

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO
DE LA FIGURA DEL AUTO-CONTRATO
Y SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO
GUATEMALTECO Y EN LA LEGISLACIÓN
COMPARADA**

MARTA IXCHEL SINCAL CUMEZ

GUATEMALA, JULIO DE 2008

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA FIGURA DEL AUTO-CONTRATO
Y SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO GUATEMALTECO Y EN LA LEGISLACIÓN
COMPARADA**

TESIS

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

Por

MARTA IXCHEL SINCAL CUMEZ

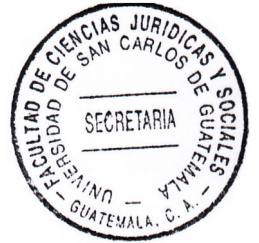
Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de:

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2008.



**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 EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Héctor Antonio Roldán Cabrera
Vocal: Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval
Secretario: Lic. Aura Marina Chan Contreras

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Vocal: Lic. David Sentes Luna
Secretario: Lic. Crista Ruiz de Juárez

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

**BUFETE JURIDICO DEL ABOGADO Y NOTARIO
VÍCTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA
4ª. CALLE 4-108 "A" ZONA 3. CHIMALTENANGO.
TELEFONO: 7839-3906. CELULAR: 5215-4148.**



Chimaltenango, veinticinco de febrero del año dos mil ocho.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín,
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho.



Respetable Lic. Marco Tulio Castillo Lutín:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida por esa Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha veinte de septiembre del año dos mil siete, procedí a ASESORAR el Trabajo de Tesis de la Bachiller MARTA IXCHEL SINCAL CUMEZ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA FIGURA DEL AUTO-CONTRATO Y SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO GUATEMALTECO Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA".

He realizado la Asesoría de la investigación y en su oportunidad, he sugerido a la sustentante, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias, para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico social de actualidad, la recolección de información realizada por la Bachiller MARTA IXCHEL SINCAL CUMEZ, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual, por lo que constituye un apoyo para enriquecer la bibliografía de nuestra facultad.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de la investigación bibliográfica que comprueba que se efectuó la recolección de la bibliografía actualizada.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En virtud de haberse

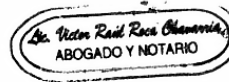
cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, a la investigación realizada por la Bachiller MARTA IXCHEL SINCAL CUMEZ.



Al agradecerle la atención que se sirva prestar al presente DICTAMEN FAVORABLE DE ASESOR, me es grato suscribirme de usted, atentamente:

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

A handwritten signature in black ink, enclosed within a hand-drawn oval. The signature appears to be "V.R.R.C." followed by a flourish.



LIC. VÍCTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA
ABOGADO Y NOTARIO
ASESOR DE TESIS
COLEGIADO ACTIVO: 3,863.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintisiete de febrero de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CRUZ ARMANDO CHOC SUBUYUC, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARTA IXCHEL SINCAL CUMEZ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA FIGURA DEL AUTO-CONTRATO Y SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO GUATEMALTECO Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA".

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


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/ragm



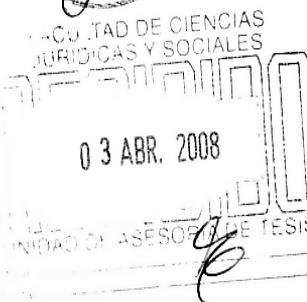
BUFETE JURIDICO PROFESIONAL

LIC. CRUZ ARMANDO CHOC SUBUYUC

ABOGADO Y NOTARIO

3ra Calle 4-17 Zona 1 Chimaltenango,

Tel. 78396757



Guatemala, 31 de Marzo del año 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Licenciado Castillo:

Tengo el honor de dirigirme a usted, informándole que he procedido a dar el debido cumplimiento a la resolución emanada de ese despacho, a efecto de darle revisión al trabajo de tesis de la bachiller MARTA IXCHEL SINCAL CUMEZ, intitulado, “ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA FIGURA DEL AUTO-CONTRATO Y SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO GUATEMALTECO Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA”

Al efectuar la revisión de la presente monografía, resulta necesario referirme al trabajo desarrollado por la bachiller SINCAL CUMEZ, resulta ser interesantísimo, ya que nuestro Código Civil en meridiana claridad deja entrever la figura del auto-contrato, al referirse al poder, pero la autora al referirse al mismo, hace un estudio específico, especialmente con legislación comparada, de países como México y Cuba, exponiendo sus razonamientos, que ella considera para regular el auto-contrato en nuestra legislación civil, tomándose como una de ellas la interpretación a conveniencia que puedan darle las partes a esta figura tácita, pudiendo dar lugar a violación de principios constitucionales.

Contiene el auto-contrato, elementos propios que le son característicos, que lo hace admisible o inadmisibile, según su legislación, y sobre todo tomarse en cuenta que el mismo es complejo, habida cuenta que su mala aplicación conlleva el perjuicio a terceros, de ahí que la autora considera oportuno referirse al tema, concluyendo en que debe tener una regulación específica el mismo, aconsejando lo que consideró oportuno en cada recomendación.

Es necesario indicar que comparto el deseo de la autora, de realizar una reforma al artículo que lo contiene en lo referente al auto-contrato, o mejor aun dedicarle un apartado específico, o caso contrario eliminar resabio alguno que de lugar a interpretaciones antojadizas en nuestra legislación civil.

Por último hago constar que el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, cumpliéndose con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales, y Examen General Publico, siendo motivo de satisfacción dar DICTAMEN FAVORABLE, al trabajo desarrollado.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con mis muestras de consideración y estima.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Cruz Armando Choc Subiyuc

Revisor de Tesis.

COLEGIADO: 4725

Lic. Cruz Armando Choc Subiyuc
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



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

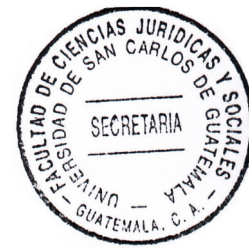


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiuno de mayo del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARTA IXCHEL SINCAL CUMBEZ, Titulado "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA FIGURA DEL AUTO-CONTRATO Y SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO GUATEMALTECO Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/sllh



DEDICATORIA

A Dios:

Por haberme dado la vida y haber dado sabiduría a mis padres, para permitir que me realizara profesionalmente.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala:

Por abrirme las puertas de tan gloriosa institución académica y darme la oportunidad de superarme, espero honrarla y ser un orgullo.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala:

Por haberme dado el conocimiento necesario para desarrollar mi vocación y permitirme recorrer las aulas de esta excelente facultad.

A mis padres:

Alberto Sincal Coyote y Marta Lidia Cumez Salazar, por haberme dado la vida, apoyarme y tener el buen criterio de guiarme a la superación personal y profesional.

A mis hermanos:

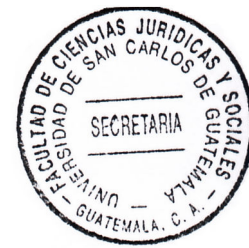
Edgar Alberto, César Emanuel, por su apoyo moral y su confianza en mi capacidad.

A mi cuñada:

Nancy Paola Morales Cuéllar, por motivarme e impulsarme a seguir adelante.

A mis sobrinas:

Izel Ayelén y Heidi Citlali, por darme alegría en los momentos agobiantes durante el proceso de culminación de mis estudios.



A mis abuelos:

José Sincal Ajú, Pedro Verona Cumez García, Manuela Salazar Roquel, (Q.E.D.), Elena Coyote Yos; por ser líderes, dignos representantes de superación de toda una generación, gracias por ser mi inspiración.

A mis tíos:

En especial a Pedro y Enrique Sincal Coyote, Claudia Albetina y Clara Noelia Cumez Salazar, gracias por su apoyo.

A mis amigos:

A todos en general y en especial a Evelyn Karina Tzay Teleguario, Gonzalo Olegario Abaj Sinaj, Neyda Yolanda Porón Roquel, por su amistad, consejos, solidaridad, compañerismo y ayuda incondicional.

A los profesionales:

Lic. Carlos Enrique Román Figueroa, por compartir conmigo sus conocimientos, Lic. Víctor Raúl Roca Chavarría, Lic. Cruz Armando Choc Subuyuc; un agradecimiento especial por su invaluable colaboración.

Especialmente:

A, Juan Alberto Cojón Hernández, por su amor, confianza y apoyo en los momentos difíciles, para la elaboración de la presente tesis y la culminación de mi carrera.

A:

Todas las personas que comparten con mi familia y conmigo la alegría de haber culminado una de mis metas en el camino de la profesionalización.



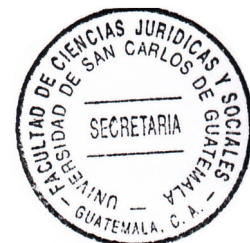
ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

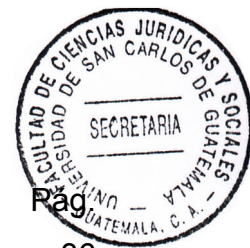
1. Negocio jurídico.....	01
1.1. Concepto.....	01
1.1.1. Requisitos esenciales.....	03
1.1.2. Clasificación.....	06
1.1.2.1. Unilateral y bilateral.....	07
1.1.2.2. Inter-vivos y mortis causa.....	07
1.1.2.3. Oneroso y gratuito.....	08
1.1.2.4. Solemne y no solemne.....	08
1.1.2.5. Causal y abstracto.....	10
1.1.3. Elementos.....	12
1.1.3.1. Esenciales.....	12
1.1.3.1.1. Elementos esenciales comunes a todos los contratos.....	12
1.1.3.1.2. Elementos esenciales especiales.....	13
1.1.3.1.3. Elementos esenciales especialísimos.....	13
1.1.3.2. Elementos naturales.....	13
1.1.3.3. Elementos accidentales.....	13
1.2. Antecedentes.....	14
1.3. Características.....	15
1.3.1. Generales.....	15
1.3.2. Específicas.....	16
1.3.3. Esenciales.....	16
1.4. Principios.....	16
1.4.1. El consentimiento.....	16
1.4.2. La capacidad para contratar.....	17
1.4.3. El objeto.....	18



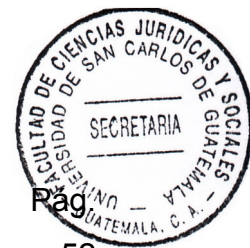
	Pág.
1.5. Fuentes.....	18
1.5.1. Costumbre.....	18
1.5.2. Ley.....	18

CAPÍTULO II

2. Obligaciones.....	19
2.1. Antecedentes.....	19
2.2. Naturaleza jurídica.....	22
2.3. Conceptos y definiciones.....	23
2.3.1. Definiciones.....	23
2.3.2. Conceptos.....	27
2.3.2.1. Teoría clásica o subjetiva.....	27
2.3.2.2. Concepción patrimonial u objetiva.....	27
2.3.2.3. Teoría del débito y de la responsabilidad.....	28
2.3.2.4. Teoría integradora del elemento personal y patrimonial.....	29
2.4. Características.....	33
2.4.1. Características de la obligación o derecho personal.....	33
2.4.1.1. Compromete al deudor en lo personal.....	33
2.4.1.2. Compromete todo el patrimonio del deudor.....	33
2.4.1.3. Puede ser transmitida solo mediante un contrato que se llama cesión o asunción de deudas.....	33
2.4.2. Características de las obligaciones reales.....	34
2.4.2.1. No ligan al deudor en cuanto a su persona o identidad Personal.....	34
2.4.2.2. Puede transmitir la deuda al transferir la cosa.....	34
2.4.2.3. El obligado responde de su deuda solamente con la cosa.....	35
2.5. Fuentes.....	35
2.5.1. Evolución.....	35
2.5.1.1. Derecho romano.....	35



2.5.1.2. Doctrina moderna y derecho comparado.....	36
2.5.1.3. Código civil español.....	37
2.5.1.4. Declaración unilateral de voluntad.....	38
2.5.1.4.1. La declaración unilateral como única fuente de obligaciones.....	39
2.5.1.4.2. La voluntad unilateral como fuente excepcional de obligaciones.....	39
2.5.1.5. Compilación de navarra.....	40
2.5.1.5.1. Fuentes obligatorias.....	40
2.5.1.5.2. Declaración unilateral de voluntad.....	41
2.6. Diferencia con las obligaciones mercantiles.....	42
2.6.1. “Solidaridad de los deudores.....	42
2.6.2. Exigibilidad de las obligaciones sin plazo.....	43
2.6.3. La mora mercantil.....	44
2.6.4. Derecho de retención.....	45
2.6.5. Capitalización de Intereses.....	47
2.6.6. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo.....	47
2.7. Efectos.....	48
2.7.1. Efectos comunes a todas las obligaciones.....	48
2.7.1.1. El pago.....	48
2.7.1.1.1. Que debe pagarse.....	48
2.7.1.1.2. Como debe pagarse.....	49
2.7.1.1.3. Tiempo en que debe hacerse el pago.....	49
2.7.1.1.4. Lugar de pago.....	49
2.7.1.1.5. Gastos del pago.....	49
2.7.1.1.6. Imputación de los pagos.....	50
2.7.1.1.7. Con que debe pagarse.....	50
2.7.2. Efectos protectores del acreedor quirografario.....	50
2.7.2.1. Acción pauliana.....	50
2.7.2.2. Acción declaratoria de simulación.....	51



2.7.2.3. Acción oblicua.....	52
2.7.2.4. Derecho de retención.....	53
2.7.3. Efectos generales de las obligaciones.....	53
2.7.3.1. Teoría de los riesgos.....	53
2.7.3.2. Resolución por incumplimiento culpable (rescisión).....	55
2.7.3.3. Excepción de contrato no cumplido.....	55
2.7.4. Efectos de obligación traslativas a título oneroso.....	56
2.7.4.1. Saneamiento por evicción.....	56
2.7.4.2. Saneamiento por vicios ocultos.....	56

CAPÍTULO III

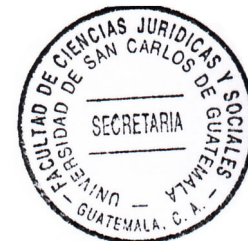
3. Contratos civiles.....	57
3.1. Concepto.....	57
3.1.1 Derecho romano.....	57
3.1.2. Derecho comparado.....	57
3.1.3. Derecho español.....	59
3.2. Antecedentes.....	61
3.2.1 En el derecho romano.....	63
3.2.2. En el derecho canónico.....	63
3.3. Características.....	65
3.3.1. Unilaterales.....	65
3.3.2. Bilaterales.....	65
3.3.3. Consensuales.....	65
3.3.4. Reales.....	65
3.3.5. Principales.....	66
3.3.6. Accesorios.....	66
3.3.7. Oneroso.....	66
3.3.8. Gratuito.....	66
3.3.9. Conmutativo.....	66
3.3.10. Aleatorio.....	67



3.3.11. Condicionales.....	67
3.3.12. Absolutos.....	67
3. 4. Regulación legal de los contratos civiles.....	67
3.5. Diferencia con respecto a los contratos civiles y contratos mercantiles.....	67
3.5.1. Representación para contratar.....	68
3.5.2. Forma del contrato mercantil.....	69
3.5.3. Cláusula compromisoria.....	69
3.5.4. Contratos por adhesión.....	69
3.5.5. Libertad de contratación.....	70
3.5.6. Efectos de la cláusula “rebus sic stantibus”.....	71
3.5.7. Contratante definitivo.....	72
CAPÍTULO IV	
4. Auto-contrato.....	73
4.1. Antecedentes.....	73
4.1.1. Representación.....	74
4.1.2. Definición.....	75
4.1.3. Naturaleza jurídica del auto-contrato.....	78
4.1.4. Casos en que podrían darse situaciones de auto-contratación.....	80
4.2. Legislación comparada.....	81
4.2.1. México.....	81
4.2.2. Cuba.....	84
4.2.3. El Salvador.....	87
CAPÍTULO V	
5. Análisis jurídico y doctrinario con respecto a la figura del auto-contrato en el contrato de mandato regulado en el Código Civil	91
5.1. Definición del auto-contrato.....	92
5.1.1. Elementos.....	93
5.1.1.2. Personales.....	93



5.1.1.3. Reales.....	93
5.1.1.4. Formales.....	93
5.2. Aspectos a considerar.....	94
5.2.1. Interpretación de la ley.....	94
5.2.1.1. Teorías que conciben el auto-contrato como algo inadmisibile.	94
5.2.1.2. Teorías que admiten la auto-contración	95
5.3. El artículo 1694 del código civil.....	97
5.4. Necesidad de regulación expresa.....	98
CONCLUSIONES.....	101
RECOMENDACIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105



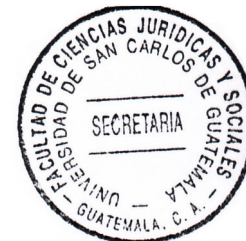
INTRODUCCIÓN

Al estudiar, investigar y analizar la figura del auto-contrato y su regulación en el ámbito guatemalteco y en la legislación comparada, se ha comprendido que existe poca regulación a cerca del tema de la misma, puesto que todo el contenido ha sido de textos y legislaciones extranjeras; la figura del auto-contrato no está regulada en nuestra legislación, es una actuación legal que por no regularse expresamente se puede utilizar u omitir a conveniencia de la parte interesada, provocando esto una contradicción y una manipulación de la ley. Es una figura que se encuentra inadecuada, con falta de positividad en su aplicación conforme a las necesidades de las personas que intervienen en un contrato, por lo que se pretende demostrar que dicha forma se necesita legislar específicamente, para regular ésta figura y no dar margen a interpretaciones según la conveniencia de cada parte que interviene en un contrato, y en éste caso específico el de mandato.

El presente trabajo de investigación conlleva establecer un análisis doctrinario y legal de lo que establece el Código Civil respecto a la regulación tácita de la figura del auto-contrato dentro del contrato del mandato; para la comprensión y mejor análisis, se desarrolla en cinco capítulos, el primero contiene el negocio jurídico, que es la primer figura que reguló voluntades de las personas en un acuerdo, abarcando los diferentes conceptos que los doctos en la materia consideran, requisitos esenciales, la clasificación, elementos, principios.

En el capítulo segundo se desarrolla la obligación, tomándose en cuenta sus antecedentes, concepto y definiciones, los elementos, características, fuentes y un aspecto muy importante la diferencia que se da entre una obligación civil y una obligación mercantil.

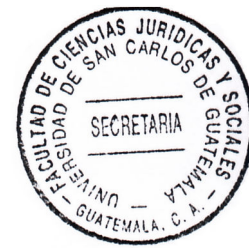
En el capítulo tercero, se estudian los contratos civiles; se complementa el mismo con el desarrollo de diferentes conceptos, antecedentes, características y la diferencia que se da entre un contrato civil y un contrato mercantil entres otros temas.



En el capítulo cuarto se establecen las diferentes denominaciones que se dan de la figura del auto-contrato, los elementos, la naturaleza jurídica, las teorías que aceptan esta figura y las teorías que no, así mismo se cita legislación comparada de los países de México, Cuba, y El Salvador.

Finalmente en el capítulo quinto se desarrolla el análisis jurídico y doctrinario con respecto a la figura del auto-contrato en el contrato de mandato regulado en el Código Civil; se transcribe una definición de lo que se considera doctrinariamente como un auto-contrato, los aspectos a considerar dentro de nuestra legislación, la interpretación de la Ley, se transcribe el Artículo 1964 del Código Civil, en el cual se produce la figura del auto-contrato tácitamente en nuestra legislación.

Se exponen y aplican, los métodos de inducción, deducción y método jurídico, propio de la disciplina, es decir, lo que comprende los procedimientos lógicos y establecer las causas y fines del derecho, y el método interpretativo para entender el sentido de las normas jurídicas.



CAPÍTULO I

1. Negocio jurídico

1.1. Concepto

Para tratar de definir el negocio jurídico, es necesario recurrir a los juristas más connotados, para tomar de ellos sus definiciones, entre las cuales encontramos las siguientes:

WINSCHIED.- Citado por Eugéne Petit, manifiesta que el negocio jurídico: “Es una declaración de la voluntad, que mira a producir un efecto jurídico.”¹

NICOLAS COVIELLO.- Por su parte manifiesta que debe entenderse por negocio jurídico: “La manifestación de voluntad, de una o mas personas, cuyas consecuencias jurídicas van enderezadas a realizar el fin práctico de aquellas.”²

DIEGO ESPIN CANOVAS.- Manifiesta que el negocio jurídico: “Es la declaración de voluntad privada, encaminada a conseguir un fin práctico jurídico, a los que el ordenamiento jurídico, bien por si solos, o en unión de otros requisitos, reconoce como la base para producir, determinadas consecuencias jurídicas.”³

GUILLERMO CABANELLAS.- Define al negocio jurídico como: “Todo acto o actividad, que presenta algún interés, utilidad o importancia para el derecho y es regulado por sus normas.”⁴

¹ Petit, Eugéne. **Tratado elemental de derecho romano**; pág. 178.

² Coviello, Nicolás. **Doctrina general del derecho civil**; pág. 353.

³ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**; pág. 415.

⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual. Vol. IV** pág. 535



GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ Y EDUARDO OSPINA ACOSTA.- Se pronuncia al respecto del negocio jurídico, que: “Es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos.”⁵

SHOM.- citado por Federico Puig Peña, también define al negocio jurídico, indicando que es: “una declaración de voluntad privada, que el derecho sanciona confiriéndole efectos apetecidos”.⁶

RUGGIERO.- También citado por Puig Peña. Define que el negocio jurídico es: “Una declaración de voluntad del particular, dirigida a un fin, protegido por el ordenamiento jurídico.”⁷

HEITFROM.- Asimismo citado por Puig Peña, define al negocio Jurídico como: “Expresión o manifestación de voluntad, dirigida a producir un efecto jurídico y apropiado para ello según el derecho objetivo.”⁸

FEDERICO PUIG PEÑA.- Al referirse a las definiciones citadas anteriormente, las analiza de la manera siguiente: Estas definiciones en principio son aceptadas, si bien, tienen el inconveniente de asentar total y exclusivamente el negocio jurídico en la declaración de voluntad, prescindiendo de otros elementos que pueden también formar parte del negocio. En este sentido estimamos plenamente certera, la definición que del negocio jurídico da Castán: diciendo que: “el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”.⁹

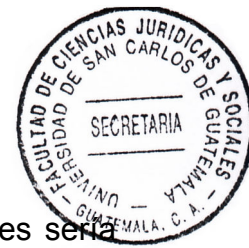
⁵ Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. **Teoría general de los actos o negocios jurídicos**; pág. 18

⁶ Puig Peña, F. **Tratado de derecho civil español**; pág. 458

⁷ **Ibid**; pág. 458

⁸ **Ibid**; pág. 458

⁹ **Ibid**; pág. 458



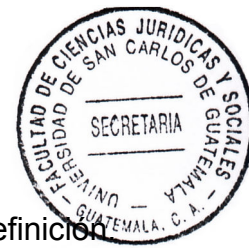
Después de estudiar las definiciones citadas y consultar otras, las cuales sería innecesario consignar en este trabajo, estoy de acuerdo con Puig Peña, en el sentido de que la definición de Castan Tobeñas, es la que se ajusta más a lo que significa el negocio jurídico, porque no solo es una declaración de voluntad, sino así mismo necesita de otros requisitos para su complemento en cuanto al fin, la voluntad debe perseguir fin práctico, el cual no necesariamente debe ser índole patrimonial bastando que el derecho lo proteja por ejemplo: el matrimonio, la adopción, la filiación, que son de carácter familiar y también constituyen negocios jurídicos.

