

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

**ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE ANTICRESIS Y DE SU  
APLICACIÓN Y USO EN EL TRÁFICO MERCANTIL GUATEMALTECO.**

**EDWIN GIOVANNI MORALES MARROQUÍN**

**GUATEMALA, AGOSTO 2010**

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

**ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE ANTICRESIS Y DE SU  
APLICACIÓN Y USO EN EL TRÁFICO MERCANTIL GUATEMALTECO.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**EDWIN GIOVANNI MORALES MARROQUÍN**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

**Guatemala, agosto 2010**

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

<b>DECANO:</b>	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
<b>VOCAL I:</b>	Lic. César Landelino Franco López
<b>VOCAL II:</b>	Lic. Gustavo Bonilla
<b>VOCAL III:</b>	Lic. Luis Fernando López Díaz
<b>VOCAL IV:</b>	Br. Mario Estuardo León Alegría
<b>VOCAL V:</b>	Br. Luis Gustavo Cirraiz Estrada
<b>SECRETARIO:</b>	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera fase:**

Presidente:	Lic. Oscar Mauricio Villalta González
Vocal:	Licda. Maria del Carmen Mancilla
Secretaria:	Licda. Gloria Melgar de Aguilar

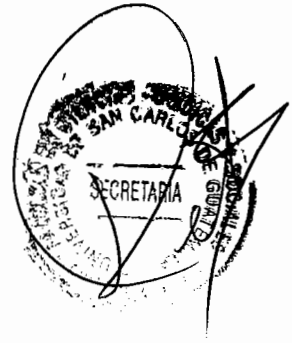
**Segunda fase:**

Presidente:	Lic. Homero López Pérez
Vocal:	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Secretaria:	Licda. Aura del Carmen Díaz Dubon

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

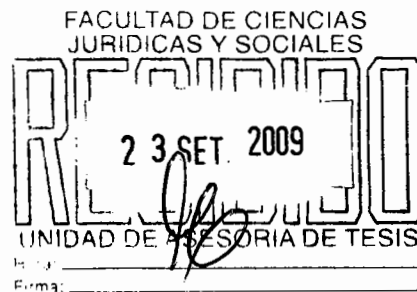
Licda. ANA PAOLA PERALTA ORTEGA  
ABOGADA Y NOTARIA  
Colegiado 7,129

15 calle "A" 9-57 zona 1  
Tel. 22380097 - 22327295



Guatemala, 24 de Agosto de 2009.

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

De la forma más atenta me dirijo a usted con el objeto de informarle que de conformidad con lo ordenado por esa decanatura procedí a asesorar el trabajo del bachiller **EDWIN GIOVANNI MORALES MARROQUIN** que se titula "ANALISIS JURÍDICO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE ANTICRESIS Y DE SU APLICACIÓN Y USO EN EL TRÁFICO MERCANTIL GUATEMALTECO", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el normativo de esta Facultad, para el efecto procedo a emitir el dictamen siguiente:

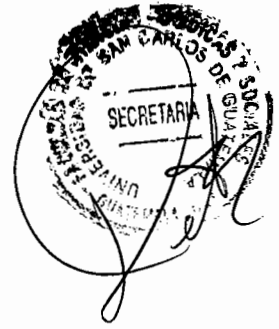
Considero que el tema investigado por el bachiller Edwin Giovanni Morales Marroquín, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no sólo reúne los requisitos exigidos por la reglamentación correspondiente, sino además presenta una temática de especial importancia, en el sentido que el ponente logró establecer que efectivamente, el contrato de Anticresis es un tercer medio para garantizar el pago de un capital otorgado en mutuo ya que este proporciona seguridad jurídica a ambas partes en la relación comercial.

Se pudo establecer que en el presente trabajo de investigación la estructura formal fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de la metodología concerniente al método análisis – síntesis.

La redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión; el sustentante brinda un valioso aporte jurídico enfocándolo desde el punto de vista doctrinario, siendo con ello interesante la contribución científica que el sustentante realiza en la tesis de mérito.

Licda. ANA PAOLA PERALTA ORTEGA  
ABOGADA Y NOTARIA  
Colegiado 7,129

15 calle "A" 9-57 zona 1  
Tel. 24719948



Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis, en congruencia con el tema investigado, haciendo aportaciones importantes al trabajo realizado.

La bibliografía empleada por el sustentante, fue la adecuada al tema investigado.

En tal sentido, el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación he estado apegada a las pretensiones del postulante cumpliendo en definitiva con los requisitos de forma y fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en consecuencia y derivado de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE** a la investigación realizada por el bachiller Edwin Giovanni Morales Marroquín, en virtud de haber cumplido fehacientemente con el requerimiento científico y técnico, aplicación correcta de la metodología y técnicas de investigación, redacción, pertinencia de su contribución científica, puntualización exacta de las conclusiones y recomendaciones arribadas, además de la utilización de la bibliografía atinente al tema investigado.

Sin otro particular, me suscribo de Usted,  
Atentamente

Ana Paola Peralta Ortega  
Abogada y Notaria

LICDA. ANA PAOLA PERALTA ORTEGA  
Abogada y Notaria  
Colegiada 7,129

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

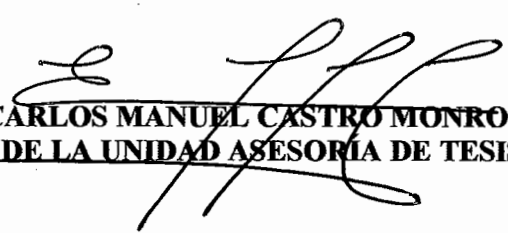
Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticuatro de septiembre de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RICARDO ALVARADO SANDOVAL, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDWIN GIOVANNI MORALES MARROQUIN, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE ANTICRESIS Y DE SU APLICACIÓN Y USO EN EL TRÁFICO MERCANTIL GUATEMALTECO".

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

cc.Unidad de Tesis  
CMCM/nnmr.



RICARDO ALVARADO SANDOVAL

ABOGADO Y NOTARIO

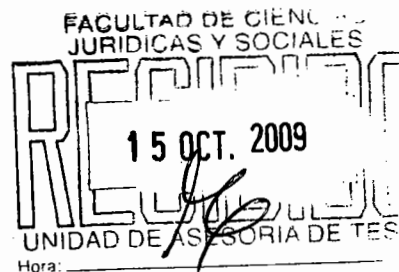


Colegiado 2259

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, 13 de octubre de 2009

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



Atentamente me dirijo a usted, para darle cumplimiento a lo ordenado por esta unidad, por lo cual hago de su conocimiento que he procedido a REVISAR el trabajo de TESIS, del Bachiller **EDWIN GIOVANNI MORALES MARROQUIN**, el cual titula "ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE ANTICRESIS Y DE SU APLICACIÓN Y USO EN EL TRÁFICO MERCANTIL GUATEMALTECO".

