

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

**LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS Y LA
INAPLICABILIDAD DE LAS FIGURAS JURÍDICAS DEL MANDATO Y LA AUSENCIA**

ADALJIZA SALAZAR QUIÑÓNEZ.

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007.

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

**LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS Y LA
INAPLICABILIDAD DE LAS FIGURAS JURÍDICAS DEL MANDATO Y LA AUSENCIA**

TESIS

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

Por

ADALJIZA SALAZAR QUIÑÓNEZ.

Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de
ABOGADA Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2007.

**HONORABLE 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. César Landelino Franco López.
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla.
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez.
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja.
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López.
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

PRESIDENTE:	Lic. Oscar Mauricio Villalta González.
VOCAL:	Lic. Sergio Armando Pineda Castañeda.
SECRETARIO:	Lic. Héctor René Marroquín Aceituno.

Segunda Fase:

PRESIDENTE:	Lic. Héctor Aqueche Juárez.
VOCAL:	Licda. Lesbia Leal Chávez de Julián.
SECRETARIA:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez.

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

ACTO QUE DEDICO

A DIOS Y A LA VIRGEN MARÍA

Por ser siempre el camino a seguir.

A MIS PADRES

Oswaldo Salazar Meza y Candelaria Quiñónez de Salazar, por sus esfuerzos y apoyo constante para hacer realidad esta meta.

A MI ESPOSO

Carlos Omar, por su amor y ayuda constante.

A MI HIJA

Diana María, con todo mi amor y para que en un futuro le sirva de ejemplo y motivación.

A MIS SUEGROS

Carlos Humberto Martínez y Gloria Elizabeth Monzón, con agradecimiento profundo.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Por brindarme la mejor formación en tan glorioso templo del saber.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Por los grandes catedráticos que acoge y que con sus conocimientos me forjaron para el futuro, y de manera especial al Licenciado Héctor René Marroquín Aceituno por su apoyo constante.

ÍNDICE

	pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. La institución jurídica de la ausencia.....	1
1.1 Antecedentes históricos de la ausencia	1
1.2 Diferentes definiciones de la ausencia	5
1.3 Modalidades y objeto de la ausencia	6
1.4 La figura del defensor judicial y del guardador en la ausencia.....	8
1.5 Efectos que genera la figura de la ausencia.....	11

CAPÍTULO II

2. La institución jurídica del contrato de mandato	17
2.1 Naturaleza jurídica y definición del mandato.....	17
2.2 Elementos del mandato y obligaciones que genera.....	19
2.3 Características del mandato	24
2.4 Clases de mandato	26
2.5 Objeto y formas de otorgar el contrato de mandato	30

CAPÍTULO III

3. La gestión de negocios	33
3.1 Características y elementos de la gestión de negocios	36
3.2 Ratificación y cesación de la gestión de negocios	38

CAPÍTULO IV

pág.

4. El contrato.....	43
4.1 Definición y perfeccionamiento del contrato.....	44
4.2 Características y objeto del contrato.....	46
4.3 Formas de otorgar el contrato.....	48
4.4 Clases de contrato.....	50
4.5 Efectos y pérdida de la eficacia de los contratos.....	53

CAPÍTULO V

5. Derecho de obligaciones.....	61
5.1 Fuentes de las obligaciones.....	66
5.2 Clasificación de las obligaciones.....	68
5.3 El incumplimiento de las obligaciones.....	73

CAPÍTULO VI

6. La aplicación supletoria de la gestión de negocios por la ausencia y el mandato.....	77
6.1 Similitud entre la gestión de negocios, la ausencia y el mandato.....	78
6.2 Diferencia entre la gestión de negocios, la ausencia y el mandato.....	84
6.3 Efectos de la gestión de negocios relacionados con la ausencia y el mandato.....	92
6.4 La seguridad jurídica que ofrece la ausencia y el mandato, relacionado con la gestión de negocios.....	95

CONCLUSIONES	99
RECOMENDACIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación analiza la aplicación supletoria que actualmente soporta la figura jurídica de la gestión de negocios con respecto a la inaplicabilidad del mandato y la ausencia, toda vez que se confunde el objeto y los fines para los cuales se establecieron dentro de la normativa legal éstas figuras, distorsionando y desvirtuando de ésta manera la seguridad jurídica que conllevan las mismas y que debiera imperar.

La presente investigación, se compone de seis capítulos, el capítulo primero desarrolla la figura jurídica de la ausencia, a través de un análisis de sus antecedentes históricos, su objeto y las definiciones aportadas por varios autores, así como el papel que juegan las figuras del defensor judicial y el guardador en cuanto a la administración de los bienes de otra persona.

En el capítulo segundo se desarrolla el contrato de mandato, que se encuentra íntimamente relacionado con la ausencia. Su naturaleza jurídica coadyuva a comprender los elementos y características que lo conforman, derivando una serie de formas para otorgarlo que dependen de la obligación que se desea generar.

En el capítulo tercero se desarrolla la gestión de negocios, que se encuentra basada en un cuasicontrato, siendo necesaria para su validez la ratificación, y toma como base el consentimiento que es movido por la voluntad y oficiosidad del gestor sin que exista una obligatoriedad que le comine al cumplimiento de la misma.

En el capítulo cuarto la figura jurídica del contrato se desarrolla como base sustentadora del acuerdo de voluntades, tomando en cuenta sus efectos, el objeto que persigue, las diferentes formas de otorgarse, su perfeccionamiento así como la pérdida de su eficacia que provocan los vicios del consentimiento.

Otra de las bases de estas tres figuras jurídicas se desarrolla dentro del capítulo quinto y lo constituye el derecho de obligaciones el cual es analizado como un vínculo jurídico que se basa en las diferentes fuentes de la obligación generando una clasificación que atiende a los elementos que le conforman de lo cual nacen las relaciones jurídicas en donde el sujeto activo tiene comprometido y a su disposición el patrimonio del sujeto pasivo para ejecutarlo en caso de incumplimiento.

Analizadas las instituciones de derecho que fundamentan el presente trabajo investigativo se desarrolla en el capítulo sexto, la aplicación supletoria entre las mismas que generan el nacimiento de una contravención de los mandatos legales por sus similitudes, analizándose las diferencias entre las mismas, para conjugar los efectos legales y la seguridad jurídica que ofrecen las la ausencia y el mandato.

CAPÍTULO I

1. La institución jurídica de la ausencia.

La ausencia es la falta de presencia en el lugar, por lo que una persona se ve imposibilitada de ejercitar derechos o bien cumplir obligaciones patrimoniales o judiciales de forma personal, por lo cual la declaración judicial de esta figura establece una seguridad jurídica al momento en que se resguardan los derechos de quien no se encuentra presente, toda vez que el ausente no puede ejercitar por si mismo los derechos y obligaciones legales que le corresponden por su calidad de no presencia.

Éste resguardo nace a través de un imperativo legal que le da nacimiento a la figura jurídica del guardador quien está legalmente investido como representante legal, por lo que su función primordial es responder y ejercitar los derechos y obligaciones patrimoniales y judiciales del ausente, hasta que éste se apersona o bien se le otorgue la administración a los parientes.

1.1 Antecedentes históricos de la ausencia.

El tratadista Puig Peña en su compendio de derecho español, realiza un análisis de la figura jurídica de la ausencia, a través del tiempo en el derecho romano, el sistema francés, el derecho germánico, el derecho italiano, hasta las legislaciones modernas, y deduce la falta de leyes antiguas sobre la regulación de la ausencia y el interés del los estados modernos desató un fenómeno histórico – legislativo, en el cual las generaciones antiguas estaban unidas al hogar y no a su patria. Ahora bien en el

derecho romano no se presumía muerta una persona mientras no se probase, por ende no habría sucesión ni entrega de los bienes a los herederos sin perjuicio de los derechos de aquel, sin embargo la ausencia no fue sistematizada en el derecho romano.

Así mismo el denominado sistema francés o sistema latino surgió con el Código francés, promulgado en 1804, el cual resultó complicado y con los plazos excesivamente largos por lo que no llega nunca a la declaración de muerte del ausente, ni conoce distinción entre ausente y desaparecidos en una circunstancia de riesgo, encontrándose sus principales características basadas en la distinción de tres periodos los cuales son: La presunción de ausencia que se limita a tomar medidas de protección de los intereses del ausente; la posesión provisional en donde se organiza la protección del patrimonio de modo estable y por último la posesión definitiva en donde se abre la sucesión del ausente.

El derecho germánico o sistema alemán, por el contrario presumía la muerte después de un lapso relativamente breve y no establecía cautela de bienes, sino que se entregaban en plena potestad a los parientes más cercanos, constituyendo esta entrega una posesión espacialísima que se consolidaba con el transcurso del tiempo, sistema contenido en el Código Civil alemán, promulgado en 1900 y más tarde en el código de Suiza, con ciertas modificaciones distingue la simple ausencia material (falta de presencia) de la desaparición, y en la ausencia material, posibilita medidas provisionales, mediante el nombramiento de una especie de curador de los bienes.

En cuanto a la desaparición o ausencia propiamente dicha, el derecho germánico distingue la simple desaparición y la desaparición con peligro grave para la vida (ausencia calificada).

Los jurisconsultos italianos en el siglo XVI, hicieron una constitución sistemática de la ausencia, la que principalmente ha inspirado a las legislaciones modernas y en el derecho español antiguo las partidas deponían que se nombrara curador al que se creía que estaba muerto cuando iba a ser demandado.

En las legislaciones modernas se tiende a tomar como tipo el sistema alemán o germánico, adecuándolo a las necesidades y circunstancias de cada país y especialmente normando la presunción de muerte resultante por una calamidad natural o siniestro y cualquier caso de accidente en que se teme fundamentalmente por la vida de la persona que no aparece y cuyo cadáver no fue encontrado, casos en los cuales los términos se reducen drásticamente por razón de la evidencia que hace más probable la no existencia de la persona.

En Guatemala el Código Civil de 1877 en los Artículos comprendidos del 84 al 113, se sistematizó por primera vez la figura de la ausencia, conteniendo cierta influencia del código francés y ocupándose de dicha materia el libro I, título III, capítulo III, en donde se consideraba ausente al individuo cuyo paradero se ignora o que se halle fuera de la república y la posesión provisional de bienes era concedida después de cinco años de no tener noticia alguna del ausente, a los herederos testamentarios o

legales. Se le nombraba defensor para responder demandas para hacer valer algo en juicio al ausente de la república que no hubiese dejado apoderado, cónyuge, hijos mayores ni guardadores.

Si se comprobaba la muerte o transcurría el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de sesenta años, sus herederos podían pedir la posesión definitiva de la herencia, tipificándose la presunción de muerte.

El tratadista guatemalteco, Alfonso Brañas, señala que: “el Código de 1933 reguló la materia en el libro I, título III, capítulo I, bajo el título ausencia y muerte presunta, ausente dice ése Código, es la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella y también la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora, la presunción provisional o definitiva era revocable si se recibían noticias de que vivía el ausente”.¹ (sic.)

Actualmente la sistemática seguida por el Código Civil es la de concepto de ausencia, declaración de ausencia para la representación en juicio, declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente, administración de los bienes por los parientes, muerte presunta y posesión definitiva de los bienes del ausente.

¹ Brañas, **Ob. Cit.**, págs. 71 a 75.

1.2 Diferentes definiciones de ausencia.

El tratadista Alfonso Brañas, define que: “la expresión ausencia, se contrapone a la de presencia, sobre entendiéndose que la ausencia es la no presencia y que en sentido vulgar se llama ausente al que esta fuera del lugar en que tiene su domicilio o residencia, equivaliendo a la no presencia material, toda vez que el domicilio, la residencia y la permanencia accidental, constituyen una relación positiva de la persona con un lugar, y la ausencia constituye la relación negativa, pero en sentido técnico, ausente es quien desapareció ignorándose su paradero y dudándose de su existencia, denotando la condición de la persona cuya existencia se ignora, porque no ha dado de sí noticia alguna, en este sentido la ausencia exige la incertidumbre absoluta sobre la existencia de una persona.”² (sic.)

Para Puig Peña, “ausente es el que no se encuentra en un momento determinado, en el lugar donde su presencia es necesaria, agregando a éste elemento negativo la circunstancia del paradero ignorado, para perfilar de una manera técnica el significado de la ausencia se exige el requisito de la duda sobre la existencia de la persona.”³

Cabanellas, por su parte define que: “en derecho la ausencia es el alejamiento, la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su

² Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, págs. 70 y 71.

³ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, Tomo I, pág. 309.

paradero, sin constar además si vive o ha muerto, y sin haber dejado representante.”⁴ encontrándose similitud entre las mismas.

La legislación guatemalteca, a través del Código Civil establece que la ausencia, es referida en un orden de menor a mayor probabilidad de que el ausente viva, y considera como ausente a la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella, no existiendo duda respecto a su existencia, teniendo gran importancia para la representación en juicio.

Por lo que se considera ausente, para los efectos legales, la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora, aquí figura la denominada ausencia propiamente dicha, en la cual es determinante la duda sobre la existencia de la persona. Asimismo, le impone la obligación de dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de obligaciones y ejercitar derechos que deba cumplir en la república y si no lo hiciere se le declarará ausente a petición de parte.

1.3 Modalidades y objeto de la ausencia.

Continúa manifestando el tratadista citado que: “se pueden determinar dos modalidades dentro de la definición de ausencia, la primera es la ausencia propiamente y es llamada por la doctrina alemana ausencia simple, toda vez que se sobreentiende que la persona se halla fuera de la república y que tiene o hubiese tenido su domicilio

⁴ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo I, pág. 414.

en ella, dándose por cierto que la persona existe, que vive y que se encuentra fuera de la república (conociéndose su paradero la mayor parte de veces). En ésta modalidad la ausencia afecta el patrimonio del ausente, sujetándolo a la potestad paterna, conyugal, tutelar o representativa y gestora de otra especie, pudiéndose solicitar la intervención de las autoridades para los casos más complejos y siempre que tenga que suplirse al ausente ya sea por ausencia prolongada o que trascienda a terceros. La segunda modalidad, la desaparición, que es llamada por la doctrina alemana ausencia calificada, (aquella que ocurre en circunstancias en que el peligro de muerte es evidente), y son circunstancias determinantes: que la persona este desaparecida de su domicilio y que se ignore su paradero, así como el transcurso del tiempo el cual determina la incertidumbre respecto a la existencia del ausente y cobra relevancia con proyecciones legales. ”⁵

Dentro del Código Civil guatemalteco, no se hace diferencia alguna en cuanto a éstas dos modalidades que son tratadas por la doctrina, sin embargo en el Artículo 42 se puede evidenciar que en la primera parte se considera como ausente a la persona que se halla fuera de la república y tiene o ha tenido su domicilio en ella. El segundo párrafo de dicho Artículo también considera ausente, para los efectos legales, a la persona que ha desaparecido de su domicilio y cuyo paradero se ignora.

En cuanto al objeto que persigue la figura jurídica del mandato, Puig Peña señala que: “la ausencia no es por si sola una causa modificativa de la capacidad civil,

⁵ Cabanellas, **Ob. Cit**, Tomo I, pág. 414.

puesto que el ausente donde se encuentre puede ser plenamente capaz, es pues un hecho con influencia sobre la situación jurídica de una persona, dado que ésta no puede ejercitar de momento sus derechos, por eso la ausencia determina un estado civil especial que provoca a su vez la necesidad de una institución supletoria ya que los bienes y asuntos de una persona se encuentran en estado de abandono, teniendo ésta institución supletoria por misión encargarse del cumplimiento de los deberes y ejercicio de los derechos del ausente.”⁶

Según se enmarca en el Código Civil guatemalteco, la declaración de ausencia tiene como único objeto el nombrar defensor judicial para los casos en que deba responder el ausente a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio, éste nombramiento debe recaer preferentemente en el mandatario con facultades suficientes que se hubiese dejado y en su defecto en una persona de notoria honradez, arraigo y competencia. Artículos 44, 45 del Código Civil.

1.4 La figura del defensor judicial y del guardador en la ausencia.

Para Alfonso brañas, el defensor judicial “es la persona cuya función judicial esta circunscrita al litigio de que se trate, su actuación termina desde que termine el litigio en que se le nombró. El nombramiento del defensor se hace en las diligencias de ausencia, previas al litigio en que procederá o bien desde que se provea de guardador

⁶ Puig Peña, **Ob. Cit.**, tomo I, pág. 310.

de bienes al ausente o desde que éste se apersona por sí o por medio de apoderado con facultades suficientes.”⁷ (sic.)