Considero también necesario diferenciar, negocio jurídico y declaración de voluntad, pues estas instituciones han sido consideradas como sinónimos entre algunos juristas, como expresa LEHMANN citado por Puig Peña, quien a la vez es citado por la licenciada Mirna Estela Mejía Ordoñez de Escobar, en su tesis “El negocio jurídico, su forma”: “Negocio jurídico y declaración de voluntad no son idénticos. Para que una declaración de voluntad pueda surtir efecto, deberán concurrir normalmente además de los requisitos de la declaración, una serie de presupuestos de validez denominados también condiciones jurídicas -conditions juris-, en contraposición a las condiciones establecidas por las partes. Al conjunto de estos presupuestos de validez, junto con la declaración de voluntad, se denomina negocio jurídico. El negocio jurídico es pues un supuesto de hecho cuya parte constitutiva esencial esta integrada por una o mas declaraciones de voluntad y cuyos efectos se determinan de acuerdo con el contenido de estas declaraciones.”¹⁰

1.1.1. Requisitos esenciales

“Al estudiar la esencia del negocio jurídico observamos, cómo se le reconoce a la voluntad poder para crear relaciones jurídicas reconocidas por el derecho. Los romanos no definieron, desde luego, el negocio jurídico, y en nuestro código sucede lo

¹⁰ Mejía Ordoñez de Escobar, M. E. **El negocio jurídico, su forma**; pág. 8



mismo. Pero es posible construir, tomando como base sus principios, una definición. Los autores no están de acuerdo al definir el negocio jurídico, y por esto notamos la variedad de criterios formulados por juristas tan distinguidos como WINDSCHEID, DERNBURG, BONFANTE, SCIALOJA, VAN WETTER y otros.

Nosotros definiremos el negocio jurídico diciendo: Es una declaración de voluntad individual en el orden privado reconocido por el derecho como apta para producir un resultado jurídico. Es la voluntad, pero siempre se manifieste o exteriorice. A la voluntad interna no puede reconocérsele eficacia jurídica, pues de lo contrario se le privaría al derecho de uno de sus efectos o consecuencias más importantes: como es la seguridad o certeza jurídica. Desde luego que también puede consistir en varias declaraciones de voluntad, según la naturaleza del negocio jurídico.

Decimos declaración de voluntad individual en el orden privado para excluir las sentencias judiciales o las resoluciones gubernamentales y en general, a todo lo que corresponda al derecho público.

Pero el problema surge cuando se trata de precisar los últimos términos de la definición. ¿La voluntad que constituye el alma del negocio jurídico qué alcance debe tener? Algunos autores afirman que es necesario que la declaración de voluntad se dirija a la producción de todas las consecuencias jurídicas propias del acto, de tal modo que solo lo querido por el sujeto es lo que se reconoce por el ordenamiento jurídico. Este criterio es indudablemente exagerado porque si fuera cierto se realizarían en la práctica muy pocos negocios jurídicos con todos sus efectos, ya que estos no pueden tenerse siempre a la vista por las personas que intervienen en él.

Otros autores mantienen la opinión de que basta querer un simple resultado económico o práctico para que se produzcan todas las consecuencias jurídicas propias del acto. Esta doctrina no está de acuerdo, indudablemente, con las fuentes romanas. Por esta razón preferimos aceptar la opinión de los que afirman que la voluntad



individual basta que se proponga un resultado jurídico de carácter general. En los textos romanos puede basarse esta opinión.

Por ejemplo, el que va a realizar un contrato de compra-venta, no puede tener conciencia plena de todas las consecuencias jurídicas propias de este acto, pero de derecho viene, indudablemente, en su ayuda haciendo que emanen todos los efectos, tanto los inmediatos como los mediatos, propias de ella. El derecho es verdad que se ha puesto en circulación a consecuencia de la voluntad manifestada, pero independientemente de ella, han surgido consecuencias jurídicas que muchas veces ni remotamente han tenido de ella conciencia los sujetos de la relación jurídica.

Concretando, podemos señalar como elementos esenciales del negocio jurídico los siguientes: a) la declaración de voluntad; b) la capacidad en el sujeto; c) la atribución por el ordenamiento jurídico a esa declaración de resultados jurídicos; d) y que el objeto reporte un interés, que sea posible y lícito.

En cuanto al primer requisito ya hemos destacado su importancia, señalando la necesidad de que la voluntad se exteriorice, pues como dijo ULPIANO refiriéndose al Derecho Penal: “cogitatione nemo penam patitur”, o sea, “nadie se perjudica por su pensamiento”. La capacidad, tanto de derecho como de hecho es una condición de carácter general en todos los actos jurídicos. Y el requisito que exige que el ordenamiento jurídico reconozca a la declaración de voluntad consecuencias legales, constituye un elemento esencial, ya que sino fuera así el derecho quedaría a merced de la voluntad humana, y no le fijaría a esta los límites propios de la convivencia social.

El objeto del acto jurídico debe reportar un interés, pues de lo contrario el derecho no lo sancionaría. Los romanos en este sentido establecieron que sin utilidad para alguna de las partes el acto era nulo. Esto puede, principalmente, observarse en materia de constitución de servidumbres.



La licitud del objeto es natural que exija, pues el derecho no puede amparar nada que sea inmoral o ilícito. Así se comprende que el jurista ULPIANO signifique, que no tenían validez las estipulaciones torpes.

La posibilidad del objeto, está íntimamente relacionada con su existencia, tanto física como jurídica. Si convenimos la entrega de una cosa que no puede realizarse físicamente, no puede reconocérsele por el derecho validez a este pacto, debido a la inexistencia del objeto. Pero, además hay imposibilidades jurídicas, o sea, cuando existiendo físicamente el objeto, sin embargo, el derecho prohíbe que se celebren pactos sobre él. En el Derecho Romano encontramos muchas cosas fuera del comercio jurídico, como eran, las públicas, las sagradas y las religiosas. En los textos romanos se significa, especialmente, que las estipulaciones sobre ellas eran inútiles.”¹¹

En el Código Civil guatemalteco vigente, se comete el error de que el negocio jurídico y declaración de voluntad son sinónimos, al dar por sentado que el negocio jurídico es una declaración de voluntad, como lo expresa el Artículo 1251, que exige para su validez, además, la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, el consentimiento que no adolezca de vicios y el objeto lícito.

A criterio personal considero que para complementar la definición del negocio jurídico es indispensable tomar en cuenta la clasificación de esta figura y de los elementos que lo conforman, describiéndolo a continuación:

1.1.2. Clasificación

El negocio jurídico se clasifica así: a) unilateral y bilateral; b) intervivos y mortis causa; c) oneroso y gratuito; d) solemne y no solemne; e) causal y abstracto.

¹¹ Camus, E. F. **Curso de derecho romano no. VI, doctrina del negocio jurídico;** pág. 14.



Es unilateral el negocio jurídico, cuando, se verifica por la voluntad de una sola persona, como por ejemplo, el testamento. El acto testamentario exige solo la voluntad del testador, y lo mismo sucede con la ocupación y la manumisión de esclavos.

1.1.2.1. Unilateral y bilateral

En el negocio jurídico bilateral, en cambio, es necesaria la concurrencia de las voluntades de dos o más personas, como por ejemplo, en los contratos en que se exige el consentimiento de los otorgantes. Se distingue en la doctrina el negocio jurídico bilateral del acto colectivo o complejo, regulado en la doctrina germana. En el contrato o negocio jurídico bilateral, se contraponen las voluntades de los contratantes, mientras que en el acto colectivo, se suman y coordinan estas voluntades, para llegar a un acuerdo. Por ejemplo; si analizamos en la compra-venta la posición de los contratantes observaremos que es distinta, pues uno, el vendedor, persigue como finalidad sustituir la cosa por el precio, mientras que el otro, el comprador, se propone lo contrario. El vínculo que se crea, en este acto jurídico bilateral origina obligaciones diversas, para cada una de las partes. Al contrario, en el negocio jurídico llamado colectivo, (Gesammtakt), se fortalecen las voluntades al sumarse, teniendo un mismo contenido, como por ejemplo; cuando se manumitía, (dejar en libertad), a un esclavo perteneciente a varios dueños, en cuyo acto intervienen las voluntades de todos; también se pueden citar como ejemplos de actos colectivos los acuerdos de las corporaciones para obtener la mayoría exigida para realizar un acto.

1.1.2.2. Inter-vivos y mortis causa

El negocio jurídico atendiendo al momento en que ha de producir, sus efectos se divide en mortis causa e inter-vivos. Los negocios jurídicos mortis causa: son aquellos que surten efectos después de la muerte del titular. El acto testamentario es un negocio jurídico mortis causa típico, pues se dispone de los bienes para después de la muerte, o sea, cuando se ha dejado de existir. Este negocio jurídico, es esencialmente revocable



como acto de última voluntad, aunque en el Derecho Romano no siempre tuvo esta característica esencial. Al contrario, son negocios inter-vivos, todos los demás que tienen eficacia en vida de la persona que los realiza.

1.1.2.3. Oneroso y gratuito

El negocio jurídico se califica de oneroso, cuando a la prestación de una de las partes corresponda otra en cambio, como sucede en los contratos de compra-venta, de arrendamiento, etc. El negocio jurídico es gratuito o lucrativo, sino existe la contraprestación, o sea, cuando una persona dispone de sus valores patrimoniales, sin equivalente de ningún género, como por ejemplo, la donación.

Además existe un contrato especial oneroso, que se llama parciario, que consiste en un compromiso por el que se entrega algo, en cambio de una participación en las ganancias, como por ejemplo; si se arrienda un inmueble entregando una cuota representada por los grupos que se obtengan de su explotación. A esto se llama colonia parciaria o aparcería.

1.1.2.4. Solemne y no solemne

Otra división importante sobre todo en el Derecho Romano, es el siguiente: negocios jurídicos solemnes y no solemnes. Los negocios jurídicos de naturaleza solemne, son aquellos cuya validez depende de las formalidades que hay que cumplir exigidas por la ley. Es decir, que no basta la voluntad de las partes, sino que deben cumplirse una serie de requisitos formales que la ley impone, para hacer mas evidente y cierta la voluntad. El negocio jurídico será no solemne en el caso contrario, o sea, cuando son válidos, sin necesidad de sujetarse a formalidades externas, predominando como consecuencia la voluntad.



En el Derecho Romano esta clasificación tiene un singular interés, porque traza los límites entre el derecho antiguo y el derecho nuevo, así como señala el progreso jurídico que experimenta este pueblo a través del tiempo. En todos los ordenamientos jurídicos primitivos, predomina la forma sobre el fondo, pues la validez del negocio depende del cumplimiento de ciertas formalidades. El Derecho Romano no puede ser una excepción y por esto observamos una serie de formas verbales, que se exigen en los negocios jurídicos primitivos predominantes.

En los códigos actuales, al contrario, las formalidades tienen otros fines, pues funcionan como medio de prueba, o para, proporcionarle publicidad al acto. No tienen la misma significación que tuvieron sobre todo en el Derecho Romano antiguo.

En negocio jurídico en el Derecho Quiritario, debía expresarse formalmente, siendo las ceremonias tan fundamentales que de no cumplirse, carecía de validez el acto jurídico, por esto, se dice, que el Derecho Primitivo era formalista y riguroso, lo cual se explica, perfectamente, teniendo en cuenta el estado social de aquella época, y el predominio de las labores agrícolas sobre las mercantiles. Aparte de que esa trama de formalidades, facilitaban la prueba en una época, en que esta no estaba desarrollada, y en que la escritura no se usaba.

No puede considerarse como un defecto, el predominio de los negocios formales en estas épocas primitivas, si no al contrario, como un ajuste del derecho a la íntima esencia de las relaciones sociales. El Derecho Romano fue pasando esta etapa formalista al modificarse sustancialmente las relaciones y la cultura romana, reconociendo, como consecuencia, el predominio de la voluntad en el negocio jurídico. Pero debe advertirse que al lado de los negocios jurídicos no solemnes, se mantienen los antiguos, aunque estos funcionan de un modo distinto.

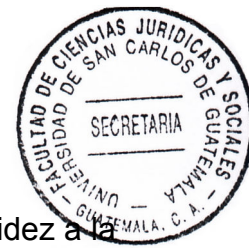


Estos negocios jurídicos formales a que aludimos, están ligados a la historia jurídica de Roma, y son ellos: la “stipulatio”, de carácter obligacional y eminentemente solemne y formal.

1.1.2.5. Causal y abstracto

Como los romanos no podían valerse al principio del simple pacto para contraer sus obligaciones, necesitaron crear una fórmula de carácter general y abstracto, adecuada a sus escasas necesidades contractuales. Es difícil determinar el origen de la “stipulatio”, así como el de las formulas solemnes que se empleaban. Casi todo lo que se refiere al origen de Roma se encuentra sumido en la más profunda incógnita, y por esto, hay que sustituirlo por hipótesis más o menos aceptables. Conocemos que fue empleada en la práctica constantemente por los romanos, pero sus perfiles originarios no han podido aclararse, a pesar de las investigaciones que se han hecho por los romanistas. Consiste la “stipulatio”, fundamentalmente en una interrogación del que figuraba como acreedor, (stipulator), seguida de una respuesta concordante del provisor, (deudor). A lo que el deudor respondía: “spodeo”. Este fue el ritual reservado siempre a los ciudadanos. Su primitiva fisonomía cambia, sin embargo, en la legislación de JUSTINIANO, que atenúa sus formalidades, al mismo tiempo que se va usando la escritura que sustituye a las expresiones verbales que se empleaban al principio.

Este negocio jurídico que ligeramente esbozamos fue, además, de naturaleza abstracta, contrastando con los llamados negocios jurídicos causales. Era abstracto, en el sentido de que bastaba el cumplimiento de los requisitos señalados para que el convenio fuera absolutamente válido, con entera independencia de la causa que podía concurrir o faltar.



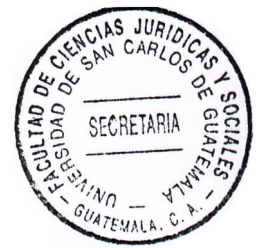
El negocio jurídico era causal, al contrario, cuando se subordinaba su validez a la existencia de una causa concreta, como sucede, por ejemplo, con la compra-venta en la que el vendedor se comprometía a la entrega de una cosa, y el comprador al pago del precio pactado, que funciona como la causa de la obligación ya que en atención a ella es que se celebra el contrato por las partes. Es decir, que el negocio jurídico abstracto no tiene contenido, por eso se llama también formal, mientras que al causal le sucede lo contrario.

Otros negocios jurídicos formales muy usados en el derecho romano que, frecuentemente se empleaban con finalidades distintas a su verdadera naturaleza, por lo cual se llamaron negocios imitados.

Los romanos, del mismo modo que otros pueblos, se valieron del simple trueque de una cosa por otra. En estos siglos primitivos de Roma, la agricultura y el ganado eran la principal riqueza, de aquí se deriva la palabra pecuniaria, pero después se sustituyó por un tipo común de valor para facilitar el cambio de mercancías, usándose primero, lo que se llamó “aes rude”, que eran pedazos de cobre sin amonedar. La inseguridad de estos trozos o barras de metal que se empleaban dio lugar a que se sustituyeran por pedazos de cobre marcados, con lo cual se adelantó hasta que aparece el dinero-ofenda, lo cual parece que fue en el año 264 antes de Cristo, al introducirse la plata.

“Es natural que las solemnidades que se requerían para los pagos en el derecho primitivo se acomodaran a estos cambios de la moneda. “La solutio per aes et libram”, como fórmula general de pago, en el Derecho Antiguo consistió, fundamentalmente, en un acto por el cual se pesaba el metal que se entregaba, en una balanza que portaba el “libiripens”, ante cinco testigos que debían ser ciudadanos y capaces, lo cual le pronunciaban ciertas palabras solemnes.”¹²

¹² **Ibid;** pág. 18



1.1.3. Elementos

Podemos delimitar un sentido general y amplio, que los elementos de un contrato lo constituyen sus componentes, sus partes. En un sentido formal los principales y fundamentales principios que lo integran y contribuyen a su formación y validez. Los elementos de los contratos y de los negocios jurídicos en general, se han clasificado doctrinariamente en:

1.1.3.1. Esenciales

Son aquellos elementos necesarios para que exista cualquier negocio jurídico o un tipo determinado de negocio, sin los cuales no puede existir; la falta de alguno de ellos conlleva ineficacia y nulidad absoluta del contrato. Con estos la causa y la declaración de voluntad, aunque algunos tratadistas agregan a ellos el objeto y la forma.

Pero estimo que la forma como el objeto no son requisitos esenciales comunes a todo tipo de negocio, sino que son esenciales.

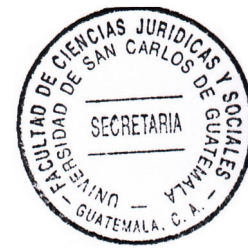
Los elementos esenciales se dividen en:

- Elementos esenciales comunes a todos los contratos
- Elementos esenciales especiales a una clase de contratos
- Elementos esenciales especialísimos.

1.13.1.1. Elementos esenciales comunes a todos los contratos

Cuando son indispensables en todos los contratos y son:

- Consentimiento que no adolezca de vicio



- Dos voluntades con objetos distintos
- Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad
- Objeto lícito
- La causa

1.1.3.1.2. Elementos esenciales especiales

Que son los elementos indispensables, pero solo a una clase determinada de contratos.

- En los contratos solemnes
- En los contratos reales, que es necesaria la entrega de la cosa.

1.1.3.1.3. Elementos esenciales especialísimos

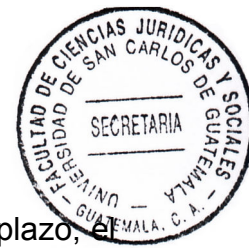
Se trata de elementos que son importantes para un solo contrato, como el precio en la compra-venta.

1.1.3.2. Elementos naturales

Son los elementos que normalmente acompañan al negocio, por ser conformes a su naturaleza, se les sobre entiende aunque no se expresen, pero las partes pueden excluirlos voluntariamente por no ser necesarios.

1.1.3.3 Elementos accidentales

Son los que no son ni necesarios para que exista el negocio, ni normalmente se entienden contenidos en él, pero la voluntad de las partes pueden añadirse al negocio,



son fundamentalmente elementos accidentales de importancia: la condición, el plazo, el modo.”¹³

1.2. Antecedentes

“Antiguamente solo se empleaba el término acto jurídico, este no satisfacía plenamente, por ser demasiado vago. A fines del siglo XVII y principios del siglo XVIII la doctrina alemana, por medio de la escuela de los Pandecistas, creó la figura del negocio jurídico, la cual constituye una innovación para sustituir al acto jurídico, preferido por los franceses; extendiéndose luego a Francia e Italia, a través de Savigny, tardando mucho en adoptar la frase negocio jurídico, la cual generó dudas al principio, pero ya es general. El Código Civil germano recoge la frase, lo mismo sucede con el soviético y el brasileño, lo que no ocurrió en sus códigos antiguos porque desconocían tal expresión, siendo hasta en la actualidad cuando la frase negocio jurídico, es usada en la doctrina como en la legislación de los distintos países, inclusive en el nuestro.

El Código Civil, Decreto ley 106, en el libro V, trata de las obligaciones en general, en su título I, emplea la frase “del negocio jurídico”, y en su capítulo I, lo referente a la declaración de voluntad, lo cual es de suma importancia para el negocio jurídico.”¹⁴

“Como afirma Jors-Kunkel, citado por el licenciado Vasquez Ortiz, “representa el formalismo un hecho general en la historia de la civilización, la expresión necesaria del derecho mismo ya que solo la palabra solemne, el acto ceremonial tiene efectos jurídicos”.

Esta fue también la característica del Derecho Romano. Los actos están inseparablemente ligados a su forma, y a la menor desviación en el cumplimiento de las

¹³ Vásquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil IV, derecho de obligaciones II;**

¹⁴ Acosta Zac, Lizardo. **Tesis: La nulidad absoluta del negocio jurídico de compraventa de bienes arqueológicos en Guatemala;** pág. 1



prescripciones legales traía aparejadas la nulidad del acto, sin que a ello constara, que en el consentimiento, de los otorgantes apareciere inequívocamente probado.

La forma en esta primera etapa de su evolución, no era simplemente medio de prueba, sino que integraba el acto mismo como elemento esencial.

Diversos factores influyeron en la evolución posterior del formalismo, que con el devenir del tiempo perdió aquella rigidez sofocante, al impulso principalmente de la iglesia católica, que impuso en aras de la buena fe, el predominio de las formalidades orales a las escritas y coexistentes con ellos las llamadas formas reales.

Pero, aún manteniéndose actualmente la libertad de forma como principio general, la seguridad y certidumbre de los negocios e intereses de la vida privada provocan una nueva reacción hacia el empleo de la forma escrita o documental, con miras a la prueba del acto y a su publicidad.”¹⁵

1.3. Características

Aceptada la frase negocio jurídico, en la doctrina y en la legislación, cabe destacar sus características, entre las cuales se destacan a mi criterio las siguientes:

1.3.1. Generales

“Para establecer estas características tomaremos las definiciones expuestas anteriormente de las cuales, en mi opinión, se deducen las siguientes:

- Un acto jurídico: debe estar integrado por una o varias declaraciones de voluntad debidamente manifestada.

¹⁵ Vásquez Ortiz, **Ob.Cit.**; pág. 21



- Normativo: la legislación ha delegado en los particulares la potestad de crear normas de carácter particular, obligatorias, aceptadas entre ellos y en la delegación, están sentadas las bases, para considerar el contrato como una ley.
- Un fin jurídico: que la ley creada sea respetada por las partes u demás personas o sea que éste reconocido y protegido por el derecho positivo.

1.3.2. Específicas

A mi criterio son las características que perfeccionan al negocio jurídico:

- Un acto real: como entrega de la cosa, en los negocios reales, como lo establecen los Artículos 1,809 y 1,810 del Código Civil.
- Un acto oficial: como la inscripción de bienes inmuebles, y algunos bienes muebles siempre que sean identificables en el registro general de la propiedad, como indican los Artículos 1,124, 1,125 y 1,808 del Código Civil.”¹⁶

1.3.3. “Esenciales

Son aquellos elementos necesarios, para que exista cualquier negocio jurídico o un tipo determinado de negocio, sin los cuales no puede existir, es decir, son aquellos indispensables para que el negocio jurídico tenga validez.”¹⁷

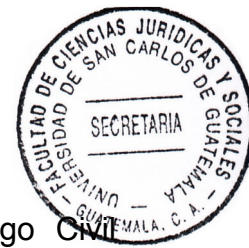
1.4. Principios

1.4.1. El consentimiento

Viene del cum sentire, sentir en unión, es decir, converger dos voluntades sobre un mismo punto.

¹⁶ Acosta Zac, **Ob.Cit.**; pág.4

¹⁷ Vásquez Ortiz. **Ob.Cit.**; pág. 9



Momento y Lugar del perfeccionamiento: el Artículo 1518 del Código Civil establece: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto, cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”

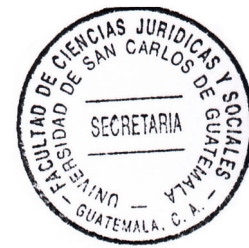
Vicios del perfeccionamiento: no es lo mismo la ausencia total de la voluntad que el simple vicio de la voluntad expresada. Se denominan vicios de la voluntad, las irregularidades a que aquella, queda sometida en el desarrollo de los vicios jurídicos.

1.4.2. La capacidad para contratar

Capacidad: en términos generales entendemos por capacidad, la relación que se tiene en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o pasivo. La capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos, al respecto el Artículo 8 del Código Civil regula: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años”; y relativa cuando consiente realizar algunos actos jurídicos y no otros.

Según el Artículo 1254 del Código Civil: toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declare específicamente incapaces.

Incapacidad para contratar según el Artículo 1255 del Código Civil: la incapacidad relativa de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio si oportunamente la hubiere conocido.



