguiente solo mira lo que realmente le favorece, de esa cuenta deja en desventaja al usuario.

4.2.3 Naturaleza jurídica

Afirmamos que la adhesión es un contrato porque su base es el consentimiento, formado por la oferta (presentación al público de la fórmula) y por la aceptación (Adherencia del otro contratante a la fórmula), se diferencia del contrato corriente en que no hay discusión respecto de cada punto, sino que tanto la oferta como la aceptación lo son por la totalidad del reglamento.

4.3 Análisis jurídico sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala Sociedad Anónima

Aplicar la teoría de la imprevisión, implica hacer una modificación o crear una cláusula especial en el contrato de comodato, en la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, para amparar al usuario y defender sus intereses económicos y de alguna manera equilibrar los derechos ante dicha empresa, y para hacer realidad esta pretensión debe aplicarse el Artículo 1330 del Código Civil, para cumplir con la finalidad del citado artículo al regular que cuando el contrato resulte demasiado oneroso para el deudor, el convenio podrá ser revisado mediante declaración judicial, de esa forma dar por terminado el contrato.

Para la presente investigación es necesario analizar algunas cláusulas del contrato de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, y para el efecto podemos citar las siguientes cláusulas, cláusula quinta, establece sobre el plazo por el cual se celebra el contrato y que el mismo es de dieciocho meses, sobre esta base se fundamentan los personeros de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, para no concluir antes del vencimiento de dicho termino el contrato, no importando que ellos incurran en algún vicios para dar por finalizado el contrato, y para demostrar que la entidad incurre en varios motivos según lo investigando se pueden señalar los siguientes aspectos para la terminación del contrato, la cláusula primera regula sobre el servicio, en la misma la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, se compromete a prestar el servicio dentro y fuera del territorio guatemalteco, pero en realidad según lo manifestado por los usuarios la cobertura carece de señal en toda la República de Guatemala cosa que se puede comprobar con cualquier persona que posee este servicio que al salir del perímetro del área urbana, el teléfono móvil carece de señal, pero dicha entidad no admite los señalamientos y si el usuario argumenta la falta de señal para finalizar el contrato, en la entidad no lo admiten sino hasta finalizar el periodo para el cual se celebró el contrato, de lo contrario el usuario debe cancelar una indemnización.

Para seguir analizando el contrato en su segunda cláusula establece sobre las tarifas de los servicios, en donde regula que el usuario se obliga a pagar de conformidad con el plan de servicio adquirido, pero resulta que la entidad solo posee estos planes de servicio para atraer al usuario, porque en la práctica nunca se cumple con dichos planes, como por ejemplo si alguien posee un plan de cien minutos de aire por cien quetzales mensualmente, esto por lo regular no se respeta, el usuario resulta pagando más de lo convenido, además la misma cláusula establece que la entidad telefónica puede modificar las tarifas sin previo aviso y que el usuario se reserve el derecho de solicitar que se cancele el servicio, de aquí se puede establecer la manera arbitraria de cómo se violan el contrato y el consentimiento del usuario, motivo que también puede ser objeto de revisión y dar por terminado el contrato sin esperar los dieciocho meses que estipula el contrato.

Se analiza la cláusula décima del contrato que regula sobre la terminación voluntaria que literalmente dice que se podrá finalizar el contrato por consentimientos de las partes, previo aviso de parte del usuario, pero analizando el contrato se establece que dicha cláusula no tiene razón de ser, pues resulta que siempre el usuario debe cancelar una indemnización para poder finalizar el contrato.

4.3.1 Legislación

Los códigos aún no han legislado sobre este contrato, pero existen normas administrativas y oficinas administrativas especiales en donde se obtienen las autorizaciones de explotación de servicios públicos y también se aprueban los reglamentos (por lo general son tarifas). Esto nos demuestra que el contrato de adhesión es una necesidad en la vida social que día a día irá cobrando más auge.

Manifestaciones de los distintos tratadistas sobre que no es dable asimilarla a las anteriores figuras de ineficacia relacionadas, presenta ciertas particularidades que la caracterizan no es nulidad ni anulabilidad, puesto que el contrato es y sigue siendo perfecto y válido; no es revocación por fraude, porque el perjuicio resultante no afecta a un tercero ni el negocio se ha celebrado interviniendo mala fe; no es revocación "especial" pues tampoco se produce por la absoluta voluntad de una parte, sino mediante declaración judicial; no es rescisión porque, si bien en ambas figuras una de las partes sufre un perjuicio en sus intereses, la rescisión rompe el vínculo jurídico, y la revisión mantiene el negocio, aunque parcialmente modificado; además, en la rescisión el perjuicio radica en la formación del contrato, y en la revisión en la ejecución; no es una novación, aunque aparenta serlo, pues no consiste en la celebración voluntaria de un nuevo negocio; al contrario, la revisión se solicita, generalmente, contra la voluntad de la parte acreedora, interesada en que el negocio siga cumpliéndose íntegramente en las condiciones pactadas.