De manera similar Cabanellas define que: “el defensor judicial es la persona investida con la representación procesal para aquellos juicios en donde resulten intereses del representado, sustituyéndole de ésta manera para que el mismo cumpla y ejercite derechos, pudiendo actuar de palabra o por escrito, y debe ser nombrado por la parte interesada o por intervención judicial.”⁸

De lo establecido en el Código Civil guatemalteco, en cuanto a la figura del defensor judicial, se determina que es la persona que responde a una demanda o hace valer algún derecho en juicio en nombre del ausente ya que los derechos como las obligaciones del mismo no pueden quedar en situación de incertidumbre respecto a su ejercicio y cumplimiento, de ahí que la ley prevea ésta figura para que se continúe con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones del ausente, lo cual viene a constituir el objeto de ésta figura.

En cuanto a la figura jurídica del guardador, se establece dentro del Código Civil guatemalteco, que la declaración de ausencia conlleva el nombramiento de guardador de los bienes del ausente quien asumirá la representación, cesando en sus cargos el defensor específico y el depositario provisional, dicho nombramiento también puede

⁷ Brañas, **Ob. Cit**, págs. 76 y 77.

⁸ Cabanellas, **Ob. Cit**, Tomo III, págs. 45 y 46.

recaer en el defensor específico que tiene la representación judicial del presunto ausente, por lo que el guardador, es administrador de los bienes del ausente, teniendo las mismas obligaciones, facultades como las prohibiciones de los tutores en lo que fueren aplicables. Termina el cargo del guardador, cuando se apersona el ausente por si o por medio de apoderado, cuando se extinguen los bienes o dejan de pertenecer al ausente, cuando fallezca el guardador, se le admita la renuncia o se le remueva del cargo, en cuyos casos el juez procederá de oficio a nombrar nuevo guardador y cuando se da la administración de los bienes a los parientes, lo considerado se encuentra en los Artículos 47 al 54 del Código Civil.

La remoción del guardador puede ser solicitada por el Ministerio Público y los parientes del ausente, denunciando al juez las causas de la remoción, las cuales no aparecen especificadas en el Código Civil, y únicamente dispone que cuando el guardador sea removido por su culpa no tendrá derecho a retribución alguna, o sea a la retribución anual a que se refiere el Artículo 51 del Código Civil, la cual es fijada por el juez competente de acuerdo con lo establecido en el Artículo 340 del mismo cuerpo legal. Dicha remuneración no puede bajar del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes.

Alfonso Brañas señala que: “puede distinguirse la remoción sin mediar culpa del guardador y la remoción por culpa de éste, quedando a falta de preceptos expresos sobre el particular, a criterio del juez quien resolverá lo conveniente en cada caso, tomado en cuenta los elementos y circunstancias que tenga a su disposición. El

guardador puede adquirir para el ausente bienes o derechos por sucesión u otro título gratuito, caso en el cual debe denunciarlo al juez respectivo y ampliar el valor de los bienes o derechos, asimismo, la garantía que hubiere prestado y debe evitar toda adquisición aún a título gratuito que pueda resultar dañosa a los intereses que representa y debe rendir cuentas de su administración al momento de terminar su representación, cesando de ésta manera en la misma.”⁹ (sic.)

1.5 Efectos que genera la figura de la ausencia.

Dentro del Código Civil se encuentran enmarcados cinco efectos que emanan de la declaración de ausencia los cuales son:

- Declaración de ausencia para la representación en juicio: El Código dispone que toda persona con derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir en la república y que se ausente de ella, deberá dejar mandatario legalmente constituido, con todas las facultades especiales para responder de las obligaciones del mandante, quien tendrá a su cargo la representación judicial del ausente, específicamente para responder a una demanda o hacer valer algún derecho en juicio, limitándose de ésta manera las facultades del mismo al litigio para el cual fue nombrado, toda vez que su nombramiento se realizará previo al litigio en el cual comparecerá.
- Declaración de ausencia para la guarda y administración de los bienes del ausente: éste efecto inicia con la denuncia de la ausencia que puede hacerla cualquier persona capaz o el Ministerio Público, cuando el ausente tenga

⁹ Brañas, **Ob. Cit**, págs. 78 a 80.

bienes que deban ser administrados y conlleva el nombramiento de un administrador de los bienes de aquel, pasando a ser éste el guardador, quien tendrá las facultades y prohibiciones de los tutores y termina su cargo a causa de diferentes circunstancias que pueden sobrevenir o por remoción, siendo obligaciones del representante: Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles; prestar la garantía que el juez prudencialmente fije, quedando exceptuados de ésta obligación el cónyuge, hijos y ascendientes; conservar y defender el patrimonio del ausente; ajustarse a las normas que en orden a la administración y posesión de los bienes del ausente se establecen.

- Administración de los bienes por los parientes del ausente: La administración de los bienes del ausente puede ser solicitada y ejercida por el cónyuge e hijos del ausente y a falta de ellos por los parientes consanguíneos en el orden de sucesión establecido en el Artículo 55 del Código Civil, quienes deben constituir hipoteca o prestar fianza por el valor de los mismos, ya que sin el cumplimiento de éste requisito no puede el guardador cesar en su administración, asimismo, los parientes que tuvieren la administración asumirán la representación legal del ausente y harán suyos los frutos civiles y naturales de los bienes, no pudiendo retenerlos por causa alguna, ni rehusarse a su entrega inmediata al ausente cuando regrese o a la persona que legalmente lo represente, toda vez que el ausente mientras viva conserva la posesión civil de los bienes, bajo el amparo de la ley. Dado el caso que el ausente no tenga cónyuge, hijos o parientes consanguíneos, el

guardador seguirá ejerciendo la administración de los bienes hasta que se declare la muerte presunta del ausente y se resuelva lo relativo a la posesión de la herencia.

- Muerte presunta: esta figura podrá declararse después de transcurridos cinco años desde que se decreta la administración por los parientes o desde que se tuvo la última noticia del ausente y en tal caso podrán sus herederos testamentarios o legales pedir la posesión de la herencia, toda vez que es suficiente para promover el proceso sucesorio la presunción de muerte, refiriéndonos así al caso de la ausencia propiamente dicha. Actualmente se hace innecesaria la espera de tanto tiempo toda vez que se cuenta con comunicaciones y servicios internacionales que facilitan toda clase de noticia.
- Posesión definitiva de los bienes del ausente: El tratadista citado considera que: “obtenida la declaración de herederos, éstos pueden solicitar y obtener la posesión de los bienes del ausente. Declarada la muerte presunta del ausente podrán los herederos testamentarios o legales pedir la posesión de la herencia, la cual corresponderá a quienes resulten herederos del ausente en la fecha señalada como día de la muerte presunta, sin embargo en cualquier tiempo que se estableciere la fecha exacta del fallecimiento del ausente, en esa fecha se considerará abierta la sucesión para el efecto de declarar quienes son los herederos, posesión que no tiene carácter de provisional por la forma en que sucedieron los hechos y cesa la presunción de la muerte ante la evidencia de la misma. Cuando haya noticia comprobada de que vive el ausente, la posesión de los bienes cesará y el

heredero tendrá a su cargo la representación judicial, quedando desde entonces el heredero con el carácter de guardador y sujeto a todas las obligaciones de éste.”¹⁰ (sic.)

El tratadista Federico Puig Peña, señala que “con relación a la representación del ausente y la defensa de su patrimonio le corresponde a las siguientes personas: Primero al cónyuge presente mayor de edad, no separado legalmente; en segundo lugar al hijo legítimo mayor de edad; en tercero al ascendiente más próximo; en cuarto a los hermanos de doble vínculo, varones, mayores de edad por orden de preferencia del mayor sobre el menor; y en quinto lugar, en defecto de las personas expresadas, a la persona solvente y de buenos antecedentes que el juez designe a su prudente arbitrio.”¹¹

A través del desarrollo del presente capítulo en base a lo establecido en el Código Civil guatemalteco así como lo considerado por los diferentes tratadistas y autores referidos, la figura jurídica de la ausencia es de aplicación específica en aquellos casos en los cuales se encuentren derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir dentro de la república y se carezca de la presencia física de su titular.

Con el fin de resguardar los derechos y obligaciones del ausente y no dejarlos a la deriva, por imperativo legal se da constitución al mandatario judicial, quien debe ser

¹⁰ **Ibid**, págs. 76 a 83.

¹¹ Puig Peña, **Ob. Cit**, Tomo I, pág. 320.

autorizado para representar al ausente y así revestir de legalidad todos los actos que apegado a las normativas legales ejercite durante su ejercicio y produzca los efectos jurídicos específicos.

Al encontrar regulados dentro del Código Civil guatemalteco los casos en los cuales se debe aplicar ésta figura así como los elementos personales que le dan vida y la deben de ejercer, se pone de manifiesto la coherencia que debe de prevalecer en el ordenamiento jurídico; asimismo, denota el principio de tutelaridad al resguardar los intereses de aquel que por la falta de presencia física, o bien por falta de cumplimiento a la obligación de dejar mandatario legalmente constituido, no puede ejercitarlos personalmente.

CAPÍTULO II

2. La institución jurídica del contrato de mandato.

A través del contrato de mandato una persona llama poderdante o mandante encomienda a otra que se llama apoderado o mandatario la ejecución de actos o negocios y debe mediar por parte del mandatario un consentimiento que se traduce a la aceptación previa al ejercicio del cargo, la cual puede ser: tácita o expresa. El Código Civil guatemalteco regula lo concerniente al mandato y determina que pueden ser objeto del contrato de mandato todos aquellos actos o negocios para los cuales la ley no exige la intervención personal del titular. Artículos 1686 al 1727.

Este contrato es calificado como solemne toda vez que la encomienda que realiza el poderdante al apoderado debe hacerse constar a través de escritura pública y dependiendo de la forma en que se le haya otorgado el mandato el apoderado ejecutará los actos o negocios ya sea obligando al mandante o bien en nombre propio.

2.1 Naturaleza jurídica y definición del mandato.

El contrato de mandato nace de la existencia de un encargo o una encomienda que una persona hace a otra, el encargo puede ser específico en el sentido de limitarse a la realización de un acto determinado, cuyas características se identifican en el propio contrato, asimismo, se establece a través del mandato una situación preparatoria pues dicho contrato tiene como fin que el mandatario realice y lleve a cabo otros actos y negocios jurídicos por cuenta del mandante.

El mandatario actúa siempre por cuenta del mandante, de modo que los efectos y consecuencias económicas y jurídicas de los actos y negocios que aquel realiza se reflejan finalmente sobre el patrimonio del mandante, éste es el efecto más especial y característico del mandato pues trasciende de las relaciones entre las partes del contrato y se habilita y faculta al mandatario para que entable y realice relaciones con terceros, en las que él ordinariamente no adquiere derechos u obligaciones frente a éstos, sino que lo hace para beneficio del mandante, de modo que resulta una relación jurídica entre el mandante y el tercero.

El contrato de mandato no es de los que se agotan y cumplen en el momento de otorgarse sino que se otorga precisamente con la intención de que produzca efectos jurídicos, en el futuro cuando el mandatario lo ejercite y cumpla el o los encargos que se le hicieron.

El autor guatemalteco Vicente Roca define que “el contrato tiene lugar cuando una persona da, encomienda a otra el poder o la realización de uno o más actos o negocios, que esta aceptó, para representarla a efecto de ejecutarlos en su nombre y por su cuenta.”¹²

Así mismo el tratadista Viteri Echeverría, señala que: “el mandato es el contrato por el cual una persona, llamada comúnmente apoderado, confía la gestión de uno o

¹² Roca Menéndez, Manuel Vicente, **Derecho de obligaciones de los contratos en particular**, pág. 97.

más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, denominando mandatario o poderdante.”¹³

2.2 Elementos del mandato y obligaciones que genera.

Dentro de los elementos que conforman el contrato de mandato se encuentra el elemento personal que esta conformado por una parte por el mandante o poderdante y es la persona que da el encargo para la realización de actos, por la otra parte se encuentra al mandatario o apoderado que es la persona a quien se hace el encargo o se encomienda la realización de actos o negocios por cuenta del mandante o poderdante y quien se obliga a desempeñarlo.

Tanto el mandante como el mandatario deben tener capacidad de ejercicio pues el mandato establece entre ellos una relación contractual que les otorga derechos y les impone obligaciones recíprocas, que no válidamente puede celebrarse si alguna de las partes careciere de capacidad.

Otro de los elementos que conforman el mandato es el consentimiento que es esencial para que el mandato exista y produzca efectos jurídicos, toda vez que se requiere la manifestación de voluntad del mandante, al designar su mandatario y señalarle el encargo que le hace y las facultades que para ello le otorga, siendo esencial la aceptación del mandatario la que puede constar expresamente, en el propio documento que se otorga el mandato o bien puede ser tácita de conformidad

¹³ Viteri Echeverría, Ernesto Ricardo, **Los contratos en el derecho civil guatemalteco**. pág. 15.

con lo que establecen los Artículos 1252 y 1687 del Código Civil, al regular que la aceptación tácita del mandato resultaría del ejercicio del mismo o de la realización por parte del mandatario de los actos o negocios objeto del mandato.

El objeto, es otro de los elementos del mandato y lo constituyen tanto los actos como los negocios jurídicos que el mandatario queda autorizado a celebrar por cuenta de su mandante. El Código Civil guatemalteco, regula que pueden ser objeto de mandato todos los actos o negocios para los que la ley no exige intervención personal del interesado y prohíbe expresamente el otorgamiento de mandato para testar o donar por causa de muerte y para modificar o revocar tales disposiciones.

Para ejercitar actos personalísimos tales como el ejercicio de un cargo público, ejercer el derecho político de voto, ejercitar la patria potestad o la tutela, no se puede otorgar mandato tal y como se establece en el Código Civil.

El contrato debe otorgarse a través de una escritura pública, como requisito esencial para su existencia, esto le otorga su carácter de solemnidad y constituye el último de los elementos del contrato que es la forma.

Para Vicente Roca existe "otra formalidad esencial del mandato que es la inscripción del mismo en el Archivo General de Protocolos y en su caso en el Registro

Mercantil, así como el ser aceptado por el mandatario ya sea en forma expresa, en forma tácita o implícita.”¹⁴ (sic.)

Dentro de las obligaciones que genera el contrato de mandato, se encuentra que las mismas van dirigidas tanto al mandatario como al mandante por lo cual se dice que en cuanto al mandante éste asume todos los derechos, y responder por todas las obligaciones derivados de los negocios jurídicos realizados por el mandatario en ejercicio del mandato. Artículo 1712 del Código Civil.

Así mismo, el mandante debe indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin dolo ni culpa del propio mandatario. Esta obligación del mandante se manifiesta en la obligación de mantener libre e indemne al mandatario por reclamos de las otras partes contratantes y aún de terceros, por los actos realizados en cumplimiento del mandato lo cual se establece dentro del Artículo 1714 del Código Civil.

En cuanto a los fondos necesarios, para el cumplimiento del mandato son dados por el mandatario y alternativamente o adicionalmente reembolsar los gastos en que el mandatario incurre en el cumplimiento del mandato, más intereses al tipo legal aunque el negocio realizado por el mandatario por cuenta del mandante no haya tenido éxito, sin culpa del mandatario. El mandante no esta obligado a anticipar fondos para

¹⁴ Roca Menéndez, **Ob. Cit**, págs. 100 y 101.

cumplir el mandato, pero el mandatario debe ser diligente en el sentido de pedirlos con suficiente anticipación y en cantidad adecuada. Artículo 1713 del Código Civil.

La retribución que se hace al mandatario, pagándole los honorarios que se hayan convenido y a falta de convenio los que fije el juez y en caso de mandatos judiciales los que le corresponden de acuerdo al Arancel de Abogados, Árbitros, Procuradores, Mandatarios Judiciales, Expertos, Interventores y Depositarios, toda vez que el mandato es esencialmente oneroso y gratuito solo en caso de que el mandatario así lo haya aceptado expresamente se regula en el Artículo 1689 del Código Civil, así como la obligación de cubrir la remuneración del mandatario es independiente de los resultados económicos que deriven del ejercicio del mandato o de la diligencia o negligencia con que el mandatario se desempeña.

Otra obligación del mandante se encuentra regulada en el Artículo 1,716 del Código Civil y se refiere en cuanto a responder en forma mancomunada y solidariamente a favor del mandatario en caso fueren varios los mandantes que encargan al mandatario un negocio común.

Ahora bien en cuanto a las obligaciones que se generan para el mandatario se encuentra que debe desempeñar el mandato con toda la diligencia y responder ante el mandante por los daños y perjuicios que le cause al mandatario según el Artículo 1705 del Código Civil, a ésta obligación se le debe agregar que el ejercicio del mandato es personal por lo que implica que el mandatario no puede delegar o encargar a otro la

ejecución de la encomienda que se le ha hecho, salvo que estuviere facultado especialmente para ello por el mandante. Artículo 1707 del Código Civil.