1.4.3. El objeto

El objeto del negocio jurídico debe reunir los siguientes requisitos:

- Que sea posible
- Que no sea contrario a la ley
- Que no sea contrario a las buenas costumbres
- Que no sea contrario a la moral.¹⁸

1.5. Fuentes

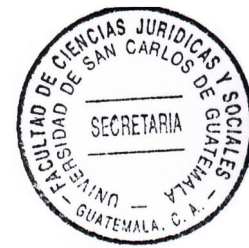
1.5.1. Costumbre

Es una forma en la cual el negocio jurídico que es el compromiso de dos voluntades ha sido respetado y reconocido en la práctica social y considerada como obligatoria por la comunidad. Es preciso mencionar que en la sociedad primitiva, la costumbre era una regla general de conducta, producto de las condiciones económicas de carácter colectivo en que se vivía.

1.5.2. Ley

Es la figura que determina relaciones jurídicas legalmente y reconocidas por una comunidad las cuales se dan de forma escrita e incluso por personas reconocidas encargadas de la interpretación y aplicación de las mismas en las relaciones de voluntades para un negocio determinado.

¹⁸ **Ibid;** pág.11



CAPÍTULO II

2. Obligaciones

2.1. Antecedentes

En la época romana, era un Derecho eminentemente formalista y de matiz personal, siendo particularmente riguroso en la ejecución de sus dictados.

En el cristianismo se dulcifica este Derecho, adoptándose poco a poco el consensualista y de equidad.

“Con el derecho germánico se volvió al formalismo primitivo, si bien ya bastante suavizado.

La edad media recibe la influencia de todos estos elementos y posteriormente, la escuela del Derecho Natural y por su influencia las doctrinas de la revolución, consagran el principio de autonomía de la voluntad, vigorosamente establecida hasta la época presente, en que sufre profunda crisis.”¹⁹

“Concibiendo el Derecho como un producto social, que traduce la índole de un pueblo y refleja todos los aspectos de su vida, es decir, concibiéndolo, sólo de una manera normativa, sino también ontológica para no excluir la realidad jurídica ya que las nociones ideales están ligadas a los fenómenos sociales y son incesantemente modificadas por la realidad histórica, se ha sostenido que, en el orden jurídico la idea de derecho, desde un mundo de apreciación subjetiva, es correlativa a la denominación de sobretimiento, “los romanos la concibieron originariamente en la fuerza”. Aún las palabras conservan un resabio de esta idea. Se invoca a “Von thering” –el espíritu del Derecho Romano- al afirmar que la palabra –jus- Derecho, procede de la raíz sánscrita

¹⁹ Vásquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil III, obligaciones I**; pág. 7



“ju”, cuyo significado es ligar, y está vinculada a un vocablo que expresa la imagen material de la denominación: “jugum-yugo”.

Luego, la espada la lanza son símbolos del Derecho Quitario. El Derecho, pues, ha reposado primitivamente en las ideas de fuerza y de violencia.

Con este criterio y afirmando que la primera noción jurídica de los romanos fue la del “Jus in re,” o sea del Derecho Real de propiedad y que en lengua latina propietario se designa con estas dos palabras, “dominus herís”, prevalece la idea de derivar la primera de domare, domar, dominar y no de “domus”, como algunos sostienen apoyándose en Ulpiano, y a la segunda herís, se le busca la raíz en la palabra hir, que corresponde al sánscrito haraman, que designa la mano. Herís, pues “es el que toma la cosa”.

La noción jurídica de dominio es aplicada a todos los derechos privados ya relativos a la familia o al patrimonio.

El “pater, dominus, herís” ejerce señorío absoluto y es el dueño de las personas y las cosas que constituyen la familia. Tiene el “dominium ex jure quiritium”, simbolizado por la lanza que los quirites lleva a la guerra.

Y esta idea jurídica de poder absoluto, dominio de propiedad que se traduce en la potestad del “pater en la manus”, o potestad del marido sobre la mujer, y en el “mancipium”, o potestad del dominios sobre una persona libre, es también la primera que ente los romanos rige las relaciones entre deudor y acreedor.

El Derecho Romano clásico estima la obligación como un vínculo jurídico ideal, por el que el acreedor exige del deudor una prestación: pero este derecho que engendra la obligación, no recae directamente sobre cosa determinada, sino que “persigue la ejecución de un acto futuro”. Por este vínculo el deudor puede ser



compelido a la realización de un acto debido: pero sin que el cuerpo ni la libertad del deudor estén sujetos a la voluntad del acreedor: pero esta noción abstracta del derecho clásico en el primitivo derecho fue material y grosera.

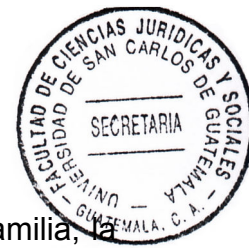
La obligación nacía, de un hecho ilícitamente realizado, o sea de un acto lícito, solemnemente celebrado. En esta causa veremos el germen de los delitos y de los contratos como fuentes de derecho de crédito.

La venganza privada aparece como primer efecto del hecho ilícito como reacción de la víctima por el dolor o el perjuicio sufridos. Mas tarde el poder social protege a esta víctima, e interviene el derecho morigerando la reacción vengativa del damnificado y substituyendo la reacción vengativa por el interés. El estado declara, que el delincuente es deudor de su víctima y concede a este contra aquel un derecho de crédito. Según la Instituta de Gayo, el robo manifiesto tiene pena capital en las XII tablas. El hombre libre que robaba era apaleado y adjudicado a la persona a quien robaba. El Derecho Pretoriano estimó riguroso, este castigo y concedió a la persona que había sido robada, una acción por el cuádruplo del valor de la cosa robada, contra el ladrón, fuera libre o esclavo.

Sin embargo, el delito puede considerarse como fuente de las obligaciones cuando, tras la venganza privada y el talión, el derecho, atenúa su rigorismo y admite la convención entre el delincuente y la víctima. De ahí que cierta doctrina moderna de origen italiano en prelación como fuente de obligación al delito sobre el contrato.

Cuando la obligación nacía de un acto lícito, este era solemne y suponía “la previa damnatio” –declaración hecha en voz alta-.

La vida de Roma se ensancha y se transforma y el derecho en paralela transformación, sufre una profunda evolución. El “jus gentium” va humanizando las instituciones con el concepto de equidad lleno de efluvios de la filosofía griega. El



Derecho Pretoriano ampliaba las bases de las instituciones jurídicas como la familia, la sucesión y en cuanto a las obligaciones, amplió fundamentalmente su concepto y sancionó un sistema de relaciones privadas, que originaron los contratos reales de buena fe, los contratos consensuales y los pactos.

En las obligaciones, nacía el vínculo sin necesidad de actos solemnes ni aparatos simbólicos. En este tiempo la obligación puede considerarse como un vínculo jurídico ideal, que se forma por la fuerza impalpable de la sola voluntad humana. Se concibió la idea jurídica en un grado más abstracto: “El vínculo de equidad, respetable pero no exigible de la obligación natural”²⁰.

2.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza de la obligación ha sido estudiada ampliamente por los tratadistas y constituye uno de los temas más importantes y atractivos del Derecho Civil.

Sobresalen sobre este punto dos teorías, la subjetiva y la objetiva. La primera es originaria romana y la segunda, la moderna, que ha sido y es discutidísima.

El Derecho Romano vio en la obligación un vínculo entre personas: pero el germánico y el moderno, tienden a destacar el compromiso objetivo de crédito o deuda, estimándolo más bien que como una voluntad ligada a otra, como un vínculo entre dos patrimonios, considerados como personalidades abstractas.

“La doctrina llamada objetiva tiene en BAUDEMET, uno de sus representantes más caracterizados. Afirma este autor, como tesis fundamental al respecto, “si bien originariamente era la persona la que debía a la persona en la actualidad se considera que es el patrimonio el que debe al patrimonio”. Lo que equivale a afirmar la posibilidad de una relación entre patrimonios que no puede ser aceptada en ningún caso, puesto

²⁰ Rodríguez Velásquez de Villatoro, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil III**; pág. 34



que es evidente que la relación jurídica (y por lo tanto, la relación obligatoria) no puede aceptarse ni existir mas que entre personas.

Los partidarios de la teoría objetiva -como se ha hecho notar acertadamente- “al considerar el derecho del acreedor como un derecho sobre los bienes del deudor, consideran solamente las hipótesis del incumplimiento por parte de éste, quedando sin posible explicación con esta teoría el caso del cumplimiento voluntario del deudor, en que modo efectivo se realiza un acto del mismo y sin que tenga entonces ninguna manifestación ese derecho del acreedor sobre el patrimonio del deudor”. Ahora bien, sigue diciendo el autor de referencia, “cuando de la hipótesis del cumplimiento pasamos a la del incumplimiento, en la que se centra la teoría objetiva, tampoco es admisible, pues, prescindiendo de mas amplias consideraciones basta pensar en la obligación de hacer de carácter personalísimo, para comprender que la voluntad de las partes a lo que se dirige, es precisamente al acto del deudor; por ejemplo, la obligación de pintar un cuadro contraída por un pintor célebre”²¹.

2.3. Definición y conceptos

2.3.1. Definiciones

De acuerdo con su origen etimológico, obligación viene de las voces “ob y ligare”, que significan atadura, sujeción, lazo de unión, vínculo, lo que nos recuerda que en roma primitiva, fue un vínculo material, un “nexum”, el derecho de acreedor era muy cercano al del amo, al del propietario sobre la cosa.

Existen diferentes criterios, de la obligación por lo que se proporcionan definiciones de diferentes autores:

²¹ De Pina, Rafael. **Derecho civil mexicano. tomo III**; pág. 24



“CLEMENTE DE DIEGO. Obligación es la relación jurídica constituida en virtud de ciertos hechos, entre dos o mas personas, por la cual una es denominada acreedor, puede exigir a otra, llamada deudor, una determinada prestación.

JUSTINIANO. Es el vínculo de derecho por medio del cual el deudor se encuentra obligado a pagar una cosa según las leyes de la ciudad.

POTHIER: Es el vínculo de derecho que nos sujeta respecto de otra dar alguna cosa, hacer o no hacer.

FEDERICO PUIG PEÑA: Es la relación jurídica en virtud de la cual una persona, para satisfacer intereses privados, puede exigir de otra, una determinada prestación, que en caso de ser incumplida, puede hacerse efectiva sobre el patrimonio de esta.

BORJA SORIANO: Es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas (deudor), queda sujeta para con otra (acreedor), a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor.

RAFAEL ROJINA VILLEGAS: Es un estado de subordinación jurídica que impone al deudor la necesidad de ejecutar a favor del acreedor un hecho o una abstención de carácter patrimonial o moral.

MANUEL BEJARANO SANCHEZ: La obligación es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, de hacer o de no hacer.”²²

²² Rodríguez Velásquez de Villatoro **Ob.Cit.**; pág. 31

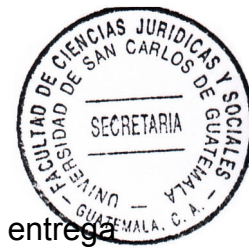


“El licenciado VICENTE ROCA, define la obligación “desde dos puntos de vista que son:

Objetivo: considera que el estudio del derecho de obligaciones en lo que afecta a su objeto, o sea, a la prestación que es la conducta a la cual puede constreñirse al obligado.

Así tenemos que el objeto como parte de la obligación, debe tener como caracteres importantes: la licitud, lo que equivale a decir, que dicho objeto debe estar amparado por el derecho y por el Derecho positivo guatemalteco, que en este caso es el Código Civil, (Decreto ley 106), además dicho objeto debe ser determinado o por lo menos determinable, lo cual, es normado por el Código Civil, (Artículo 1538 del Código Civil que establece: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes.”) Lo anterior se refiere al hecho de que no sólo 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 por lo menos se conoce su género, ejemplo de lo anterior, es el negocio jurídico que se celebra teniendo como objeto una cosecha, un derecho hereditario, etc.

Tomando el punto de vista de la prestación, que como ya se dijo, es la conducta a la cual puede obligarse una persona civilmente capaz, es: dar, hacer, no hacer, las dos primeras se enmarcan dentro de una conducta propiamente positiva y la última como una conducta negativa, también ello es regulado por nuestro derecho positivo civil (Artículo 1319 del Código Civil que establece: “Toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.”) De tal forma que la conducta del obligado siempre será la de dar, hacer, o no hacer y cuando se



obliga a dar, para cumplir el obligado debe, si se trata de cosa determinada, la entrega de la cosa y la de sus accesorios y pertenencias, así como los frutos que produzca desde que se perfecciona el convenio y es responsable, asimismo, de su conservación, hasta que verifique la entrega. (Artículo 1320 del Código Civil que establece: “La obligación de dar cosa determinada comprende su entrega y la de sus accesorios y pertenencias, así como los frutos que produzca desde que se perfecciona el convenio. El deudor es responsable, así mismo, de su conservación, hasta que verifique la entrega.”) Si la obligación es de hacer, el incumplimiento del obligado da derecho al acreedor para hacer por si o por medio de terceros, a costa del deudor. (Artículo 1323 del Código Civil establece: “En las obligaciones de hacer, el incumplimiento del obligado da derecho al acreedor, para hacer por si o por medio de tercero, a costa del deudor, lo que se hubiere convenido, si la calidad del ejecutante fuere indiferente.”) En las obligaciones de no hacer, el incumplimiento del obligado lo determina la contravención, o sea, que quien se obliga por una obligación negativa, incumple haciendo lo que se obligó a no hacer. (Artículo 1326 del Código Civil que establece: “Si la obligación es de no hacer, el obligado incurre en daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.”)

Subjetivo: luego de analizar el derecho de obligaciones, desde el punto de vista objetivo, lo haremos desde el punto de vista del sujeto, o sea, del elemento personal, que forma parte de la obligación y, desde este punto de vista se hace necesario comenzar diciendo que para que exista una obligación civil debe haber en la relación jurídica por lo menos dos sujetos, pues de no ser así, el hecho de que en la obligación intervenga una sola persona, ésta se extingue por efecto de la confusión. (Artículo 1495 del Código Civil establece: “La reunión de una misma persona de la calidad de acreedor y deudor, extingue la obligación.”) Si en la obligación solo intervienen dos sujetos; estamos en presencia de la obligación simple y se en la obligación intervienen mas de dos sujetos la obligación es mancomunada. (Artículo 1347 del Código Civil que



establece: “Hay mancomunidad; cuando en la misma obligación son varios los acreedores o varios los deudores.”)²³

2.3.2. Conceptos

“Modernamente, dentro de la construcción doctrinal del concepto de la obligación, sobresalen las siguientes posiciones doctrinarias:

2.3.2.1. Teoría clásica o subjetiva

La doctrina de Savigny; citado por Vásquez Ortiz, puede resumirse así: sobre el deudor pesa un deber, que consiste en observar un determinado comportamiento; el acreedor, ostenta un poder jurídico, o derecho, para exigir del deudor ese comportamiento. La voluntad del deudor es sometida, la del acreedor dominante; aquel tiene restringida su libertad; este ampliada, extendida su libertad.

Crítica: Se critica a Savigny; que un acto del deudor no puede ser objeto del señorío del acreedor, porque el acto, en si es incoercible y si el deudor no lo cumple voluntariamente, el acreedor no puede mas que dirigirse contra su patrimonio, para obtener una satisfacción económica, solo atiende al elemento subjetivo, es decir, la esencia de las obligaciones radica en el acto o conducta del deudor.

2.3.2.2. Concepción patrimonial u objetiva

Los tratadistas alemanes, ven en la responsabilidad patrimonial del deudor, la esencia de la obligación, considerándola como un derecho al valor de la cosa debida o como un derecho sobre el patrimonio del deudor.

²³ Roca Menéndez, Manuel Vicente. **Las obligaciones civiles**; pág. 13



Critica: - Toda relación; se da entre personas, por lo que no es admisible un vínculo entre patrimonios con abstracción de sus titulares.

- Elimina el acto del deudor.
- Elimina la diferencia entre derecho real y derecho de crédito u obligacional y la reduce a la siguiente: aquel recae sobre cosa determinada en tanto que éste, su objeto es universal indeterminado, el patrimonio del deudor.
- Los que carecen de patrimonio no podrían contraer obligaciones, cuando el deudor queda insolvente debería de extinguirse la obligación y no resulta así.

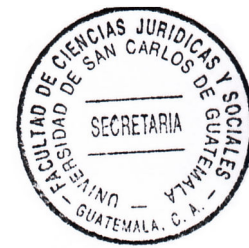
2.3.2.3. Teoría del débito y de la responsabilidad

Las anteriores son unilaterales, hacen consistir la esencia de la obligación, en un acto del deudor, en una responsabilidad patrimonial. La obligación se entrega con dos elementos, con dos relaciones.

La relación de débito o deuda, mediante la cual una persona, el deudor, tiene el deber de realizar una prestación, a favor de otra persona que se llama acreedor, quien tiene el derecho de exigirla y esta autorizado para recibirla.

La relación de responsabilidad, mediante ella el acreedor tiene el poder dirigirse contra el patrimonio de su deudor en caso de incumplimiento para extraer determinados bienes de ese patrimonio; y el deudor el deber de tolerar o sufrir esa actividad sobre su patrimonio.

Critica: El débito o deudora no es simplemente un deber de prestar, sino un deber de prestar bajo la coacción del ordenamiento jurídico, por lo tanto conduce, no solo a la voluntaria prestación del individuo, sino también en caso de incumplimiento a la coactiva ejecución de la obligación y cuando esto no sea posible, al resarcimiento o indemnización.



2.3.2.4. Teoría integradora del elemento personal y patrimonial

Sostiene que los dos elementos: el personal y el patrimonial son necesarios para un concepto completo de la obligación, pero es inadmisiblesu separación.”²⁴

Durante siglos, han sido repetidas las definiciones de la obligación civil formuladas por Justiniano y por Paulo. La primera establece: “La obligación es un vínculo de derecho por el que somos constreñidos con la necesidad de alguna cosa, según las leyes de nuestra ciudad”.

Esta definición pone en relieve el elemento esencial de la obligación, que consiste en un vínculo, derivado de una relación jurídica, habiéndose dicho a propósito de ella, que el término cosa (res) debe entenderse en sentido de prestación, puesto que de otro modo, no tendrá carácter general, sino que se referiría únicamente a las obligaciones de dar.

La definición de Paulo (Digesto, libro XLIV, título VII, proemio) se expresa así: “La sustancia de la obligación no consiste en que nuestro cuerpo haga algo, o en servidumbre nuestra, sino en que otro nos constriña a dar algo; bien haciendo; bien prestando”.

“La obligación es considerada como un vínculo jurídico, como una relación jurídica y como una necesidad jurídica, según los diferentes criterios sustentados por los tratadistas. Para nosotros es una relación jurídica productora de un vínculo jurídico.

La obligación se define generalmente por los tratadistas como una relación jurídica y constituida en virtud de ciertos hechos o actos entre dos o más sujetos, por lo que uno, denominado acreedor, puede exigir de otro, llamado deudor, determinada prestación.

²⁴ Vásquez Ortiz, **Ob.Cit.**; pág.6



En este sentido escribe BORJA SORIANO que la obligación “es la relación jurídicas entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial. Que el acreedor puede exigir al deudor”, definición que sería perfecta si no olvidase que los sujetos de la obligación pueden ser mas de dos.

ROJINA VILLEGAS por su parte, define la obligación diciendo que es “un estado de subordinación jurídica, que impone al deudor la necesidad de ejecutar, a favor del acreedor un hecho o una abstención de carácter patrimonial o moral”.

COLIN CAPITANT define la obligación como “una necesidad jurídica, por efecto de la cual una persona, esta sujeta a una prestación, ya positiva, ya negativa, es decir a un hecho o a una abstención, o como dice el código (de Napoleón) a dar, hacer, o no hacer alguna cosa.

JOSSERAND escribe que “la obligación o derecho personal, es una relación jurídica que asigna a una o varias personas, la posición de deudores frente a otra o a otras, que desempeñan el papel de acreedores y respecto de las cuales están obligadas a una prestación, ya positiva (obligación de dar o hacer), ya negativa (obligación de hacer) y que considerada la obligación, desde el lado del acreedor es un crédito y considerada desde el lado del deudor es una deuda, añadiendo que a veces la obligación se considera, únicamente es este segundo aspecto; diciéndose, en tal sentido, que tal persona tiene que cumplir determinadas obligaciones con respecto a tal otra, que desde luego puede exigir las”.

Derecho de crédito (de obligación) es, para ENNECCERUS, “el que comprende a una persona, al acreedor, contra otra persona determinada, el deudor, para la satisfacción de un interés digno de protección que tiene primero”.



Por obligación o relación obligatoria debe entenderse, según MESSINEO, una relación entre dos sujetos, (al menos), en virtud de la cual uno sometido a un deber, o comprometido frente al otro, (acreedor: llamado a veces, estipulante), a cumplir una prestación, o sea a desarrollar una determinada; ACTIVIDAD, (comportamiento), patrimonialmente valorable y que atribuye al acreedor un correspondiente poder, que consiste en la pretensión a la prestación.

DEMOFILO DE BUEN ha escrito: “sin designio de una definición perfecta, sino, mas bien, como ensayo de esbozar; el concepto de obligación, que las especiales, es decir, las privativamente civiles”, pueden ser caracterizadas como relaciones entre personas, engendradas por actos aislados, en los que la voluntad libre juega un papel preponderante y cuyo fin se agota en determinadas prestaciones, que debe hacer un obligado (deudor) a un titular.

Derecho de obligaciones; es el conjunto de reglas que disciplinan las relaciones jurídicas, en las que una persona se compromete a determinada conducta; de dar, hacer, o no hacer, (deudor); frente a otra persona, (acreedor); que tiene potestad de exigencia sobre los bienes enajenables del deudor.

Luis Maria Boffi; es una estructura jurídica, en que una o mas personas determinadas, o concretamente determinables al momento del cumplimiento, tienen derecho a exigir a otra u otras. Igualmente determinadas o determinables, la ejecución de una conducta, subsidiariamente a la indemnización por los daños ocasionados, en caso de incumplimiento; también en subsidio, la ejecución individual o colectiva del patrimonio del deudor, en el caso de incumplimiento, en el deber de indemnizar y en defecto de ello, el de hacer uso de medidas preventivas reparadoras, y afines, como garantía del cobro del crédito.

La opinión según la cual el concepto de obligación se encuentra todavía en la actualidad, agregado de una manera rigurosa a la concepción romana, peca por lo



menos de exagerada. Ciertamente el concepto romano de obligación, pesa aún sobre la teoría de los civilistas y hasta sobre el criterio de los legisladores, pero es indudable, que tanto, la una como el otro, no han dejado de evolucionar notablemente, si bien con la lentitud de todo cambio jurídico.

Esta evolución ha sido importante; tanto en el aspecto formal de la estructura, de la técnica y de la lógica jurídica de las obligaciones, como en el aspecto sustancial, o de fondo, o sea, en el orden del espíritu, en el orden de los fines humano-sociales, de los propósitos con ella perseguidos.

El carácter permanente del derecho de obligaciones no supone, por consiguiente, inmutabilidad –se ha dicho–, sino que, “antes al contrario; muestra hoy día importantes transformaciones, que van alterando aquella permanencia mas arraigada que en las restantes ramas del derecho civil”.

El moderno concepto de obligación civil, no es actualmente el mismo que tenían los jurisconsultos romanos, pues hay que reconocer, si no se quiere cerrar los ojos a lo evidente, que en ciertos aspectos la influencia del Derecho Romano no ha sido un obstáculo para que se produzcan notables cambios en esta materia.