Para el efecto me permito informar a usted lo siguiente: a) que el trabajo de tesis que procedí a revisar se encuentra elaborado conforme perspectiva doctrinaria adecuada y moderna de los textos legales relacionados con la disciplina; b) que el trabajo referido se encuentra contenido en seis capítulos, comprendiendo aspectos importantes del tema que el autor logró establecer a través del contrato de anticresis.

Realicé las recomendaciones del caso, así como las correcciones atinentes y necesarias, mismas que fueron observadas y cumplidas fehacientemente por el sustentante del presente trabajo de investigación.

En opinión de su servidor, el contenido del trabajo de investigación, efectivamente cumple con lo siguiente: los requerimientos científicos y técnicos solicitados por esta casa de Estudios; en cuanto a la metodología utilizada, en su desarrollo se observó la aplicación científica del método análisis – síntesis; para el efecto, la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión, de tal forma que sea comprensible al lector; el sustentante brinda un importante aporte jurídico, así como un enfoque doctrinario y legal, de lo expuesto deriva que es importante la contribución científica aportada por el sustentante.

4ª. Avenida 3-70 zona 1 Guatemala, Guatemala

Tel/Fax (502) 2232-1429 Tel: 2251-8855 Cel. 4126-6804

RICARDO ALVARADO SANDOVAL

ABOGADO Y NOTARIO



Colegiado 2259

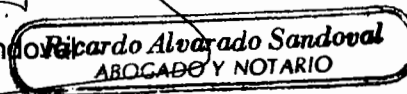
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Las conclusiones y recomendaciones son oportunas y reflejan los resultados obtenidos en la investigación, así también responden al contenido de ella, las fuentes bibliográficas son diversas, actuales, acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en el contenido. Por lo antes expuesto, en definitiva, al haberse cumplido con todos los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta pertinente aprobar el trabajo de investigación objeto de revisión, por lo que para el efecto procedo a emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**.

Atentamente,

Lic. Ricardo Alvarado Sandoval *Ricardo Alvarado Sandoval*

Abogado y notario



4ª. Avenida 3-70 zona 1 Guatemala, Guatemala

Tel/Fax (502) 2232-1429 Tel: 2251-8855 Cel. 4126-6804

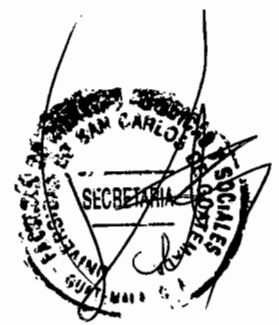


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiocho de junio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EDWIN GIOVANNI MORALES MARROQUÍN, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE ANTICRESIS Y DE SU APLICACIÓN Y USO EN EL TRÁFICO MERCANTIL GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



## DEDICATORIA



### A DIOS:

Quien es el mejor padre, que me ama, me ha cuidado y me permite este logro.

### A MIS PADRES:

Tito de Jesús Morales Jiménez que está en el cielo, papito te quiero mucho. Luis Roberto González, por tu apoyo y cariño, te quiero mucho. A María Ana Marroquín Vásquez, este logro es más suyo que mío, gracias por su amor, ayuda, comprensión y por estar siempre conmigo, mamita la amo.

### A MIS ABUELOS:

Aurelio Marroquín y Catalina Vásquez de Marroquín, gracias por sus consejos correcciones, pero sobre todo las oraciones y bendiciones, los amo.

### A MIS HERMANAS:

Nora, Silvia y Lourdes, este logro es de ustedes también, gracias por su amor apoyo y por compartir los momentos más importantes de mi vida, a las tres las amo.



### **A MIS TÍAS Y TÍOS:**

Naty, Aura, Marta, Miriam, Rosa, Julio, Brenda y Oscar, gracias por su ejemplo, palabras de ánimo, y por compartir esta alegría conmigo, a Brenda y Natividad Marroquín, gracias por sus oraciones, a todos los quiero mucho.

### **A MIS AMIGOS:**

Marilyn, Johana, Brenda, Gladys, Ibis, Gloria, Karlyn, Gregoria, Jaemy, Polo, Mario, en especial a María Esperanza Morales Ochaita, licenciados compañeros de estudio, alegrías y sobre todo de éxitos.

### **A MI COMUNIDAD:**

Quienes también son mi familia, gracias por ayudarme a ver la realidad de la vida con sus experiencias. Dios me permita envejecer en ella.

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

Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



## ÍNDICE

Pág.

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

### CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico mercantil .....	1
1.1. Obligaciones mercantiles .....	2

### CAPÍTULO II

2. El contrato mercantil .....	11
2.1. Concepto.....	12
2.2. Elementos del contrato mercantil.....	12
2.3. Forma de los contratos mercantiles .....	14
2.4. Características de los contratos mercantiles.....	16
2.5. Interpretación de los contratos mercantiles.....	21
2.6. La representación mercantil .....	22
2.7. Libertad de contratación y sus límites.....	22
2.8. Clasificación de los contratos mercantiles .....	23

### CAPÍTULO III

3. El contrato.....	29
3.1. Formación histórica.....	29
3.2. Significado del contrato.....	31



3.3.	Concepto de contrato.....	33
3.4.	Contrato y autonomía de la voluntad .....	34
3.4.1	El principio de la autonomía de la voluntad.....	35
3.4.2	Limitaciones a la autonomía de la voluntad .....	39
3.5.	Condiciones generales de contratación.....	42

#### **CAPÍTULO IV**

4.	Elementos del contrato .....	45
4.1.	Requisitos del contrato.....	45
4.2.	Elementos esenciales, naturales y accidentales.....	46
4.3.	La capacidad para contratar.....	48
4.4.	La incapacidad para contratar.....	49
4.5.	El consentimiento.....	50
4.6.	El objeto del contrato .....	53
4.6.1	Requisitos del objeto contractual .....	55
4.7.	La causa del contrato.....	57

#### **CAPÍTULO V**

5.	El contenido del contrato.....	61
5.1.	La forma del contrato .....	61
5.2.	Funciones de la forma contractual.....	62
5.3.	Las cláusulas abusivas .....	64



5.4. Contrato leonino.....	
5.5. Causalidad de lo ilícito.....	68
5.6. La nulidad de las cláusulas abusivas.....	69
5.7. La forma en el Código Civil.....	70

## CAPÍTULO VI

6. El contrato de anticresis.....	73
6.1. Antecedentes históricos.....	73
6.2. Función del contrato.....	75
6.3. Concepto.....	75
6.4. Naturaleza jurídica.....	79
6.5. Características.....	79
6.6. Sujetos contractuales.....	83
6.6.1 El acreedor anticrético.....	83
6.6.2 El deudor o anticresista.....	90
6.7. Objeto del contrato.....	95
6.8. Condiciones para su constitución.....	96
6.9. Diferencias con los derechos reales de garantía.....	97
6.10. Extinción del contrato.....	99
6.11. Anticresis en el derecho comparado.....	101



CONCLUSIONES.....	
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107

## INTRODUCCIÓN



La presente investigación, se realizó con el objeto de aportar un tercer medio de garantía real para asegurar el cumplimiento de una obligación; y aunque históricamente la institución de la anticresis es antiquísima; es un medio de aplicación garante, que aún hoy con el tráfico comercial moderno, puede cobrar ventaja y relevancia.