Observamos que de conformidad con nuestra ley sustantiva civil, por los motivos ya descritos, únicamente procede la revisión de las cláusulas del negocio; el Artículo, 1330 del Código Civil, solo faculta al deudor para pedir la revisión cuando las

condiciones tenidas en cuenta al contraer la obligación, cambiaren notablemente "a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar, haciendo su cumplimiento demasiado oneroso" para aquél.

En nuestro medio las causas extraordinarias e imprevisibles señaladas pueden producir la rescisión o terminación del contrato de naturaleza mercantil, tanto en el de tracto sucesivo como en el de ejecución diferida. El deudor está facultado para pedir la terminación del contrato "si la prestación que a su cargo resulta se vuelve excesivamente onerosa, por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles" (Artículo 688, Código de Comercio de Guatemala).

4.3.1 Revisión y extinción de negocios por onerosidad sobrevenida

Modernamente se habla de la revisión como causa de ineficacia negocial. La revisión puede pedirse cuando el negocio, en su ejecución, resulta perjudicial para una de las partes en el caso de la presente investigación; el afectado en su patrimonio es el usuario, debido a circunstancias extraordinarias imprevisibles e inevitables que tornan su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor.

Es una aplicación de la teoría de la imprevisión que se actualiza, especialmente en los contratos de tracto sucesivo (arrendamiento, gestión, suministro, distribución, etc.), que se revisan por autorización judicial, modificando algunas de sus cláusulas o condiciones principales, a solicitud de la parte que resulte perjudicada con la subsistencia del contrato, en las condiciones originales (Artículo. 1330, Código Civil),

Para, Valverde, la revisión no es más que "la modificación de alguna condición principal del contrato pedida por una parte por ser el contrato constitutivo de una lesión injusta que supone un abuso de derecho por parte del acreedor, una explotación del deudor y un enriquecimiento sin causa a favor de aquél",⁹⁰

⁹⁰ **Op. Cit;** Pág. 322.

A nuestro juicio la revisión es procedente en los contratos de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, pues tal como está regulada en el Código Civil y lo que manifiesta Valverde al enunciar que es un abuso de derecho por parte del acreedor, una explotación a la parte débil y en el presente caso la entidad telefónica elabora sus contratos de comodato por medio de contratos de adhesión, en donde al deudor no le es permitido hacer una modificación, sino hasta el momento de terminar el tiempo para el cual se celebró el contrato, no importando si se afecta o no el patrimonio del usuario.

En este contrato la oferta está constituida por un reglamento preestablecido o fórmula, en el cual constan todos los pormenores de la operación; toma ese nombre porque el particular que quiera contratar con una empresa que utiliza este sistema, sólo puede entrar a formar consentimiento si se adhiere a la fórmula, lo cual dicho en otras palabras el consentimiento se forma por la aceptación de cada uno y todos los puntos que el interesado a presentado en la "fórmula", y en eso consiste la adhesión.

De tal manera que podemos establecer, que se puede aplicar la teoría de la imprevisión en virtud de que la entidad elabora sus cláusulas, que en las mismas hay condiciones, que en el momento de celebrar el contrato, el usuario no tiene o no le dan el tiempo suficiente para analizar las condiciones y por ende en el futuro se da cuenta de que dichas condiciones lesionan sus derechos, cuando el Código Civil es claro y regula que si procede la revisión judicial mediante declaración judicial para modificar o rescindir del contrato.

Las tomamos del autor que venimos siguiendo Lafaille⁹¹ quien estima como notas salientes

➤ **"Desigualdad entre las partes"**

Se piensa que quien elabora la fórmula, asegura previamente sus propios intereses, tendencia que es imposible negar, y entonces todo ese trabajo previo y sin obstáculos,

⁹¹ **Ob. Cit;** Pág. 124.

coloca indudablemente al factor del reglamento en una posición de superioridad con respecto a la sociedad quien no interviene en esta discusión, y entonces la fórmula, explotando el estado de necesidad del trabajador o del necesitado del servicio puede conducir al abuso. En tal virtud es imperiosa la necesidad de incluir en el contrato de comodato de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, la teoría de la imprevisión, como una cláusula para proteger los derechos de los usuarios.