En el curso mismo de la historia del derecho romano es notoria la transformación que experimenta el concepto de obligación civil, en el sentido de una objetivación progresiva de signo contrario al carácter acentuadamente subjetivo que tuvo originariamente.

En la actualidad, la obligación es considerada, fundamentalmente como una relación jurídica patrimonial en la que la prestación es el elemento primordial, dada la



posibilidad legal de la transmisibilidad de la misma, ampliamente admitida en el derecho contemporáneo contrariamente a lo que sucedía en Roma.”²⁵

2.4. Características

2.4.1. “Características de la obligación o derecho personal

La obligación común, o derecho personal, tiene como datos distintivos que:

2.4.1.1. Compromete al deudor en lo personal

El deudor esta determinado por su identidad personal; el obligado a la prestación puede ser José Rodríguez o Francisco Sánchez, en cuanto a que son ellos mismos y nadie más, sino ellos, quienes soportan el débito.

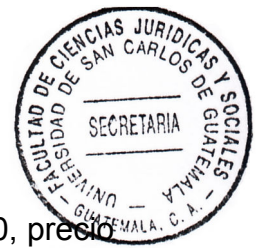
2.4.1.2. Compromete todo el patrimonio del deudor

Si éste no paga, el acreedor podrá hacer efectiva la obligación, trabar ejecución y embargar cualquiera de los bienes afectables que figuren en el activo patrimonial del deudor en el momento del secuestro, pues es un principio el hecho de que es el deudor quién debe responder de sus deudas con totalidad de su patrimonio.

2.4.1.3. Puede ser transmitida solo mediante un contrato que se llama cesión o asunción de deudas

Esta clase de obligación se da al momento en el cual un acreedor se pone de acuerdo con el deudor y una tercera persona que desea absorber la deuda del deudor, cambio que debe hacerse por medio de un contrato.

²⁵ Rodríguez Velásquez de Villatoro. **Ob.Cit.;** pág. 31.



Ejemplo: usted es deudor, de un almacén de comercio, por Q. 100,000.00, precio de diversas mercancías que adquirió a crédito. El deudor es usted en lo personal y se determina por su identidad, se le reconoce por su nombre y apellido. Usted, obligado, no puede desembarazarse de la deuda, al menos que el acreedor consienta la sustitución de deudor y un tercero acepte reemplazarle. Para que pudiera transmitir a otro su deuda (desligarse de ella) sería necesario efectuar una “cesión de deuda”; un contrato que concertaría usted, su acreedor y una tercera persona que aceptara asumir el compromiso en vez de usted, su acreedor y una tercera persona. Si usted no paga, su acreedor (la persona moral vendedora) podrá coaccionarlo al pago y embargarle cualesquiera de los bienes que figuren en su patrimonio al efectuarse el secuestro (salvo los que fueren inembargables por disposición legal).

2.4.2. Características de las obligaciones reales

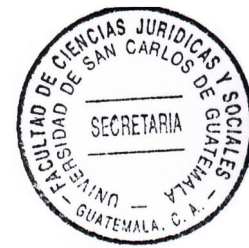
Contrariamente a las obligaciones comunes o personales las obligaciones reales:

2.4.2.1. No ligan al deudor en cuanto a su persona o identidad personal

Sino que está determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa, el poder que ejerce sobre ella lo señala y exhibe como deudor. Son necesidades jurídicas que gravitan sobre aquella persona que posee una cosa, porque son cargas que pesan sobre esa cosa.

2.4.2.2. Puede transmitir la deuda al transferir la cosa

La deuda sigue a la cosa: por tanto, para dejar de ser deudor le basta con enajenar la cosa o abandonarla.



2.4.2.3. El obligado responde de su deuda solamente con la cosa

No con todo su patrimonio y si renuncia a ella, se desembaraza de su deuda. EJEMPLO: usted acepta garantizar con hipoteca sobre una casa suya, una deuda de Q. 10,000.00 que su hermano contrató con alguna institución de crédito. Usted asume obligaciones, pues tiene la necesidad de pagar una prestación a favor de otro (tiene necesidad de pagar al banco los Q 10,000.00 que éste prestó a su hermano) pero esa prestación debe pagarla por ser usted el dueño de la cosa sobre la cual gravita la deuda: está obligado por la cosa (usted está obligado mientras es dueño de la cosa hipotecada).

En el ejemplo, usted será el deudor como dueño del bien gravado; mientras siga siendo propietario de la casa hipotecada, seguirá con la necesidad de pagar la deuda garantizada con ella, mas, al vender la cosa, transfiere también con ella su obligación real. Si enajena la casa hipotecada, el obligado será el nuevo propietario de ella. Además, usted no responde con todos sus bienes, sino solo con el bien gravado.²⁶

2.5. Fuentes

“La fuente, es el origen por el cual se crea una obligación, entre las que podemos citar están:

2.5.1 Evolución

2.5.1.1. Derecho romano

Se llaman fuentes de las obligaciones, a los hechos jurídicos por virtud de los cuales se originan o nacen, creando el vínculo jurídico entre acreedor y deudor.

²⁶ **Ibid;** pág. 17

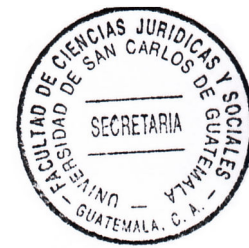


Estos hechos jurídicos productores de obligaciones son, según las intuiciones de GAYO, el contrato y el delito. Pero esta división fundamental de las fuentes obligatorias era suficiente, porque surgen también obligaciones de otras relaciones distintas del contrato y el delito, por lo que el mismo GAYO, en otras de sus obras, *res cottidiane*, añadió un tercer miembro, *variae causarum figurae*, englobando en esa frase poco precisa, otras varias especies de causas, figuras heterogéneas que no son ni contratos ni delitos.

Todavía en las instituciones de Justiniano, encontramos otra clasificación distinta, pues, en lugar del tercer miembro, impreciso de varias especies de causas, se había junto al contrato y al delito de las obligaciones que nacen “quasi ex contractu y quasi ex maleficio”, clasificación que parece deberse al afán de simetría, de los compiladores bizantinos, los cuales, observando de que de esas otras varias especies de causas se asemejan al contrato y otras al delito, crearon así la famosa división cuatrimembre; que iba a pasar al derecho moderno. Pero en realidad, no se llegó a afirmar la existencia del cuasicontrato y cuasidelito como conceptos jurídicos con propio contenido, sino simplemente una analogía de ciertas fuentes con el contrato y el delito.

2.5.1.2. Doctrina moderna y derecho comparado

El influjo de la división de las fuentes obligatorias del derecho romano, según la última versión justiniana, fue tan perdurable que fue recibida en la codificación francesa, si bien se añadió un quinto término, la ley. El Código Civil Francés distingue en efecto, de una parte, las obligaciones que nacen de contrato y de otra, las que nacen sin convención alguna, que pueden resultar o directamente de la ley o a través de un hecho del hombre procedente del cuasicontrato, del delito o del cuasidelito.



2.5.1.3. Código Civil Español

Inspirado en los códigos francés e italiano, dispone que “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier genero de culpa o negligencia”. Se sigue perfectamente el modelo italiano, pero produciendo la novedad, respecto a dichos códigos, de no aceptarla terminología tradicional de delitos y cuasidelitos, distinción basada en el acto intencional o doloso y el acto simplemente negligente o culposo. Así por ejemplo COLIN Y CAPITANT, en la doctrina francesa, formulaban la distinción referida del siguiente modo: “El delito supone en su autor un dolo, es decir, una mala intención. En el cuasidelito, por el contrario, esta intención no existe; hay negligencia o imprudencia no intencionada”. Pues bien, el código, al prescindir de esa terminología, ¿ha abandonado también la distinción expresada por la misa, entre el acto doloso y el culposo? Esta parece ser la intención del legislador; se prescinde de la terminología de delitos y cuasidelitos, porque se quiere abandonar la distinción entre actos dolosos y culposos, ya que en todo caso se produce la misma consecuencia de reparación del daño.

Resulta, pues, que las fuente de las obligaciones, según el Código Civil español, son: la ley, el contrato, el cuasicontrato y el acto ilícito, tanto penal como civil. El estudio particularizado de dichas fuentes se hará mas adelante, por lo que ahora nos limitamos a algunas ideas generales

Obligaciones contractuales: la fuente de obligaciones que da lugar a una regulación más amplia es, sin duda, el contrato. El código, aún sin ánimo definitorio nos da una idea de lo que es el contrato, al decir que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Tiene una especial importancia en materia contractual, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes hoy tan en crisis, recogido en el Código Civil español en el Artículo 1255 el cual establece: “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”. Este principio de libertad contractual en que el código se inspira tiene su enérgica sanción en el mismo, al disponer que “las obligaciones que nacen de los contratos, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos” (Artículo 1091 Código Civil español). No obstante, el principio predominante de la autonomía de la voluntad, la ley completa el contenido del contrato imponiendo todas las consecuencias que sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley (Artículo 1258 Código Civil español). Pero por lo que respecta a la ley hay que distinguir entre las normas imperativas y dispositivas, pues solo las primeras se imponen a la voluntad de las partes.

Las disposiciones del Código Civil español, en materia contractual tienen, en general, carácter meramente supletorio, para el caso de que falte estipulación de las partes, pues si existe, hay que estar a lo estipulado. Por tanto, el contenido del contrato no se completa de modo forzoso más que con las normas imperativas.

Obligaciones derivadas de los cuasicontratos: el Código Civil español en su Artículo 1887, establece: “son cuasicontratos los hechos lícitos y puramente voluntarios de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados”, regulando a continuación como modalidades de los mismos; la gestión de negocios ajenos y el pago o cobro de lo indebido, aunque nuestra jurisprudencia ha admitido la existencia de cuasicontratos innominados. Es esta figura tan discutida del cuasicontrato difícil de justificar, por lo que ha sido censurado el código, como veremos por haberla conservado.

2.5.1.4. Declaración unilateral de voluntad

Generalidades: en la clasificación romana de las fuentes que informa la tradición recogida en los códigos latinos, no se considera como fuente de obligaciones la declaración unilateral de voluntad. Ciertamente que el derecho romano conoció dos casos en que bastaba dicha declaración para que surgiese una obligación a cargo del



que la emitía, pero esto tuvo un carácter muy excepcional. Estos casos excepcionales eran la pollicitatio y el votum. La primera, era una promesa unilateral hecho por un ciudadano a favor de una ciudad, por una justa causa, (por ejemplo; por gratitud, por un honor recibido) y en el segundo caso, la promesa era a favor de la divinidad. Pero fuera de estos casos excepcionales, para que la voluntad pudiese crear obligaciones se necesitaba el acuerdo, el contrato y este ha sido también el punto de vista de las codificaciones que se han inspirado en la tradición romanista. Pero en la última parte del pasado siglo, se planteó la cuestión de la posibilidad de crear obligaciones por la sola promesa del deudor, siendo fundamental la obra de SIEGEL, quien pretende reivindicar, para el Derecho germánico dicha posibilidad; pues mientras que el Derecho romano, -dice-, partía de la promesa del acreedor, el Derecho germánico partía de la promesa del deudor, seguida de aceptación, la cual a veces desaparece siendo presunta. Esta opinión de SIEGEL, aunque discutida en el terreno histórico en que la planteó, alcanzo difusión desde un punto de vista racional, difundiéndose sus ideas en Francia por WORMS y entre nosotros por BONILLA SANMARTIN. Posteriormente han surgido numerosos partidarios de esta teoría, aunque no faltan sus impugnadores; pero dentro de los partidarios hay que distinguir dos posiciones completamente distintas, una radical y otra moderada, a saber.

2.5.1.4.1. La declaración unilateral como única fuente de obligaciones

Se ha pretendido que la voluntad unilateral no solo cree obligaciones, sino que es la única fuente creadora, puesto que aun en los contratos “la conjunción de voluntades no es nunca simultánea, sino sucesiva” (BONILLA). Pero evidentemente se trata de una exageración de la teoría, que es generalmente rechazada.

2.5.1.4.2. La voluntad unilateral como fuente excepcional de obligaciones

Es en cambio la tesis mas aceptada, que defiende la posibilidad de crear obligaciones por la voluntad unilateral, en ciertos casos que así lo exige la seguridad



del tráfico jurídico, siendo los casos que mas frecuentemente se citan los de las ofertas de contrato, las promesas de recompensa, los títulos a la orden y al portador y las estipulaciones a favor de tercero. En contra se alega principalmente que la promesa unilateral, es susceptible de revocación mientras no sea aceptada y que por tanto, siendo revocable, carece de verdadera fuerza obligatoria.

2.5.1.5. Compilación de navarra

2.5.1.5.1. Fuentes obligatorias

La primera norma del titulo sobre las obligaciones en general, se dedica a las fuentes y enumera las siguientes:

“Las obligaciones pueden establecerse: por convenio, donación, disposición mortis causa, o sobre régimen de bienes en el matrimonio, o por disposición de la ley. Quien por su negligencia cause daño en patrimonio ajeno, deberá indemnizarlo según las circunstancias de cada caso. La acción para exigir la indemnización prescribe al año” (ley 488).

Esta enumeración no es realmente completa; pues la compilación también trata de las siguientes materias que la doctrina suele considerar como fuentes obligatorias, aunque algún caso sea controvertido: enriquecimiento sin causa (ley 508 y ss.), promesas unilaterales, (ley 515), y oferta pública, (ley 521), y la gestión de negocios sin mandato, (ley 560).

No obstante la omisión indicada, que veremos mas detenidamente en cada una de las materias respectivas, la enumeración legal de las fuentes presenta algunas ventajas en relación con la del Código Civil español, (Artículo 1089): abandonote la categoría artificiosa del cuasicontrato, aunque en cambio no incluya la gestión de negocios, (regulada junta al mandato), y el enriquecimiento sin causa (en el que se



regula el pago de lo indebido), que debían haberse enumerado entre las fuentes referencia a la disposición mortis causa, etc.

Es de destacar el acierto de una regulación general del enriquecimiento sin causa, conforme a la tradición romanista y acorde con la doctrina actual.

2.5.1.5.2. Declaración unilateral de voluntad

La compilación regula las promesas en general, y dentro de este capítulo define como estipulaciones: “los actos por los que una persona, mediante su promesa, se hace deudora de otra, sin que ésta, quede contractualmente obligada a cumplir una contraprestación” (ley 515)

Como diversos supuestos de promesa, se regulan, entre otros, los de promesa de contrato y oferta pública.

Promesa de contrato: la promesa de concluir un contrato futuro, obliga a quién la hace siempre que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato, cuya aceptación se promete” (ley 516, ap. 1).

Oferta pública: toda promesa sobre cosa y bajo condición lícita; obliga al que la hace desde que es objeto de publicación suficiente, aunque nadie haya notificado su aceptación. Si el promitente no hubiere fijado plazo, se entenderá mantenida la oferta durante el tiempo que parezca necesario, según el arbitro del Juez” (ley 521, parte 1). En esta norma, se consagra la vinculatoriedad de la oferta pública, norma inexistente en el código, como hemos visto.

Para el caso de aceptación de la oferta pública, se dispone que: “si una persona determinada, hubiere notificado al promitente su aceptación, antes de caducar la oferta,



esta se entenderá mantenida, respecto al aceptante, durante un año y día, a no ser que en el momento de la aceptación, se hubiere convenido otro plazo” (ley 521, parte 2).²⁷

2.6. Diferencia con las obligaciones mercantiles

Es necesario hacer un análisis, de los aspectos que diferencian una obligación civil, de una obligación mercantil, para poder tener un mejor conocimiento y entendimiento del tema que se trata en el presente trabajo, entre las que a criterio personal se encuentran:

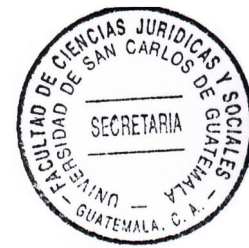
2.6.1. Solidaridad de los deudores

La doctrina civil nos enseña; que cuando una obligación tiene del lado pasivo o activo a varias personas, se le llama mancomunada. Está mancomunidad, puede ser simple y solidaria. En el caso del deber, es simple; cuando cada uno de los sujetos responde de una parte de la obligación; y solidaria; cuando cualquiera de ellos responde de la totalidad, frente al sujeto del derecho. Conforme el Código Civil guatemalteco, para que una obligación mancomunada sea solidaria, es necesario que se pacte expresamente. Con el fin de entender mejor la anterior exposición, transcribimos los artículos del Código Civil que regulan esta materia.

Artículo 1347 del Código Civil: “Hay mancomunidad cuando en la misma obligación son varios los acreedores o varios los deudores”.

Artículo 1348 del Código Civil: “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 este caso, el crédito o la deuda se considerarán divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya, y cada parte constituye una deuda o un crédito separados”.

²⁷ Espín Cánovas, **Ob.Cit.**; pág. 109



Artículo 1352 del Código Civil. “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 1353 del Código Civil. “La solidaridad no se presume; debe ser expresa por convenio de las partes o por disposición de la ley.....”. Recalco sólo, el primer párrafo del último artículo, porque, con relación a éste es que se establece, una especialidad de las obligaciones mercantiles mancomunadas, en lo que al deudor, o los fiadores, se refiere: es que, en una obligación mercantil hay varios deudores, su mancomunidad es solidaria, en virtud de la ley (Artículo 674 del Código de Comercio); o sea, que se presume; no necesita ser expresa como lo manda el Código Civil. A la inversa de éste, lo que se pactaría sería, que la mancomunidad fuera simple. Esta regla rige también para el fiador de una relación mercantil; y si hay varios fiadores, son solidarios entre sí, salvo pacto en contrario. Lo anterior no excluye el derecho a repetir que reconoce el Artículo 1358 del Código Civil. También es especialidad que el Código de Comercio solo regule la presunción de la mancomunidad solidaria en el sujeto pasivo de la obligación (deudores), no así en el sujeto activo (acreedores). En resumen, la particularidad de la mancomunidad, en las obligaciones mercantiles, es que, en cuanto a los deudores o sus fiadores, es solidaria por disposición legal en contraposición a la civil, que debe ser expresa; no se presume, salvo disposición legal en contrario.

2.6.2. Exigibilidad de las obligaciones sin plazo

La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo al Código Civil, cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez



competente; para que lo determine (Artículo 1283 del Código Civil). Si éste fuera el procedimiento que se siguiera, ante obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria, la característica del poco formalismo del derecho mercantil. Aquí surge entonces, una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente. La única excepción a esta regla es; que el plazo sea consecuencia de la misma naturaleza del contrato, en cuyo caso no opera la exigibilidad inmediata. Por ejemplo, si se contrata una compraventa cuyo precio se pagará por abonos, es lógico que la obligación no sea exigible de inmediato, porque el plazo es consecuencia del mismo contrato. En concordancia con este mismo tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente, (Artículos 675, 676, del Código de Comercio).

2.6.3. La mora mercantil

Los sujetos de una obligación civil; -tanto deudor como acreedor- pueden incurrir en mora; la mora es el status jurídico, en que se centrará el sujeto, si no cumple con su obligación, o no acepta la prestación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. La característica propia del Código Civil es que, para caer en mora, salvo las excepciones que establece el Artículo 1431 del Código Civil, es necesaria la interpelación, o sea, el requerimiento en forma judicial, o por medio de un notario (Artículos 1428-1430 del Código Civil). En cambio, en las obligaciones y contratos mercantiles, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, bastando únicamente que el plazo haya vencido o sean exigibles. Así se adquiere el status de moroso. La excepción a ésta regla son los títulos de crédito, y cuando hay pacto en contrario. Al respecto de este mismo tema, el Código Civil establece que la mora del deudor genera daños y perjuicios, que deben ser pagados al acreedor; pero ellos deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención (Artículos 1433 y 1434 del Código Civil). A nuestro juicio, y tal como lo ha reiterado la



jurisprudencia, el Código Civil se orienta a obligar que se pruebe fehacientemente que esos daños y perjuicios se han causado, o que, necesariamente deban causarse, no siendo suficiente la simple reclamación o pretensión, a menos que se tratara, de una cláusula indemnizatoria. En lo mercantil sucede lo contrario: hay un mandato para el deudor moroso de pagar daños y perjuicios, salvo pacto en contrario, cuando la obligación tuviere por objeto; una cosa cierta y determinada o determinable; daños y perjuicios, que se cuantifican en relación al interés legal, sobre el precio pactado en el contrato; y a falta de éste, por el que tenga en el plazo al día del vencimiento; el de su cotización en bolsa, si se trata de títulos de crédito; y en defecto de lo anterior, el que fijen los expertos. Esta especialidad, que favorece privilegiadamente al acreedor, es injusta porque no entra a considerar, si los daños y perjuicios realmente los provocó el incumplimiento del deudor; la ley los presume en desmedro de una tradición jurídica, que viene desde el Derecho Romano: las estipulaciones a favor del deudor. Creo que esta norma tiene su fundamento, pero no debió formularse; dejando a una de las partes completamente desguarnecida; debió seguirse la tónica del Código Civil, para que no resultara que este código, calificado de conservador, viene a ser más protector, que la ley mercantil. Y todavía más; si la obligación tiene por objeto una prestación pecuniaria, el acreedor puede estimar, (léase disponer), que los daños y perjuicios, sobrepasaban la cantidad que representa el interés legal o las sumas que se hayan establecido; y como consecuencia de ello, puede reclamar el excedente (Artículos 678 y 679 del Código de Comercio). Estas disposiciones considero que deben modificarse, porque la normatividad en materia de obligaciones y contratos, debe hacer realidad la igualdad ante la ley, y colocar las partes contratantes en similar calidad; subjetiva de derechos y obligaciones.

2.6.4. Derecho de retención

El tema de la retención no puede parangonarse en forma sistemática, entre disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio. El derecho de retención aparece diseminado en todo el libro V del Código Civil. Por ejemplo, en el Artículo 1715

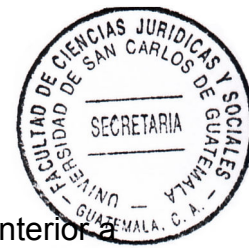


del Código Civil, encontramos que el mandatario puede retener objetos que tenga en su poder, como consecuencia del mandato, si el mandante no le paga las cantidades a que tiene derecho; por indemnización y reembolso de gastos efectuados. En cambio; en la ley mercantil, la institución está sistematizada en la parte general, que el código dedica a las obligaciones, sin perjuicio de que aparezca también en algunos contratos en particular.

¿Qué es el derecho de retención? Es la facultad que se concede al acreedor mercantil, para retener bienes muebles o inmuebles, de su deudor, que se hallen en su poder; o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla (Artículo 682 del Código de Comercio). De acuerdo a lo anterior, la retención funciona como: una garantía a favor del acreedor, que desea hacer efectiva la obligación. Pero como los bienes retenidos siguen siendo retenidos, por eso la ley le asigna a éste las obligaciones de un depositario; guardar la cosa depositada y abstenerse de hacer uso de ella; no guardar la cosa depositada y abstenerse de hacer uso de ella; no registrar las cosas que se le han entregado embaladas o selladas; avisar de cualquier pérdida o deterioro que pudiera sufrir la cosa y de las medidas que deben tomarse para evitarlo; e indemnizar los daños y perjuicios que por dolo o culpa sufiere el deudor con relación a la cosa. (Artículo 1978 del Código Civil; 683 del Código de Comercio).