Así, esta investigación se encuentra plasmada en seis capítulos, que se refieren en su orden, el capítulo primero al negocio jurídico mercantil, como base de las relaciones entre comerciantes; continuando con el capítulo segundo que se refiere específicamente del contrato de mercantil, aportando definiciones acerca del mismo y de sus elementos; el tercer capítulo se refiere al contrato propiamente, como referencia del derecho común se escribe del consagrado principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones, y me refiero también a las condiciones generales de contratación; en el capítulo cuarto, me adentro a conocer los elementos y requisitos de todo contrato, la capacidad para contratar, el consentimiento, así como el objeto del contrato; en el capítulo quinto, me refiero al contenido del contrato civil o mercantil, escribo de la forma del contrato, las cláusulas abusivas y las cláusulas leoninas y su nulidad, así como también hago referencia de la forma contractual y sus requisitos; en el capítulo sexto, hago un análisis general y completo del contrato de anticresis, defino el mismo, doy su función, características, y me refiero a los derechos y obligaciones de cada una de las partes contratantes de anticresis, establezco las condiciones contratantes según la doctrina y el derecho comparativo, así como cito diferentes puntos legales comparativos acerca del mismo y de su aplicación.

Para la elaboración de la presente investigación, utilizo el método de análisis – síntesis, con la finalidad de descomponer en partes los datos informativos recabados, con el objetivo de poder estudiarlos por separado a cada uno de ellos y así descubrir la





esencia de las instituciones tratadas en la presente investigación y las bibliográficas para obtener y recabar de mejor manera la investigación realizada y así comprobar la hipótesis formulada.

Son varias las ventajas que proporciona el contrato de anticresis, por lo que en el derecho mercantil, le da rapidez, seguridad económica, amortización de una deuda u obligación, además de que se da el contra uso de los objetos contractuales.

## CAPÍTULO I



### 1. El negocio jurídico mercantil

Respecto al Negocio jurídico mercantil se puede decir que es la actividad mediante la cual se presenta algún interés el cual es regulado por el Derecho.

El libro IV del Código de Comercio de Guatemala, contiene las normas relativas a las obligaciones y contratos mercantiles. Las disposiciones generales aplicables a las obligaciones mercantiles, constituyen una serie de especialidades que se dan en estas relaciones jurídicas.

Así también, es necesario que dentro de este tema se defina lo que es negocio jurídico; por lo que se puede decir que es "todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el Derecho y es regulado por sus normas."<sup>1</sup>

También, es definido como "todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado."<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 267

<sup>2</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 455



Así pues, el negocio jurídico mercantil, es aquel “acto en virtud del cual, el comerciante en su actividad profesional regula por sí los intereses propios de las relaciones con otros, y al cual el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico social que caracteriza su tipo.”<sup>3</sup>

Según el Artículo 1251 del Código Civil, el negocio jurídico, requiere para su validez, “capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.” El contrato verbal o escrito, es la forma típica del negocio jurídico mercantil y la fuente principal de obligaciones.

### **1.1. Obligaciones mercantiles**

Es definida como aquella “prestación, entrega o abstención debida por el deudor o exigible por el acreedor cuando constituye acto de comercio.”<sup>4</sup>

También se dice que “es una 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 ésta.”<sup>5</sup>

De conformidad con lo establecido en el Artículo 1319 del Código Civil, la obligación es “un acto o declaración de voluntad que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.”

Esencialmente, no existe ninguna diferencia entre obligaciones civiles o mercantiles, ya

<sup>3</sup> Paz Álvarez, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. Pág. 4

<sup>4</sup> Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 277

<sup>5</sup> Vicente y Gella, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. Pág. 262



que en ambas, se constituye un vínculo jurídico entre acreedor y deudor; y cuando es vínculo entre ambos es por un acto comercial, la obligación tendrá carácter de mercantil.

La clasificación de las obligaciones en el derecho mercantil comercial, se puede decir que es la misma clasificación del derecho civil; y como en éste, las obligaciones pueden ser: "genéricas y específicas, alternativas, puras, condicionales y a término, con cláusula penal, divisibles e indivisibles y mancomunadas o solidarias."<sup>6</sup>

La obligación se denomina genérica, "cuando se atribuye a la obligación de dar una cantidad de cosas, en que el deudor cuenta con la facultad de que sean éstas o aquellas y es específica, cuando se atribuye a dar cosa cierta."<sup>7</sup>

Las obligaciones alternativas son aquellas en las cuales, situados varios objetos en la obligación, se puede escoger para el momento del pago, uno de ellos, quedando libres todos los demás.

Las obligaciones puras, son aquellas que no están sujetas en su eficacia a circunstancia alguna que pueda limitar sus efectos. Es decir, que su cumplimiento no depende de plazo o condición.

Las obligaciones son condicionales cuando su eficacia depende de la realización de un acontecimiento futuro e incierto.

---

<sup>6</sup> **Ibid.** Pág. 269

<sup>7</sup> Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 500



“Las condiciones propiamente, se clasifican en suspensivas y resolutorias. Las condiciones son suspensivas cuando se subordina la eficacia del negocio a la realización del acontecimiento que determina la condición. La condición es resolutoria en cambio, cuando cesan los efectos del negocio desde el instante en que se verifica aquel acontecimiento.”<sup>8</sup>

Las obligaciones a término o a plazo, son aquellas cuya absoluta eficacia se fija en el momento en que debe ocurrir cierto hecho futuro, sin que se sepa o no fijamente el día en que ha de verificarse.

Las obligaciones con cláusula penal, son aquellas por medio de las cuales se fija una convención accesoria añadida a la obligación, por cuya virtud se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla de manera irregular lo prometido.