Así mismo, debe sujetarse a las instrucciones del mandante, tal y como se establece en el Artículo 1706 del Código Civil, toda vez que dichas instrucciones pueden ser ostensibles si constan en el propio documento del mandato en cuyo caso no solo el mandatario sino los terceros que con éste contraen tienen conocimiento de ellas. También las instrucciones pueden ser en forma privada de modo que solo ellos las conocen.

No debe el mandatario separarse ni excederse de las facultades y límites del mandato, debiendo proceder con un criterio restrictivo, en cuanto al alcance de las facultades conferidas, toda vez que el contrato que celebre el mandatario excediéndose de las facultades del mandato es anulable por el mandante, pero se permite que éste lo ratifique expresa o tácitamente y obligaría al mandante frente a terceros. Artículo 1706 del Código Civil.

El mandatario debe rendir cuentas a su mandante de todos los actos y negocios realizados en ejercicio del mandato. Lo cual implica mantenerle informando de todas las actividades realizadas, entregar al mandante todos los bienes que tenga en su poder cuando éste lo requiera. La obligación de rendir cuentas puede el mandante exigirla a su mandatario o a los herederos de éste aún después que el mandatario ha terminado y que el mandante haya fallecido. Artículo 1706 del Código Civil.

Al hacer un análisis sobre la definición del mandato, las diferentes formas de otorgarse, los elementos que lo conforman y la clasificación del mismo se evidencia que ésta figura jurídica se encuentra basada en la necesidad imperante que prevalece sobre la obligación de no dejar a la deriva o bien el cumplir con todos o ciertos actos o negocios que necesitan de la intervención de su titular pero ya sea por que la ley lo permita o bien por determinadas circunstancias el titular le encomienda a otro la ejecución de los mismos y surte efectos a futuro ya que su naturaleza es preparatoria tal y como se consideró dentro del presente capítulo ya que surte efectos a futuro, específicamente cuando el mandatario lo ejercite y atienda los actos o negocios encomendados.

La aceptación tácita o expresa que debe prestar el apoderado previo al ejercicio del cargo es un elemento esencial de ésta figura y constituye el medio a través del cual se le garantiza al poderdante la seguridad jurídica que el ordenamiento debe prestar a los ciudadanos ya que el apoderado queda obligado al desempeño del mandato con diligencia y a responder de los daños y perjuicio que ocasione al poderdante de no hacerlo así.

2.3 Características del mandato:

El contrato de mandato es gratuito únicamente si el mandatario lo ha aceptado expresamente así, pues existe una presunción legal de onerosidad que le asigna la característica de oneroso según el Artículo 1689 del Código Civil.

Otra de las características es que puede ser: unilateral o bilateral lo cual depende de si el mandato es gratuito u oneroso, pues en el mandato gratuito, solo el mandatario queda obligado directamente en virtud de la aceptación del mandato y las obligaciones del mandante son indirectas, pues no consisten en contraprestaciones a favor del mandatario, sino son consecuencias y efectos naturales del ejercicio del mandato. En cambio en el mandato oneroso, el mandante esta obligado a una contraprestación a favor del mandatario de modo que ambas partes se obligan recíprocamente.

La calidad personal de las partes y la confianza que existe entre ellas es esencial en el contrato, es por ello que las partes no pueden ceder a terceros sus derechos o transferir sus obligaciones derivadas del mandato (el mandatario no puede sustituir el mandato, sino tiene facultad especial para ello) y la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes termina el mandato.

Para que el contrato de mandato surta efectos, debe otorgarse en escritura pública e inscribirse en el registro respectivo lo cual constituye la característica de solemnidad.

Crea relaciones jurídicas entre el mandante y el mandatario en orden a la realización por éste, de otros actos jurídicos posteriores por lo que se dice que es preparatorio. En este sentido el mandato es un contrato que se celebra en previsión de

la celebración de actos y negocios jurídicos futuros, de modo que sus efectos normales suceden con posterioridad a su nacimiento.

Para Viteri Echeverría, el contrato de mandato es principal porque: “es un contrato que subsiste por si solo independientemente de que los actos y negocios jurídicos previstos se realicen o no.”¹⁵

2.4 Clases de mandato.

Vicente Roca señala que el mandato puede ser general porque: “es el típico poder de administración, a través del cual el mandatario queda encargado de velar por los intereses del mandante y efectuar todos los actos que tiendan a la preservación, mantenimiento y explotación productiva de tales bienes.”¹⁶

El escritor guatemalteco, Viteri Echeverría, considera que: “el Código Civil establece que ésta clase de contrato comprende todos los negocios del poderdante, sin concretar que tipo de actos y contratos puede realizar el mandatario en relación a tales negocios, de modo que el mandatario y los terceros con los que él contrate no saben con seguridad los actos y negocios jurídicos que aquel está autorizado a celebrar para su mandante.”¹⁷

¹⁵ Viteri Echeverría, **Ob. Cit**, págs. 37 y 38.

¹⁶ Roca Menéndez, **Ob. Cit**, pág. 105.

¹⁷ Viteri Echeverría, **Ob. Cit**, págs. 33 y 34.

Siendo entonces que el contrato de mandato se otorga a fin de que el mandatario atienda todos los negocios del poderdante tal y como lo enmarca el Artículo 1690 del Código Civil.

Así mismo, el Artículo citado establece que el mandato puede ser especial cuando se contrae para uno o más asuntos determinados y al respecto el tratadista citado considera que: “se otorga para que el mandatario realice uno o más negocios determinados en su especie o en su género, de ésta manera será un mandato especial el que se otorga a un abogado para que represente al mandante en todos sus asuntos judiciales y administrativos en que tenga interés (mandato judicial especial, amplio) y también lo será el que se otorgue a un abogado para que represente al mandante en un litigio determinado (mandato judicial especial, limitado). En ésta clase de mandato es el mandante quien detalla y determina las facultades que le otorga al mandatario en relación al asunto o tipo de asunto cuya atención le encarga, de modo que el texto del propio mandato define su amplitud.”¹⁸

Vicente Roca, considera que: “en caso de las sociedades constituidas en el extranjero, los representantes que tengan facultades judiciales deberán sustituirlas en un abogado para comparecer a juicio, si no tienen ésa profesión. El Artículo 190 de la Ley del Organismo Judicial señala las facultades de los mandatarios judiciales y ésta

¹⁸ *Ibid*, pág. 30.

clase de mandato, solo se le puede otorgar a los parientes del mandante y a los abogados.”¹⁹ (sic.)

El mandato judicial, que se otorga para comparecer a juicio o a gestionar ante los tribunales, lo pueden otorgar las personas que por cualquier razón no quieran o no puedan hacerlo personalmente o las personas jurídicas que no quieran concurrir por medio de sus presidentes, gerentes o directores, y se encuentra regulado en la Ley del Organismo Judicial a partir del Artículo 188 al 194.

El mandato específico es la clase de mandato que se otorga para un objeto bien determinado, el cual se encuentra limitado expresamente a dicho asunto, por ejemplo para contraer matrimonio o para donar entre vivos tal y como lo establece el Código Civil en sus Artículos 85 y 1860, o bien para otorgar capitulaciones matrimoniales, pactar las bases referentes a la separación o al divorcio, para demandar la nulidad o insubsistencia del matrimonio, constituir patrimonio de familia, reconocer hijos y negar la paternidad.

Según Viteri Echeverría “los mandatos específicos que se otorguen para los actos y negocios descritos deben limitarse exclusivamente al asunto específico de que se trata y a sus incidencias directas, asimismo, identificar con todo detalle el asunto de que se trata, indicando el nombre de la otra parte, el contenido del contrato o negocio a celebrar y la posición a adoptarse por el mandatario y deber ser completo en su

¹⁹ Roca Menéndez, **Ob. Cit**, pág. 106.

expresión el asunto, para que la función del mandatario sea únicamente expresar la voluntad del mandante contenida en el mandato.”²⁰ (sic.)

El mandato solemne es el que requiere como requisito esencial para su existencia, el ser otorgado en escritura pública, dicha norma se encuentra regulada en el Artículo 1687 del Código Civil, en virtud de la misma, el mandato que no sea otorgado en esta forma o que no sea un instrumento notarial, sería absolutamente nulo, de conformidad con el Artículo 1301 del Código Civil, en el cual se enmarca que hay nulidad absoluta en el negocio jurídico por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Otra formalidad esencial del mandato sin la cual no puede surtir efectos es la inscripción del mismo en el Registro de Mandatos que se lleva en el Archivo General de Protocolos y en su caso, en el Registro Mercantil.

Sin embargo, el Artículo 1687 del Código Civil, permite que algunos mandatos puedan otorgarse en forma que no sea la escritura pública tal y como se refiere a los asuntos cuyo valor no exceda de mil quetzales, ya que se pueden otorgar en documento privado, así como los mandatos que se requieran para representar en juntas y demás actos que la ley lo permita, en cuyo caso se puede otorgar en carta poder. Además, el Artículo 189 de la Ley del Organismo Judicial indica que: para asuntos verbales bastará otorgar el mandato ante el juez y el secretario mediante acta que se levantará en el tribunal y que formará parte de las actuaciones.

²⁰ Viteri Echeverría, **Ob. Cit.**, págs. 30 a 33.

El tratadista citado refiere que “el mandato en documento privado debe contar con legalización notarial para adquirir fuerza legal y se puede utilizar para la representación del mandatario en asuntos verbales, tal y como se relacionaba anteriormente con el Artículo 189 de la Ley del Organismo Judicial, existiendo en ésta clase de mandato voluntad de ambas partes, generando una verdadera y propia representación.”²¹ (sic.)

2.5 Objeto y formas de otorgar el contrato de mandato.

El objeto del contrato de mandato lo constituyen los actos y negocios jurídicos que el mandatario queda autorizado a celebrar, por cuenta de su mandante. Dependiendo de la amplitud del objeto el mandato puede ser general, especial o específico, según si las facultades que se otorgan al mandatario son amplias, referidas a uno o más actos o limitadas a un acto que por su trascendencia requiere del cumplimiento de requisitos especiales.

De conformidad con las normas generales relativas al objeto de los contratos que contiene el Artículo 1538 del Código Civil, el objeto debe ser posible, lícito u determinado y en su cumplimiento los contratantes deben de tener un interés legítimo.

Continúa manifestando el tratadista referido que “el objeto del mandato (constituido por las facultades o poderes que se otorgan al mandatario) debe llenar

²¹ **Ibid**, págs. 32 a 34.

ésos requisitos, pues por objeto imposible, objeto ilícito u objeto indeterminado, sería nulo el mandato que se otorga.”²² (sic.)

El contrato de mandato según Vicente Roca puede otorgarse de dos formas: Con representación, ya que “en éste mandato nace una relación indirecta (interna) que vincula al mandatario ante su mandante y que le obliga a trasladarle los resultados jurídicos y económicos del acto o contrato realizado y que también obliga al mandante a asumir los riesgos y resultados del mismo manteniendo indemne al mandatario.”²³

Para Viteri “los derechos y obligaciones derivados de los negocios realizados por el mandatario en ejercicio del mandato afectan y se trasladan directa y automáticamente al patrimonio del mandante.”²⁴

En esta forma de otorgar el mandato, ocurre una representación directa ya que los negocios que realice el mandatario obligan directamente al mandante, toda vez que existe una sustitución en la actividad jurídica, porque el representado actúa a través del representante quien es el portador de su declaración o voluntad y los efectos jurídicos de la actuación van a recaer en el representado de una manera directa. Entonces se entiende que existe representación directa cuando se obra en nombre y por cuenta e interés ajeno.

²² **Ibid**, págs. 28 y 29.

²³ Roca Menéndez, **Ob. Cit**, pág. 99.

²⁴ Viteri Echeverría, **Ob. Cit**, págs. 38 y 39.

Y con relación al mandato sin representación, Vicente Roca señala que “en éste mandato existe una relación directa (externa) entre el mandatario y el tercero con quien contrata que les obliga personalmente al uno frente al otro.”²⁵

Según Viteri en esta forma de otorgar el mandato “el mandante tiene la obligación de asumir por cesión u otro título los derechos u obligaciones derivados de los actos y contratos que el mandatario ha celebrado por su cuenta por ello el mandatario es, en todo caso el beneficiario directo o indirecto de los efectos económicos y jurídicos de los negocios realizados por el mandatario y en su patrimonio el afectado por tales negocios.”²⁶

Esta representación indirecta se produce cuando se obra por cuenta e interés ajeno pero en nombre propio por lo que no existe comunicación vinculativa, entre los terceros y el representado, ocultando la relación y sin que los terceros tengan acción directa contra el representado.

²⁵ Roca Menéndez, **Ob. Cit**, págs. 98 y 99.

²⁶ Viteri Echeverría, **Ob. Cit**, pág. 39.

CAPÍTULO III

3. La gestión de negocios.

Se encuentra ubicada dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco como obligación proveniente de hecho lícito sin convenio, a partir del Artículo 1605 al 1615, en dichos Artículos se hace alusión a que el encargo de los negocios de otro es eminentemente voluntario, lo cual indica que ésta figura va a girar al rededor de hechos que dependen eminentemente de la voluntad del gestor, toda vez que dichos negocios no pueden ser ejercitados por su titular por diversas razones.

El gestor queda obligado a dirigir los negocios útilmente en provecho del dueño, lo que se relaciona con la buena fe ya que el gestor no cuenta con una aceptación previa del cargo que lo obligue a cumplir ni por medio del cual se le pueda compeler al ejercicio del mismo. A la gestión de negocios también se le considera como un cuasicontrato por existir un acuerdo de voluntades presunto entre los sujetos personales toda vez que es necesario que exista la ratificación manifiesta del dueño de los negocios hacia la gestión realizada por el gestor ya que la misma produce los efectos del mandato expreso que opera retroactivamente.

En todo caso si el dueño se aprovecha de las ventajas de la gestión sin haber ratificado la misma, se dice entonces que existe una ratificación presunta pero cuando no se cuente con la ratificación del dueño de los negocios pero aun así el gestor realice actos que impliquen el ejercicio de los mismos debe responder por los daños como por los perjuicios causados. De igual manera debe responder el gestor al

anteponer los intereses propios a los del dueño del negocio en el momento de realizar el ejercicio de los negocios provocando así que se generen operaciones distintas al giro habitual de los mismos.

Puig Peña considera con relación a la gestión de negocios que “pueden existir causas en las cuales por ausencia, enfermedad, imposibilidad, etc., una persona no pueda o no esté en condiciones de ocuparse de sus propios asuntos, o previendo el acontecimiento no haya dejado persona encargada de los mismos, en tales casos, un deber moral, obliga a los amigos, vecinos e incluso a extraños de ocuparse de los negocios abandonados, en bien de su titular y de conveniencia general.”²⁷ (sic.)

Vicente Roca define que “la gestión de negocios es un hecho lícito por el cual una persona, sin convenio, se encarga voluntariamente de los negocios de otro, lo que le impone la obligación de dirigirlos y manejarlos útilmente y en provecho del dueño.”²⁸

Para Puig Peña “es la institución voluntaria que una persona realiza en los asuntos abandonados de un tercero, en interés del mismo y con ánimo de obligarle. Pueden existir circunstancias en las cuales una persona pueda o no estar en condiciones de ocuparse de sus propios asuntos o previniendo el acontecimiento, no haya dejado persona encargada de los mismos.”²⁹

²⁷ Puig Peña, **Ob. Cit.** Tomo IV, pág. 314.

²⁸ Roca Menéndez, Manuel Vicente, **Las obligaciones civiles**, pág. 34.

²⁹ Puig Peña, **Ob. Cit.** Tomo IV, pág. 413.

El Código Civil establece en su Artículo 1605: El que sin convenio se encarga voluntariamente de los negocios de otro, esta obligado a dirigirlos y manejarlos últimamente y en provecho del dueño. Cesará la gestión desde el momento en que el interesado o quien lo represente, se apersone en el negocio.

El tratadista señala que “desde el derecho romano se tuvo que disciplinar la figura de la gestión de negocios, toda vez que requería para su existencia de dos elementos esenciales, uno de hecho: consistente en un acto de gestión, ya sea material (atar el animal del vecino que se ha soltado, intentar apagar el incendio en casa ajena) o jurídico (realizar pagos, arrendar bienes o servicios). Otro elemento era el anímico, que es la intención de gestionar el negocio ajeno, con ánimo de obligar a la persona por la cual se gestiona, ya que al gestionar los negocios de otro creía hacerlos con los suyos. Posteriormente se termino de perfilar ésta figura con el derecho intermedio sobre los antecedentes dados por el derecho romano, dotándola definitivamente con el carácter de cuasicontrato, haciendo alusión a la existencia de un consentimiento presunto entre las partes. Las legislaciones modernas discrepan de su naturaleza jurídica asignada a la misma, así como unas estiman que se trata de un cuasicontrato y otras lo consideran como un caso especial de obligaciones.”³⁰ (sic.)