Con forme los Artículos 684, 685, 686 y 687 del Código de Comercio, el derecho de retención opera bajo el siguiente régimen:

- Cesa la retención; si el deudor consigna la suma adeudada o la garantiza;
- La disposición, (enajenación), que el deudor haga de los bienes retenidos, no afecta la retención;
- Cuando los bienes retenidos son embargados, el acreedor que los posee tiene derecho. A ser pagado preferentemente, si el bien retenido estaba en su poder en razón del mismo contrato que originó su cuenta; y a ser



pagado con prelación al embargante, si su relación de crédito es anterior a la de este; y

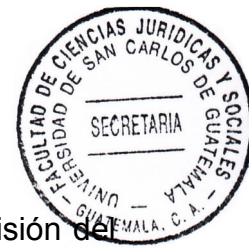
- El acreedor que retiene, pagará las costas judiciales, daños y perjuicios, si no entabla la demanda dentro del término legal; o, si se declara improcedente su demanda. ¿Cuál es ese término para entablar la demanda? La ley no lo establece y es una inexcusable omisión, porque entonces debe estarse a los términos de la prescripción de las obligaciones, a menos que cada contrato se pronuncie sobre este particular. Creemos que la ley debió ser mas específica en este aspecto.

2.6.5. Capitalización de intereses

Capitalizar intereses significa, que, cuando el deudor deja de pagar, la cantidad que se adeude por ese concepto, acrecenta el capital; de manera que, a partir de la capitalización, los intereses aumentan; porque se elevó la suma del capital. Este fenómeno, (Artículo 691 del Código de Comercio), era conocido en el negocio bancario; pero el Código de Comercio lo extendió a todo tipo de obligación mercantil, siempre que así se pacte en el contrato y que la tasa de interés no sobrepase la máxima que cobran los bancos. La capitalización de intereses, duramente criticada por la doctrina, es uno de los aspectos negativos del actual Código de Comercio, porque va en contra de grandes masas de población que consumen bienes y servicios. Una futura revisión del código debiera suprimir esta especialidad. Contrariamente, el Artículo 1,949 del Código Civil, prohíbe la capitalización de intereses; permitiéndola únicamente en el negocio bancario.

2.6.6. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo

El Artículo 693 del Código de Comercio establece: que en las obligaciones de tracto sucesivo, (la compraventa por abonos, por ejemplo), salvo pacto en contrario; la falta de un pago da por vencido el plazo de la obligación y la hace exigible. Aún cuando



en el Código Civil no exista una disposición similar en forma genérica, la previsión del Código de Comercio es especial, porque el Artículo 1836 del Código Civil, al referirse a la compraventa de bienes inmuebles por abonos; esta se resuelve, por la falta de pago de cuatro o más mensualidades consecutivas. En el caso de los bienes muebles la ley civil no tiene ninguna previsión; y si no se trafican como mercaderías, se aplicaría por analogía la misma disposición del Código Civil. Así también, el Artículo 1940 de éste; da por terminado el contrato de arrendamiento, cuando se dejan de pagar dos meses de renta, por lo menos.”²⁸

2.7. Efectos

2.7.1 Efectos comunes a todas las obligaciones

2.7.1.1. El pago

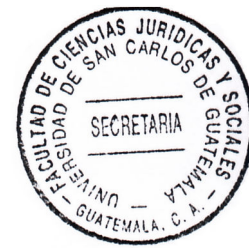
“Es el cumplimiento de la obligación, la exacta realización de la prestación debida al acreedor. Por consecuencia, el cumplimiento produce la extinción de la obligación, siendo el modo más normal de extinguirse ésta, y así mismo el modo satisfactorio por excelencia, es decir, el que produce mejor el logro del interés del acreedor, como vimos. En sentido técnico se suele emplear la palabra pago, como sinónimo de cumplimiento, prescindiendo, por tanto, del sentido vulgar de la misma, como equivalente a cumplimiento.”²⁹

2.7.1.1.1. “Que debe pagarse

El pago debe tener por objeto la cosa misma que era el objeto de la obligación el acreedor puede también cosa distinta a la señalada, el acreedor de la cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aún cuando sea de mayor valor.

²⁸ Villegas Lara, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco. tomo III**, pág. 2

²⁹ Espín Cánovas. **Ob.Cit.**; pág. 127



2.7.1.1.2. Como debe pagarse

El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado en el caso de enajenación de alguna especie indeterminada si no se designa, la calidad de la cosa, el deudor cumple entregando una mediana calidad si el pago debe ser total, el acreedor no esta obligado a recibir pagos parciales.

2.7.1.1.3. Tiempo en que debe hacerse el pago

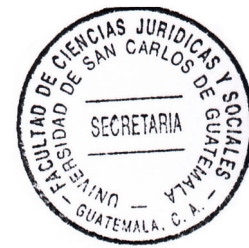
El pago se hará en el tiempo designado en el contrato; exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa, si no se ha fijado tiempo y se trata de obligaciones de dar, el pago puede exigirse, 30 días después de la interpelación que se haga, tratándose de obligaciones de hacer el pago, debe efectuarse siempre que haya transcurrido el tiempo necesario, para el cumplimiento de la obligación.

2.7.1.1.4. Lugar de pago

Por regla general debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo, que las partes hayan convenido otra cosa, se han destinado varios lugares para hacerlo, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos si el pago consiste en la tradición de un inmueble en prestaciones relativas a este en el lugar, donde se encuentre si consiste en una suma de dinero, como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, en el lugar en que se entrego la cosa, salvo, que se designe otro lugar.

2.7.1.1.5. Gastos del pago

Los gastos de la entrega serán por cuenta del deudor, si no se hubiere estipulado otra cosa.



2.7.1.1.6. Imputación de los pagos

El que tuviera contra si; varias deudas a favor de un solo acreedor, podrá declarar al tiempo de hacer el pago a cual de ellas quiere que este se aplique. Si no se hiciera, la ley determina que debe aplicarse a la deuda de mayor cuantía, entre las vencidas y en igualdad de circunstancias, a la mas antigua y si son todas de la misma fecha a prorrata.

2.7.1.1.7. Con que debe pagarse

Cuando la deuda es de dinero; el deudor pagará con moneda del curso corriente, con forme a la ley monetaria vigente; si se pacta que debe hacerse en moneda extranjera, la alteración que esta experimente en valor, será en daño o beneficio del deudor, debe pagarse con cosas propiedad del deudor.”³⁰

2.7.2. Efectos protectores del acreedor quirografario

2.7.2.1. Acción pauliana

La acción revocatoria o pauliana tuvo su origen en el Derecho Romano, y tomó su último nombre del pretor Paulo, quién le dio vida en un edicto promulgado por él. Un sector doctrinario considera; que dicha acción tiene carácter esencialmente personal, no real.

“El cumplimiento de toda obligación personal patrimonial está, en cierta forma, supeditado, a que los bienes del deudor sean suficientes, a la fecha que deba hacer efectiva la prestación, para solventar ésta. Con lógica, se supone que el acreedor ha de estar atento a las fluctuaciones, que, puede tener el patrimonio del deudor, preocupándole su posible o real disminución.

³⁰ Rodríguez Velásquez de Villatoro. **Ob.Cit.** pág.; 203



Cuando la disminución ocurre por el normal desenvolvimiento de la actividad económica del deudor, nada puede hacer el acreedor para evitarla, sin perjuicio de ciertas medidas que puede solicitar en pro de sus derechos. Pero si la disminución patrimonial del deudor ocurre; por actos que realiza, tendientes a lesionar los intereses legítimos del acreedor, a éste concede la ley facultad para intervenir directamente a efecto de reintegrar al patrimonio del deudor bienes que habían salido del mismo en forma que puede calificarse de perjudicial o fraudulenta y con el propósito de evitar que el acreedor puede hacer efectiva la prestación a su favor.

Tiene por objeto procurar y lograr la revocación de los negocios jurídicos realizado por el deudor con el propósito de reducir sustancialmente su patrimonio, de tal manera, que el acreedor no puede hacer efectiva la prestación, a que tenga derecho.”³¹

“Efectivamente, ocurre con alguna frecuencia; que un deudor que se encuentra, en apurado trance, trate de salvar parte de sus bienes, intentando evitar la catástrofe completa. Para ello acude generalmente a dos procedimientos: o al negocio simulado, entrando en connivencia con parientes y amigos, aparentando enajenaciones que en realidad no existen o al negocio real, pero fraudulento, transfiriendo efectivamente sus bienes, para convertirlos en dinero, mas fácilmente eludible a la acción de los acreedores. Estos expedientes a que acude el deudor sin probidad no pueden quedar en el vacío ni pueden ser permitidos por el derecho, y por ello, como contrapartida, se concede a los acreedores, o bien, a la acción de simulación en el primer caso, o la revocatoria (pauliana) en el segundo.”³²

2.7.2.2. Acción declaratoria de simulación

““Hay simulación; cuando declara una cosa distinta de lo que se quiere, en forma consiente y con el acuerdo de la persona, a quién está dirigida esa declaración”

³¹ Brañas, Alfonso. **Manual de Derecho Civil**; pág. 452

³² Puig Peña. **Ob.Cit.**; pág. 264



(Coviello): Es una discrepancia deliberada, entre lo que se quiere realmente y lo que se declara querer, entre lo primero, (que se mantiene en secreto entre el simulador y su cómplice), y lo segundo, (que se hace público y ostensible con el propósito de engañar a terceros).

La simulación en vez de celebrar un acto real, el deudor puede aparentar que efectúa ciertos actos jurídicos, los cuales disminuyen su activo patrimonial o aumentan su pasivo, a fin de dar una imagen de insolvencia que le permita rehuir el cumplimiento de sus obligaciones.”³³

2.7.2.3. Acción oblicua

“Esta acción constituye; otra institución protectora del acreedor quirografario, al permitirle apremiar a un deudor indolente, para que atienda sus propios negocios jurídicos, ejerza sus acciones y haga valer sus derechos, en vías de que mejore su fortuna y adquiera nuevos bienes que acrecienten su patrimonio, que es la garantía de aquel. Si el deudor asume una actitud pasiva y se abstiene de ejercitar sus derechos, dejándolos perecer o prescribir, sea por tratarse de un sujeto descuidado y abúlico, sea por haber perdido interés en preservar su patrimonio, ante el acoso de los acreedores, estos pueden sustituirlo y hacer valer por el esas facultades jurídicas.

Según Ripert y Boulanger, citado por Bejarano Sánchez, se llama acción oblicua por oposición a la acción directa que el acreedor tiene contra su deudor: en la oblicua alcanza al deudor de su deudor; “el acreedor solo llega a alcanzar al tercero por intermedio del deudor”.

³³ Bejarano Sánchez, Manuel. **Obligaciones Civiles**; pág.355



También se le conoce como acción subrogatoria, porque produce el efecto de subrogar, (sustituir), al deudor por el acreedor que va a ejercitar los derechos que esté frente a un tercero, aunque esa substitución tiene efectos muy limitados.”³⁴

2.7.2.4. Derecho de retención

Este derecho es otra de las posibles defensas del acreedor y consiste; en la facultad que tiene el acreedor, de resistirse a devolver una cosa propiedad de su deudor, mientras éste no le pague lo que debe con relación a esa misma cosa.

Ejemplo; el relojero que reparó el reloj de usted, o el mecánico que le arreglo su automóvil, tienen la facultad de resistirse a devolver la cosa, mientras no les sea pagado el precio del trabajo efectuado, como lo tiene el hotelero para conservar el equipaje del turista, o el portador respecto de las cosas que ha transportado, mientras no sea cubierto el precio de los servicios prestados.”³⁵

2.7.3. Efectos generales de las obligaciones

2.7.3.1. Teoría de los riesgos

“Pretende dilucidar la suerte de las obligaciones de las partes, cuando la cosa que es objeto del contrato se pierde a consecuencia de un caso fortuito.

Esta teoría supone entonces; que nos encontramos ante un contrato bilateral, y que al menos una de las obligaciones de las partes consista en dar, (enajenar en sentido amplio), una cosa determinada, (especie o cuerpo cierto).

De acuerdo con el Código Civil francés; el riesgo es del acreedor. Ello resulta lógico, pues, en el derecho francés los meros contratos tienen "eficacia real", es decir,

³⁴ **Ibid;** pág. 363

³⁵ **Ibid;** pág. 369



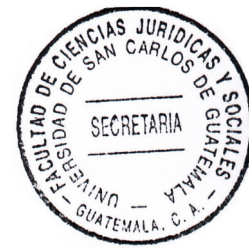
por el sólo contrato, nacen o se constituyen no sólo derechos personales, sino que también derechos reales, como la propiedad. Así, en el derecho francés, el contrato de compraventa, no sólo hace titular al comprador de un derecho para exigir que se le entregue la cosa, sino que lo hace dueño. Por lo tanto, el riesgo es siempre del dueño, (res perit domino), que es al mismo tiempo acreedor, (res perit creditore)

En los ordenamientos, donde el contrato no tiene eficacia real, es decir, no genera derechos reales, sino exclusivamente derechos personales, para transferir el dominio, (u otro derecho real), se requerirá de un modo de adquirir. El modo más típico será la tradición, o entrega hecha con la intención de transferir el dominio.

Si los contratos no tienen "eficacia real", debemos responder sobre la suerte de las obligaciones; cuando el objeto del contrato se pierde por un caso fortuito. Por una parte, la destrucción fortuita de la cosa, siempre extingue la obligación que tenía por objeto esa cosa. Por otra parte, respecto de la obligación de la otra parte, caben dos posibilidades:

- Si el riesgo es del deudor, o sea, quien estaba obligado a dar la cosa que se destruyó fortuitamente, entonces la obligación del acreedor se extingue también, y si todavía no cumplía con su prestación, nada debe hacer, y si ya la cumplió tiene derecho a ser restituido.
- Si en cambio, el riesgo es del acreedor, frente a la destrucción fortuita de la cosa, su obligación sigue en pie, debe cumplirla si se encuentra pendiente, o si ya la cumplió, no puede ser restituido.”³⁶

³⁶ **Teoría de los riesgos**, http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_de_los_riesgos. (18 de noviembre de 2007), sin autor.



2.7.3.2. Resolución por incumplimiento culpable (rescisión)

El incumplimiento del contrato, motivado por un caso fortuito, no responsabiliza al deudor, pero el que proviene de su culpa constituye, como hemos visto, un hecho ilícito fuente de obligaciones, (acción antijurídica, culpable y dañosa). Lo compromete a reparar los daños que cause, (responsabilidad) y además, da derecho a la víctima a desligarse de su propia obligación disolviendo el contrato, (rescisión). Por tanto, si en el contrato bilateral, una de las partes no cumple por su culpa, la otra parte contratante puede exigir:

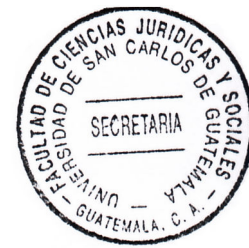
- La ejecución forzada (y el pago de daños y perjuicios por el hecho ilícito).
- La rescisión del contrato (y el pago de danos y perjuicios por el hecho ilícito del deudor).

2.7.3.3. Excepción de contrato no cumplido

“En principio, las obligaciones nacidas de un contrato bilateral deberán ser cumplidas simultáneamente. Si una de las partes, sin haber proporcionado su prestación, demanda a la otra el pago, ésta podrá resistirse a darlo, mientras el demandante no entregue el suyo. Se trata de la excepción dilatoria de contrato no cumplido, (*exceptio non adimpleti contractus*), la cual se inspira en el mismo principio de justicia que informa al derecho de retención antes estudiada y del cual se distinguió.

El código no contiene disposición expresa, que consagre esta defensa, pero la doctrina reconoce en forma unánime su positividad en nuestro sistema jurídico, lo mismo que la jurisprudencia.”³⁷

³⁷ Bejarano Sánchez. **Ob.Cit.**; pág. 397



2.7.4. Efectos de obligación traslativas a título oneroso

Saneamiento: es el derecho que tiene un adquirente de buena fe, cuando ha sido desposeído judicialmente de un bien, para que se le paguen los daños y perjuicios, o cuando el bien presenta vicios ocultos para que se le compense.

2.7.4.1. Saneamiento por evicción

Tendrá lugar cuando; se prive al adquirente, por sentencia firme en virtud de un derecho anterior a la enajenación, de todo o parte de la cosa adquirida.

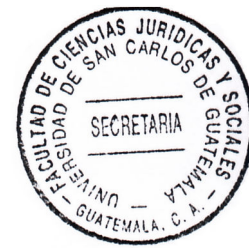
“El adquirente de la cosa no obtuvo una posesión pacífica de ella, pues un tercero ejerce su derecho de persecución, alegando derechos anteriores sobre el bien, demanda y vence en juicio al adquirente, que resulta privado del objeto. Ese vencimiento en juicio, constituye la llamada evicción: del latín “evincere”, verbo que precisamente significa “vencer en juicio”.³⁸

2.7.4.2. Saneamiento por vicios ocultos

Vicios ocultos: el que transfiere una cosa, tiene el deber de conceder una posesión útil de ella, pues todos los bienes confieren a sus poseedores ciertas ventajas o provechos, y el adquirente de una cosa, espera que ésta sirva, para el fin de su destino.

Se el bien transmitido, tiene defectos o imperfecciones, indetectables de inmediato y que disminuyen o eliminan su utilidad, de tal modo que, de haberlos conocido el adquirente, no hubiera aceptado la cosa o el precio convenido.

³⁸ **Ibid;** pág. 401



CAPÍTULO III

3. Contratos civiles

3.1. Concepto

3.1.1 Derecho romano

“En Roma no se conoció un concepto general del contrato, sino que se fueron creando conforme a las necesidades prácticas, determinados tipos contractuales. Por otra parte el mero acuerdo de voluntades, dirigido a crear una obligación, no era suficiente para crear obligaciones amparadas por una acción, denominándose pacto, convención, y no contrato a dicho acuerdo. Aparecen, pues, en derecho romano netamente distintas las figuras del pacto o convención y del contrato. El primero; es un simple acuerdo de voluntades del cual no surgen obligaciones. El segundo; además del acuerdo de voluntades, requiere de otro requisito, que podía consistir en una forma especial, (contratos formales), o en la entrega de una cosa (contratos reales). Se comprende, por tanto, fácilmente que las fuentes romanas no nos hayan legado una definición del contrato, carente aquel derecho de una noción genérica del mismo.

3.1.2. Derecho comparado

Abolido el principio formalista para creación de obligaciones, en general, esa distinción romana entre pacto y contrato desaparece, por lo que en adelante bastará el acuerdo de voluntades, sin otros requisitos formales, para que exista el contrato.

Sin embargo, si el derecho moderno se ha desembarazado de este problema de la distinción, entre contrato y pacto, en el sentido examinado, en cambio, se plantea otro distinto, a saber: el posible objeto del acuerdo de voluntades. Bastará este acuerdo, ¿pero sobre qué materia puede recaer?, el Derecho Romano consideró el contrato como una fuente de obligaciones, por lo que no se designaban como contratos otros



actos consensuales, tendentes a crear relaciones de derechos reales o familiares. Recogiendo esta tradición romanista el código francés definió el contrato como: “una convención por la cual una o varias personas se obligan hacia otra u otras, a dar, a hacer, o a no hacer, alguna cosa”, (Artículo 1101, Código Civil español). En este mismo sentido, una parte de la doctrina francesa considera que el contrato; es el acuerdo productor de obligaciones (PLANIO-RIPERT). Así pues, la identificación que desde el punto de vista del valor del consentimiento; se había producido en el derecho moderno. Entre la convención y el contrato, vuelve a desaparecer desde este otro punto de vista del objeto, sobre el cual puede recaer el consentimiento. Según esta dirección, que cuenta con numerosos partidarios en la doctrina moderna, la convención es el género y el contrato la especie: cuando el acuerdo verse sobre la creación de obligaciones, existirá el contrato: cuando recaiga sobre la modificación o extinción de aquellas o sobre la creación de relaciones jurídicas reales o familiares, existirá la convención.

Otro sector de la doctrina moderna, en cambio, identifica la convención y el contrato, no desde el punto de vista de la fuerza obligatoria de aquella por el mero consentimiento, sino desde este nuevo punto de vista del ámbito del contrato. Todo acuerdo que tienda a producir algún efecto jurídico, es contrato, cualquiera que sea la materia de ese acuerdo, es decir, bien sea la creación o transmisión de un derecho real, o la constitución de una relación familiar. En esta dirección se inspiró el código italiano de 1865 al definir el contrato como: “acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o resolver un vínculo jurídico entre las mismas”, (Artículo 1098) definición defendida por parte de la doctrina italiana.

Entre ambas posiciones extremas, se ha mantenido una posición ecléctica, según la cual el ámbito del contrato lo constituirían las relaciones jurídicas patrimoniales, quedando fuera del mismo las extramatrimoniales. De esta forma se comprenderían en el contrato; no solamente las relaciones obligatorias, sino también las referentes a los derechos reales y por otra parte, no solo se incluirían los acuerdos tendentes a crear obligaciones, (o derechos reales), sino también los referentes a la



modificación o extinción de tales relaciones. Este criterio ha inspirado al nuevo código Italiano, según el cual el contrato es: “acuerdo de dos o mas partes para constituir, regular o extinguir entre si, una relación jurídica patrimonial”, (Artículo 1321).

Esta última posición representa, pues una cierta transacción entre las dos posiciones extremas, ya que la objeción fundamental a la concepción amplia del contrato estriba en; no considerar adecuadas a la noción del mismo aquellas relaciones jurídicas que como las familiares, no tienen naturaleza patrimonial.

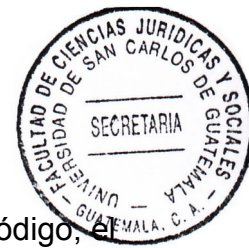
Poniendo ahora en relación el concepto del contrato, con la noción del negocio jurídico, vemos que la dirección mas amplia de aquel coincide con el negocio jurídico bilateral: en cambio, estas otras concepciones mas restringidas del contrato no coinciden con el negocio jurídico bilateral, ya que éste comprendería tanto el contrato obligatorio, (o patrimonial), como otros acuerdos no obligatorios, (o extramatrimoniales).

Así pues, el concepto del contrato coincidente en la doctrina moderna en cuanto que su idea básica la constituye el acuerdo de voluntades difiere grandemente; en cambio por lo que respecta al ámbito sobre el que pueda recaer dicho acuerdo.”

3.1.3. Derecho español

El Código Civil español no da una definición del contrato, pero indirectamente muestra el concepto que al legislador le merecía, al referirse al momento de perfeccionamiento del mismo, diciendo que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”, (Artículo 1254). La doctrina española interpreta diversamente este precepto, estimándose:

a) Con un criterio amplio que el contrato abarca todas las relaciones patrimoniales, es decir, los derechos de crédito y los de índole real. Así, DE BUEN



estima que, “los términos del Artículo 1254 revelan que en el pensamiento del código, el ámbito de la contratación es el de los derechos de crédito u el de los derechos reales, puesto que, según dicho artículo, en todo contrato, la obligación consiste en dar alguna cosa, (creando así un derecho real, si se da para que éste nazca), o prestar algún servicio”.³⁹

CASTÁN, manifiesta: “quién restringiendo el contrato a las relaciones patrimoniales, estima, sin embargo, que puede desempeñar funciones muy complejas y dar lugar a situaciones jurídicas variadísimas, enumerando entre ellas, las de crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias, crear, a la vez que la relación obligatoria, un derecho real por el intermedio de la tradición, (Artículos 609 y 1095 del Código Civil español), o como condición específica del contrato mismo (por ejemplo en los casos de hipoteca y prenda), producir una transmisión patrimonial, mediante una obligación de realización inmediata, que en un solo acto aparece creada y cumplida, (por ejemplo compra-venta al contado y donación manual), vincular a las partes para la celebración de un futuro contrato, que por el momento, no se quiere o no se puede estipular (caso del pre-contrato)”.⁴⁰

En contra de éste criterio que amplía el contrato en el Código Civil guatemalteco, a la transmisión de derechos reales se alega, con fundamento, que no es el contrato por si el que transmite la propiedad, sino la tradición que complementa al contrato, (Artículos 609 y 1,095 del Código Civil español), rechazándose también los otros supuestos de funciones del contrato, fuera del campo obligacional.