Las obligaciones divisibles son aquellas que tienen por objeto una prestación susceptible de ser cumplida por partes, sin que se altere la esencia de la obligación; y son indivisibles en cambio, aquellas cuya prestación no puede verificarse por partes sin alterar su esencia.

Las obligaciones mancomunadas, son aquellas en las que existen varias personas al lado del crédito o al lado de la deuda. Las obligaciones mancomunadas son simples o a prorrata cuando cada acreedor no puede pedir, ni cada deudor tiene que prestar,

---

<sup>8</sup> Paz Álvarez, Roberto. *Ob. Cit.* Pág. 8



únicamente hasta donde le corresponda, apareciendo desconectadas las exigencias y responsabilidades de cada parte.

Las obligaciones mancomunadas son solidarias cuando cada acreedor puede pedir o cada deudor tiene que cumplir la obligación, prestando el contenido íntegro de la obligación, teniendo aquellos una titularidad plena de cobro y éstos una obligación absoluta de pago.

Las obligaciones mercantiles tienen ocho características que son:

- i. Solidaridad de deudores; ya que el Artículo 674 del Código de Comercio establece que “en las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios, salvo pacto expreso en contrario.”
- ii. Exigibilidad de las obligaciones puras y simples; ya que el Artículo 675 del Código de Comercio las obligaciones, “son exigibles inmediatamente para cuyo cumplimiento no se hubiese fijado un término en el contrato, salvo que el plazo sea consecuencia de la naturaleza de éste”.
- iii. Prohibición de los términos de gracia y cortesía; ya que en las obligaciones y contratos mercantiles, toda prórroga debe ser expresa, según lo establece el Artículo 676 del Código de Comercio.



- iv. Automaticidad de la mora; ya que según el Artículo 677 del Código de Comercio, en las obligaciones mercantiles se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, desde el día siguiente a aquel en que venza la obligación; salvo pacto en contrario.
- v. Capitalización de intereses o anatocismo; en virtud de que el Artículo 691 del Código de Comercio, establece que “en las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos...” Esto quiere decir, “que los intereses vencidos y no pagados, a su vez, devengan intereses.”<sup>9</sup>
- vi. Restricción de la nulidad en los negocios jurídicos plurilaterales; según el Artículo 689 del Código de Comercio, “la nulidad que afecte las obligaciones de una de las partes, no anulará un negocio jurídico plurilateral, salvo que la realización del fin perseguido con éste resulte imposible, si no subsisten dichas obligaciones”.
- vii. Obligación de entregar mercaderías de calidad media; ya que del contenido del Artículo 690 del Código de Comercio, “si no se hubiere determinado con precisión la especie o calidad de las mercaderías que habrán de entregarse, solo podrá exigirse al deudor la entrega de mercaderías de especie o calidad medias.”
- viii. Vencimiento de las obligaciones del tracto sucesivo; ya que el Artículo 693 del Código de Comercio, “cuando se haya estipulado que la obligación ha de ser pagada por tractos sucesivos, salvo pacto en contrario, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación.”

---

<sup>9</sup> Ibid. Pág. 13

Cumplimiento e incumplimiento: se entiende por cumplimiento, la “plena y absoluta realización en la vida de lo convenido por las partes al contraer la obligación”



La forma más común de cumplir con una obligación, es pagándola, realizando tal pago en la forma, plazo y lugar convenidos; ya que “el pago es el cumplimiento de la obligación, debe realizarlo el deudor en el plazo y lugar convenidos, entregando la prestación convenida.”<sup>11</sup>

El Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala nos indica que el cumplimiento de la obligación mercantil se fundamenta en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, lo que implica una actitud correcta del obligado para realizar el acto principal en que consista la obligación y que ese acto principal se realice al tenor de la obligación, en el tiempo, lugar y forma convenidos.

Cuando el deudor u obligado, no cumple voluntariamente con su obligación, el acreedor puede realizar cualquiera de las siguientes acciones:

- i. Promover y exigir la ejecución del obligado, con fundamento en lo estatuido en el Artículo 1039 del Código de Comercio; que indica que los procesos serán ventilados en juicio sumario;
- ii. Exigir la reparación de daños y perjuicios;

---

<sup>10</sup> **Ibid.** Pág. 15

<sup>11</sup> Martín Granados, María Antonieta. **El derecho mercantil para contadores y administradores.** Pág. 245





- iii. Ejecutar determinadas acciones para conservar el patrimonio del deudor ya que como establece el Artículo 682 del Código de Comercio, “el acreedor cuyo crédito sea exigible, podrá retener los bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallaren en su poder, o de los que tuviere la disposición por medio de los títulos de crédito representativos”; y
- iv. El acreedor puede también, pedir la nulidad de los actos celebrados por el deudor en perjuicio de aquel, a través de la llamada acción pauliana.
- e. Fuentes: debemos recordar primeramente, que “fuentes de las obligaciones, son aquellos elementos por cuya virtud una persona aparece constreñida a realizar una determinada prestación.”<sup>12</sup>

Las fuentes, tradicionalmente se clasifican en:

- i. La ley;
- ii. El contrato, cuya importancia es tanta, que es considerada la fuente más importante de obligaciones;
- iii. El cuasi-contrato; debiendo entenderse como aquellos hechos lícitos puramente voluntarios de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una relación recíproca entre los interesados; y

---

<sup>12</sup> Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 44



iv. Las obligaciones delictuales y cuasi delictuales; como aquellos actos y omisiones ilícitas en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia.

Ahora bien, las obligaciones mercantiles, son clasificadas por la doctrina así:

“i. Relaciones contractuales fácticas;

ii. Imposición del poder público; y

iii. El negocio jurídico.”<sup>13</sup>

Al referirse a las relaciones contractuales fácticas, se dan, en virtud del actual y moderno tráfico masivo, ya que en muchos casos se generan obligaciones sin que haya mediado la adecuada declaración de voluntad contractual. En vez de la declaración de voluntad, existe una oferta pública de prestación y una efectiva aceptación por el público de la prestación, pero ni la una ni la otra, constituyen declaraciones de voluntad, sino que representan sólo la conducta social.

En cuanto a las relaciones nacidas por imposición del poder público, la doctrina analizada cita que en el siglo IXI, se advertían ejemplos de estas relaciones contractuales. Esta fuente de obligaciones, se refieren a las limitaciones que el Estado establece a la libertad de contratación, de tal manera que el comerciante debe aceptar

---

<sup>13</sup> Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 10



dichas imposiciones; y que pueden abarcar situaciones diarias, verbigracia los precios de pasajes urbanos o extraurbanos de pasajeros, etcétera.

El negocio jurídico como tal, es el acto de autonomía privada al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares.