Cabanellas expone que “la *negotiorum gestio* constituía un cuasicontrato en el cual una persona toma por sí misma a su cargo el cuidado o dirección de los negocios de un ausente, sin haber recibido poderes de él, e incluso sin su consentimiento; lo cual

³⁰ Puig Peña, **Ob. Cit**, Tomo IV, pág. 414.

le obliga a dar cuenta de su administración pero con derecho a exigir los gastos realizados.”³¹

3.1 Características y elementos de la gestión de negocios.

Como características encontramos que los negocios de los cuales el gestor se hace cargo son ajenos o de otro, basta pues que no sean negocios propios; así mismo, deben de gestionarse los asuntos ajenos a sabiendas de que lo son, pero para llevarlos como propios. Aquí se comete un delito de usurpación aunque el acto sea lícito ya que no existe una propia gestión, y lo que se requiere es que el negocio sea ajeno, como que se gestione en interés del dueño.

La gestión que se realice debe ser de buena fe, ya que debe de existir el ánimo para gestionar por parte del gestor; también que se gestionen los asuntos ajenos, pero que a la par el gestor cuide de los propios, ésta situación especial no elimina el concepto de gestión de negocios. La gestión debe ser un acto puramente voluntario, no realizado por virtud de mandato o disposición legal. Otras características son que el gestor tenga la intención de gestionar el negocio ajeno por cuenta y en interés del dueño y como concluye Puig Peña “que la intervención del gestor esté justificada por la ausencia absoluta de cuidado sobre el asunto, o sea, que requiere el abandono del negocio tomándose dicha palabra en sentido amplio.”³² (sic.)

³¹ Cabanellas, **Ob. Cit**, Tomo IV, págs. 173 y 174.

³² Puig Peña, **Ob. Cit**, Tomo IV, pág. 418.

Entre los elementos que conforman la gestión de negocios, se encuentran por una parte los personales, que según Cabanellas “se denomina dueño del negocio para referirse al ausente, y gestor para designar al administrador quien esta encargado de asuntos ajenos para su diligencia, trámite o ejecución.”³³ Y para Vicente Roca los elementos personales o “los sujetos que intervienen en éste hecho son el gestor: quien es la persona que se encarga de un negocio ajeno y el dueño: que es la persona a favor de quien se realiza la gestión.”³⁴ (sic.)

En virtud de lo considerado por los tratadistas referidos, se puede resumir que los elementos personales son: el titular del negocio gestionado y el gestor que es quien se encarga de la gestión, asimismo, queda sujeto en el ejercicio de su gestión a las obligaciones y responsabilidades del mandatario, en lo que sean aplicables. Artículo 1607 del Código Civil. En lo relacionado a la capacidad se entiende que toda vez que es un acto voluntario el dueño puede ser un incapaz pero el gestor tiene que ser capaz.

Por otra parte se encuentra el elemento real, y Puig Peña señala que como tal “se refiere al objeto de la gestión, los cuales pueden ser tanto los actos materiales como los jurídicos, “³⁵ De manera concordante Cabanellas refiere que “pueden ser objeto del contrato todos los servicios, siempre que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres o bien no sean servicios imposibles.”³⁶

³³ Cabanellas, **Ob. Cit.** Tomo IV, pág. 174.

³⁴ Roca Menéndez, **Ob. Cit.**, pág. 34.

³⁵ Puig Peña, **Ob. Cit.** Tomo IV, págs. 418 y 419.

³⁶ Cabanellas, **Ob. Cit.**, Tomo V, pág. 609.

3.2 Ratificación y cesación de la gestión de negocios.

La ratificación de los actos realizados por el gestor de negocios consiste en la aprobación de un acto ajeno relativo a cosas o derechos propios, retrotrayendo la ratificación al tiempo de la constitución del acto o del contrato o su ejecución, y tiene como características típicas que ha de referirse a un acto jurídico existente, recae sobre un acto jurídico susceptible de ser completado o purificado de algún vicio o defecto, implica una declaración espontánea de voluntad (pues la ratificación forzosa no es ratificación), supone una renuncia al invalidar el acto ratificado, tiene para el autor todas las consecuencias del acto perfecto, ha de ser total, ya que de otra manera invalida en parte el acto precedente y así lo modifica, y el autor referido considera que “la ratificación puede ser expresa: por declaración de voluntad verbal o escrita, o tácita: por actos que revelan la aceptación de lo hecho en su nombre o absteniéndose de impugnar lo que podría dejarse sin efecto.”³⁷ (sic.)

El Código Civil en los Artículos 1611 y 1612, establece que la ratificación de la gestión por parte del dueño produce los efectos del mandato expreso y opera retroactivamente. Aunque no hubiere ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de los bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma, será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho y los perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de la gestión.

³⁷ *Ibid*, Tomo VII, pág. 15.

Con relación a la cesación de la gestión de negocios, el gestor debe de dar aviso de su gestión al dueño, tan pronto como sea posible y esperar su decisión. Cesará la gestión desde el momento en que el interesado o quien lo represente se persona en el negocio y cesa la responsabilidad del gestor por caso fortuito, si prueba que habría sobrevenido igualmente, aunque se hubiera abstenido de la gestión. Artículos 1605, 1606, 1610 del Código Civil.

Asimismo, toda vez que el gestor de negocios queda sujeto en el desempeño de su gestión a las obligaciones y responsabilidades del mandatario, debe dar cuenta de su gestión e informar de sus actos así como entregar los bienes del mandante que tenga en su poder al cesar la misma o bien en cualquier tiempo en que este lo pida. Artículo 1607 del Código Civil.

Al ratificarse o cesar en la gestión de negocios, se originan responsabilidades para el dueño ya que ha de indemnizar al gestor de los gastos y perjuicios cuando se aproveche de las ventajas de su diligencia, a la vez se obliga porque ha tenido un enriquecimiento o sea en tanto y cuanto ha recibido en beneficio; El autor Cabanellas señala que “si el dueño ratifica la gestión hay un mandato retroactivo, trasladándose las consecuencias a las que impone la ley para el mandato.”³⁸ (sic.)

En cuanto a las responsabilidades del gestor, este será acreedor y deudor del dueño del negocio y a su vez éste será acreedor y deudor de él; por su acto unilateral

³⁸ Cabanellas, **Ob. Cit.**, Tomo IV, pág. 174.

de voluntad lícito, el gestor sin propósito tendrá efectos jurídicos, toda vez que las consecuencias son independientes de la intención del mismo; debe rendir cuentas y proceder con la misma diligencia que acostumbra emplear en sus propios asuntos; esta obligado a resarcir los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen a quien sea dueño de los bienes o negocios gestionados, y puede repetir del dueño del negocio cuantos gastos le haya ocasionado la gestión con los intereses desde el día en que los hizo.

Puig Peña considera que “al existir incumplimiento por parte del gestor en la realización de la gestión, queda referida a las conductas siguientes: primero al abandono de la gestión emprendida, lo que determina en contra del gestor una situación de responsabilidad dependiente de la producción de un daño real, creando una acción de indemnización contra el gestor. En segundo lugar, la negligencia del gestor, tiene como consecuencia indemnizar los perjuicios, debiéndose examinar la culpa en el supuesto particular de que haya tenido por objeto evitar algún peligro inminente y manifiesto, ampliándose la responsabilidad incluso en el caso fortuito, cuando comete operaciones arriesgadas que el dueño no tuviera costumbre de hacer o cuando hubiere pospuesto el interés de éste al suyo propio. Además en tercer lugar, el gestor al terminar la gestión, debe restituir al dueño todo lo que se halle en su poder por efecto de la misma, y por último, la rendición de cuentas, que se le impone tanto por la doctrina como por la ley, basada en los preceptos del mandato.”³⁹ (sic.)

³⁹ Puig Peña, **Ob. Cit**, Tomo IV, págs. 421 a 423.

El Código Civil establece: el gestor debe dar aviso de su gestión al dueño, tan pronto como sea posible y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora. Si no fuere posible dar aviso, el gestor debe continuar su gestión hasta que concluya el asunto. El gestor queda sujeto, en el ejercicio de la gestión a las obligaciones y responsabilidades del mandatario en lo que sean aplicables. El gestor responderá del caso fortuito cuando verifique operaciones distintas del giro habitual de los negocios del dueño, cuando hubiere pospuesto el interés de éste al suyo propio o dando inicio la gestión contra la voluntad manifiesta o presunta del dueño. Artículos 1606, 1607, 1610 del Código Civil.

En base a las diferentes definiciones así como los elementos expuestos en el presente capítulo se denota que el gestor de negocios ejerce los actos de gestión basado en la voluntad del mismo, asimismo, se basa en la buena fe de no dejar los negocios que se encuentran abandonados a la deriva sin gestionar por su titular, toda vez que no existe hecho alguno que lo sujete al cumplimiento de la misma hasta que el gestor cuente con la ratificación del dueño, quedando entonces sujeto a todas las obligaciones como responsabilidades del mandatario, pasando a contar con un mandatario (gestor) que no acepto el cargo previamente a ejercerlo, por lo que se cuenta con un mandato expreso que carece del elemento formal como lo es: ser solemne toda vez que debe hacerse constar a través de escritura pública.

Dentro de la figura de la gestión de negocios no se especifican los actos en los cuales puede intervenir el gestor. A diferencia en el contrato de mandato se expresan

los actos en los que puede hacerse cargo un mandatario así como la calidad con la cual se debe actuar dentro de la misma. De igual manera en la figura de la ausencia se enmarca dentro del ordenamiento jurídico tanto el objeto como el fin que persigue dicha figura, evidenciando al igual que el mandato la protección que el estado le da a los bienes como a los derechos de aquellas personas que por determinada circunstancia no pueden ejercerlos personalmente y con el fin de no dejarlos a la deriva se regulan dentro del marco legal las instituciones específicas a cada caso, lo cual se traduce a la seguridad jurídica que le garantiza el estado a los ciudadanos.

No obstante lo desarrollado en cuanto a la poca seguridad jurídica que evidencia la figura del gestor de negocios, en la actualidad se aplica en los casos en que existen bienes como derechos que ejercitar pero su titular no los ejercita personalmente por diversas razones. Ésta actitud se toma basada en que la figura del gestor de negocios no exige grandes formalismos para su constitución por lo que le resulta más ventajoso al dueño de los negocios, toda vez que pueda ser necesario que el gestor intervenga en los negocios así como que no sea necesario su intervención. Evitando de ésta manera el dueño de los negocios el incurrir tanto en trámites como en gastos que para él pueden tornarse inútiles, pero los mismos le ofrecen la seguridad jurídica que el estado debe ofrecer a los ciudadanos a través del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO IV

4. El contrato.

Se encuentra regulado entre los artículos del 1517 al 1543 del Código Civil guatemalteco, siendo entendido como el medio legal a través del cual se hace constar la creación, modificación así como la extinción de obligaciones, debiendo contarse con el consentimiento de las partes que intervienen en el mismo, entendiéndose que se cuenta con la voluntad manifiesta de los sujetos personales. El contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, obligando de ésta manera al cumplimiento de lo convenido desde su perfección.

El acuerdo que realicen las partes a través del contrato, solamente le afecta a ellas quedando obligados a concluirlo como a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución. Pueden ser objeto de los contratos según lo establece el Código Civil guatemalteco: las cosas que existan como las que se espera que existan, siendo requisito indispensable que se determinen en cuanto al género.

Si existe incumplimiento de lo convenido en el contrato por alguna de las partes se hace uso de la condición resolutoria para compelerle al cumplimiento de lo convenido. El interesado puede optar por dar por terminado el contrato para lo cual debe hacer uso de la resolución del mismo lo que conlleva el pago de daños y perjuicios si los hubiere pero el que haya dado lugar al incumplimiento no puede invocar ésta causa a su favor.

4.1 Definición y perfeccionamiento del contrato.

Puig Peña define que “el contrato es una convención generadora de derecho, por la cual uno o más personas se obligan hacia otra o varias más, a hacer o no hacer alguna cosa, o sea un acuerdo de voluntades entre dos o más contratantes, manifestado en forma legal y que tiene por objeto la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.”⁴⁰

Para Vicente Roca el contrato "es la fuente de las obligaciones por excelencia, la cual se encuentra constituida por el acuerdo de voluntades, por virtud del cual dos o más personas le dan vida, modifican o extinguen una obligación que es de carácter patrimonial, ello lo recoge el Código Civil en el Artículo 1517, cuando norma que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”⁴¹ (sic.)

El mismo autor considera que “se puede decir que el contrato es una norma individualizada porque es un acuerdo de voluntades que sólo le rige a las partes, o bien es el pacto o convenio entre las partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Cuando se hace referencia al negocio jurídico se alude a un acto jurídico ya que en Guatemala no existe diferencia entre el negocio jurídico y el contrato por lo que puede decirse que todo negocio jurídico es un contrato.”⁴² (sic.)

⁴⁰ **Ibid**, Tomo II, pág. 338.

⁴¹ Roca Menéndez, **Ob. Cit**, pág. 29.

⁴² Roca Menéndez, Manuel Vicente, **Derecho de obligaciones de los contratos en particular**, págs. 16 y 17.

Entendiéndose entonces que, existe contrato desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Los contratos se perfeccionan según el Código Civil por el simple consentimiento de las partes (contratos consensuales) excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez. Además el autor citado continúa manifestando que “existen contratos en los que para perfeccionarse se hace necesaria la entrega de la cosa (contratos reales) y existen otros contratos que para perfeccionarse necesitan una forma especial que la propia ley exige (contratos formales).”⁴³

Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes, al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones relativas al negocio celebrado y debe ejecutarse de buena fe y con la común intención de las partes. Artículos 1518 y 1519 del Código Civil.

Los contratos consensuales se perfeccionan por el consentimiento de las partes no necesitando ninguna otra concreción o requisito como en el caso de la compraventa que se perfecciona desde el momento en que los contratantes se ponen de acuerdo en la cosa y en el precio, no importando que la una o el otro se hubiesen entregado Artículo 1791 del Código Civil. En los contratos se señala el momento jurídico en que

⁴³ *Ibid*, pág. 34.

la convención dual o plural de voluntades produce los efectos que la ley o las partes determinan. Según Cabanellas basta para ello: “el mero consentimiento o sea preciso algo más para la plena eficacia se origina la distinción entre contrato consensual y contrato real.”⁴⁴ (sic.)

4.2 Características y objeto del contrato.

Para Vicente Roca dentro de las características del contrato se puede señalar que “es un acto jurídico, una conducta humana, que se desarrolla dentro de un amplio margen de actuación, concedido a los individuos; se concibe en un sistema de libertad en la manifestación del consentimiento, sin imponerse ninguna forma ritual para la exteriorización del mismo, por lo que las partes pueden independientemente del cumplimiento o incumplimiento de la forma, dar realidad y eficacia a las estipulaciones acordadas privadamente.

Los efectos obtenidos son los queridos por las partes, ya que la legislación guatemalteca se esfuerza en mantener la moral, la buena fe y la verdad dentro de la formación y cumplimiento de los contratos, sancionando a los contratantes con la nulidad de los contratos, realizando de ésta manera una protección legal a los mismos; así mismo, consiste en una declaración o varias declaraciones de voluntad (es una voluntad declarada, exteriorizada, no interna,) puede ser sólo una declaración o varias. Se encuentra presidiendo el desarrollo de la vida contractual el principio de la autonomía de la voluntad, (los contratos solo obligan en lo que la voluntad contractual

⁴⁴ Cabanellas, **Ob. Cit**, Tomo II, pág. 338.

alcanza), dentro de la cual los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Asimismo, existe la libertad contractual, dentro de la cual se manifiesta que los contratos siempre obligan a todo aquello a que la voluntad se extiende, teniendo como limitante que los contratos no son absolutamente obligatorios a todo aquello en que la voluntad contractual se extiende, y está encaminada a producir un efecto jurídico que esta protegido o reconocido por la ley, por el derecho.”⁴⁵ (sic.)

Mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considera concluido y la ampliación, ratificación o modificación de un contrato debe hacerse en la misma forma que la ley señala para el otorgamiento del propio contrato. Artículos 1541 y 1578 del Código Civil.

Con relación al objeto del contrato continúa exponiendo el autor citado que “es la conducta a la cual se puede constreñir al obligado y como parte de la obligación, debe tener como caracteres importantes el ser siempre lícito, lo que equivale a decir que dicho objeto debe estar amparado por el derecho y determinado o determinable para evitar la nulidad, lo cual es normado por el Código Civil en el Artículo 1538, y se refiere al hecho de que no solo las cosas que existen físicamente en el momento de la celebración del contrato pueden ser objeto del mismo, sino también lo pueden ser las cosas que no existen en ese momento pero que al menos se conoce su género.”⁴⁶ (sic.)