De lo anteriormente expuesto es evidente e innegable que en este contrato se violan los derechos de los usuarios, pues como se ha manifestado, que este tipo de contrato coloca al consumidor en desventaja frente al que ofrece un bien o un servicio, en el presente caso se pueden evitar tales abusos, pues el Código Civil es claro en determinar que cuando el deudor se vea afectado en sus intereses puede solicitar la revisión del contrato mediante declaración judicial. Además el Artículo 688 del Código de Comercio que en los contratos de tracto sucesivo puede demandar el deudor la terminación del contrato, en virtud de estos fundamentos podemos decir que en cualquier momento se puede dar por finalizado el contrato de comodato celebrado entre los particulares y la empresa telefónica.

➤ **"Intervención del Estado"**

Ese abuso puede corregirse si elementos gubernamentales técnicos y libres de todo interés o participación en el negocio, se preocupan porque las cláusulas de la fórmula no sean contrarias a los intereses colectivos o muy onerosas, si este caso se presentara no deberá autorizarse el reglamento.

➤ **"Oferta pública, firme e irrevocable"**

La oferta se dirige al público y eso obliga al ofertante a cumplir con todo el público que la requiera, sin discriminaciones y una vez conocida la oferta por el público se debe considerar firme en el sentido de que ya no podrá modificarse en su contenido, tampoco podrá retirarse; todo aquel que acepte esa oferta, puede exigir el cumplimiento y deducir en todo caso las responsabilidades en que hubiere incurrido el ofertante.

En la presente investigación se puede establecer que la entidad telefónica ofrece varios servicios, que a la larga no siempre los cumple, para citar un ejemplo, y comprobar que no se mantienen los ofrecidos al público, podemos enunciar una de las cláusulas del contrato de comodato de la entidad telefónica, específicamente sobre la cobertura o señal a nivel nacional, cosa que puede comprobar cualquier persona, que posee los servicios de dicha entidad, donde se puede establecer, que al salir del perímetro de la ciudad la telefonía móvil carece de señal, por lo que queda de manifiesto que dicha cláusula es perjudicial al usuario y por consiguiente, puede ser motivo para dar por terminado el contrato.

➤ **"Predominio del Servicio Público"**

Ante todo debe tenerse en mira el beneficio colectivo y utilizarse este contrato sólo en empresas que explotan servicios de utilidad pública, porque si todos los casos de contrato se hicieran por medio de la adhesión llegaríamos al caso de tener una especie de tiranía civil, a no ser que se estableciera un control estricto de precios, pero esto ya no sería contrato de adhesión sino contrato dirigido por los poderes públicos.

4.4 Teoría de la imprevisión

De las diversas formas de exposición empleadas los autores consultados para presentar el planteamiento del problema que trata de resolver la teoría de la imprevisión, hemos preferido dar a conocer, por su claridad y sencillez, la que emplea el tratadista Rafael Rojina Villegas en su tratado de obligaciones, que lo enuncia así:

"Cuando las condiciones bajo las cuales se celebró un contrato, cambian notablemente, por hechos extraordinarios imposibles de prever. ¿Puede el juez alterar las obligaciones o los efectos del contrato, tomando en cuenta que han cambiado radicalmente las condiciones que se tomaron para obligarse? O bien, el juez debe respetar la fuerza obligatoria del contrato y hacerlo cumplir en sus términos, a pesar de que desde el punto de vista económico sea imposible, en ocasiones, o muy oneroso exigir el cumplimiento estricto". (Al tratar de los elementos de la imprevisión habremos

de referirnos a la imposibilidad que expone Rojina Villegas en el planteamiento del problema).

4.4.1 Efectos la cláusula rebus sic stantibus (teoría de la imprevisión)

Esta cláusula contractual conocida como teoría de la imprevisión, quiere decir que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas se mantengan en las mismas condiciones o situaciones iniciales.

Cabe entonces contestar las siguientes interrogantes El Artículo 1330 del Código Civil establece, lo relativo a la teoría de la imprevisión, definiendo “cuando las condiciones bajo las cuales fuere contraída la obligación cambiaren de manera notable a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y evitar, haciendo su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor el convenio podrá ser revisado mediante declaración judicial”.