Pero el negocio jurídico puede ser unilateral o puede ser también bilateral o plurilateral.

Es unilateral cuando produce efectos por virtud de una sola declaración de voluntad.

El negocio jurídico mercantil es bilateral o plurilateral, cuando las partes representan intereses distintos.



## CAPÍTULO II

### 2. El contrato mercantil

Esencialmente, no existe una diferencia entre un contrato civil y uno mercantil, precisamente porque en ambos existe un acuerdo de voluntades, por las que se crean, modifican o extinguen obligaciones.

“El contrato, es uno de los conceptos más fundamentales de todo el derecho. Como dice Pérez Serrano, en un siglo como el XIX el acusado sentido individualista y liberal, nada de extraño tiene que el contrato constituyera la figura central para explicar todo género de instituciones jurídicas. Desde la creación misma del Estado, justificada por el contrato social o la imposición de la pena, aceptada de antemano por quien había de cumplirla, hasta la organización del mundo internacional, regulado por tratados de esencia contractual.”<sup>14</sup>

“No es fácil justificar desde el punto de vista legislativo la distinción entre un contrato mercantil y el contrato civil. Sin embargo, los contratos se clasifican en mercantiles cuando están incluidos en el Código de Comercio, para que un contrato sea mercantil se requiere la intervención de un comerciante y la destinación al comercio; los contratos formales son una excepción, ya que la libertad de forma es la regla general.”<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Puig Peña, Federico. *Ob. Cit. Tomo III. Pág. 397*

<sup>15</sup> Garrigues, Joaquín. *Ob. Cit. Pág. 13*



## **2.1. Concepto**

El contrato, como acto jurídico, constituye el medio para que se de el movimiento en el tráfico comercial; y aun cuando las obligaciones mercantiles no necesariamente devienen de él, sigue siendo una categoría para el surgimiento de obligaciones de origen contractual.

Como el Código de Comercio de Guatemala, no da ninguna definición del contrato mercantil, debemos recurrir a lo que al respecto regula el Artículo 1517 del Código Civil, que establece que “hay contrato cuando dos o más personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

## **2.2. Elementos del contrato mercantil**

Ya hemos dejado claramente establecido que el contrato es la forma típica del negocio jurídico mercantil y la fuente principal de las obligaciones mercantiles, por lo que únicamente hare una referencia a los elementos que le dan validez jurídica conforme lo establece el Artículo 1251 del Código Civil, que literalmente regula: “El negocio jurídico requiere para su validez: 1. Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad; 2. Consentimiento que no adolezca de vicio; y 3. Objeto lícito.” Estos elementos, también le son aplicables a los contratos mercantiles.



Al referirme a la capacidad legal del sujeto que declara la voluntad, el Artículo 8º del Código Civil, establece que la capacidad para el ejercicio de los derechos se adquiere por la mayoría de edad; misma que se adquiere al cumplir dieciocho años de edad.

En cuanto al consentimiento, la doctrina nos explica que “es necesario que el mismo se emita de una manera racional y consciente, no estando afectado por ningún vicio que destruya esa cualidad. Estos vicios pueden quedar referidos o a la falta de conciencia o error; o a la falta de libertad o violencia. Cuando un negocio jurídico adolece de algún vicio del consentimiento el mismo puede ser anulado.”<sup>16</sup>

Al respecto, el Artículo 1257 del Código Civil, establece que los vicios del consentimiento se dan cuando el mismo se da por error, dolo, simulación o violencia.

El error, es causa de nulidad cuando recae en la sustancia de la cosa que sirve de objeto, según el contenido del Artículo 1258, del Código Civil. El dolo es aquella sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes; según lo establece el Artículo 1261 del mismo cuerpo legal.

“El objeto del contrato, funciona como elemento esencial, ya que no es posible concebir un contrato sin una referencia material sobre la que coincidan las declaraciones de voluntad emitidas por las partes. Este objeto en última instancia, es una cosa del mundo

---

<sup>16</sup> Puig Peña, Federico. *Ob. Cit. Tomo III*. Pág. 432

exterior o la actividad de una persona, y ha de reunir siempre como condiciones indispensables, las de ser determinado, posible y lícito.”<sup>17</sup>



### 2.3. Forma de los contratos mercantiles

El Artículo 1256 del Código Civil, establece literalmente “cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.” Es decir que queda a criterio de los mismos interesados la forma en que celebren el contrato.

Así también, el Artículo 1574 del mismo cuerpo legal, establece “toda persona puede contratar y obligarse: 1. Por escritura pública; 2. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; 3. Por correspondencia; y 4. Verbalmente.” De esta forma es como la ley regula la forma en que las personas puedan quedar sujetas a un contrato o bien una obligación.

Los Artículos 1576 y 1577 del Código Civil establecen: “los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en un registro público, cualquiera que sea su valor, deben constar en escritura pública. Así también, deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente por la ley, como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez”.

---

<sup>17</sup> Paz Álvarez, Roberto. *Ob. Cit.* Pág. 30

La doctrina, al referirse a la forma de los contratos mercantiles, nos dice: "La forma es el modo de presentarse el negocio frente a los demás en la vida de relación externa. En este sentido, todos los contratos serían formales, porque todos necesitarían una cierta forma, oral o escrita, para darse a conocer públicamente. La distinción entre contrato formal y no formal se funda más bien en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma. Cuando la ley niega esa autonomía o impone al contrato una determinada forma, se dice que el contrato es formal. Cuando por el contrario, deja a los interesados en libertad respecto de la forma, se dice que el contrato no es formal."<sup>18</sup>



El Código de Comercio de Guatemala, en su Artículo 671, establece: "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 quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezcan que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir sus efectos en el mismo, se extenderán en idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales." En este Artículo se encuentra el fundamento que regula la libertad de forma de los contratos mercantiles, en cuanto las partes así lo convengan y estén de acuerdo.

<sup>18</sup> Garrigues, Joaquín. *Ob. Cit.* Pág. 20





Así también, los Artículos 672 y 673 del Código de Comercio, establecen que los contratos pueden constar en formularios, pólizas o facturas, a través de los llamados contratos por adhesión.

**2.4. Características de los contratos mercantiles**

La doctrina guatemalteca, le asigna "ocho características esenciales a los contratos mercantiles; siendo éstas:

- a. La representación para contratar;
- b. La forma de los contratos mercantiles;
- c. La cláusula compromisoria;
- d. Los contratos por adhesión;
- e. La omisión fiscal;
- f. La libertad de contratación;
- g. Los efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*; y



h. El contratante definitivo.<sup>19</sup>

Entrare ahora a analizar de manera sucinta, cada una de las mencionadas características, señaladas por el profesor Villegas Lara.