⁴⁵ Roca Menéndez, **Ob. Cit**, pág. 10.

⁴⁶ Roca Menéndez, Manuel Vicente, **Las obligaciones civiles**, págs. 13 y 14.

El objeto del contrato ha de ser determinado (en cuanto a su especie), posible (que sea realizable) y lícito (no contrario a la ley), pudiendo consistir en la entrega de una cosa o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo. Si el objeto son cosas futuras, la promesa de entregarlas está subordinada al hecho si llegase a existir.

Además de la capacidad y del consentimiento expresado por los sujetos contractuales, para la exigencia del contrato se requiere un objeto cierto.

Guillermo Cabanellas expresa que “doctrinariamente se realiza una distinción entre el objeto de la obligación que es la prestación prometida, se refiere a que todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar, hacer o no hacer y el objeto del contrato que es el negocio jurídico que las partes quieren realizar.”⁴⁷ (sic.)

4.3 Formas de otorgar el contrato.

Cabanellas señala que una de las formas de otorgar el contrato es por escritura pública, la cual es “entendida como el documento extendido ante un notario, escribano público u otro fedatario oficial, con atribuciones legales para dar fe de un acto o contrato jurídico cumplido por el compareciente y actuante o por las partes estipulantes, en la escritura pública se expresará el lugar y la fecha en que se otorga, las partes que intervienen o a que se refiere, al hecho del cual se deja constancia y las manifestaciones o cláusulas que los interesados formulen. Deberá ser firmada por las partes, por el funcionario autorizante y por los testigos que se requieran. Por lo general

⁴⁷ Cabanellas, **Ob. Cit.**, Tomo V, pág. 609.

el notario o escribano hace un borrador y una vez conformes las partes, se redacta el original en el protocolo. A las partes, siempre que lo requieran se les entregará copia, ya en forma simple o legalizada.”⁴⁸ (sic.) Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública. Artículo 1576 del Código Civil.

Otra de las formas de otorgar un contrato es a través de documento privado, el cual es redactado por las partes interesadas, con testigos o sin ellos, pero sin intervención de notario o funcionario público que le de fe o autoridad. En cuanto a la fuerza de los documentos privados, se puede decir que poseen indiscutible eficiencia entre las partes que los han otorgado siempre que no haya contradicción.

Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente. Artículo 1256 del Código Civil.

Los contratos otorgados por correspondencia, equivalen a la oferta que se hace por carta y por carta se acepta, presenta inevitable distancia en el tiempo, de un día, una semana o más y entre continentes, utilizando lapsos anuales. Esto posibilita que mientras se recibe la respuesta perfeccionadora, que cierra el círculo del consentimiento, haya surgido retracciones o modificaciones, que para una de las partes signifique desistimientos o cuando menos innovaciones en la propuesta.

⁴⁸ **Ibid**, Tomo III, pág. 530.

El contrato verbal es aquel en el cual no consta en forma escrita o en documento alguno, cuya prueba queda sujeta al testimonio, a la confesión de las partes, o a las deducciones de los hechos.

Para Cabanellas “el contrato por teléfono se considera celebrado entre presentes y el contrato se reputa celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Artículo 1524 del Código Civil. Ésta es una práctica moderna y muy usual, sobre todo para el suministro de artículos alimenticios y otros hogareños por parte de los establecimientos que realizan reparto a domicilio, no puede decirse que sea entre ausentes, por cuanto es actual e instantáneo el cambio de consentimientos, la dificultad está en la prueba, de negar el encargo el cliente, quedando el registro de la conversación del encargo del cliente, en conversaciones en cintas magnéticas.”⁴⁹ (sic.)

El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales debe constar por escrito. Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales. Artículo 1575 del Código Civil.

4.4 Clases de Contratos.

Vicente Roca considera que “las clases de contrato dependen de las obligaciones que generan, las cuales pueden ser unilaterales y bilaterales, ya que se debe analizar el contrato al momento de su celebración, toda vez que existen contratos que al momento de su celebración sólo engendran obligaciones para una de las partes

⁴⁹ **Ibid**, Tomo II, Pág. 358.

o sea que la carga obligatoria recae solamente en uno de los sujetos y son bilaterales los contratos en los cuales la carga obligatoria recae sobre todos los sujetos que contratan.

Los contratos son unilaterales si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes; son bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente. Artículo 1587 del Código Civil.

Otra clase de contratos son los onerosos y gratuitos, los cuales se celebran sin tomar en cuenta cualidades especiales del contratante. Si son recíprocos los provechos y gravámenes a todos los sujetos que contratan son onerosos, por ejemplo la compra venta ya que para el vendedor el provecho consiste en recibir el precio y el gravamen consiste en desprenderse de la cosa y para el comprador el provecho es recibir la cosa y el gravamen pagar el precio. Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes. Artículo 1590 del Código Civil.

Si los provechos se generan para una de las partes y gravámenes para la otra es gratuito, por ejemplo la donación, pues solo genera provecho para el donatario consistente en recibir la cosa y gravámenes para el donante consistente en desprenderse de la misma, generalmente éstos contratos se celebran en atención a la persona de quien recibe los provechos.

Los contratos conmutativos y aleatorios constituyen una sub clasificación de los contratos onerosos, tomando en cuenta la certeza de los provechos y gravámenes ya que si los provechos y los gravámenes que se generan son para las partes conocidos y ciertos desde la celebración del contrato serán conmutativos, pero si éstos provechos y gravámenes no son ciertos y conocidos al momento de celebrarse el contrato, sino que dependen de circunstancias o condiciones posteriores a su celebración serán aleatorios. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ése acontecimiento se realice. Artículo 1591 del Código Civil.

Son consensuales los contratos que para perfeccionarse basta el consentimiento de los sujetos que contratan y reales los contratos que para perfeccionarse necesitan la entrega de la cosa. Ahora bien son formales los contratos que para perfeccionarse deben adoptar alguna de las formalidades que exige el Código Civil en el Artículo 1590.

Los contratos que surten efectos por si solos sin necesidad de otro contrato son principales y accesorios los contratos que para surtir los efectos legales necesitan de la existencia previa de otro contrato del cual depende. Artículo 1589 del Código Civil.

Son de tracto único los contratos que surten los efectos en un solo momento y de tracto sucesivo los contratos cuyos efectos los surten por momentos o por etapas.

Y como última clase se encuentran los contratos individuales y colectivos, en donde los individuales son los celebrados solamente entre particulares y colectivos los contratos celebrados entre particulares y personas jurídicas.”⁵⁰ (sic.)

4.5 Efectos y pérdida de la eficacia de los contratos.

Los que celebren un contrato están obligados a concluirlo y resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inexecución o contravención por culpa o dolo. Artículo 1534 del Código Civil. Por consecuencia personal y la voluntad expresada, el efecto genuino de los contratos consiste en la obligatoriedad de cumplirlos. Perfeccionados por el consentimiento y nacido el vínculo obligatorio, los contratos no solo imponen el cumplimiento de lo expresamente pactado sino el de todas las consecuencias que sean conformes a ley, costumbre, índole o lealtad en lo tratado. Proyectándose ya en la supervivencia del nexo contractual, se declara que los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles o bien por su naturaleza, por pacto o disposición de la ley.

Según Cabanellas “si el contrato tuviere alguna estipulación a favor de tercero éste podrá exigir su cumplimiento siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada. Por mutuo consentimiento las

⁵⁰ Roca Menéndez, Manuel Vicente, **Derecho de obligaciones de los contratos en particular**. págs. 8 y 9.

partes pueden privar de eficacia o extinguir las obligaciones contractuales y los derechos transferidos, así como revocarlos íntegramente.”⁵¹ (sic.)

En todo contrato bilateral hay condición resolutoria (lo convenido por los contratantes deja sin efecto el contrato desde el momento en que se realiza, sin necesidad de declaración judicial y la condición resolutoria implícita debe ser declarada judicialmente, operando de pleno derecho la condición resolutoria expresa) volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de celebrarse.

El interesado puede pedir la resolución de un contrato o reclamar su ejecución y en ambos casos el pago de daños y perjuicios, si los hubiere. También se podrá pedir la resolución del contrato aún después de haber optado por reclamar el cumplimiento, si este resultare imposible con posterioridad a la demanda. Artículos 1278, 1535, 1536, 1581, 1582, 1583 del Código Civil.

En relación a la eficacia de los contratos penden los vicios del consentimiento, que los pide quien los haya sufrido. Si el consentimiento adolece de vicio el contrato es anulable (el negocio jurídico es anulable, por incapacidad relativa de una de las partes o de una de ellas y por vicios del consentimiento. Artículo 1303 del Código Civil). Si el consentimiento se ha dado pero no está viciado no anula el contrato pero si es motivo para promover una acción de anulabilidad, en todo caso el negocio jurídico surge a la

⁵¹ Cabanellas, **Ob. Cit.**, Tomo II, pág. 338.

vida jurídica pero queda afectado por un error o vicio, quedando sujeto a pedir una nulidad judicial.

Entre los vicios del consentimiento se encuentra el error, que consiste en el conocimiento equivocado de una cosa, bien por ser incompleto o por ser inexacto. El error es causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto o sobre cualquiera circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad. El error sobre la persona sólo invalidará el negocio jurídico cuando la consideración de ella hubiere sido el motivo principal del mismo. El error de cuenta sólo dará lugar a su corrección. Artículos 1258, 1259, 1260 del Código Civil.

El error se divide en obstativo o impropio, que es aquel error que recae en la declaración, que provoca una divergencia entre la voluntad y su declaración (error de forma). Así también en error propio, de nulidad o de vicio, que es el que recae sobre la voluntad, es un falso conocimiento que influye en la determinación interna de la voluntad e induce al agente a querer una cosa que no hubiere querido de haber tenido un conocimiento. (error de fondo). El error propio a su vez se divide en esencial y accidental, según se refiera o no a puntos o elementos constitutivos del acto.

Otro de los vicios del consentimiento es el dolo, que es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes. El dolo de alguna de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, produce

la nulidad si ha sido la causa determinante del negocio jurídico. Artículos 1261, 1262 del Código Civil.

En sentido amplio el dolo es sinónimo de mala fe, en sentido estricto es definido generalmente en la doctrina como la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro o lo que es lo mismo, todo fraude encaminado a arrancar a otro el consentimiento de un acto jurídico. El dolo es un error agravado y para que exista debe de existir error.

El dolo se divide en dolo causante, que determina la voluntad de tal forma que sin el, el negocio jurídico no se hubiere realizado; y en dolo incidental, ya que si bien el negocio jurídico se hubiere verificado, de todas formas lo hubiera sido sin concurrencia en condiciones diversas y en general menos onerosas.

El dolo puede invalidar el negocio jurídico y solo en el dolo incidental se puede generar el resarcimiento de daños.

La simulación constituye otro de los vicios del consentimiento, y está dirigida a engañar a terceros estando concentrada entre las partes y es la declaración de un contenido de voluntad real, emitida conscientemente y de entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.

La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza o bien cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no a pasado o se ha convenido entre ellas y cuando se constituye o transmiten derechos a personas interpuestas para mantener desconocidas a las verdaderas interesadas. Artículo 1284 del Código Civil.

Los negocios fraudulentos, son un medio de eludir la ley, el Código Civil señala que la simulación es absoluta cuando la declaración de voluntad nada tiene de real (no produce ningún efecto jurídico); y es relativa cuando a un negocio se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter (produce efectos jurídicos del negocio encubierto, siempre que su objeto sea lícito).

La acción de simulación es imprescriptible entre las partes que simularon y para los terceros perjudicados con la simulación. Artículos 1285, 1286, 1288 del Código Civil.

La doctrina distingue tres tipos de simulación, primero la relación de las partes entre sí, ya que como no existe la voluntad de provocar sólo el negocio que contiene la declaración sino cualquier otro, provoca que el acto sea totalmente nulo. Segundo en relación con terceros, el negocio simulado existe entre terceros de buena fe, cuando éste ignora la simulación realizada, no pudiendo invocarla los autores de la simulación para impugnar la adquisición hecha por terceros de buena fe.

Y en tercer lugar la simulación en la naturaleza del negocio igual a simulación relativa, ya que para que la simulación vicié el consentimiento se necesita de la concurrencia de dos presupuestos a saber, los cuales son, que su fin sea lícito y que cause daño o perjuicio a alguien.

Como último vicio del consentimiento se encuentra la violencia, y el Código Civil regula que será ineficaz el consentimiento prestado por violencia o intimidación. La violencia o intimidación debe ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y le inspiren el temor de exponer su persona, su honra o la de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendiente, descendiente o hermanos a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes.

Para calificar la violencia o intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y demás circunstancias que para influir sobre la gravedad. Artículos 1264, 1265, 1266 del Código Civil. La violencia es la coacción física ejercida sobre un individuo para obligarle a realizar o no un negocio jurídico, los efectos serán producir la nulidad absoluta del negocio siempre que se pruebe que ha existido. Según Vicente Roca para que se anule la declaración de voluntad requiere “que se emplee contra uno de los contratantes la amenaza grave o inminente, susceptible de ejercer cierta influencia sobre su ánimo y que ésa amenaza determine su declaración de voluntad.”⁵² (sic.)

⁵² Roca Menéndez, **Ob. Cit.**, págs. 35 a 42.

Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio. Artículo 1257 del Código Civil.

En base al desarrollo de las figuras del mandato, la ausencia, la gestión de negocios así como del contrato, se evidencia que ésta última figura constituye la forma legal para hacer constar la voluntad expresa de las partes en donde impera el consentimiento de las mismas. El contrato es entendido como la fuente de las obligaciones por excelencia por lo que sirve de base a la figura del mandato como de la ausencia.

A través de las distintas formas que se encuentran enmarcadas en la ley para que las personas puedan contratar así como obligarse se crea la constancia necesaria que le da forma al acuerdo de voluntades llamado contrato y así se puede compeler al cumplimiento del mismo asegurando el pago de daños como perjuicios que se generen por el incumplimiento.

La gestión de negocios no forma parte de las figuras jurídicas que se apoyan en el contrato escrito para así dejar constancia que pueda compeler al cumplimiento como al pago de daños que se generen de la actividad de gestión, toda vez que la figura de la gestión de negocios como se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico esta desprovista de las solemnidades requeridas para las demás figuras, por lo que se debe ubicar entre los contratos verbales y claro ejemplo de esto lo constituye el hecho de

que no se requiere de constancia escrita que sea previa a ejecutarse la gestión, ni que se le discierna el cargo al gestor y éste lo acepte por lo que se carece de acreditación para la calidad con que actúa dentro de los negocios ajenos.

CAPÍTULO V

5. Derecho de obligaciones.

Las obligaciones son el medio por el cual las partes consienten en dar, hacer así como el no hacer alguna cosa. Las obligaciones se encuentran vinculadas a la conducta que es el objeto de las mismas contando con una diversidad de fuentes de donde proceden.

El derecho de obligaciones es eminentemente cambiante no es estático lo cual constituye una sus características, ahora bien el elemento real que constituye a éste derecho es considerado como la prestación o la cosa a la que se obligan las partes. Otro de los elementos que juegan un papel importantísimo en el derecho de obligaciones es el elemento vinculatorio que también es llamado formal ya que sujeta a los elementos personales que se han obligado a través de la voluntad en donde impera autonomía.

El incumplimiento se puede generar a través de dos formas las cuales son: incumplimiento temporal e incumplimiento definitivo dependiendo del sujeto personal que incumpla. No es la ley el único dispositivo en virtud del cual puede aparecer constreñida la libre actividad humana, junto a ella y con fuerza similar la propia voluntad del hombre tiene evidente poderío para conseguir esos mismos efectos, con potestad creadora y originaria, aunque, lógicamente, necesite a su vez del derecho para doblegar la voluntad comprometida, en caso de resistencia a cumplir con su obligación.

Ahora bien aquella potestad aunque tiene esa plena soberanía vinculativa, necesita marchar por los causes que el ordenamiento jurídico establece para evitar que el mundo de las transacciones se convierta en un caos sin finalidad ni orientación.

A ello responde el derecho llamado de obligaciones como tratamiento adecuado para que el crear de la voluntad humana no sea un crear sin orden ni conocimiento. Vicente Roca define las obligaciones como “un vínculo jurídico toda vez que las relaciones que nacen entre los sujetos se encuentran amparadas por el derecho que crea, modifica y extingue una relación jurídica patrimonial y en caso de no ser cumplida, el sujeto activo de la relación tiene a su disposición el patrimonio del sujeto pasivo para proceder a ejecutarlo.”⁵³ (sic.)

Éste derecho tiene importancia económica y social toda vez que sin el no habría circulación de riqueza ya que proyecta sus beneficios sobre los demás y permite disfrutar de las ventajas que se derivan de bienes que otros poseen, existiendo un cambio de servicios y valores.