“Estimamos, por nuestra parte, que no cabe en nuestro derecho asignar al contrato una función creadora de derechos reales por oponerse a ello el sistema del código, que dentro de la tradición jurídica patria exige la tradición; para la eficacia real del acuerdo de voluntades: incluso en los casos límite, en que parecen fundirse los

³⁹ Espín Cánovas. **Ob.Cit.**; pág. 346

⁴⁰ Castán Tobeñas. **Derecho civil español común y foral**; pág. 370



efectos obligacionales y reales, cabe diferenciarlos atribuyendo al consentimiento en cada una de las esferas; obligacional y real, sus propios efectos: existirá simultaneidad temporal en el consentimiento y consiguiente simultaneidad en los efectos, pero la causalidad de los mismos es diferente y diferenciable.

b) Con criterio más restringido se opina; que el contrato comprende solamente las relaciones patrimoniales de carácter obligatorio, excediendo las de índole real de su función. Pero dentro del ámbito obligatorio, se estima que deben incluirse no solamente la creación de obligaciones sino también la modificación o extinción de relaciones obligatorias. Este criterio nos parece el mas adecuado a nuestro ordenamiento, pues de una parte no debe incluirse la creación de derechos reales, por las razones apuntadas anteriormente, y de otra, no se ve obstáculo a incluir junto a la función más genuina del contrato, la creación de obligaciones, también los acuerdos que tienden a su modificación o extinción, pues el ámbito sigue siendo el mismo, las relaciones obligatorias, en su aspecto posterior al nacimiento.

c) Y todavía mas restringidamente, que solo comprende, el acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio.⁴¹

3.2. Antecedentes

“El concepto de contrato, que hoy nos parece como algo natural y muy claro, es sin embargo, el fruto y el punto de arribada de una larga evolución histórica del pensamiento jurídico de sobremanera confusa. Es una noción tan arraigada en nuestras ideas y con el orden natural de las cosas, que no se piensa que es en cambio fruto de un tormentoso y plurisecular proceso histórico, que fatigosamente los historiadores han ido poco a poco aclarando.

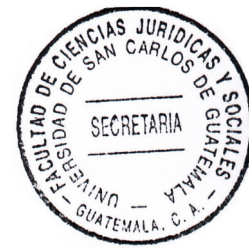
⁴¹ Espín Cánovas, **Ob.Cit.**; pág. 350



Originariamente, la voz “contractus” no parece haber poseído un preciso significado técnico-jurídico. Etimológicamente, “contractus” es el participio pasivo del verbo “contrahere,” por lo cual designa genéricamente “lo contraído”. Lo contraído es un negocio o, mas exactamente, una obligación (negotium contractum, obligatio contracta). Contrato es aquella situación que da origen a ese especial vínculo jurídico en que la obligación consiste.

Es aconsejable realizar un breve esbozo histórico, que sirva para esclarecer cual ha sido la respuesta a un problema que, como problema jurídico que es, se plantea en términos empíricos y no en términos metafísicos. La cuestión no es otra sino la siguiente: prometida cosa o servicio por una persona, bien a cambio de otra cosa u otro servicio, bien a cambio de nada, y siéndole aceptada esa promesa, (con promesa correspectiva, en su caso), ¿Cuándo hay que entender, que se ha generado un vínculo jurídicamente exigible? Y ¿Cuándo se permanece en el campo de las relaciones sociales o morales y en consecuencia, sin posibilidad de exigencia coercitiva? ¿Qué contenido de la voluntad expresada en la promesa, (y todo lo que se diga desde ahora en adelante, vale para promesa correlativa), forma parte de la reglamentación de la obligación asumida? ¿Cuándo las voluntades expresadas en las promesas son indicativas de un compromiso cerrado, o significativas en exclusiva de negociaciones previas? ¿Ante cualquier contenido de las promesas el Estado presta sus mecanismos de coerción, para hacerlas efectivas, si no son debidamente ejecutadas? Son estos problemas prácticos inspirados por los mínimos de certeza y seguridad a que aspira todo ordenamiento y no la apriorística, afirmación de la abstracta eficiencia de la voluntad como creadora de vínculos, los que están en la base de las soluciones adoptadas por los distintos sistemas jurídicos, en sus diversos estadios históricos.”⁴²

⁴² Aguilar Guerra, Vladimir. **El negocio jurídico**; pág. 31



3.2.1. En el derecho romano

“La acepción anteriormente anotada se usa en el Digesto, (20). Cuando refiriéndose a convención dice: Convienen los que de diversos puntos se reúnen, y van a un mismo lugar; así también los que por diversos movimientos del ánimo, consienten en una misma cosa, esto se encamina a un mismo parecer.

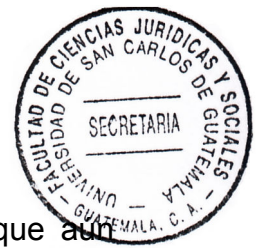
El Derecho Romano no formuló en abstracto la teoría del contrato, como se hace en el derecho moderno; él supo de contratos particulares, y distinguió además, entre las convenciones, los contratos y los pactos, y decía: La convención era el acuerdo, de dos o mas personas, en un asunto de interés común; el contrato se definía como una convención que tiene nombre y causa presente, civilmente obligatoria por su naturaleza, y; el pacto consistía en una convención destituida de causa y de nombre que puede por su naturaleza producir obligación.

3.2.2. En el derecho canónico

La misma ley citada anteriormente, (el Digesto), busca fundamento y la eficacia de la institución, en que no hay cosa mas conforme a la fe humana, que cumplir los hombres lo que entre si pactaron, siendo la confianza mutua la base del contrato.

Por ello el derecho canónico lo fundamentaba, en normas morales cuando; disponía que toda clase de pactos debieran cumplirse “Pacta Sunt Servanda”.

La obligación moral de no engañar, ni causar danos a sus semejantes, la de respetar y cumplir la palabra empeñada, llevó a la iglesia a establecer desde los primeros tiempos el principio contrario, esto es que los pactos debían ser cumplidos, imponiendo censuras eclesiásticas, a aquellos que menospreciaran sus promesas o que no observaran los simples pactos.



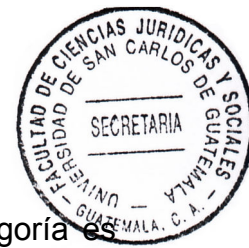
Esmein (manifiesta): “Que los canonistas llevaron tan lejos su tesis, que aun declaraciones nulas por el derecho civil, las hacían respetar cuando se habían contraído bajo la fe del juramento”.

Desde los tiempos del Derecho Romano, se ha considerado la existencia de los convenios y los contratos.

Pothier sostiene: “Que el convenio que tiene por objeto gormar alguna obligación se llama contrato, estableciendo que el convenio es el genero, porque consiste en un acuerdo de voluntades dirigidas a producir efectos jurídicos en general, y el contrato es la especie, porque solo persigue un efecto jurídico crear y transmitir obligaciones y derechos.”⁴³

“Las obras de DOMAT y POTHIER citados por Aguilar Guerra, aunque subsidiarias ambas de las ideas del derecho natural racionalista que, con su exaltación del individuo, conducían inexorablemente a una exacerbación del papel de la voluntad del individuo en el campo del derecho, son especialmente significativas en el sentido de lo que se está afirmando, pues solo consideran (en céleres pasajes, cuya ambigüedad y falta de coherencia interna no enturbia el trazo general que aquí se quiere poner de manifiesto) obligaciones jurídicamente exigibles las que tengan causa, como razón suficiente de exigibilidad; y en esa razón de exigir lo prometido en una convención, que es lo que técnicamente se denomina causa de la obligación, esté en lo recibido o prometido recibir (aún sin la nota de la conmutatividad), y siempre que la finalidad sea honesta. Si no concurren estos requisitos, la pura voluntad por si sola nada obliga: no lograron los citados juristas un congruente cierre de su propio cuadro en relación con la promesa gratuita, pero en términos generales la cuestión venia resuelta por los ordenamientos, puesto que para la efectividad de aquella, se provenía a imposiciones de forma solemne.

⁴³ Pérez Barrientos Edgar Enrique. **Tesis: el autocontrato, casos en que procede su faccionamiento notarial;** pág. 16



En este orden de ideas, la conclusión es obvia: el contrato como categoría es manifestación del consentimiento y así pasa a través de DOMAT y POTHIER, al Código de Napoleón y al esto de los Códigos Civiles; los cuales, como es sabido, no son sólo tributarios del ideario iusnaturalista, sino también de la ideología liberal o liberal-individualista, triunfante desde la Revolución Francesa.”⁴⁴

3.3. Características

3.3.1. Unilaterales

Son aquellos contratos; en los cuales la obligación recae solamente, sobre una sola des las partes contratantes.

3.3.2. Bilaterales

Se les denomina así a los contratos, en los cuales la obligación recae a ambas partes obligándose recíprocamente.

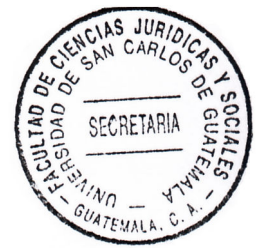
3.3.3. Consensuales

Es la característica en la cual basta el consentimiento de las partes, para que sea perfecto un contrato.

3.3.4. Reales

Son aquellos contratos en los cuales; para que se de la perfección del mismo se requiere la entrega de la cosa objeto del contrato.

⁴⁴ Aguilar Guerra. **Ob.Cit.**; pág. 34



3.3.5. Principales

Son los contratos, que no requieren de otra obligación para subsistir. Es decir que subsisten por si solos.

3.3.6. Accesorios

Son aquellos que para que subsistan, se requiere el cumplimiento de otra obligación.

3.3.7. Onerosos

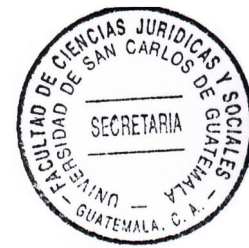
Son aquellos en los cuales se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, para el cumplimiento de las obligaciones.

3.3.8. Gratuitos

Son aquellos contratos en los cuales se estipula, que el provecho del mismo se da solamente a una de las partes.

3.3.9. Conmutativo

Se da en los contratos onerosos, cuando las prestaciones que se deben a las partes son ciertas, desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.



3.3.10. Aleatorio

Son aquellos en los cuales, la prestación debida depende de un acontecimiento incierto; que determina las ganancias desde el momento en que ese acontecimiento se realice.

3.3.11. Condicionales

Son aquellos contratos cuya realización, o cuya subsistencia, depende de un suceso incierto o ignorado por las partes.

3.3.12. Absolutos

Son aquellos contratos, cuya, realización es independiente de toda condición.

3.4. Regulación legal de los contratos civiles

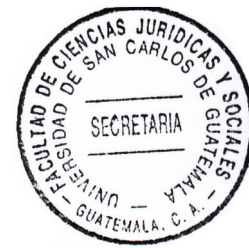
El tema relativo a los contratos, se encuentra regulado en el código civil, libro V, en su primera parte, título V, y en su segunda parte que lo dedica a los contratos en particular.⁴⁵

3.5. Diferencia con respecto a los contratos civiles y contratos mercantiles

Existen diferencias entre el régimen de los contratos civiles y de los contratos mercantiles, ya que el Código de Comercio mediante normas expresas, se aparta en algunos casos de las normas del Código Civil, así difieren de los siguientes temas:

- “Emancipación
- Contratación con hijos bajo régimen de patria potestad
- Medios de prueba

⁴⁵ Pérez Barrientos. **Ob.Cit.**; pág. 31



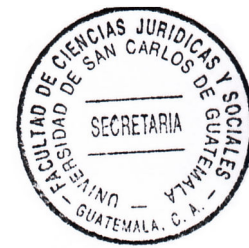
- Exigencia de doble ejemplar
- Venta de cosa ajena
- Plazos para prescripción liberatoria
- Sociedad
- Fianza y otros.⁴⁶

A criterio personal las diferencias citadas anteriormente se pueden englobar en las siguientes:

3.5.1. “Representación para contratar

En el derecho mercantil funciona, lo que se llama la representación aparente; o sea que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, cuando sería necesario en el tráfico civil. Esta singularidad del campo mercantil ya la expusimos al estudiar los títulos de crédito, de manera que no resulta difícil entender esta característica, de la contratación mercantil: un agente vendedor llega a una tienda y realiza un negocio de suministro de mercadería en nombre de su principal; este envía la primera remesa o realiza otro acto que denota el conocimiento que tiene de lo que en su nombre realiza el agente viajero. Si el principal comerciante quisiera incumplir sus obligaciones de suministro, alegando que el agente viajero no tenía mandato para representarlo, su argumento carecería de fundamento porque en ese caso se dio la representación aparente, o sea, representar a otro sin mayores formalidades, siempre y cuando, expresa o tácitamente, se de la confirmación por parte del representado. Esta particularidad en el surgimiento del contrato mercantil se encuentra en el Artículo 670 del código de comercio.

⁴⁶ Contarino, Silvia, **Contratos civiles y comerciales**; pág. 52



3.5.2. Forma del contrato mercantil

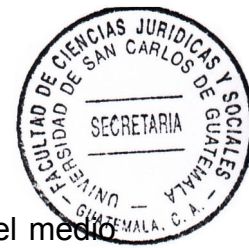
En el campo civil (Artículo 1574 del Código Civil), las personas pueden contratar y obligarse por medio de escritura pública, documento privado, acta faccionada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente. En el campo mercantil (Artículo 671 del Código de Comercio), la forma se encuentra más simplificada: los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron obligarse. Cuando el contrato se celebre en Guatemala y sus efectos surtan efectos aquí, debe usarse el idioma español, en concordancia con las leyes fundamentales de la república. Esta libertad en el uso de la forma tiene sus excepciones, pues hay contratos en que si se exige una solemnidad determinada, tal es el caso del contrato de fideicomiso y el de sociedad, para citar dos ejemplos, los que deben celebrarse mediante escritura pública.

3.5.3. Cláusula compromisoria

Los Artículos 270 y 272 del Código Procesal Civil y Mercantil; establece que toda controversia relativa a los contratos, puede dirimirse mediante juicio arbitral, si así se consigna en escritura pública. En el terreno mercantil es diferente: un contrato puede discutirse mediante arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria conste en escritura pública, lo que viene a ser una característica del contrato mercantil (Artículo 671 del Código de Comercio).

3.5.4. Contratos por adhesión

El llamado contrato por adhesión; ha sido discutido profundamente en la doctrina, tanto en la forma en que se da el negocio, como en lo referente a su conveniencia para contener auténticas manifestaciones de voluntad. Se le critica, fundamentalmente, el hecho de colocar al consumidor en una posición de desventaja frente al que le ofrece



un bien o un servicio. Sin embargo, quienes lo defienden consideran que es el medio más adecuado, para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades. Por eso se ha considerado, que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil; aunque no es extraño a las relaciones civiles, aún cuando se le revista de procedimientos diferentes. Por ejemplo, cuando se venden inmuebles por medio de compañías lotificadoras, o constructoras, el comprador está en imposibilidad de discutir los términos en que se le vende y por ello es un contrato por adhesión. En el campo comercial, esta forma de contratar es lo más corriente. Por eso es que el Código de Comercio establece algunas reglas, tímidas por cierto, para interpretar los contratos por adhesión, con el objeto de proteger al contratante que recibe la oferta de contrato. Estos contratos llamados en formas más técnica “contratos por adhesión”, son producto de la negociación en masa; son elaborados en serie, según la ley de los grandes números, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo. ¿Cómo puede lograrse que esos contratos por adhesión no sean contrarios a los intereses de la masa consumidora?, que el estado tuviera un órgano que revisara previamente los formularios, machotes o pólizas, antes de que se usaran con el público, tal como está previsto en el Código Civil para los formularios de la empresa que presta servicios públicos; previsión que debió ser para todo contrato por adhesión.

3.5.5. Libertad de contratación

El contrato ha sido considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, entendida ésta como el desideratum de las personas para hacer o no hacer lo que la ley permite. Ninguna persona está obligada a celebrar contrato. En este sentido el Artículo 681 del Código de Comercio, establece: que, a nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusare a ello, significa un acto ilícito, o abuso de derecho. Lo que a mi juicio pretende la ley, es lo siguiente: si una persona habilita una empresa fabril o de intermediación para ofrecer al público bienes y servicios, ella tiene libertad jurídica, para decidir si contrata o no, con una persona determinada. Ahora bien, se dan



casos en que por prejuicios de variada índole, un comerciante puede decidir que no contrata o negocia con sujetos de determinada religión, raza o situación económica. ¿Podría fundamentarse esa conducta en la libertad de contratación? No, porque ello sería un acto ilícito y un abuso de derecho. Además, recordemos que puede darse comercios únicos para proveer un bien o un servicio –un monopolio–, colocados en posición de privilegio. El comerciante en tal caso, cometería un abuso de derecho, si se negara a contratar, porque como bien lo dice el dictamen del anteproyecto del código de comercio: “Si el consumidor no tiene la facultad de elegir proveedor, éste tampoco debe poder elegir su clientela.”

3.5.6. Efectos de la cláusula “rebus sic stantibus”

Esta cláusula contractual, conocida como “teoría de la imprevisión”, quiere decir que el contrato se cumple, siempre y cuando las circunstancias o cosas –rebus- se mantengan –stantibus- en las mismas condiciones situaciones iniciales (sic). A este respecto, y sin que varíe mucho es lo que establece la doctrina y el Código Civil Artículo 1330, el Código de Comercio regula en su Artículo 688, que el deudor puede demandar la terminación del contrato, únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles, que hagan oneroso el cumplimiento de la prestación. Una terminación que se diera por esas circunstancias, no afectaría las obligaciones ya cumplidas ni aquellas en las que se ha incurrido en mora. O sea que se trata únicamente de obligaciones pendientes. El Artículo 688 del Código de Comercio a que nos referimos, tiene una defectuosa redacción, porque no era necesario decir, en que clase de contratos puede operar la cláusula de la imprevisión, ya que es natural que únicamente pueda serlo en los contratos sucesivos y no en los instantáneos. A este respecto, los tratadista Mazeaud, dicen: “La teoría de la imprevisión.... No se puede aplicar, por la fuerza de las cosas, mas a los contratos sucesivos. En efecto, supone que se hayan tornado en exceso gravosas las obligaciones de una de las partes, en el curso de su cumplimiento....”

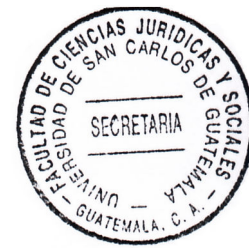


El último párrafo del Artículo citado establece que la imprevisión no funciona en los contratos aleatorios ni en los conmutativos, si la onerosidad que sobreviene es riesgo normal del contrato. Por ejemplo; si se contrata un seguro, solo se ha pagado una prima y sucede el siniestro, aún cuando hubiera desproporción entre la prima y la indemnización, no se podría invocar esa cláusula, porque se trata de un contrato aleatorio, cuya desproporción entre las prestaciones es riesgo propio de su misma naturaleza.

3.5.7. Contratante definitivo

El Artículo 692 del Código de Comercio trae una particularidad del contrato mercantil; y que puede darse debido al poco formalismo del tráfico comercial. Cuando se celebra un contrato se debe saber de antemano quiénes son las personas que lo van a concertar. Al fin y al cabo, el mismo concepto de contrato que del Código Civil así lo insinúa. Pero, en el mundo del comercio puede suceder otra cosa: una persona contrata con otra un determinado negocio, pero una de ellas lo hace como representante aparente, reservándose la facultad, de designar dentro de un plazo no superior a tres días, quién será la persona que resultará como contratante definitivo. Esta designación, para que surta efectos y vincule al designado, depende de que efectivamente éste acepte el contrato en forma personal o por medio de representante debidamente acreditado. ¿Qué sucedería si el designado no se vincula al contrato?, que el contratante original deviene en contratante nato. Donde mas se configura este caso es en el contrato de transporte de cosas, cuando la documentación permite sustituir al consignatario.”⁴⁷

⁴⁷ Villegas Lara. **Ob.Cit.**; pág. 10



CAPÍTULO IV

4. Auto-contrato

4.1. Antecedentes

“La posición del Derecho Romano, ante el auto-contrato; deriva directamente de la posición de ese ordenamiento ante la figura de la representación. No obstante, no puede afirmarse que rechazara totalmente cualquier posibilidad de auto-contratación, sino que la aceptó en casos muy concretos, como en ciertas ventas que el representante podía hacerse a sí mismo y en la ejecución de obligaciones de pago.

Si a esto se añade que el problema de la auto-contratación se plantea claramente sólo en la segunda mitad del siglo XIX, queda claro que no puede haber revestido, entre los juristas romanos clásicos el significado práctico que tiene hoy.

Según Oertmann, en el derecho común fue muy discutido el problema de si una persona, actuando como representante de otra, puede celebrar un negocio consigo mismo.

En el orden práctico, ha señalado De Castro, el origen de la auto-contratación puede situarse en la práctica mercantil. En las antiguas ciudades alemanas e italianas, de intenso tráfico mercantil, era usual que los banqueros y comisionistas se consideraran autorizados por sus clientes para contratar, bien en nombre de dos clientes o bien en el de uno de ellos y consigo mismo.

Con el movimiento codificador se recepciona la rigidez romana para aceptar el auto-contrato, imponiendo incluso mayores limitaciones que las de aquel ordenamiento. En el código prusiano se presenta todavía cierta amplitud de criterio, al considerar que la auto-contratación realizada por el representante voluntario sólo suponía una



infracción de sus deberes, que daba lugar a indemnización de daños y perjuicios, pero que no hacía ineficaz el negocio.

El Código Civil francés se presentó más rigorista y sancionó con nulidad el negocio perfeccionado mediante auto-contratación, pero al no contener una prohibición terminante del auto-contrato, Planiol y Ripert entienden que es perfectamente posible y que está permitida tácitamente en el derecho positivo, como consecuencia lógica del concepto de representación.⁴⁸

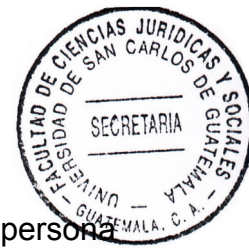
4.1.1. Representación

A criterio personal, considero que es importante y necesario hacer mención de lo que es la representación, toda vez que para que se de un negocio jurídico, en particular un contrato es necesaria la manifestación de voluntad de dos o mas personas.

Representación proviene del latín *representatio onis*, que significa acción y efecto de representar, sustituir a uno o hacer sus veces.

“El fenómeno representativo surge desde la antigüedad. Su fundamento descansa o bien en ensanchar la actividad jurídica de la persona natural, brindándole la posibilidad de actuar a un mismo tiempo en dos lugares distintos, a través de otro sujeto que la representa. O bien la representación nace como respuesta del ordenamiento jurídico a situaciones de hecho o de derecho que presentan determinadas personas, a las cuales por sus condiciones no se les permite realizar actos jurídicos válidos para el derecho y por ello para actuar en el mundo jurídico necesitan de una persona que los represente.