- a. La representación para contratar: establecida en el Artículo 670 del Código de Comercio, se denomina representación aparente, es decir, que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de un mandato.
- b. La forma de los contratos mercantiles: misma que ya ha sido analizada, únicamente me referiré a recordar que de conformidad con el contenido del Artículo 671 del Código de Comercio, los contratos de comercio, no están sujetos, para su validez a formalidades especiales.
- c. La cláusula compromisoria: los Artículos 270 y 272 del Código Procesal Civil y Mercantil, establecen que toda controversia relativa a los contratos puede dirimirse mediante juicio arbitral, si así se consignare en la escritura pública. En el terreno mercantil, es diferente ya que un contrato puede discutirse mediante arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria conste en la escritura pública, según lo establece el mismo Artículo 671 del Código de Comercio.

---

<sup>19</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco. Tomo III.** Pág. 32



- d. Los contratos por adhesión: éste ha sido discutido ampliamente en la doctrina, tanto por la forma en que se da el negocio como en lo referente a su convivencia 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 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.

Actualmente con la entrada en vigencia del Decreto 6-2003, del Congreso de la República, Ley de Protección al Consumidor y Usuario, se protege a los consumidores de bienes o servicios prestados en forma masiva, de arbitrariedades o del contenido leonino que pudiera tener un contrato por adhesión, en virtud de que los mismos son elaborados en serie, deben ser previamente aprobados por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO), ya que deben constar en formularios impresos con caracteres legibles y los demás requisitos establecidos en los Artículos 47 y 48 de la citada Ley de Protección al Consumidor y Usuario.

- e. La omisión fiscal: los actos jurídicos, especialmente los que se refieren al tráfico patrimonial, están sujetos o afectos a cargas impositivas pagaderas a favor del Estado. Sin embargo el tráfico mercantil puede verse afectado en la buena fe comercial, cuando los sujetos omiten tributar con respecto a sus contratos y obligaciones, la ley establece que ello no produce la ineficacia de los actos o



contratos mercantiles, como tampoco los libera de pagar los impuestos ordinarios. En estos casos, además de pagar la carga tributaria, se responderá de las multas que se imponen como consecuencia de disposiciones del derecho tributario, según el contenido del Artículo 680 del Código de Comercio.

- f. La libertad de contratación: ninguna persona se encuentra obligada a celebrar o no un determinado contrato. En ese sentido, el Artículo 681 del Código de Comercio establece que a nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho.

Se dan los llamados abusos de derecho, cuando existiendo monopolios determinados, éstos rehusaren contratar con un determinado cliente, por cuestiones de raza, religión o cualquier otra; éste proveedor puede ser obligado a contratar, ya que si el consumidor no tiene la facultad de elegir proveedor, éste tampoco debe poder elegir su clientela.

- g. Los efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*: esta cláusula es definida como la “convención del derecho romano, que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos. En virtud de la misma, las obligaciones subsistían mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación.”<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 72



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

Esta característica, se encuentra inmersa en el contenido del Artículo 688 del Código de Comercio, en el cual se establece 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 ya se incurrió en mora.

h. El 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. Sin embargo, en el mundo comercial puede suceder que 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 mayor de tres días, quién será la persona que resultará como contratante definitivo. Esta designación, depende de su ulterior aceptación, personalmente o por medio de su representante legal debidamente acreditado.



## 2.5. Interpretación de los contratos mercantiles

El Artículo 669 del Código de Comercio, establece: “las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de la verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratante sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.”

El Artículo 1593 del Código Civil, establece que los contratos se interpretarán en el sentido literal de sus cláusulas; aunque prevalecerá la intención de los contratantes, cuando las palabras utilizadas fueran diferentes o contrarias a la intención evidente.

“La aplicación del principio de la buena fe, como norma de interpretación y ejecución del contrato, supone que: a) hay que atender en primer lugar a los términos en que el contrato fue hecho y redactado; b) la prohibición de tergiversar el sentido recto, propio y usual de las palabras; y c) restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad.”<sup>21</sup>

La verdad sabida, se refiere a que al momento de celebrar un contrato y terminar así la consecuente negociación sobre el mismo, las partes tienen conocimiento pleno de lo pactado y de la forma en que ello debe cumplirse.

---

<sup>21</sup> Garrigues, Joaquín. *Ob. Cit.* Pág. 29



## 2.6. La representación mercantil

“Lo normal es que los negocios jurídicos se realicen por la misma persona que tiene interés en ellos. Sin embargo, es posible que una persona que no sea aquella a la que corresponden los intereses en juego, ponga su actividad al servicio de tales intereses, realizando en orden a los mismos, un negocio por cuenta de aquella persona a quien pertenecen.”<sup>22</sup>

## 2.7. Libertad de contratación y sus límites

“El principio de la autonomía de la voluntad preside todo el desarrollo de la vida contractual, concediendo a los individuos un amplio margen de actuación. Este margen afecta tanto a las personas, posibilitándolas para obligarse o dejar de hacerlo, como a las cosas, permitiendo la contracción de vínculos sobre prestaciones más variadas, excepto aquellas que el orden público prohíba.”<sup>23</sup>

Este principio de la autonomía de la voluntad, es propio del derecho civil, sin embargo es aplicable grandemente al comercio mercantil, “pero las exigencias de seguridad del tráfico, en unas ocasiones, u otras razones de interés público o privado, impidieron que dicha libertad contractual pudiera mantenerse en toda su pureza, imponiendo a veces a ciertas formalidades y limitando en otras ocasiones la autonomía de la voluntad en la

<sup>22</sup> Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 536

<sup>23</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit. Tomo III**. Pág. 415



contratación mercantil, pero también establece limitaciones cuando los convenios son contrarios a la ley.”<sup>24</sup>

Dentro de las limitaciones contenidas en el Código de Comercio, establece a la libertad de contratación, podemos mencionar que las sociedades cuyo fin sea ilícito, serán nulas, aunque las mismas se encuentren inscritas. Así también, la sociedad debe ser constituida mediante escritura pública; y aquella contenida en el Artículo 663 del Código, que establece que quien enajenare una empresa, debe abstenerse por lo menos durante cinco años de iniciar una nueva que por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda desviar la clientela de la empresa mercantil transmitida, constituyéndose en competencia desleal.

## **2.8. Clasificación de los contratos mercantiles**

Los contratos civiles y mercantiles, se clasifican igual; por lo que analizaremos la clasificación que establece la doctrina como genérica para ambas ramas del derecho.