Puig Peña señala que “la importancia moral radica en que fortalece la voluntad del hombre al saber que tiene una fuerza obligatoria la palabra empeñada, dando un justo equilibrio entre las prestaciones convenidas y la importancia Jurídica radica en

⁵³ Roca Menéndez, Manuel Vicente, **Las obligaciones civiles**, págs. 19 y 20.

que el derecho debe de ir acompañado de la realidad, siendo dinámico en la evolución de las costumbres y de la civilización.”⁵⁴

El Código Civil en el Artículo 1319, establece que toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La validez de la obligación depende de que sus elementos funcionen, y entre ellos se encuentran el elementos personal, en donde existe un sujeto activo, el que tiene derecho a exigir y percibir la prestación, titular del derecho y legitimado para exigir el cumplimiento de la obligación (acreedor o *reus credendi*) y un sujeto pasivo, que es el obligado a realizarla o sea sobre quien pesa el deber de desarrollar cierta actividad en beneficio del sujeto activo (deudor o *reus devendi*).

Tanto el lado activo como el pasivo de la obligación, pueden estar integrados por una persona o bien por varias, pueden encontrarse completa y absolutamente determinadas en el momento de crearse la obligación. Asimismo, puede encontrarse determinada una, pero indeterminada la otra y perfectamente determinada al principio pero las cualidades pueden pasar a otra persona en atención a la cual se ha constituido la obligación.

Otro de los elementos de las obligaciones es el real, que se encuentra integrado por la prestación, o bien por la cosa por la cual los sujetos se obligan (conducta que

⁵⁴ Puig Peña, **Ob. Cit.** Tomo III, Pág. 16.

civilmente puede exigirse al sujeto que interviene en la obligación), siendo el vínculo jurídico o relación de derecho que unifica y supone un enlace entre los electos personales, por cuya virtud debe satisfacerse la prestación prometida. Dicho vínculo no se dirige contra el sujeto activo en el sentido de que este entregue, haga o deje de hacer algo sino en un tolerar o sufrir la acción del acreedor para tomar la cosa debida. Dicho vinculo jurídico debe ser lícito (amparado por el derecho), determinado o determinable (toda vez que no solo las cosas que existen físicamente en el momento de celebrar el contrato pueden ser objeto del mismo sino también lo pueden ser las cosas que no existen en ese momento pero por lo menos se conoce su genero) y posible (realizable).

Y por último el elemento vinculatorio, que para el autor Vicente Roca “también es llamado elemento formal y lo constituye el vínculo jurídico que ata a los sujetos que intervienen dentro de la obligación, toda vez que la misma se adquiere por la voluntad libre de los sujetos, a través de una declaración de voluntad, la que da paso al nacimiento del vinculo jurídico. “⁵⁵ (sic.)

Para Puig Peña “el derecho de obligaciones no es un derecho estático sino dinámico marcha al compás de la evolución de las costumbres y de la civilización. Se nutre de las características principales de cada época, por ejemplo: en la época romana era un derecho eminentemente formalista y de matiz personal, siendo particularmente riguroso, en la ejecución de sus dictados.

⁵⁵ Roca Menéndez, **Ob. Cit.** págs. 23 a 25.

Con el cristianismo se dulcifica éste derecho adoptándose poco a poco el principio consensualista. Con el derecho germánico se volvió al formalismo primitivo pero suavizado. La edad media recibe la influencia de todos éstos elementos, y posteriormente la escuela del derecho natural y por su influencia las doctrinas de la revolución consagran el principio de la autonomía de la voluntad vigorosamente establecida hasta la época presente, en la cual las voluntades que fueron señoras al celebrar el contrato se transforman en esclavas de su propia creación y contienen las siguientes características:

a) “Progresiva espiritualización: Se observa una manifiesta evolución desde el formalismo del derecho romano hasta la época moderna, que consagra el principio eminentemente espiritualista, proyectándose hacia los terceros para asegurar la certeza del tráfico jurídico, es decir es una exigencia para todos no una formula para las partes.

b) Autonomía de la voluntad: de la cual se produce que las partes pueden contratar sobre lo que crean conveniente, en el modo, forma y condiciones que estimen oportuno. No conviniendo dejar a la misma en una libertad absoluta. También las partes contratan en iguales condiciones, y lo establecido por las partes en el uso perfecto de su soberanía es ley, por lo que la estipulación es cuestión que afecta solo a los interesados, y en vez de manifestarse el contrato como expresión de tendencias particulares hay que entenderlo como fuente creadora de una relación nueva, unitaria y fecunda.”⁵⁶ (sic.)

⁵⁶ Puig Peña, **Ob. Cit.** Tomo III, págs. 16 a 26.

Actualmente, las obligaciones son eminentemente coercitivas y patrimoniales, toda vez que atacan el patrimonio del deudor, lo cual se puede evidenciar en el Artículo 1329 del Código Civil, al establecer que la obligación personal queda garantizada con los bienes enajenables que posea el deudor en el momento de exigirse su cumplimiento.

5.1 Fuentes de las obligaciones.

Las fuentes de la obligación son los elementos por cuya virtud una persona aparece constreñida a realizar una determinada prestación o bien de donde nacen las obligaciones.

El autor anteriormente citado considera que “existe una clasificación tradicional de las fuentes que recibió consagración a partir del derecho intermedio, la misma se asienta en los términos fundamentales de contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito, añadiéndose la ley, formándose así la siguiente enumeración: la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito.”⁵⁷ (sic.)

Encontramos otra clasificación que se refiere a las fuentes de la obligación que contiene el Código Civil guatemalteco, y coloca en primer lugar al contrato, en donde dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez y

⁵⁷ *Ibid*, pág.49.

desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado. Artículos 1517, 1518 y 1519 del Código Civil.

Continúa manifestando el autor Puig Peña que “el contrato es una de las fuentes de las obligaciones por excelencia a través del cual dos o más personas dan vida, modifican o extinguen una obligación que es de carácter patrimonial. “⁵⁸ (sic.)

En segundo lugar se encuentra la declaración unilateral de voluntad, que es la declaración de voluntad manifestada por una sola persona que genera obligaciones, la misma puede revocarse tomando para ser efectiva la misma forma como se hizo la oferta. El Código Civil establece tres formas de declaración unilateral de voluntad las cuales son: oferta al público, promesa de recompensa y títulos al portado, necesitando como requisitos para generar éste tipo de obligaciones: que se haga por medio de comunicación social, que sea concreta, clara y precisa y que tenga un plazo de vigencia.

En tercer lugar están las obligaciones provenientes de hechos lícitos sin convenio, que son todas aquellas acciones que realizan las personas sin existir un convenio previo y que generan una obligación de cumplir con lo que se han obligado, asimismo, responder por los hechos que provoque su actitud. Encontramos dentro esta forma de generar obligaciones: la gestión de negocios, enriquecimiento sin causa

⁵⁸ *Ibid*, pág. 29.

y pago de lo indebido. Dichas formas de generar obligaciones se encuentran reguladas dentro de los Artículos 1605, 1616 al 1628 del Código Civil.

Y en cuarto lugar se ubican las obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos, ya que según el autor referido “esta forma de generar obligaciones se deriva de hechos propios, hechos de terceros o por hechos de animales o bien de cosas inanimadas. Se hace alusión a los actos que se realizan al margen de la ley y producen daños (lesión en el patrimonio) y perjuicios (ganancia lícita dejada de percibir), toda vez que a través de una actitud lícita se daña o se perjudica a otro por una actitud culposa por actuar con impericia, negligencia y falta de cuidado.”⁵⁹ (sic.)

5.2 Clasificación de las obligaciones.

Existe una diferencia doctrinaria entre las obligaciones naturales y las obligaciones civiles, toda vez que las obligaciones que se encuentran desprovistas de todo vínculo obligatorio, (coercitividad y exigibilidad) representando un mínimo de eficiencia jurídica y produciendo efectos propios de la moral se les llama obligaciones naturales y en contraposición a éstas encontramos las obligaciones civiles las cuales también son llamadas perfectas, ya que están plenamente reconocidas por el derecho y se encuentran acompañadas por todos los recursos para exigir su cumplimiento, imponiéndose aún en contra de la voluntad del sujeto (coercitivo) entre las cuales podemos distinguir:

⁵⁹ *Ibid*, págs. 29 a 49.

1. Atendiendo al vínculo jurídico, las obligaciones pueden ser unilaterales, en donde existen las figuras de acreedor y deudor, que son el elemento personal de la obligación y que tienen el ánimo de hacer nacer, modificar o extinguir una relación jurídica, prestando la actividad propia de su posición, siendo el deudor no más que el deudor y el acreedor no más que el acreedor, recayendo el vínculo jurídico solamente sobre uno de los sujetos pues el otro recibe derechos y no adquiere ninguna obligación.

Dentro de las obligaciones bilaterales, que también son llamadas recíprocas, existe contra prestación de las partes, por lo que las figuras de deudor y acreedor se relacionan unas con las otras, por lo cual el acreedor es acreedor por un lado y deudor por el otro y éste es deudor por un lado y acreedor por el otro, existiendo entrecruce recíproco de actividades, encontrándose condicionada la actividad de una de las partes por la actividad de la otra, imponiéndose el vínculo jurídico obligatorio a todos los sujetos que conforman la obligación.

Así mismo, atendiendo al vínculo jurídico pueden ser condicionales: cuyo efecto depende del cumplimiento de la condición, entendiendo por condición, el acontecimiento futuro e incierto.

Para el autor Vicente Roca “se incluyen entre las obligaciones según el vínculo jurídico las sujetas a plazo las cuales se encuentran enmarcadas

dentro de un tiempo o momento en el cual la obligación comienza y termina, dicho período normalmente se pacta dentro del propio contrato.”⁶⁰ (sic.)

2. Atendiendo al elemento personal las obligaciones pueden ser simples y mancomunadas, que para el autor citado “Dentro de las obligaciones se encuentra un elemento personal (sujeto activo y sujeto pasivo), el cual viene a ser determinante para ésta clase de obligaciones, normalmente se establece una relación de persona a persona o bien se encuentran conformadas por dos sujetos (un deudor y un acreedor), lo que hace alusión a las obligaciones simples, toda vez que normalmente son dos personas las que intervienen en el vínculo obligatorio, pero puede darse el caso que ése elemento personal este conformado por más de dos persona, ya sea en la parte activa o pasiva del vínculo obligatorio, existiendo pluralidad de sujetos lo cual da lugar a una obligación mancomunada.”⁶¹ (sic.)

Hay mancomunidad cuando en la misma obligación son varios los acreedores o varios los deudores. La solidaridad no se presume; debe ser expresa por convenio de las partes o por disposición de la ley, Artículos 1347, 1353 del Código Civil.

⁶⁰ Roca Menéndez, **Ob. Cit.** págs. 45 a 53.

⁶¹ **Ibid**, pág. 41.

También se le llama a la obligación solidaria, obligación conjuntiva ya que los sujetos intervienen unidos, pero de una manera distinta dividiéndose en obligación mancomunada simple, en la que cada acreedor no puede pedir, ni cada acreedor tiene que prestar nada más que la parte que le corresponda, toda vez que la concurrencia de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno tenga derecho de pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Es decir que, cada uno de los elementos personales actúan con independencia y desconectados unos de otros. Asimismo, el Código Civil establece que por la simple mancomunidad no queda obligado cada uno de los deudores a cumplir íntegramente la obligación, ni tiene derecho cada uno de los acreedores para exigir el total cumplimiento de la misma. En éste caso, el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito separados. Los actos de uno solo de los acreedores, dirigidos contra uno solo de los deudores, no aprovechan a los otros acreedores ni perjudican a los otros deudores. Artículos 1347 y 1349 del Código Civil.

Y la obligación mancomunada solidaria, que según Puig Peña “es en la cual cada acreedor puede pedir o cada deudor tiene que prestar el contenido

íntegro de la obligación, existiendo una obligación absoluta de pago y de cobro.”⁶² (sic.)

La obligación mancomunada es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de manera que todos o cualquiera de ellos pueden ser constreñidos al cumplimiento total de la obligación y el pago hecho por uno solo libera a los demás; y es solidaria con respecto a los acreedores cuando cualquiera de ellos tiene el derecho de exigir la totalidad del crédito y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor. Artículo 1352 del Código Civil.

3. Atendiendo al objeto, las obligaciones pueden ser específicas, en donde en ésta clase de obligaciones el objeto se encuentra claramente determinando desde el momento en que se adquiere la obligación de tal manera que el sujeto pasivo sabe que es lo que debe dar, hacer o no hacer, (no cabe su confusión con otra); genéricas en donde el objeto no está específicamente determinado desde el momento de contratarse pero se conoce su género. Estas a su vez se subdividen en genéricas limitadas e ilimitadas según se establezca o no una categoría especial al objeto al momento del cumplimiento; Principales las que tienen existencia propia y no necesitan de otra para surtir sus efectos; accesorias son las que para surtir sus efectos necesitan la existencia de una obligación principal y sin ella no tienen vida

⁶² Puig Peña, **Ob. Cit.** Tomo III, págs. 78 y 79.

propia; conjuntivas o copulativas las que contienen la obligación de dar, hacer o no hacer varias prestaciones y el obligado cumplirá todas las prestaciones a las que se haya obligado; alternativas las que en una misma obligación el sujeto se obliga alternativamente a dos prestaciones y cumple haciéndolo íntegramente sólo con una de ellas. El Código Civil lo regula en el Artículo 1334; Facultativas en las que la persona se obliga al cumplimiento de una sola prestación, pero el convenio le permite cumplir con otra prestación la cual se llama accesoria, pero debe probar que no le es posible cumplir con la primera que es la principal. La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella. Artículo 1342 del Código Civil; divisibles por que su objeto es susceptible de ser cumplido por partes o sea parcialmente sin destruir su naturaleza y su género; y las indivisibles, que para el autor Vicente Roca “también son llamadas de cuerpo cierto y su objeto no es susceptible de ser cumplido parcialmente, sino debe cumplirse por entero, en un solo momento, pues de lo contrario destruye su naturaleza y su género. “⁶³ (sic.)

5.3 El incumplimiento de las obligaciones.

Es un elemento esencial del requerimiento y se distinguen dos clases de incumplimiento como lo son el incumplimiento temporal en donde el sujeto pasivo se retrasa en el cumplimiento de la obligación, lo cual no le imposibilita cumplir posteriormente con la misma, procediendo de ésta manera la figura denominada mora.

⁶³ Roca Menéndez, **Ob. Cit.** págs. 43 a 46.

Artículo 1428 del Código Civil. El retraso culpable en el cumplimiento de la obligación no es solamente del sujeto pasivo, sino también puede incurrir en mora el sujeto activo.

Como requisito esencial para hacer caer en mora al deudor se necesita el requerimiento de pago que debe hacer el acreedor, siendo necesario para que sea válido realizarlo de manera notarial o judicial. Artículo 1430 del Código Civil. Las partes pueden fijar de forma anticipada una cantidad de dinero que deberá pagar el que deje de cumplir la obligación, o no la cumpla de la manera convenida o retarde su cumplimiento, la cual en tales casos compensa los daños y perjuicios. Artículo 1436 del Código Civil, éste acuerdo se llama cláusula de indemnización o cláusula penal, así también existen las arras, las cuales se dan en garantía del cumplimiento de una obligación y equivalen a los daños y perjuicios que provienen del incumplimiento de la obligación, siempre que medie la culpa y si el que incumple es quien las recibió, éste deberá restituir el doble de lo que hubiere recibido.

Y el incumplimiento definitivo en donde solamente incurre el deudor, no siéndole posible el cumplir posteriormente con la misma, toda vez que se hace imposible la prestación, derivándose de dos causas, la primera son las causas imputables al deudor, en donde el deudor incumple por dolo o culpa y su efecto inmediato es el cumplimiento forzoso de la obligación, que equivale a que el deudor es ejecutado con graves consecuencias para su patrimonio.

En segundo lugar se encuentran las causas no imputables al deudor, que para el autor Vicente Roca “tales causas se dan por razones de caso fortuito o fuerza mayor, siendo el efecto inmediato que el deudor se libera del cumplimiento de la obligación a pesar de no haberla cumplido o pagado, debiendo previamente probar que el incumplimiento ha ocurrido por razones que lo liberan. “⁶⁴ (sic.)

La gestión de negocios es considerada dentro del ordenamiento jurídico como obligación que proviene de hechos lícitos sin convenio, toda vez que el mismo carece de un consentimiento previo de las partes que intervienen. Pasa a ocupar el lugar de obligación hasta el momento en que se tiene por ratificada por el dueño de los negocios ajenos ya que previo al ejercicio de la misma no existe vínculo alguno que obligue a darle cumplimiento a la gestión porque la misma se encuentra basada en actos netamente voluntarios dentro de los cuales debe imperar la buena fe del gestor para no cambiar el giro habitual de los negocios ni anteponer sus intereses personales.