Es necesario, entonces cuestionarnos ¿será procedente que los contratos de comodato de telefonía celular móvil, de la entidad telefónica móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, sean susceptibles a ser revisados judicialmente por ser estos cada vez más onerosos? A nuestro juicio, la teoría de la imprevisión es procedente en virtud de que la ley es tajante, al establecer como hemos venido enunciando en el contenido del Artículo 1330, que si cabe una revisión del contrato mediante declaración judicial, ya que el contrato mantiene las condiciones o situaciones iniciales bajo las cuales fue celebrado el mismo con el inconveniente de lo imprevisto que es la onerosidad; en la presente investigación se comprobó lo oneroso del contrato para el usuario por lo tanto, sí procede la revisión para garantizar la igualdad entre las partes contratantes y proteger el patrimonio del usuario para no lesionar los derechos de una de las partes que interviene en el contrato de comodato de la entidad telefónica.

CONCLUSIONES

1. El contrato, como casi todas las instituciones jurídicas, aparece primero en la vida práctica del hombre, como un hecho económico de la relación social de ahí ha sido tomado por el derecho y adecuado a los intereses del hombre y de la sociedad.
2. En todo contrato deben existir dos declaraciones de voluntad: una traslativa y otra receptiva, oferta y aceptación respectivamente, ni una ni otra, separadamente, pueden producir la relación contractual. Se necesita de la fusión de ambas, para crear la voluntad única, que en definitiva llega a constituir el contrato.
3. El comodato es un contrato que tiene su fundamento en un espíritu de liberalidad, de cortesía y asistencia mutua entre los hombres. Es ajeno a todo ánimo de lucro y nace de las necesidades de la convivencia social, consiste esencialmente en dar a otro una cosa para que la use en forma gratuita, por un tiempo para un uso determinado, con la obligación de devolverla una vez cumplido el término o el servicio que motivo su celebración.
4. El contrato de comodato, por su carácter de unilateral, propiamente solo produce obligaciones para el comodatario las que el Código Civil contempla, como obligaciones para el comodante, no nacen directamente de su naturaleza y constitución, sino que se producen por acontecimientos posteriores que pueden no llegar a producirse. La obligación de no perturbar al comodatario antes de que el contrato concluya, es una obligación que existe en todos los contratos y se fundamenta en los principios generales de la contratación. Pudo incluso haberse omitido en las obligaciones del comodante, por estar implícitas en aquellos principios.

RECOMENDACIONES

1. En virtud de que todo contrato genera derechos y obligaciones, en la investigación realizada, considero que el Estado de Guatemala debe en primer lugar velar por la igualdad de las partes que intervienen en el contrato de comodato que celebra la entidad Telefónica Móviles de Guatemala, Sociedad Anónima.
2. La finalidad del contrato de comodato tiene su fundamento en la gratuidad y la cortesía es decir que su fin no es el lucro, se considera que el contrato de comodato de la entidad Telefónica Móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, es demasiado oneroso para los usuarios, de esa cuenta se tergiversa la esencia del mismo, por lo cual a través de congreso de la República de Guatemala se debe reformar la ley de Protección al Consumidor para evitar el abuso de la entidad citada.
3. Se considera que en una de las cláusulas del contrato de comodato de la entidad Telefónica Móviles de Guatemala, Sociedad Anónima, debe incluirse la teoría de la imprevisión, para la revisión judicial cuando el contrato resulte perjudicial para el usuario.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS, José. **Manual de derecho romano**. 2º ed. Guillermo Kraft, Ltda.; 1949.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. T. III. Buenos Aires Argentina, Ed. de Palma, S. A., 1953.
- CANDIAN, Aurelio. **Instituciones de derecho privado**. 1ª ed. en español. Traducciones: Blanca P. L. de Caballeo y Álvaro Pascual Leone. México, D. F. Ed. Unión tipográfica Ed. Hispanoamericana, UTEHA, 1961.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español, Común y foral**; Madrid, España, Ed. Instituto Ed. Reus, 1963.
- CARAMES FERRO, José María. **Curso de derecho privado romano**. Buenos Aires, Argentina. Librería y Casa Ed. Emilio Perrot, 1943.
- DE CASO Y ROMEO, Ignacio y Francisco y Jiménez y Alfaro. **Diccionario de derecho privado**. T. I Y II y apéndice. 2º reimpresión. Barcelona, España. Ed. Labor, S. A. 1961.
- DE CASO Y ROMEO, Ignacio y Francisco y Jiménez y Alfaro. **Diccionario de derecho privado**. T. I Y II 1ª ed. y 3º reimpresión. Barcelona, España. Ed. Labor, S. A. 1967.
- DE PINA, Rafael. **Derecho civil mexicano**. T. I, México. Ed. Porrúa, S. A. 1960.
- DE PINA, Rafael. **Elementos de derecho civil, mexicano** 2ª ed. México, D. F., México Ed. Porrúa S. A. 1966.
- DE RUGGIERO, Roberto. **Instituciones de derecho civil**. Traductores: Ramón Serrano y Suñer y José Santa-Cruz Tejeiro. Anotada y concordada con la legislación española, por los traductores. Madrid España. Instituto Ed. Reus, centro de enseñanza y publicaciones, S. A., 1944
- Enciclopedia práctica de derecho**. Publicada bajo la dirección de Miguel Fenech. Barcelona España. Ed. Labor, S. A. 1952.
- Enciclopedia jurídica OMEBA**, Buenos Aires Argentina. Ed. bibliográfica argentina, 1955.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho Civil**. Madrid, España. Ed. Revista de derecho privado, 1954.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Vols. I, III Y V; 2ª ed. Madrid. Ed. Revista de derecho privado, 1961.

- JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Traductor: Santiago Cunchillos y Marterala. Revisado y completado por: André Brun; Buenos Aires, Argentina. Ed. Jurídicas. Europa-América, EJE A; Bosh y Cia. Editores, 1951.
- LAFAILLE. Héctor. **Curso de contratos**. Compilado por Pedro Frutos y Gustavo Argüello. Buenos Aires, Argentina; biblioteca jurídica argentina; Talleres gráficos Ariel, 1927.
- MANRESA Y NAVARRO, José Manuel. **Comentarios al código civil español**. 3ª ed. corregida y aumentada, Madrid, España, Ed. Reus, S. A., 1920.
- MATÍAS LÓPEZ, Pedro, Sandra Elizabeth Pérez Soto. **Propuesta de un programa de selección de personal para Guatel**. Impresos "Carma" 10 Av. 3-32 zona 1 Guatemala C.A. 1998.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Traductor: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Argentina. Ed. jurídicas Europa-América, EJE A, 1954.
- MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Traductores: R. O. Fontanarrosa, S. Santiago Sentis Melendo y M. Voltierra, con notas de derecho argentino de Vittorio Nepi. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina. Ed. jurídicas Europa-América, EJE A, 1952.
- OJEDA SALAZAR, Federico. **Exposición de motivos del Código Civil de Guatemala**. Imprenta Hispana, Guatemala, Guatemala, S. A. (s/f)
- PESCIO V., Victoriano. **Manual de derecho civil**. Santiago de Chile. T. III; Ed. jurídica de Chile, 1948.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español**. T. IV, Vols. I y II Madrid, España. Ed. Revista de derecho privado, 1960.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español**. Madrid, España; Ed. Revista de derecho privado, 1958.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. T. I. Barcelona, España. Ed. Nauta S. A. 1966.
- RICCI, Francisco. **Derecho civil teórico y práctico**. Traducciones: Eduardo Ovejero. Madrid, España; Ed. La España moderna, 1920.
- RIPERT, Georges Y JEAN Boulanger. **Tratado de derecho civil**, según el Tratado de Planiol. Traducción: Delia García Daireaux. Buenos Aires, Argentina. Ed. La ley, 1965.
- RIPERT, Georges Y JEAN Boulanger. **Tratado de derecho civil español**, T. IV Vols. I y V. Traducción: Delia García Daireaux. Buenos Aires, Argentina. Talleres gráficos de "La ley, S. A." 1965.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. Antigua librería Robledo. México, D. F. 1962.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. T. V, Vol. I México, Antigua librería Robledo. México, D. F. 1951.

SALVAT, Raymundo M. **Tratado de derecho civil argentino**. Buenos Aires, Argentina. Ed. La ley. 1946.

SOHM , Rodolfo. **Instituciones de derecho romano**. Historia y sistema. Traductor: W Roces. 17º ed. Corregida por: L: Mitties y sacada a la luz por L Wegner. Madrid, España. Librería general Victoriano Suárez, 1928.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. T. II 4ª ed. Valladolid, España. Talleres tipográficos Cuesta, 1937.

VASQUEZ MARTINEZ, Edmundo. **Derecho mercantil I**. Guatemala, C.A. Ed. Universitaria, 1966.

VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. 2ª ed. México; Ed. Nacional Edinal S. De R. L., 1956.

Legislación

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

Código Civil de la República de Guatemala. Decreto Ley 106. Congreso de la República de Guatemala, 1963.

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

Código Penal, Decreto número 17-73. Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Ley de Protección al Consumidor, Decreto número 006-2003. Congreso de la República de Guatemala, 2003.