- a. Contratos bilaterales y unilaterales: los bilaterales son aquéllos en que las partes se obligan en forma recíproca; y unilaterales, son aquéllos en los que la obligación recae únicamente en una parte.

---

<sup>24</sup> Garrigues, Joaquín. **Ob. Cit.** Pág. 31





- b. Onerosos y gratuitos: “Los onerosos, estipulan provechos y gravámenes recíprocos para los contratantes; mientras que los gratuitos, establecen provecho para una sola de las partes.”<sup>25</sup>

Dentro del derecho mercantil, no existen los contratos gratuitos, ya que el fin primordial del comercio es el lucro.

- c. Consensuales y reales: “Conforme el Código Civil, un contrato es consensual cuando se perfecciona en el momento en que las partes prestan su consentimiento; en cambio, los reales son aquéllos en que la perfección del contrato se da siempre y cuando se entregue la cosa objeto del negocio.”<sup>26</sup>

- d. Nominados e innominados: “El contrato, sustantivamente, tiene un nombre o nominación. Este nombre se lo puede dar la ley, constituyendo una nominación legal; o también la práctica social, constituyéndose una nominación social. Si un contrato tiene un nombre proveniente de la ley o las costumbres sociales de los comerciantes, entonces hablamos de contratos nominados; en caso contrario serán innominados, o sea, sin nombre.”<sup>27</sup>

- e. Principales y accesorios: son principales cuando subsisten por sí solos; y accesorios, cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación, es decir

<sup>25</sup> Paz Álvarez, Roberto. *Ob. Cit.* Pág. 44

<sup>26</sup> Villegas Lara, René Arturo. *Ob. Cit.* Pág. 38

<sup>27</sup> *Ibid.* Pág. 38



que presuponen la existencia de otro contrato o de una obligación principal a la que generalmente sirve de garantía.

- f. Conmutativos o aleatorios: el contrato conmutativo es aquél en que las partes están sabidas desde que se celebra el contrato cuál es la naturaleza y alcance de sus obligaciones, de manera que desde ese momento, se puede apreciar el beneficio o pérdida que les causa el negocio. En cambio, los contratos son aleatorios cuando las prestaciones dependen de un acontecimiento futuro e incierto que determina la pérdida o ganancia de las partes.
  
- g. Típicos y atípicos: un contrato es típico cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales. Es atípico cuando no obstante ser un contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla específicamente la ley.
  
- h. Formales o solemnes y no formales: el derecho mercantil es poco formalista; sin embargo, por casos expresos en el Código de Comercio; existen contratos comerciales de tintes formales o solemnes. "El contrato es formal cuando ella hace nacer el vínculo; la ausencia de formalidad anula el contrato. El contrato no es formal, cuando el vínculo no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad."<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Ibid. Pág. 39



- i. Condicionales y absolutos: un contrato es condicional cuando las obligaciones que genera se sujetan a una condición suspensiva o resolutoria; y es absoluto, cuando su eficacia no está sometida a una condición.
- j. Instantáneos y sucesivos: cuando un contrato se consuma o cumple de una vez en el tiempo, se clasifica como instantáneo. Ahora bien, si las obligaciones se van cumpliendo dentro de un término o plazo que se prolongue después de celebrado el contrato, se llama sucesivo o de tracto sucesivo.

La anterior, es una clasificación general de los contratos; sin embargo, la doctrina cita la siguiente clasificación, “atendiendo a la función económica de los contratos mercantiles:

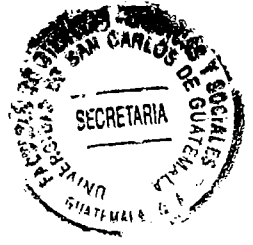
- a. Contratos de cambio: éstos son los que procuran la circulación de la riqueza ya sea de bienes o servicios; ya sea dando un bien por otro, o dando un bien a cambio de un hacer o servicio.
- b. Contrato de colaboración: pueden ser de colaboración asociativa, o de colaboración simple, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra.
- c. Contratos de conservación o custodia: son aquellos por los cuales se encarga la conservación y el cuidado de un bien.



- e. Contratos de prevención de riesgo: en este contrato, una parte cubre a la otra de las consecuencias económicas de un determinado riesgo.
  
- f. Contrato de garantía: por éste, se aseguran el cumplimiento de las obligaciones.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Paz Álvarez, Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 47



## CAPÍTULO III



### 3. El contrato

En cuanto al contrato se puede decir que existe o surge el contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

#### 3.1. Formación histórica

El concepto del contrato, se encuentra tan arraigado actualmente en nuestra conciencia jurídica, que no se piensa que es fruto de un tormentoso proceso histórico, que poco a poco se ha ido aclarando.

En el principio, la voz *contractus* no parece haber poseído un preciso significado técnico jurídico. Etimológicamente, es el participio pasivo del verbo *contrahere*, por lo cual se designa en forma genérica, lo contraído. Pero lo contraído es un negocio, o más técnicamente una obligación.

Los orígenes históricos de esta institución jurídica, responden a las siguientes interrogantes: ¿Cuándo hay que entender que se ha generado un vínculo jurídicamente exigible?; ¿Cuándo se permanece en el campo de las relaciones sociales o morales y en consecuencia sin posibilidad de ser exigido coercitivamente?; ¿Qué contenido de la



voluntad expresada en la promesa, forma parte de la reglamentación de la obligación asumida?; ¿Ante cualquier promesa el Estado presta sus mecanismos de coerción, para hacerlas efectivas si no son debidamente ejecutadas?

“En el derecho romano, la solución a las interrogantes indicadas iban íntimamente ligadas a la observancia de un forma, compuesta de ritos; es la ceremonia lo que confiere a la promesa el valor de la certeza y la seguridad que les da la posibilidad de ser jurídicamente exigidas, y sólo por ello, vinculantes.”<sup>30</sup>

Tal era el sentido de la ley romana; ya que sin la ceremonia no surgía obligación. Posteriormente surgen las obligaciones por contrato, que implican el surgimiento del vínculo porque el acuerdo de las partes va acompañado de la entrega de una cosa, sin cuya entrega real no existe la posibilidad jurídica de exigir alguna obligación, agotándose prácticamente esta posibilidad en la restitución de la cosa entregada.

Por lo tanto, se puede decir que el derecho civil romano, no conoció la eficiencia obligatoria de la voluntad por sí misma, si no iba encuadrada en una forma ceremoniosa o precedida de una entrega.

---

<sup>30</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. *El negocio jurídico*. Pág. 27

No es sino con el advenimiento del nuevo *ius civile* romano, cuando se introduce la categoría de las obligaciones contractuales consensuadas, basadas en el consentimiento de las partes, manifestado en cualquier tipo de forma; avanzando de esta manera la idea del contrato como un convenio de voluntades. Sin embargo, no se llega a aceptar que las obligaciones nacen de un convenio de voluntades.