En la gestión de negocios como parte del derecho de obligaciones se puede observar la existencia del elemento vinculatorio que une a los elementos personales porque tanto el gestor como el dueño de los negocios actúan de manera voluntaria al hacerse cargo de los negocios ajenos sin la existencia de convenio previo, sucediendo lo mismo cuando se ratifica la gestión. La falta de seguridad jurídica que impera en esta figura es causada por los pocos requisitos esenciales en que se desarrolla la misma.

⁶⁴ **Ibid**, págs. 79 a 84.

CAPÍTULO VI

6. La aplicación supletoria de la gestión de negocios por la ausencia y el mandato.

Tal y como se desarrolló en los capítulos anteriores, la figura jurídica del gestor de negocios no requiere de una serie de elementos que se deban satisfacer previo a que el gestor inicie su actividad en los negocios ajenos ni requiere de gastos económicos que puedan resultar innecesarios si no se genera la necesidad de ejercer los derechos así como las obligaciones que han quedado abandonadas por su titular.

De ésta manera se da paso a preferir la utilización de la gestión de negocios en aquellos casos en que existen bienes, derechos como obligaciones que cumplir pero que su titular no ejercita de forma personal por diversas razones, evitando así a gastos como tramites innecesarios pero que con el tiempo pueden ser los bastiones que le garanticen el éxito de sus negocios como ganancias.

Por las pocas formalidades con que cuenta la gestión de negocios se deja al margen de aplicación las figuras jurídicas de la ausencia como del mandato las cuales demandan para su ejercicio el cumplimiento de varios requisitos que son considerados como esenciales para poder hacerse cargo de los bienes, derechos como obligaciones ajenas.

6.1 Similitud entre la gestión de negocios, la ausencia y el mandato.

La figura de la ausencia se encuentra definida como la “no presencia”, agregándole un elemento esencial como lo es la circunstancia del “paradero ignorado”. Asimismo, se debe agregar un requisito especial el cual lo constituye la “duda” de la existencia de la persona, se refiere al estado civil de una persona en la cual existe duda si vive, toda vez que se desconoce su paradero o bien porque desapareció, sin saberse de ella.

Por lo tanto, la ausencia viene a ser un hecho que va a influir sobre la situación jurídica de una persona, toda vez que ésta no puede ejercitar de momento por sí misma sus derechos ni cumplir con sus obligaciones, por lo que la ausencia determina un estado civil especial que provoca una institución que tiene por finalidad o misión encargarse del cumplimiento de los deberes como del ejercicio de los derechos del ausente, ya que los bienes y asuntos de éste se encuentran en estado de abandono.

Al respecto, la legislación guatemalteca establece que la declaratoria de ausente tiene como único objeto, nombrar defensor judicial para los casos en que deba responder a una demanda o bien hacer valer algún derecho en juicio, si el ausente hubiere dejado apoderado sin facultades suficientes para la defensa en juicio, el cargo de defensor judicial recaerá de preferencia en éste.

A falta de apoderado el juez nombrará a una persona de notoria honradez, arraigo y competencia. Asimismo, se establece la declaración de ausencia tanto para la

guarda como para la administración de bienes del ausente, la administración por los parientes, los casos de muerte presunta y posesión de los herederos, lo cual se encuentra regulado en los Artículos comprendidos del 42 al 77 del Código Civil.

Dentro del vivir cotidiano pueden existir circunstancias en las cuales, ya sea por ausencia o bien imposibilidad, una persona no pueda, no este en condiciones de ocuparse de sus propios asuntos, ni haya previendo dicho acontecimiento por lo que no ha dejado a persona encargada de los mismos. En tales casos, un deber moral obliga a los amigos, vecinos e incluso a personas extrañas a ocuparse de los negocios abandonados por su titular, existiendo una gestión voluntaria, que una persona realiza en los asuntos abandonados de un tercero en interés del mismo con el ánimo de obligarle, por lo que es indispensable la existencia de dos elementos esenciales como lo son: por un lado, el hecho que consiste en un acto ya sea material o jurídico; y por el otro, el elemento del ánimo de gestionar un negocio ajeno, obligando a la persona por la cual se gestiona.

De la breve relación hecha anteriormente de la gestión negocios como de la ausencia se denota la existencia de una similitud entre ambas figuras jurídicas, toda vez que existe claramente una representación (hacer presente) voluntaria en los asuntos ajenos, lo que tiene como finalidad hacerse cargo de negocios que han sido abandonados por su titular, (bastando para esto que no sean propios) ya sea para ejercitar derechos como cumplir obligaciones. Se debe considerar entonces que la representación que se ejercita en el derecho ajeno a través del gestor de negocios

como del mandatario legal en las figuras jurídicas específicas, es la forma por la cual no se dejan a la deriva los derechos y obligaciones de un tercero que no los puede ejercitar ya sea por la falta de presencia o bien haberlos encargado legalmente.

Existe un consentimiento presunto entre las partes, lo cual viene a ser fundamental para que los actos como los negocios que se realicen durante la gestión sean reconocidos, válidos y lícitos. Asimismo, al hacerse cargo del ejercicio de actos ajenos, ésta actividad debe realizarse de buena fe, teniéndose la misma como propia, lo cual depende de manera determinante del ánimo de quien ejerce los actos ajenos toda vez que involucra la voluntad. Viniendo a ser injusto someter a una persona a cargar con derechos y obligaciones que no le corresponden ya que el dueño de los asuntos abandonados tiene en su provecho los negocios celebrados.

Se debe considerar de sobremanera que al encargarse de representar los asuntos ajenos se hace en beneficio de la persona a cuyo favor se ejercitan no a nombre ni mucho menos beneficio propio, por lo cual es irrelevante que exista una intención de actuar como dueño de lo ajeno para obtener un beneficio que será aprovechado por el titular del negocio (verdadero dueño de los negocios abandonados).

Se tiene por terminada la representación en los asuntos ajenos al apersonarse el dueño de los mismos. Y se tiene como obligación principal el restituir al dueño todo lo que se halle en su poder, a través de una obligación llamada rendición de cuentas

dentro de la cual dará cuenta detallada de su gestión en los asuntos ajenos, toda vez que la legislación civil lo regula para ambas figuras al establecer que el representante del ausente es administrador de los bienes de éste, teniendo las mismas obligaciones, facultades y prohibiciones de los tutores.

El tutor concluida la tutela esta obligado a entregar todos los bienes como los documentos que le pertenezcan. Dicha obligación no se suspende por encontrarse pendiente la rendición de cuentas. De igual manera debe proceder el gestor de negocios si se sobreentiende que en el ejercicio de la gestión el gestor queda sujeto a las obligaciones como a las responsabilidades del mandatario.

Por el mandato una persona llamada poderdante (mandante) encomienda a otra llamada apoderado (mandatario) la realización de actos o negocios. El mandato puede otorgarse ya sea con representación y sin representación. Se debe enfatizar que dentro de éste figura jurídica se habla de encomendar, lo cual se entiende como entregar y confiar a otro el hacer efectivo (realidad) los actos así como los negocios.

El contrato de mandato comparte con la figura de la gestión de negocios entre otras similitudes que ambas figuras jurídicas se encargan de asuntos ajenos, toda vez que los actos como los negocios que se encuentran diligenciando no son propios. Asimismo, le serán indemnizados los gastos en que incurra por el cumplimiento y desempeño de los negocios ajenos los cuales se encuentran abandonados con la

necesidad imperante de ser ejecutados, por lo cual son encomendados ya sea al gestor o al mandatario con el objeto de darles fiel cumplimiento.

Ésta encomienda tiene lugar principalmente por la no presencia de sus titulares, dando lugar a que exista una sustitución temporal en la persona del titular de la obligación, toda vez que la gestión de negocios termina cuando el titular de los mismos se apersona y el contrato de mandato termina por el vencimiento del término para el que fue otorgado, por concluirse el asunto para el que se dio, por revocación, por renuncia del mandatario, por muerte, interdicción del mandante o del mandatario entre otras causas que regula la legislación guatemalteca.

Al tenerse por terminada la gestión o el encargo de los negocios ajenos, una obligación primordial tanto del gestor como del mandatario es dar cuenta de su administración al titular de los mismos, entregando todos los bienes que tenga en su poder, los cuales fueron objeto del cumplimiento de los negocios ajenos. Artículos 1606, 1707 y 1717 del Código Civil.

Cuando se hace referencia a que el mandatario queda obligado a desempeñar con diligencia el mandato se refiere a realizar su desempeño con exactitud como con fidelidad para obtener un beneficio en los negocios del mandante, al igual que en la gestión de negocios el gestor esta obligado a dirigir los negocios de otro útilmente en provecho del dueño, entendiéndose que debe obtener un beneficio en los negocios ajenos el cual será aprovechado por el titular de los mismos, denotando en todas sus

actuaciones la buena fe, toda vez que no debe dar preferencia a sus propios intereses cuando se hallen en conflicto con los de aquel.

El Código Civil establece que el mandatario debe responder por los daños y perjuicios que cause en el diligenciamiento del mandato sin haberse sujetado a las instrucciones del mandante y que el gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando verifique operaciones distintas del giro habitual de los negocios del dueño, por lo que se puede observar que en ambas figuras jurídicas se enmarca un parámetro legal dentro del cual se debe realizar el ejercicio de las gestiones como el diligenciamiento del mandato para obtener un beneficio fructífero en los negocios ajenos. El parámetro legal dentro del cual se desarrollan éstas dos figuras jurídicas se traduce a las instrucciones, facultades y límites que el dueño de los negocios le confiere al mandatario, ahora bien, dentro de la gestión de negocios este parámetro es: el giro habitual o que normalmente daría el dueño a los negocios, no pudiendo el gestor ni el mandatario apartarse del cumplimiento fiel de los mismos ya que por mandato legal equivaldría a responder tanto de los daños como de los perjuicios causados.

Existe un consentimiento presunto entre las partes dentro del mandato ya que el mandatario debe aceptar el mandato para quedar obligado frente al mandante. Ahora bien, podemos encontrar éste consentimiento presunto dentro de la gestión de negocios al momento que el dueño de los negocios ratifica la gestión produciendo los

efectos del mandato expreso para que opere retroactivamente, dándole de ésta manera un cambio a la figura jurídica que dio inicio a la relación. Artículo 1611 del Código Civil.

En ambas figuras existe un aprovechamiento de las ventajas obtenidas en los negocios realizados, lo cual va a generar que el mandante de cumplimiento a todas las obligaciones que el mandatario haya contraído, así el gestor esta obligado a dirigir y manejar útilmente los negocios ajenos, lo cual se encuentra regulado en el Código Civil, al establecer que el dueño de los negocios que aproveche las ventajas de la misma, será responsable de las obligaciones contraídas en su interés. Por su parte en el capítulo específico al mandato se estipula que el mandante debe cumplir las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de lo límites del mandato. Artículos 1612 y 1712 del Código Civil.

6.2 Diferencia entre la gestión de negocios, la ausencia y el mandato.

La figura jurídica de la ausencia, como se señaló anteriormente, esta compuesta por varias fases, así como aspectos, los cuales le proporcionan esencia generando el carácter de la misma, toda vez que el Código Civil al referirse a la a éste figura hace la distinción entre la ausencia propiamente dicha: en donde el elemento imperante viene a ser la no presencia en el momento y lugar determinado, dentro de la cual la persona que se ausente pero tenga derechos que ejercitar u obligaciones que cumplir debe dejar mandatario legalmente constituido, si no lo hiciere, se le debe declarar ausente con el único objeto de nombrarle defensor judicial.

Asimismo, distingue la declaración de ausencia para la guarda de bienes del ausente, como para la administración de los mismos, lo cual debe regir en los casos en que el ausente tenga bienes que deban ser administrados, para lo que es necesaria una declaración judicial. La denuncia puede ser efectuada por el ministerio público así mismo por cualquier persona capaz, debiendo solicitar el nombramiento de guardador el cual puede recaer sobre el mismo defensor judicial. Dado el caso que el ausente hubiere dejado nombrado mandatario, recaerá sobre éste, hecho el nombramiento definitivo recibirá los bienes, asumirá la representación del ausente, teniendo las obligaciones, las facultades así como las prohibiciones de los tutores a cambio de una retribución anual.

Posteriormente, hace referencia a la administración por los parientes, la cual se refiere a la administración de los bienes del ausente la cual puede ser realizada por el cónyuge así como por los hijos, a falta de ellos por los parientes consanguíneos, los mismos la pueden solicitar como ejercer, previa hipoteca o fianza que cubra el valor de los bienes del ausente. Como requisito previo a concedérseles la administración de los bienes del ausente deben practicarse: el inventario, la tasación de los bienes, la liquidación así mismo la partición de los que pertenecen al matrimonio. El guardador debe rendir cuentas de su administración a los parientes que asumirán la representación legal del ausente e inmediatamente cesar en su cargo.

Por último, se establece la muerte presunta, asimismo, la posesión de los bienes por los herederos, que es el procedimiento a través del cual transcurridos cinco años

desde que se decreto la administración por los pariente se podrá declarar la muerte presunta pudiendo tanto sus herederos testamentarios como los legales pedir la posesión de la herencia desde que se tuvo la última noticia del ausente.

Ahora bien, con relación a la figura de la gestión de negocios no se puede afirmar que se encuentra conformada por la secuencia de varias fases que conforman su esencia así como su carácter, toda vez que dicha figura jurídica esta compuesta por un todo que específicamente se basa en la confianza, la amistad así como en la buena fe del gestor, sin existir diversidad de formas para su constitución, sino una sola que es la voluntad de encargarse de los negocios de otro, obligándose a dirigirlos útilmente en provecho del dueño.

Dentro de la figura de la gestión de negocios se encuentra como base para el desarrollo de la misma la buena fe del gestor, lo cual debe imperar dentro de toda su gestión para que pueda considerarse la voluntad del mismo. El gestor no debe encontrarse obligado a realizar las gestiones por otra causa distinta a la voluntad ya que sus actos quedan sujetos a un aspecto volitivo dentro del cual existe una obligación de actuar que va dirigida a obtener una ganancia en los negocios ajenos para que sea aprovechada por el dueño de éstos, sin existir en realidad dicha obligación de obrar en beneficio ajeno, toda vez que no se ha dotado previamente de una orden judicial o bien un documento por el cual se le haya discernido el cargo.

Dentro de la figura de la ausencia existe un mandato legal, al establecer la legislación civil guatemalteca: toda persona que tenga que ejercitar derechos así como obligaciones que cumplir en la república, debe dejar mandatario legalmente constituido, rigiendo de igual manera cuando se ausente de ella, lo cual se traduce a aquella persona que de conformidad con lo establecido en la ley acepta a través de un contrato gestionar asuntos ajenos. Ahora bien en el caso de que no se observe éste imperativo legal, se le declara ausente a petición de parte, pero dicha declaración debe ser judicial a través de la intervención de la autoridad competente que genera la existencia de una obligación que se dirige a la persona del defensor judicial, para que responda a través de un mandato legal de las obligaciones del declarado ausente, quedando sujeto a las obligaciones, facultades como prohibiciones de los tutores; formándose una coerción para el cumplimiento del cargo, en total distinción a la figura de la gestión de negocios en la que no existe mayor obligación que la creada por la buena fe del gestor mismo.

En ambas figuras jurídicas, se puede establecer e identificar un consentimiento presunto entre los elementos personales que forman parte de las mismas, pero éste consentimiento dentro de la figura de la gestión de negocios es posterior a la gestión de los negocios ajenos. Toda vez que el Código Civil en su artículo 1606 establece que el gestor debe dar aviso de su gestión al dueño, tan pronto como sea posible esperando su decisión, a menos que haya peligro en la demora. Si no fuera posible dar aviso, el gestor debe continuar su gestión hasta que concluya el asunto. Por lo tanto, éste Artículo manda que el aviso debe ser de forma inmediata teniendo en cuenta que previo a iniciarse la gestión debe contarse con la aprobación del dueño, tomándose

esto como que el dueño de los negocios de manera previa debe estar enterado de la intención del gestor de entrometerse en sus negocios para dirigirlos según el giro habitual.

De igual manera sucede en la figura jurídica de la ausencia dentro de la cual debe existir un consentimiento previo entre los elementos personales antes de dar inicio la representación legal del mandatario, pero con la diferencia que aquí es declarado judicialmente tanto el defensor judicial como el administrador de los bienes, toda vez que sin éste elemento sería imposible obligar al mandatario al cumplimiento de la obligación que conlleva ejercer como responder por las obligaciones del declarado ausente, lo cual sucede en la gestión de negocios en donde no existe una obligación real que obligue al gestor a cumplir con el convenio, toda vez que la obligación se encuentra apoyada meramente en actos volitivos.