⁴⁸ **Ibid;**



La representación es la autorización concedida por la ley o por la persona interesada mediante un acto jurídico, en virtud de la cual el representante tiene facultades para sustituir al representado y ocupar su lugar como sujeto de la relación jurídica. Para Albaladejo, "es evidentemente distinto obrar en nombre de otro, que obrar bajo el nombre de otro. En un caso hay representación y en el otro falsificación o suplantación". En la actualidad es discutido definir la representación como la actuación en nombre de otro, pues no tiene en cuenta que en la vida práctica hay situaciones en las que se justifica que el nombre del representado no esté en juego. Por ello se acepta más que el acto del representante se realiza en interés y por cuenta ajena, admitiendo este concepto todas las clases de representación."⁴⁹

4.1.2. Definiciones

Como se anotó en el primer capítulo, los negocios jurídicos en los que interviene la voluntad de una sola persona, son aquellos en que intervienen dos o más voluntades representadas por dos o más personas.

El contrato ha sido considerado tradicionalmente como un acto típico de los que se requiere la concurrencia por lo menos de dos voluntades con la capacidad necesaria para realizarlo.

El contrato es un acto jurídico bilateral, formado o constituido por el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico de interés común con el fin de crear, modificar o extinguir derechos.

"La representación crea la posibilidad de que una persona que actuó por sí y en representación de otra, o que represente a dos partes, concluya un contrato con su sola voluntad. Así, representando a una persona que ha encomendado la venta de

⁴⁹ Dra. Fernández Martínez, Marta. **Capítulo VII representación derecho civil**, <http://lex.uh.cu/Dptos/Civil/Derecho%20Civil%20General/Articulos/nuevos/LA%20REPRESENTACION.doc>. (6 de noviembre de 2007)



mercaderías, el mandatario podría celebrar un contrato consigo mismo y adquirir esas mercaderías para sí, o para otra persona que le haya encomendado comprarlas. Claro que en estos casos, el problema se plantea cuando concebimos a la representación como "modalidad de los actos jurídicos", ya que como la voluntad del representante es la que genera el contrato, bien puede entonces manifestar voluntad por sí y también por otro. Pero esta idea choca con el espíritu de las relaciones contractuales, las que suponen un encuentro de voluntades antagónicas que llegan a un punto de equilibrio; una transacción de intereses contrapuestos. Por lo demás nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo, porque si ello ocurriera se produciría la "confusión" y se extinguirían las obligaciones."⁵⁰

Para el licenciado Manuel Osorio, en un sentido amplio manifiesta: "En derecho civil y materia de sucesiones intestadas, se llama representación al derecho por el cual los hijos de un bocado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre, en la familia del difunto, a fin de suceder; juntos en su lugar en la misma parte de la herencia en que aquellos habrían sucedido. La representación se admite ilimitadamente; en la línea colateral solo tiene lugar a favor de los hijos y descendientes de los hermanos. No se puede representar sino a las personas muertas o las que hubiesen renunciado a la herencia, pero no a aquellas que hubiesen sido excluidas de la sucesión como indignos o desordenados."⁵¹

"Es el auto-contrato o acto jurídico consigo mismo un acto jurídico que una persona celebra consigo misma y en la cual actúa, a la vez, como parte directa y como representante de la otra, o como representante de ambas partes."⁵²

"Se entiende por auto-contratación aquella situación jurídica que se produce cuando una persona, actuando en su propio nombre e interés y representando a otra, o representando a dos personas distintas, realiza un negocio que las relaciona,

⁵⁰ WWW.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/cateegorías_contractuales.PDF. (6 de noviembre de 2007). Sin autor.

⁵¹ Pérez Barrientos. **Ob.Cit.**; pág. 35

⁵² Alessandri Rodríguez, Artori. **La auto-contratación o el acto jurídico consigo mismo**; pág. 5



derivándose consecuencias jurídicas para ambas personas. En el primer caso se habla de representación simple, en el segundo de representación doble.”⁵³

“Se habla de auto-contratación o contrato consigo mismo, para referirse a la posibilidad de que una persona actuando como representante concierte entre dos representados y un contrato. El dualismo de voluntades contractuales parece desaparecer en la auto-contratación, con el peligro de que falle el equilibrio de los intereses contrapuestos subyacentes en el contrato, ya que la única persona contratante, en su doble cualidad de parte y de representante de la otra, puede inclinarse de su propio favor o si actúa como doble representante, puede favorecer a uno de los dos representados.”⁵⁴

“Gutiérrez y González, el contrato consigo mismo, es el que celebre una persona representante de dos o más, en su calidad de representante de ambas o todas, o cuando actúa en su propio nombre y en el de su o de sus representados, celebrando el acto.”⁵⁵

“En la noción de Planiol y Ripert. “Es el celebrado mediante un desdoblamiento de cualidades en el cual, por acumulación de papel de ambas partes, una misma persona puede realizar, en presencia de intereses opuestos, dos declaraciones de voluntad correlativas. Tal es el caso del que, autorizado para negociar por otro como mandatario suyo contrata como representante y cual extraño”.⁵⁶

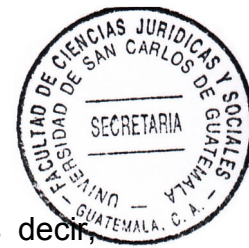
La figura del auto-contrato se puede definir desde dos puntos de vista que son: en sentido estricto y amplio. La doble o múltiple representación como especie del auto-contrato en sentido amplio.

⁵³ Rodríguez Corría. **Ob.Cit.**;

⁵⁴ Espín Cánovas. **Ob.Cit.**; pág.391

⁵⁵ Gutiérrez y González. **Ob.Cit.**; pág. 347

⁵⁶ Cabanellas, **Ob.Cit.**; pág. 502



“Auto-contrato, en sentido estricto, es un contrato consigo mismo, es decir, cuando una persona cierra consigo misma un negocio actuando a la vez como interesada y como representante de otra, sin que se elimine el mismo por el hecho de que concurren a la formación y otorgamiento del contrato dos o mas personas, si responden a una sola voluntad contractual; existen instituciones que declaran que hay una sola declaración de voluntad y auto-contrato en un supuesto en que una persona actuaba como apoderado de los dueños de unos bienes para venderlos y, por la sociedad compradora lo hace un apoderado que recibe sus poderes del administrador, que es precisamente el apoderado de los vendedores, puesto que ese poder para comprar depende de la voluntad del administrador, como tal, en su origen, en su mantenimiento y ejercicio.

Por el contrario, puede haber un solo otorgante que responda a dos voluntades contractuales- auto-contrato permitido- ya que puede limitarse a ejecutar una voluntad ya formada (un consejero ejecutando un acuerdo del consejo de administración).

Auto-contrato, en sentido amplio, existe cuando una sola voluntad hace dos o más manifestaciones jurídicas y pone en relación dos o más patrimonios bien porque tiene la titularidad o representación de los mismos y hay colisión de intereses en esa relación. Por consiguiente, la doble o múltiple representación es una especie del auto-contrato en sentido amplio.”⁵⁷

4.1.3. Naturaleza jurídica del auto-contrato

“Algunos juristas alemanes no aceptan la auto-contratación como fuente de obligaciones convencionales. La naturaleza del auto-contrato no se aviene con estas obligaciones. Echan de menos el acuerdo de voluntades que supone la convención o contrato.

⁵⁷ Espiñeira Soto, Inmaculada. **Auto-contratación, Conflicto de Intereses**, <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/07.autocontratación%c3%B3n.htm>. (18 de noviembre de 2007)



Sin embargo en general la doctrina lo acepta y explican su naturaleza jurídica de tres maneras distintas:

a). El auto-contrato es un acto híbrido, pues se genera como si se tratara de un acto jurídico unilateral, pero produce efectos de acto jurídico bilateral. En consecuencia, es unilateral en cuando a su perfeccionamiento pero bilateral en sus efectos. Esta posición la sostienen, entre otros, Demogue, Hupka, Stitchkin, Avelino León y Alessandri. Así señala este último que "es imposible pretender encuadrar el auto-contrato dentro de un concepto que, como el del contrato, supone necesariamente un concurso de voluntades". El auto-contrato se llama así "porque excluye la concurrencia de dos voluntades y requiere de una sola".

b). El auto-contrato encuentra su fundamento en la concepción moderna de la obligación, que es una vinculación entre patrimonios.

Este concepto es compartido por algunos autores alemanes y franceses que estiman que el auto-contrato tiene una naturaleza especial; y explican su posición diciendo que la obligación es hoy en día una relación entre patrimonios, más que entre personas, como entendían los romanos, y, por consiguiente, esta obligación de carácter puramente patrimonial puede originarse por voluntad de una sola persona que disponga o pueda afectar varios patrimonios o fracciones de uno solo.

c). El auto-contrato es el resultado de la idea de representación entendida como ficción del acto jurídico. Tesis sostenida por Planiol, Ripert, y Claro Solar, entre otros. Así "la idea del contrato consigo mismo es una prolongación extrema, en verdad, pero lógica de la idea de representación". El mandatario no manifiesta su voluntad sino la del representado. La representación deroga el principio de la personalidad de las relaciones contractuales, Leslie Tomasello critica esta tesis, argumentando que en el caso del



titular de dos patrimonios, el acto jurídico es claramente unilateral y no produce efectos de contrato (pues no hay representación).

Sustituyendo en su formación la voluntad del representante a la del representado. Para estos autores si un acto jurídico produce obligaciones contractuales importa, en verdad, un contrato. Esta tesis se critica desde dos aspectos:

a. No explica la hipótesis del titular de dos patrimonios, en la que no hay representación.

b. Supone aceptar la tesis de la representación –ficción; concepción que ha sido abandonada y reemplazada por la de la modalidad.

Para Jorge López Santa María el contrato debe examinarse funcionalmente como relación jurídica ya constituida y por tanto, siempre sería un contrato.

4.1.4. Casos en que podrían darse situaciones de auto-contratación

El auto-contrato al ser una doble representación puede darse en la patria potestad, en la tutela, y en el mandato, en las dos primeras, estamos frente a la representación necesaria, es decir indistintamente de que el representado esté de acuerdo o no, en virtud de que es por mandato legal; en tanto que en el mandato estamos frente a la representación voluntaria, donde la personas manifiestan expresamente su voluntad, circunstancias por la que se considera que es la verdadera representación, de donde se puede decir que la fuente de la representación voluntaria es el mandato.

a) Si una persona actúa por sí y en representación de otra, ya sea una representación de tipo legal o convencional; esto es, el caso del padre que contrata



para sí y también por el hijo; el del mandante representado por el mandatario con el mandatario por sí.

b) Si una persona es representante (legal o voluntaria) de dos personas diferentes (por ejemplo, en las transacciones bursátiles que realizan los corredores de bolsa).

c) Si una misma persona asume una doble calidad; es el caso de los asignatarios modales que deban crear una fundación administrada por ellos mismos: deben entregar los bienes como asignatarios, y recibirlos como representantes de la fundación.

d) Si una persona tiene dos patrimonios o fracciones de patrimonios sometidos a regímenes jurídicos distintos, y necesita precisar la condición jurídica de ciertos bienes. Es el caso del heredero al que se le concede la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y entre esos bienes hay algunos en que él es comunero. Respecto de los bienes del desaparecido, el heredero es usufructuario, y si quiere producir la participación de dichos bienes, deberá acudir al auto-contrato.”⁵⁸

4.2. Legislación Comparada

4.2.1. México

Se llama contrato consigo mismo, cuando una persona actúa a nombre propio y a nombre de su representado, es bien cuando el representante, celebra un contrato representando a ambas partes.

“En esta figura jurídica existen prohibiciones expresas, que se reflejan normalmente cuando hay oposición de intereses entre el representante y el

⁵⁸ Pérez Barrientos. **Ob.Cit.**; pág. 58



representado, pues tiene la presunción legal de que el representante actuará en perjuicio del representado.

Estudiosos de la materia sostienen que cuando se realiza esa figura jurídica, lo que se está llevando a cabo es un acto unilateral y no un contrato.

Por su parte, la mayoría de las doctrinas se inclinan por la existencia de un contrato, ya que en el negocio están representados, situación que va de acuerdo con la figura jurídica del contrato.

La ratio legis de esta disposición es el que los administradores y representantes deben actuar en beneficio de sus representados y se presume que no existe esta intención cuando contratan a nombre propio y en nombre de su representante. Esta presunción se desvanece, cuando el mandante faculta expresamente al mandatario a que adquiera a su nombre uno o varios de sus bienes. La actualización de esta facultad hace que se lleve a cabo un contrato consigo mismo.”⁵⁹

En el Código Civil mexicano, en todo lo relativo a los administradores, sean tutores, albaceas, administradores o mandatarios, prohíbe que adquieran los bienes objeto de la administración, como lo regula en los siguientes artículos:

“Del desempeño de la tutela. Artículo 569 del Código Civil mexicano. Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva.

⁵⁹ Borja Soriano, Manuel. **Teoría general de las obligaciones**; pág. 253



Artículo 571 del Código Civil mexicano. El tutor no podrá hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado sin la conformidad del curador y la aprobación judicial.

Artículo 572 del Código Civil mexicano. El tutor no puede aceptar para sí, a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado. Solo puede adquirir esos derechos por herencia.

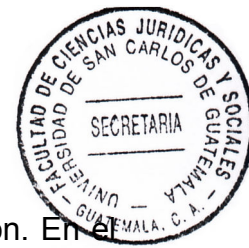
Expresamente el Artículo 2280 del Código Civil mexicano, establece: No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

- I. Los tutores y curadores;
- II. Los mandatarios;
- III. Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado;
- IV. Los interventores nombrados por el testador o por los herederos;
- V. Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia;
- VI. Los empleados públicos.

De los albaceas. Artículo 1713 del Código Civil mexicano. El albacea, antes de formar el inventario, no permitirá la extracción de cosa alguna, si no es que conste la propiedad ajena por el mismo testamento, por instrumento público o por los libros de la casa llevados en debida forma, si el autor de la herencia hubiere sido comerciante.

De las ventas judiciales Artículo 2324 del Código Civil mexicano. No pueden rematar por sí, ni por interpósita persona, el Juez, Secretario y demás empleados del juzgado; el ejecutado, sus procuradores, abogados y fiadores; los albaceas y tutores, si se trata de bienes pertenecientes a la sucesión o a los incapacitados, respectivamente; ni los peritos que hayan valuado los bienes objeto del remate.”⁶⁰

⁶⁰ **Código Civil para El Distrito Federal en Materia Común y para toda La República en Materia Federal. México.** <http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html> (6 de junio de 1996)



La figura de auto-contrato sólo es posible por medio de la representación. En el código civil mexicano se regula esta figura de forma tácita al igual que el Código Civil guatemalteco, en virtud que ambos códigos fueron fundados a similitud de lo que establece el Código Civil español.

4.2.2. Cuba

“El Código Civil cubano con carácter imperativo en la redacción de la norma, reconoce el auto-contrato como fenómeno jurídico, pero lo prohíbe sin matizaciones de ningún tipo, al establecer en su Artículo 63 “el representante no puede realizar actos jurídicos en los cuales concurra, simultáneamente, en nombre propio y de su representado, o de dos o más de las partes”. El artículo pudiera considerarse vinculado al principio de no abuso de derecho regulado en el Artículo 4 del mismo código, sin embargo sería dar por sentado que el fenómeno siempre presupone un perjuicio o un abuso del representado, análisis que tiende a la unilateralidad.

Se desconoce la ratio legis, podría encontrarse su fundamento en la laguna legal que tiene el tema en España, pues al decir de Diez Picazo el régimen jurídico de la auto-contratación constituye en el Derecho Positivo un tema que es preciso integrar con base en los principios generales. Sin embargo la jurisprudencia del tribunal supremo y primero la dirección general de los registros y del notariado admitió la figura bajo los supuestos en que el representado hubiera dado la autorización expresa, o la ley la presuponga, cuando se trate de cumplir una obligación ya contraída y cuando la causa jurídica aleje toda sospecha de lesión de una de ellas. De lo que se deduce que se protege el interés encontrado y que no se perfeccionaría el vínculo si hubiera la más mínima sospecha de intereses encontrados. Pudiera pensarse también que el rechazo de los códigos socialistas de la Europa del este a la figura fuera también la causa de la tajante regulación en el Código Civil cubano, pues estos sin duda fueron fuente al igual que el Código Civil español de la actual legislación común cubana.



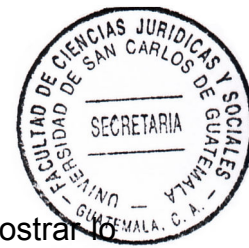
No existe en Cuba sentencia del tribunal supremo que atenúe el Artículo 63 del Código Civil cubano, por lo que se mantiene reacio el derecho civil en admitir el fenómeno. De esta forma nos encontramos rezagados al no reconocer la importancia que brinda el auto-contrato en la agilidad del tráfico jurídico. Además que la doctrina moderna reconoce el ahorro de esfuerzo que implica la actuación consigo mismo; pues el representante al respetar y proteger los intereses del representado y actuar siempre en su beneficio, sin intereses contrapuestos garantiza la realización del negocio jurídico con rapidez y eficacia. Solo en líneas generales no es admitido cuando existe un riesgo, un abuso o un peligro de conflicto de intereses entre los sujetos del negocio representativo.

En la legislación cubana, aunque ya conocemos su criterio prohibitivo, consideramos que la tesis del negocio unilateral es perfectamente aceptable. El Código Civil cubano, siguiendo el llamado Plan alemán o de Savigny, en la ordenación de las materias que regula, consta de un libro primero, dedicado a la parte general; en este libro se define el acto jurídico, incluyendo en esta definición genérica al negocio jurídico. Como se aprecia, para que se origine un acto o negocio jurídico bastaría con una manifestación de voluntad.

De todo lo anterior se colige que en el supuesto de que en Cuba se realizara un contrato consigo mismo, el acto se reputaría como nulo, en virtud del Artículo 67 ch) del Código Civil cubano por ir en contra de una prohibición legal, teniendo el acto solo efectos indirectos, si se hubiera ejecutado en todo o en parte, en virtud del artículo 75.1 del propio cuerpo legal.”⁶¹

“Retomando la posición del Código Civil cubano, creemos que todo el análisis que sigue, encaminado a precisar los contornos teóricos de la figura que analizamos, a analizar su regulación legal en otros ordenamientos y a valorar la eficacia de su

⁶¹ Rodríguez Corría, Reineiro. **Consideraciones teórico doctrinales sobre la auto-contratación, como forma de ejercicio anormal del poder de representación** (valencia, junio de 1999)
<http://lex.uh.cu/Dptos/civil/Derecho%20Civil%20General/Articulos/nuevos/autocontratos.doc>



aplicación práctica, a través del análisis jurisprudencial, puede llevarnos a demostrar lo absurdo de la postura asumida por la legislación positiva cubana y sentar las pautas para una revisión de dicha regulación.

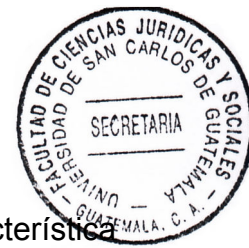
Para precisar los contornos de la figura, es menester señalar los principales supuestos de auto-contratación:

- Como regla, la auto-contratación exige al menos, un acto jurídico que sea de naturaleza o estructura bilateral. Aunque se plantea que no debe verificarse el auto-contrato cuando el negocio es unilateral, Enneccerus considera factible la auto-contratación en el caso de otorgamiento de negocios jurídicos unilaterales, mediante declaraciones de voluntad dirigidas a sí mismo. En los negocios plurilaterales un supuesto análogo al de la auto-contratación se produce cuando son realizadas por una misma persona las declaraciones de voluntad de dos o más partes, pero no las de todas.

La situación clásica de auto-contratación se presenta cuando el autor del acto o negocio jurídico interviene en él con un doble carácter, de manera que una de las partes del negocio es él mismo, en su propio nombre y derecho, y otra parte interviene representada por él. De igual forma se presenta cuando el autor del negocio interviene por sí sólo sustituyendo a cada parte con una diferente representación.

Aunque la auto-contratación presupone, como hemos visto, un acto o negocio bilateral, puede producirse también respecto de los actos jurídicos que no merecen la calificación estricta de negocios jurídicos, siempre que de alguna manera la realización de tales actos exija la intervención de dos voluntades. Aquí entrarían los casos en que un representante pueda hacerse pago de los créditos que le correspondan.

La auto-contratación ha sido rechazada fundamentalmente por razones de dos clases. El hecho de aceptarla tropezaría no sólo con ciertas objeciones teóricas, ya que



parece faltar aquí la intervención de dos personas distintas, que ha sido característica tradicional del contrato, sino también con dificultades prácticas, ya que existe un peligro, no pequeño, de que en semejante clase de negocios el representante cuide en primer término, y aun a costa del interés del representado, su propio interés personal, muchas veces en oposición con el de aquél. Esta última oposición, que también se ha argumentado como de índole moral, es la más digna de ser tenida en cuenta y la que más ha influido en la aceptación con recelos de esta figura.”⁶²

4.2.3. El Salvador

“Esta figura jurídica sólo es posible por medio de la representación. En el Código Civil salvadoreño en sus Artículos 1904 al 1906 la plantea como prohibiciones a que está sujeto el mandatario, en la ejecución del mandato.

Dichas prohibiciones están basadas, en la veda que tiene el mandatario para anteponer su propio interés al de su mandante; sin embargo, esas prohibiciones no son absolutas, porque el mandante las puede ratificar.

Muchos tratadistas argumentan que dicha figura es un despropósito jurídico, porque una persona no puede partirse en dos, es decir, que pueda actuar como representado y consienta por él, como una de las partes del contrato, y a la vez sea representante y consienta por si mismo, constituyéndose en la parte contraria. Gonzalo Figueroa Yanez dice de lo anterior que: "La idea de un contrato celebrado por una sola persona aparece a primera vista reñida con la concepción básica del contrato, que parece presuponer la existencia de dos voluntades antagónicas que encuentran en el contrato un adecuado punto de equilibrio, de avenencia, de transacción, en beneficio mutuo. También parece contrario a la concepción de unidad de indivisibilidad del patrimonio postular que una sola voluntad pueda disponer de dos patrimonios, para

⁶² Rodríguez Corría. **Ob.Cit.**;
<http://lex.uh.cu/Dptos/civil/Derecho%20Civil%20General/Articulos/nuevos/autocontratos.doc> (18 de noviembre de 2007)



ligar a uno en relación con otro. El derecho ha postulado desde siempre que nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo, y tan evidente parece este postulado, que cada vez que ello sucede se produce confusión entre estas dos calidades, y se extingue la obligación de pleno derecho"

El tratadista G. Ospina argumenta a respecto que: "si bien es cierto que el ser humano y sus actividades han sido modelos de que se ha servido el derecho para elaborar sus nociones de persona o sujeto de derecho y del acto jurídico, aquellos modelos no han sido captados en toda su real dimensión, sino a través de un prisma especial, de donde resulta que estas nociones no pasan de ser versiones parciales adecuadas a la función jurídica, cual es la ordenación coercitiva de la vida social. El mundo del derecho está poblado de entes ideales, los cuales son equivalentes en la capacidad jurídica que los habilita para ser sujetos de derechos y de las correlativas obligaciones. El reconocimiento de esta capacidad jurídica no implica el de la aptitud para actuar en el comercio, es decir, el de la capacidad legal, porque el derecho debe proteger a los seres humanos que, por razón de su deficiente desarrollo sicofísico o su falta de experiencia, carecen de habilidad para defenderse en tal campo, a lo que se agrega, como es obvio, que tampoco cabe suponer que las personas ideales puedan actuar materialmente en dicho comercio".