La ratificación de la gestión la cual debe realizar el dueño de los negocios genera los efectos del mandato expreso operando retroactivamente, esto supone un cambio de figura jurídica, toda vez que la gestión de negocios se caracteriza por que sus actos se originan de la voluntad así como de la buena fe de los elementos personales. Ahora bien para que los actos voluntarios realizados por el gestor puedan llegar a operar retroactivamente como un mandato es necesario que existan elementos esenciales como: un acuerdo de voluntades previo, a través del cual las personas consienten en obligarse respecto de otras, dar alguna cosa así como prestar algún servicio, lo que específicamente en la gestión de negocios no sucede, toda vez que

éste acuerdo de voluntades no existe de manera previa a la gestión, sino hasta que el gestor da aviso al dueño de los negocios sin quedar éste aviso sujeto a plazo determinado. Por otro lado, la figura del mandato cuenta con la aceptación previa que realiza el mandatario del cargo recaído en su persona, de lo que carece la figura de la gestión de negocios ya que el gestor en ningún momento acepta la gestión que realiza, sino que se entromete en los negocios ajenos por su propia voluntad con el único objeto de dirigirlos útilmente en beneficio de su dueño. Por el contrario la figura jurídica de la ausencia no se apoya en otra figura que suponga cambiar su naturaleza para cumplir con su objeto.

Anteriormente el contrato se encontraba basado en la amistad y la confianza, lo cual en la actualidad se ha desvirtuado toda vez que el derecho habla de relaciones de trabajo no de amistad, por lo que, dentro de las consideraciones doctrinarias la figura de la gestión de negocios es desarrollada como un cuasicontrato.

Dado que éste es un hecho puramente voluntario a través del cual resultan obligaciones sin el consentimiento de la otra parte, quedando desprovista del carácter coercitivo para obligar al cumplimiento del mismo.

En la figura del contrato, existe un concurso de voluntades que le dan nacimiento al mismo y vienen a ser un elemento esencial para su formación. Aquí se encuentra el contrato robustecido por una fuerza coercitiva y a que los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que

dentro de los mismos concurren las condiciones necesarias para su validez y los elementos personales se encuentran movidos por una causa jurídica que los obliga directamente al cumplimiento del contrato, para obtener una eficacia en el precepto.

En el contrato de mandato se establece que el mismo debe ser aceptado expresa (que conste dentro del contrato de mandato) o tácitamente (ejecuta los actos) por el mandatario, puesto que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, con lo cual queda obligado a desempeñar con diligencia el mandato, lo que encierra una fidelidad, entendida la misma como un proceder de buena fe en la ejecución del mandato para cumplir los encargos a través de una ejecución que no denote daños al mandante, dándole preferencia a sus intereses.

Ahora bien dentro de la figura de la gestión de negocios se observa que existe aceptación de carácter tácita, toda vez que el gestor realiza actos por los que se entromete en los negocios ajenos para dirigirlos útilmente en provecho del dueño, pero sin existir un encargo previo (por parte del dueño de los negocios) a la aceptación tácita del gestor, entendida ésta como la intromisión en los negocios ajenos.

En el contrato de mandato se pueden distinguir dos clases de representación: por una parte, si el mandatario obra en nombre del mandante aquí se está frente al mandato con representación y por la otra, si el mandatario obra en nombre propio, se refiere al mandato sin representación, en donde los terceros no tienen acción directa contra el mandante.

En el mandato sin representación se puede evidenciar un margen de libertad en el actuar del mandatario, toda vez que éste tiene libertad para poder orientar el asunto de manera que entienda más conveniente, siempre que se encuentren los actos o negocios de conformidad a los lineamientos que el mandante le especifique, llevando a cabo su actividad sujeto a las instrucciones recibidas por el mandante, las cuales tiene un amplio parámetro de libertad dentro de los márgenes establecidos, ya que de otra manera debe responder tanto de los daños como perjuicios causados, a menos que el mandatario ratifique dichas acciones tomándolas como válidas, en cuyo caso surten sus efectos por bien hechas de conformidad con la voluntad del mandante.

Ahora bien, dentro de la figura jurídica de la gestión de negocios no existe un ámbito de libertad en la actuación del gestor de negocios, dentro de los lineamientos a los que debe sujetar su gestión, toda vez que dentro de ésta figura juega un papel preponderante la voluntad manifiesta o presunta del dueño de los negocios, por lo que se puede evidenciar una subordinación del gestor hacia el dueño ya que los negocios deben ser dirigidos en representación del dueño de manera que la voluntad de éste se haga manifiesta, cerrando así los márgenes sobre los cuales debe actuar el gestor quedando sin el parámetro de libertad que confiere el contrato de mandato al mandatario para actuar en los negocios como mejor le parezcan, siempre que se encuentre sujeto a las instrucciones recibidas del mandante.

El Código Civil guatemalteco califica expresamente como solemne el contrato de mandato, toda vez que tienen como requisito esencial constar en escritura pública, sin cuyo requisito no tendrán validez no pudiendo existir.

Por lo que se debe entender que el contrato de mandato debe constar por escrito, pero no a través de cualquier constancia escrita sino a través de instrumento público autorizado por notario, en el cual se consigna la creación, modificación o extinción de una relación de derecho, debiéndose faccionar la misma dentro del protocolo notarial.

Asimismo, el mandato debe llenar determinados requisitos de forma y de fondo sin los cuales no puede ser considerado como tal, ni tener la fuerza coercitiva necesaria, de esto se encuentra desprovista la figura de la gestión de negocios ya que la misma no existe ni se encuentra fundamentada en un documento que le de carácter de obligatorio que compela a su cumplimiento, porque la misma se encuentra basada en hechos que nacen exclusivamente de la voluntad tácita del gestor así como de la voluntad manifiesta del dueño de los negocios.

6.3 Efectos de la gestión de negocios relacionados con la ausencia y el mandato.

Al referirse a los efectos se hace alusión a las consecuencias como a los resultados que se desprenden de la figura de la gestión de negocios al momento de dirigir voluntariamente los negocios de otro, toda vez que el gestor es la persona quien se entromete voluntariamente sin convenio en los negocios ajenos, los cuales se

encuentran abandonados quedando sujeto en el ejercicio de su gestión tanto a las obligaciones como a las responsabilidades del mandatario sin tener dicha calidad, siendo necesario para considerarlo como tal el llenar determinados requisitos específicos de ésta figura.

Dentro de éstos requisitos se pueden señalar: la aceptación previa a iniciar la gestión de los negocios ajenos, lo cual no sucede con el gestor toda vez que éste inicia la dirección de los negocios ajenos sin previa aceptación, asimismo, el gestor actúa representando en sus intereses al dueño de los negocios, no actúa a nombre propio, ni cuenta con un margen amplio de actuación en la gestión de los negocios sino que debe ajustar sus operaciones al giro habitual de los negocios del dueño.

Ahora bien dentro de la figura jurídica del tutor, la cual se encuentra establecida en el Artículo 50 del Código Civil en su apartado relacionado con la ausencia, regula que para poder ejercer como tutor, asumir la representación del ausente así como poder administrar los bienes del mismo, debe ser discernido previamente el cargo por el juez. Dicha figura jurídica (tutor) debe contar con la aceptación previa del mismo, para desempeñarse como tal dentro del cargo, asimismo, llenar los requisitos establecidos en ley, por lo que el tutor se sujeta a determinadas causas para poder ser removido así mismo a prohibiciones como autorizaciones judiciales para el fiel cumplimiento del cargo discernido.

El gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando verifique operaciones distintas al giro habitual de los negocios del dueño. Se debe entender entonces que el gestor se encuentra sujeto a la obligación de responder por un resultado imprevisto que se genere durante dirija los negocios ajenos, siendo ésta obligación un lazo imaginario e inexistente toda vez que el mismo no se encuentra obligado a través de un documento ni de fuerza legal que lo vincule a tal obligación, sino solamente a través de su voluntad, porque una persona no está obligada al cumplimiento de la obligación que no contrajo o bien a la que no se obligó con anterioridad.

Dentro de la figura del tutor, se establece que al ser el representante legal del ausente y administrador de sus bienes podrá ser removido en los casos que demuestre negligencia, ineptitud e infidelidad en el desempeño del cargo y el mandatario responde tanto de los daños como de los perjuicios por no desempeñar con diligencia el mandato; entendiéndose que ambas figuras (tutor y mandatario) en el desempeño de sus cargos, si están obligados a responder al obtener resultados contrarios a los esperados dentro de la gestión de los negocios ajenos, ya que los mismos aceptaron el cargo que les fue discernido y con ello las obligaciones que conlleva dicho cargo.

Tal y como se evidencia anteriormente, si se ratifica la gestión por parte del dueño, produce los efectos del mandato expreso, operando retroactivamente, a lo cual la figura del gestor que se encontraba unida al desempeño de su cargo a través

de actos netamente volitivos pasa a ser un mandatario con derechos como obligaciones propias de ésta figura, pero sin haber llenado los requisitos previos que le dan nacimiento legal a la misma.

6.4 La seguridad jurídica que ofrece la ausencia y el mandato, relacionada con la gestión de negocios.

A través del desarrollo que se ha realizado dentro del presente estudio jurídico se han relacionado las figuras de la ausencia, el contrato de mandato así como la gestión de negocios, evidenciando que la figura jurídica del gestor de negocios carece dentro de su regulación legal de elementos que la fortalezcan para ser considerada como una figura jurídica sólida a través de la cual los sujetos personales que intervienen en la misma puedan encontrar una seguridad jurídica que los respalde, toda vez que se le impone responsabilidades al gestor, mismas que va a cumplir no por encontrarse sujeto a convenio alguno, sino por sentirse obligado a través de actos puramente volitivos que lo inducen a sentir dicha responsabilidad.

En todo caso si el gestor de negocios realiza dentro del manejo de los negocios ajenos, giros u operaciones distintas a las habituales obteniendo resultados no esperados, se regula dentro del Código Civil que el mismo debe responder por ello.

Ahora bien, de que título se ampara el dueño de los negocios para obligar al gestor a responder, ejecutarlo así como obligarle al cumplimiento de ésta responsabilidad si el dueño de los negocios se aprovecha de las ventajas obtenidas

por la gestión realizada en su favor, no indemniza al gestor los gastos necesarios ni útiles en los que incurrió a pesar de que se le ordena dentro de la legislativa legal; el gestor previo a ejecutarle para el cumplimiento, debe demostrar que existió por parte del dueño del negocio una ratificación tácita en la gestión realizada por su persona, ya que se aprovechó de las ventajas pero en ningún momento la ratificó por ende no existió un cambio de figura jurídica (mandato expreso), no encajaría la figura del gestor de negocios, toda vez que el mismo no cumplió previamente con los requisitos que dan nacimiento a la figura de mandatario.

Por otro lado, el gestor en ningún momento debe prestar inventario de los bienes que tendrá como suyos ni avaluó de los mismos, durante el tiempo que dure la gestión misma, tampoco presta garantía con la cual asegura el fiel cumplimiento de la gestión con los cuales pueda responder de caso fortuito, sino que entra a dirigir los negocios ajenos sin dar a cambio garantía previa ni cuenta de los mismos, siendo de ésta manera difícil establecer las ganancias obtenidas durante el transcurso de la gestión, más que basándose en la rendición de cuentas que debe realizar al entregar los bienes ya que el gestor por mandato legal queda sujeto a las obligaciones que se le imponen al mandatario, aunque en realidad no lo sea.

Así de ambigua se presenta el poder determinar el estado en que se encontraban los negocios ajenos antes de entrar el gestor a dirigirlos ya que el aviso se da después de haber iniciado la gestión de los negocios ajenos, como lo regula la legislación civil guatemalteca porque no existe un convenio previo que lo demuestre,

sino que solamente la voluntad de ambas partes de darle nacimiento a la gestión de negocios, siendo totalmente contradictorio la poca formalidad de la cual se encuentra investida dentro de la legislación guatemalteca, denotando la gestión negocios, la inseguridad jurídica de la cual se encuentra investida que corresponde tanto al gestor como al dueño de los negocios, toda vez que es una institución que tiene como objeto dirigir como propios los negocios ajenos que han sido abandonados, lo cual de manera imperante debe conllevar el resguardo tanto de los derechos como de las obligaciones en beneficio del dueño así mismo las ganancias obtenidas durante la gestión deben ser entregadas, debiéndose basar éstos actos en la voluntad de los sujetos, toda vez que existe una carencia total de convenio así como de inventario previo que detalle los mismos.

Contrario es lo que sucede con la figura del representante legal así como con el administrador de los bienes del ausente, toda vez que éstos deben rendir cuentas anualmente, con lo que se tiene un mayor control sobre las ganancias obtenidas, la forma de dirigir la administración de los bienes ajenos, denotando de ésta manera la seguridad jurídica que debe existir para los elementos procesales dentro de las figuras jurídicas que han sido establecidas en el marco legal para cada caso en concreto, específicamente para la administración de bienes ajenos.

Se establece la claridad como la precisión con la que cuentan éstas figuras jurídicas al momento de aplicar la específica a los casos en particular, toda vez que al concluir en su cargo el representante legal así como el administrador deben rendir

cuentas entregando los bienes que hayan sido objeto de dicho cargo, ya que se debe basar en el inventario como en el avalúo que se hizo previamente a serle discernido el cargo que fue garantizado con la prestación de hipoteca o fianza.

Tomando como base que el estado debe proporcionar a los ciudadanos la seguridad jurídica a través del ordenamiento que impere en el país, se deduce a través del desarrollo de las diferentes figuras jurídicas que la legislación guatemalteca garantiza ésta seguridad a través de las figuras de la ausencia como del mandato.

Estas figuras se encuentran basadas en el contrato tanto como en el derecho de obligaciones que van a constituir los pilares sobre los cuales descansa la seguridad jurídica de los bienes, derechos como obligaciones ajenos que necesiten ser ejercidos pero que su titular no lo puede realizar en forma personal por diferentes causas.

CONCLUSIONES.

1. La aplicación supletoria que se hace de la gestión de negocios en sustitución de las instituciones jurídicas de la ausencia y el mandato, crea inseguridad jurídica para las partes que la utilizan, ya que se basa únicamente en la buena fé y en los actos meramente voluntarios del gestor, generando como efecto la posible no ratificación de lo gestionado.
2. La naturaleza jurídica de la gestión de negocios es incidental, contraria a las instituciones del contrato de mandato y de la ausencia, que provienen de un precepto legal y formal que genera plena seguridad para los actos realizados por el mandatario como por el guardador de bienes del ausente.
3. Al tergiversarse el objeto y la finalidad de las instituciones de la ausencia y el mandato, aplicando la figura del gestor de negocios, se omite la obligación de constituir mandatario o apoderado y deja en suspenso los derechos como las obligaciones que debían surgir a la vida jurídica.
4. La figura del gestor de negocios carece de normas coercitivas que le generen obligaciones, responsabilidades y sanciones legales al producirse daños o perjuicios sobre los negocios que tomó como suyos a nombre de otra persona.

RECOMENDACIONES:

1. Que el Congreso de la República reforme el Código Civil, creando de manera independiente la figura jurídica del gestor de negocios para prescindir de la necesidad imperante que posee la misma de fundamentarse en la institución del mandato, lo que genera confusión entre el objeto y los fines de las mismas.
2. Se deben delimitar de manera específica los actos y negocios jurídicos en que puede participar el gestor de negocios sin usurpar las calidades que son específicas de las instituciones del mandato y la ausencia, evitando así la aplicación supletoria en las mismas.
3. Se debe promover por parte de las instituciones y personas que tienen iniciativa de ley un proyecto dentro del cual se creen sanciones drásticas al momento de que un gestor de negocios realice actos usurpando las calidades del mandatario o del guardador de bienes del ausente, o en su defecto se derogue dicha figura del Código Civil guatemalteco.

BIBLIOGRAFÍA

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** 1ª. ed., Guatemala; Guatemala: Ed. estudiantil fénix, 1998.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 28ª. ed., 6t., Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S. R. L., 2003.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** 6t., Madrid, España: Ed. Ediciones Pirámides, S. A., 1976.

ROCA MENÉNDEZ, Manuel Vicente. **Derecho de obligaciones de los contratos en particular.**, Guatemala; Guatemala: Imprenta BG. , 2006.

ROCA MENÉNDEZ, Manuel Vicente. **Las obligaciones civiles.** 1ª. ed., Guatemala; Guatemala: Imprenta BG., 2006.

VITERI ECHEVERRÍA, Ernesto R. **Los contratos en el derecho civil guatemalteco (parte especial).** 2ª. ed., Guatemala; Guatemala: Ed. Servipresa, S.A., 2002.

Legislación:

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

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