Existe para Ospina la tesis de la representación órgano de expresión en la misma que el auto-contrato no es consecuente con la lógica jurídica, ya que según ella el representante no pierde su propia personalidad, ya que el derecho parte de la base de que éste es una persona apta para intervenir por sí misma y por ello se le confía una misión adicional; la de prestar esa aptitud para suplir la deficiencia de los incapaces y de los que siendo capaces, no pueden o no quieren concurrir a la celebración del negocio jurídico



Resulta por lo tanto, perfectamente posible la figura del auto-contrato en los casos siguientes, haciendo la salvedad que, en todo caso es el representante y no el representado el que manifiesta la voluntad jurídica:

1) Cuando una persona actúa por sí misma y en representación de otra, ya sea representación legal o voluntaria. Tal es el caso cuando el padre de familia arrienda para él, un bien de un hijo suyo, siendo éste menor de edad, representación por ministerio de ley. O cuando el mandatario arrienda para sí, un bien que su mandante le ha encargado arrendar.

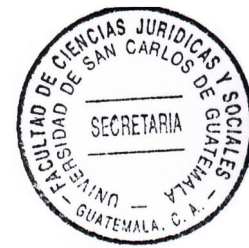
2) Cuando una persona es representante, legal o voluntaria, de dos personas diferentes. Esto es, cuando el padre de familia, representando a uno de sus hijos, arrienda para dicho hijo, una propiedad de otro hijo de familia, del cual también es representante legal, o que un mandatario de una persona celebra el contrato de arrendamiento consigo mismo, en su calidad de mandatario de otro mandante.

3) Cuando en una misma persona recae la doble representación por tener una doble calidad. Es el caso de los asignatarios modales que deban crear una fundación de beneficencia administrada por ellos mismos. Quiere ello decir que, harán la entrega de los bienes a la fundación como asignatarios, y los recibirán como representantes de dicha fundación.

Cabe hacer notar que en la legislación civil salvadoreña, esta figura tiene validez por regla general, no existe disposición que la prohíba en su género, pero cuando lo prohíbe la ley, como ocurre en las disposiciones citadas al principio, es inadmisibles y lo es también cuando genera conflictos de intereses.”⁶³

⁶³ Tamayo Aguilera, José Emilio. **Tesis profesional titulada, el mandato civil**, Universidad Dr. José Matías Delgado.
<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/93bd141c1d9baedb06256b3e00747cec?OpenDocument&Click=> (27 de abril de 1998)





CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico y doctrinario con respecto a la figura del auto-contrato en el contrato de mandato regulado en el Código Civil

La representación y el mandato han estado muy ligados, tan es así que se afirma que en todo poder hay un mandato porque se actúa por cuenta ajena. También se afirma que existe mandato representativo y no representativo, en el primero, el tercero con quien se contrata conoce que se actúa por cuenta y a nombre de otra persona, mientras que en el no representativo se actúa a nombre propio y por cuenta ajena, llamado en la doctrina el verdadero mandato.

La representación crea la posibilidad de que una persona que actuó por sí y en representación de otra, o que represente a dos partes, concluya un contrato con su sola voluntad. Así, representando a una persona que ha encomendado la venta de mercaderías, el mandatario podría celebrar un contrato consigo mismo y adquirir esas mercaderías para sí, o para otra persona que le haya encomendado comprarlas. Claro que en estos casos, el problema se plantea cuando se concibe a la representación como "modalidad de los actos jurídicos", ya que como la voluntad del representante es la que genera el contrato, bien puede entonces manifestar voluntad por sí y también por otro. Pero esta idea choca con el espíritu de las relaciones contractuales, las que suponen un encuentro de voluntades antagónicas que llegan a un punto de equilibrio; una transacción de intereses contrapuestos. Por lo demás nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo, porque si ello ocurriera se produciría la "confusión" y se extinguirían las obligaciones.

De los diversos supuestos de conflictos de intereses entre representante y representado el más llamativo sin duda viene representado por el auto-contrato o contrato celebrado consigo mismo. Con dicho giro o expresión se hace referencia a



todos aquellos casos en los que una persona actuando en nombre de otra, de un lado y de otro lado, en nombre propio, celebra un contrato asumiendo roles diversos y aparece, aunque solo sea formalmente.

Para entender lo relativo al auto-contrato es necesario conocer la definición y elementos del mismo.

5.1. Definición del auto-contrato

"Es el acto jurídico que una persona celebra consigo misma y en el cual actúa, a la vez, como parte directa y como representante de la otra, o como representante de ambas partes o como titular de dos patrimonios sometidos a regímenes jurídicos distintos".

Para Manuel Osorio es: "Contrato que tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esa naturaleza".⁶⁴

Según Guillermo Cabanellas "Es un contrato consensual por el cual una de las partes, llamada mandante, confía su representación, el desempeño de un servicio o la gestión de un negocio, a otra persona, el mandatario, que acepta el encargo".⁶⁵

Ernesto Gutiérrez establece "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que este le encarga".⁶⁶

De las definiciones anteriores cito las siguientes características:

- La existencia de un encargo o de una encomienda que una persona hace a otra.

⁶⁴ Osorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, pág. 446

⁶⁵ Cabanellas, **Ob.Cit.**; pág. 619

⁶⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. **Derecho de las Obligaciones**, pág. 341



- Se establece por el 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 de mandante.

5.1.1. Elementos

5.1.1.1. Personales

Son las partes que intervienen en el mandato; mandante es la persona que da el encargo, o encomienda la realización de actos o negocios, y el mandatario quien se obliga a ejecutarlos por cuenta de aquel.

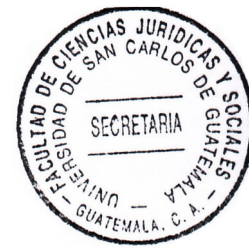
5.1.1.2. Reales

En cuanto al objeto, el mandato solo puede recaer sobre la ejecución de actos jurídicos, los cuales deben ser posibles, lícitos y que pueden ser ejecutados por el mandatario.

Regula el Artículo 1688 del Código Civil guatemalteco “pueden ser objeto de mandato, todos los actos o negocios para los que la ley no exige intervención personal del interesado.

5.1.1.3. Formales

Al efecto el Artículo 1687 del Código Civil guatemalteco, regula: “El mandato debe constar en escritura pública como requisito esencial para su existencia y puede ser aceptado expresa o tácitamente.



5.2. Aspectos a considerar

5.2.1. Interpretación de la ley

Interpretar la ley procesal es reconstruir el pensamiento del legislador, del creador de la ley. La interpretación y su carácter principal de saber que es lo que quiso el legislador al crear la ley, precisan el sentido y alcances que se le introdujo, y cuales fueron las situaciones a las cuales habría de aplicarse.

La ley debe aplicarse, y por lo mismo, tiene que ser interpretada, para buscar y encontrar en su texto el sentido y los alcances impresos por el legislador; es decir, buscar la intención y el espíritu que se le quiso insertar, la finalidad y el contenido social.

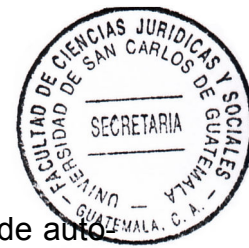
El objeto de la interpretación de la ley es ajustar su contenido al modo en que el legislador la creó, deslindando su sentido y alcances. Se presenta, dependiendo del órgano o autoridad que la creó.

“En las diferentes interpretaciones que se dan a cerca de la figura del auto-contrato puede sistematizarse a través de las siguientes teorías:

- Teorías que conciben el auto-contrato como algo inadmisibles jurídicamente.
- Teorías que admiten la auto-contratación:
 - a) Como acto que reúne los requisitos de un contrato.
 - b) Como acto de naturaleza distinta.

5.2.1.1. Teorías que conciben el auto-contrato como algo inadmisibles

En línea general esas posiciones analizan el auto-contrato desde la perspectiva de la construcción jurídica clásica del contrato. Lepa señala que, en todo contrato son



necesarias no sólo dos personas sino también dos voluntades, y en los casos de auto-contratación existe una sola voluntad, la del representante; añadiendo que es preciso que esas voluntades se declaren una a la otra, como medio de prueba del contrato.

Para Muskat el consentimiento contractual no requiere solamente la existencia de dos voluntades, sino más bien la intervención, por lo menos de dos personas.

Leonhard por su parte argumenta que el hecho constitutivo del contrato, como acuerdo de voluntades, es un hecho del mundo exterior y que, por consiguiente, no puede ser provocado por una persona en su interior.

Desde estas posiciones doctrinales, concluye De Castro, se presenta al auto-contrato como una anomalía filosófica, jurídica y social. Filosófica o psicológica, pues supone una persona con una doble voluntad; jurídica, porque una persona declara a si misma su voluntad contractual; y social pues hay una colisión de intereses.

5.2.1.2. Teorías que admiten la auto-contratación

a) Como acto que reúne los requisitos de un contrato, esta corriente es la que ha gozado de mayores favores en la doctrina y se ha considerado como dominante. Se parte, en principio, de considerar que el auto-contrato encaja perfectamente en la construcción del contrato y de combinar acertadamente las nociones de contrato y representación.

Para Planiol y Ripert la idea del auto-contrato es una prolongación, extremada, pero lógica, de la noción de representación. Esta implica una derogación al principio de la personalidad de las obligaciones contractuales, sustituyendo en su formación, la voluntad del representante a la del representado. En el auto-contrato es fácil hallar, jurídicamente separadas, no obstante su entrelazamiento, los dos elementos, oferta y aceptación, cuya reunión constituye el acto bilateral. Pero se presenta una peculiaridad



técnica, dado que una misma persona lleva a cabo la transacción entre intereses opuestos; el contrato no se reputará firmado, ni su fecha fijada interpartes sino desde que un acto positivo le haya dado materialidad. El silencio, en este caso, no equivale a aceptación.

Por su parte Pérez González y Alguer analizan la figura del contrato. Al respecto señala que el contrato se caracteriza no por el número de personas, sino por el de partes, y más que por el número de voluntades individuales, por el número de declaraciones de voluntad, o mejor, por el número de direcciones de voluntad. Por lo tanto para que haya contrato se precisan dos partes, no dos personas, y no dos manifestaciones de voluntad, sino que la voluntad expresada valga como voluntad del representado en una dirección y como voluntad del representante en otra. Por ello, afirman, la eficacia del auto-contrato no es más que el resultado normal del concepto de contrato combinado con el de representación. Como una posición interesante puede señalarse la de Espín Cánovas para quien cuando hablamos de auto-contrato estamos en presencia de uno de los supuestos especiales de contratación. Aunque esa afirmación sólo aporta una cuestión de sistemática, pues el análisis y aceptación de la figura se basan en su correspondencia con el contrato.

A los criterios ya expuestos sobre la tesis contractual podemos añadir lo siguiente. La objeción principal que aqueja a la tesis contractual se basa en la no existencia de dos o más voluntades que den vida al contrato a partir del consentimiento. Esta objeción ha tratado de obviarse de dos formas distintas, buscando a toda costa las dos voluntades o tratando de encontrar la esencia del contrato en un punto distinto del clásicamente voluntarista.

Así se ha expresado que para que exista contrato no son necesarias dos voluntades, sino dos actos volitivos. En otro sentido se ha considerado a la representación como una ficción, señalando que, aunque el representante no tiene dos voluntades, en la esfera del Derecho, su voluntad vale como voluntad del representado.



Frente a esas posiciones se impone una cuestión legal y lógica, sólo hay contrato cuando dos personas concuerdan sus voluntades.

En tal sentido la posición de considerar al auto-contrato como negocio bilateral no parece ser la más adecuada.

b) Como acto de naturaleza distinta, por las razones ya expuestas la doctrina ha desviado el análisis hacia la figura de los negocios unilaterales.

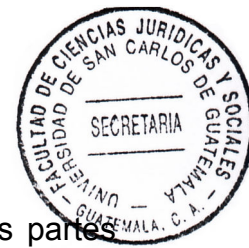
Rümelin señala que en el auto-contrato no hay unión de dos voluntades, sino solamente una decisión de voluntad de una persona, que produce efectos idénticos o equivalentes al contrato. Pero a su juicio, es necesario que el ordenamiento jurídico reconozca que la manifestación unilateral de voluntad del auto-contratante es suficiente para producir los efectos de un contrato, sin que por eso se convierta ella misma en un contrato.

Hupka parte de reconocer, con Rümelin, la pura verdad de que, el auto-contrato, por actuar en él una sola voluntad, es un acto unilateral. Pero discrepa en cuanto a la afirmación de que es necesario que el derecho positivo sancione ese acto de un modo especial, pues su validez se deduce, en principio, de que el ordenamiento jurídico admita como posible, la concurrencia de los poderes de disposición sobre diversos patrimonios en una misma persona.⁶⁷

5.3. El Artículo 694 del Código Civil guatemalteco

Establece “No se puede ejercer al mismo tiempo poder de varias personas cuando entre estas hay colisión de derechos. Tampoco puede un solo mandatario

⁶⁷ M. Sc. Rodríguez Corría, Reinerio. **El auto-contrato, análisis doctrinario y legal.** Universidad Central de Las Villas. <http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/el%20autocontrato.htm> (15 de junio 2007).



otorgar contratos, representando a la vez los derechos o intereses de las dos partes contratantes, sin autorización de los mandantes.”

5.4. Necesidad de regulación expresa

Es indispensable la regulación expresa de la figura del auto-contrato en virtud que es un tema que se da en nuestro sistema legal, y que por la falta de límites y reglas establecidas en el Código Civil, es fácil darle interpretación según la conveniencia de cada una de las partes que en determinado momento se encuentra ante esta figura, que en nuestra legislación se regula tácitamente, lo cual da lugar a que no se garanticen y protejan los intereses de cada uno de los contratantes.

Es necesaria la regulación expresa a través de una propuesta de reforma a nuestro código civil, para que expresamente se legisle la figura del auto-contrato en la cual se determinen principios y elementos que confirmen la aplicación correcta y certera de la figura del auto-contrato puesto que a raíz de la falta de regulación dentro de la aplicación se tiende a que exista la imparcialidad en determinado momento dentro de la figura del contrato, como influencia podemos tener la certeza que el hecho de que el mandante represente ambas posiciones no podrá abusar del poder conferido y será parcial.

Dicha regulación deberá contener requisitos indispensables, tales como:

- Establecer que no haya colusión de derechos, es decir que no de conflicto de intereses sobre el objeto del contrato, por ser una misma persona la que esta representado dos voluntades.
- Autorización expresa, se debe establecer esta situación para que el mandante respalde la actitud del mandatario sin que posteriormente se de motivo de confusión por ambigüedad en la ley.



- Autorización por escrito, para que no se de motivo a que en el transcurso de la ejecución del mandato se tenga duda a cerca de la acción del mandatario, favoreciéndose a sí mismo o perjudicando al mandante.

Propuesta de regulación

DECRETO

El congreso de la república de Guatemala.

CONSIDERANDO

Que se hace necesario revisar el Código Civil vigente, a efecto de introducirle las modificaciones que la experiencia ha aconsejado;

CONSIDERANDO

Que es conveniente ajustar y precisar las características de nuevas figuras legales que con forme el estudio y análisis son necesarias incorporarlas, para disminuir la ambigüedad que nuestra legislación en determinado momento posee.

POR TANTO

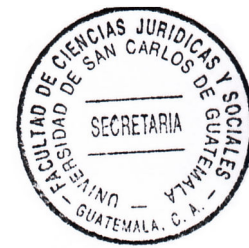
En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

Artículo 1.- Se adiciona el Artículo 1694 BIS, al Decreto ley número 106, Código Civil y sus reformas, el cual queda así:

1694.BIS. AUTOCONTRATO. Para que un solo mandatario pueda otorgar contratos representando los derechos o intereses de las dos partes, será necesaria la autorización expresa y escrita de estas. Se prohíbe la auto-contratación sin autorización y cuando sea manifiesta la colusión de derechos.



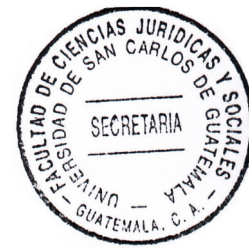


CONCLUSIONES

1. En los diferentes criterios del auto-contrato que se han desarrollado en la presente investigación, se encuentran teorías que están a favor y otras teorías que están en contra de la figura del auto-contrato, lo cual, ha sido de mucha ayuda para determinar un criterio, a cerca de la regulación expresa de esta figura en la legislación Civil nacional.
2. El auto-contrato es una figura compleja, en virtud, de que afecta a varias personas la aplicación no adecuada de la misma, tiene como efecto un contrato consigo mismo, ya que, una sola persona representa dos voluntades distintas, lo cual, da lugar a que se de conflicto de intereses y en la aplicación de un proceso se puede dar la parcialidad.
3. El auto-contrato es una figura que se relaciona de manera directa con el contrato del mandato, ya que al referir que una misma persona ostenta dos voluntades distintas, es evidente que estamos ante la figura del mandato; también el auto-contrato puede darse en la patria potestad y la tutela, ya que en estos casos son los padres o el tutor quien ejerce la representación del menor de edad o del los declarados en estado de interdicción.
4. La legislación comparada que se utilizó en el presente trabajo, ha sido un gran apoyo dentro de la comprensión del tema central de esta investigación, en virtud, que de esta forma se puede ver las ventajas y desventajas de la regulación expresa y tácita del auto-contrato y poder de esta forma tomar un criterio a favor o en contra de esta figura.
5. Existe necesidad que en nuestra legislación, se de la regulación expresa del auto-contrato, debido a que es una figura legal, que en cualquier momento se



puede dar y la falta de regulación de la misma da lugar a la colusión de derechos y una posible falta de parcialidad dentro de la figura del mandato.



RECOMENDACIONES

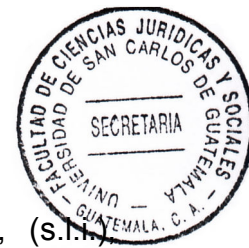
1. Los catedráticos de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales, deben hacer énfasis en el tema del auto-contrato, en virtud de la ambigüedad que se da por la falta de bibliografía del tema desarrollado en la presente investigación, a pesar de la gran trascendencia legal en la que recae; los profesores deben motivar al estudiante para que profundice, investigue, sobre los temas legales que como futuros profesionales ayudaran en el desempeño de la profesión.
2. El Congreso de la República, debe modificar en el Código Civil guatemalteco, la regulación expresa de la figura del auto-contrato, y de esta forma no se den contradicciones innecesarias, ya que la falta de regulación de ésta, provoca gastos dentro del sistema del organismo judicial.
3. El Congreso de la República, debe incorporar el Artículo 1694 bis, en el Código Civil guatemalteco, en el cual se establezca expresamente la figura del auto-contrato y los requisitos indispensables del mismo, para garantizar y proteger los intereses de cada uno de los contratantes.
4. Los autores y escritores de libros de las Ciencias Jurídicas y Sociales, deben considerar al auto-contrato como una figura importante y desarrollarla más, para el mejoramiento y conocimiento de esta figura legal.





BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ZAC, Lizardo. **La nulidad absoluta del negocio jurídico, de la compraventa de bienes arqueológicos en Guatemala.** EDI-ART impresos, (s.e.), Guatemala: junio de 1986.
- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico.** 4ª. ed.; (s.l.i.) Guatemala: (s.e.), 2007.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTORI, **La auto-contratación o el acto jurídico consigo mismo.** imprenta Cervantes, Santiago: (s.e.), 1931.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel y HARLA, sociedad anónima. **Obligaciones civiles.** 3ª. ed.; industria, Ed.; México D.F.: 1984.
- BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría general de las obligaciones.** Ed.; porrúa, s.a. (s.l.i), México: (s.f).
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** (s.l.i.). Ed.; estudiantil Fénix, cooperativa de ciencia política, R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: Marzo 1996.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 1 al 4 t.; 14ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: (s.l.i.), Ed.; heliasta, S.R.L., 1979.
- CAMUS, E. F. **Curso de derecho romano VI, doctrina del negocio jurídico.** (s.l.i.) Universidad de la Habana, (s.e.), Cuba: 1943.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y floral.** 3t.; 10ª. ed.; (s.l.i.), Madrid, España: Recus, sociedad anónima Ed.; 1967.



- CONTARINO, Silvia. **Contratos civiles y comerciales.** ed.; Desalma, (s.l.i.)
Buenos Aires, Argentina: (s.e.), Junio 2000.
- COVIELLO, Nicolás. **Doctrina general del derecho civil.** 4^a. ed.; unión tipográfica.
México: Ed. hispano americana, 1949.
- ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** 3 vol.; 4^a. ed.; revista
de derecho privado. Madrid, España: Ed.; 1975.
- ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada. **Auto-contratación, conflicto de Intereses.**
[http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/07.autocontratación%c3%B3n
.htm.](http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/07.autocontratación%c3%B3n.htm) (18 de noviembre de 2007).
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta. **Capítulo VII representación derecho civil.**
[http://lex.uh.cu/Dptos/Civil/Derecho%20Civil%20General/Artículos/nuevos/LA
%20RPRESENTACION.doc.](http://lex.uh.cu/Dptos/Civil/Derecho%20Civil%20General/Artículos/nuevos/LA%20RPRESENTACION.doc) (6 de noviembre de 2007).
- GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho de las obligaciones.** (s.l.i.), (s.e.),
(s.f.).
- MEJÍA ORDOÑEZ DE ESCOBAR, Mirna Estela. **El negocio jurídico, su forma.**
Universidad de San Carlos de Guatemala, (s.e.), Guatemala: 1978.
- PÉREZ BARRIENTOS, Edgar Enrique. **El auto-contrato, casos en que procede
su faccionamiento notarial.** ed.; Mayte, (s.l.i.), Guatemala C. A.: 1995.
- PETIT, Eugéne. **Tratado elementos de derecho romano.** (s.l.i.), México: Ed.
nacional, 1976.



PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 2t.; II, 3^a. ed.; Madrid (s.l.i.), Ed. pirámide, s.a., 1976.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. **Teoría general de los actos o negocios jurídicos**. 2^a. ed.; (s.l.i.), Colombia: Ed.; temis librería Bogotá, Colombia, 1983.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. (s.l.i.), Buenos Aires Argentina: Ed.; heliasta, S.R.L., 1981.

ROCA MENÉNDEZ, Manuel Vicente. **Las obligaciones civiles**. imprenta BG Guatemala: (e.s), febrero de 2006.

RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio. **El auto-contrato, análisis doctrinario y legal**. Universidad Central de Las Villas. <http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/el%20autocontrato.htm> (15 de junio 2007).

RODRÍGUEZ CORRÍA, Reineiro. **Consideraciones teórico doctrinales sobre la auto-contratación, como forma de ejercicio anormal del poder de representación**. <http://lex.uh.cu/Dptos/civil/Derecho%20Civil%20General/Articulos/nuevos/autocontratos.doc> (valencia, junio de 1999).

RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ DE VILLATORO, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil III**. Universidad de San Carlos de Guatemala., (s.l.i.), Ed.; estudiantil fénix, Guatemala: 1988.

TAMAYO AGUILERA, José Emilio. **Tesis profesional titulada el mandato civil**. Universidad Dr. José Matías Delgado. <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/93bd141c1d9baedb06256b3e00747cec?OpenDocument&Click=> (27 de abril de 1998).



Teoría de los riesgos. http://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_de_los_riesgos sin autor. (18 de noviembre de 2007).

VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos Humberto, **Derecho civil III, obligaciones I.** (s.l.i.), (s.e.), Guatemala: febrero 2001.

VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos Humberto, **Derecho civil IV, obligaciones II.** (s.l.i.), (s.e.), Guatemala: febrero 2001.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** 3t.; 5ª. ed.; Universidad de San Carlos de Guatemala, (s.l.i.), Guatemala: Ed.; universitaria, 2002.

WWW.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/cateegorías_contractuales.PDF. (6 de noviembre de 2007). Sin autor.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, asamblea nacional constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, jefe de gobierno de la república de Guatemala, Decreto Ley 106, 1974.

Código Civil para el distrito federal en materia común y para toda La república en materia federal. México,
<http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html> (6 de junio de 1996).

Código de Comercio. Decreto número 2-70, 1971.