La voluntad no fue reconocida como eficiente para la celebración del contrato, sino hasta las doctrinas del derecho canónico, a través de la doctrina de la fides, que daban el respeto ético a la palabra dada; haciendo pensar a los doctos, que es aquí que surge el mero acuerdo, sin formalidades de nada, entregas de cosas ni sujeciones a ningún tipo, que es la fuente que engendra obligaciones; sobre todo en el ámbito mercantil naciente, que requerían trámites ágiles, flexibles y eficaces.

### **3.2. Significado del contrato**

El contrato es el negocio jurídico por excelencia.

Una primera aproximación al significado del contrato puede hacerse partiendo de lo establecido en la legislación civil vigente, ya que el Artículo 1517 del Código Civil establece que existe el contrato desde que dos o más personas consienten en crear, modificar o extinguir una prestación.



De esta forma, el contrato significa un acuerdo de voluntades que genera obligaciones entre dos o más personas.



Sin embargo, "tal definición sólo es exacta si se la coloca en el centro de un más amplio contexto histórico, normativo y sistemático, e identifica tan sólo el aspecto más nuclear de la figura, tanto en su significado técnico, como en su significado institucional. Ello es así, porque el puro acuerdo de voluntades no es por sí solo generador de obligaciones y porque la reglamentación contractual, no está compuesta de reglas establecidas por las partes solamente."<sup>31</sup>

En efecto, la mera voluntad de las partes, no genera por sí sola obligaciones jurídicamente exigibles. Aunque una visión apegada a ciertas concepciones éticas vea en el contrato la proyección de la fidelidad a la palabra dada, el deber de cumplir lo que previamente se ha asumido, dando a la voluntad manifestada en un consenso entre dos o más personas fuerza eficiente para exigirse jurídicamente el cumplimiento de lo pactado, tal idea pertenece a la fase final de la evolución del concepto de contrato, tal como hoy lo entendemos, y ni siquiera es enteramente exacta, si entendemos que la fuerza eficiente de la voluntad la tiene la propia voluntad por sí sola, sin ningún otro requisito.

---

<sup>31</sup> Ibid. Pág. 29



### 3.3. Concepto de contrato

La doctrina internacional, afirma que “contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no sólo del derecho civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de la persona.”<sup>32</sup>

“El contrato es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y constituye una especie particular de convención que consiste en ser productor de obligaciones.”<sup>33</sup>

El Código Civil establece en su Artículo 1517 que “hay contrato cuando dos o más personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

---

<sup>32</sup> **Ibid.** Pág. 30

<sup>33</sup> Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 92



La relación jurídica que el contrato constituye, modifica o extingue, debe ser una relación jurídica patrimonial, o sea, debe tener por objeto bienes o prestaciones personales susceptibles de valoración pecuniaria.

De la definición legal establecida en el Artículo precitado, podemos deducir que en el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o más personas; y que el contrato tiene siempre como consecuencia, la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre los contratantes.

De lo anterior, también se puede establecer que el Código Civil de Guatemala, pone especial énfasis en la autonomía privada contractual. En este sentido, podemos decir que el contrato es fuente de obligaciones o medio de alterarlas, transmitir las o acabarlas. En todo caso, el contrato convierte a sus protagonistas en acreedores y deudores; en eso consiste su esencia.

#### **3.4. Contrato y autonomía de la voluntad**

Se puede decir que la autonomía de la voluntad son "las convenciones hechas en los contratos que forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley



misma. Es el principio fundamental para los códigos civiles inspirados en el código francés.”<sup>34</sup>

El contrato se ha dicho, es un acto de autonomía, de autorregulación de los intereses de los particulares, es decir de autolegislación.

“La autonomía de la voluntad surge por el fenómeno de la intervención estatal en las relaciones contractuales en la sociedad moderna, y como consecuencia de la producción en masa se ha convertido el derecho en un factor esencial para la mediación de conflictos entre clases sociales y para hacer frente a las crisis del sistema económico capitalista. Ambas cosas acaban en un papel cada vez más acusado de la mano pública, que repercute sobre la reglamentación contractual, con varias finalidades: los controles de actividad, regímenes de autorización y concesión, disciplina de precios, etcétera, que aboca a la presencia de normas imperativas dentro de la reglamentación contractual.”<sup>35</sup>

**3.4.1** El principio de la autonomía de la voluntad: “La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los principios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias

---

<sup>34</sup> **Ibid.** Pág. 43

<sup>35</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. **Ob. Cit.** Pág. 36

situaciones y relaciones jurídicas, al que la doctrina denomina autonomía privada o autonomía de la voluntad.”<sup>36</sup>



La autonomía privada es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo. Jurídicamente la autonomía privada es “una expresión con la que los juristas tratan de resaltar que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares un amplio poder de autorregulación de sus relaciones patrimoniales. Como todo principio general, y en buena medida, abstracto, la autonomía privada es una verdadera realidad y también un tópico muchas veces tergiversado. Con todo, un análisis general del contrato no puede efectuarse sin la existencia de dicho principio, ni dejar de resaltar el papel conformado del propio principio en el mundo contractual; en el que, evidentemente la voluntad de los particulares desempeña un papel protagonista conforme el instrumental jurídico a las necesidades e intereses de las partes.”<sup>37</sup>

Vista así, la autonomía privada es la libertad de crear, modificar o extinguir relaciones, desde el punto de vista legal, relaciones contractuales o jurídicas, estipulando o pactando sin más límites que los fijados por la ley.

El contrato civil o mercantil, descansa soberanamente en el principio de la autonomía de la voluntad, y es por esto, que el contrato es fuente creadora de reglas jurídicas. Por lo tanto, son válidas y dignas de respeto cuantas combinaciones invente el interés privado

---

<sup>36</sup> *Ibid.* Pág. 37

<sup>37</sup> Álvarez, Lasarte. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Pág. 7

con tal que no sean contrarias a la moral y buenas costumbres, quepan o no en las clasificaciones que inventa el legislador.



La libertad de contratación, se traduce en la libertad de las convenciones al que los comentaristas del Código Civil francés, denominaron la teoría de la autonomía de la voluntad, y que consistía en afirmar el culto a la voluntad individual, permitiendo en consecuencia al sujeto de derecho participar en las relaciones contractuales que libremente decida.

“El principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, es sencillamente una sintética expresión con la que los juristas tratan de resaltar que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares un amplio poder de autorregulación de sus relaciones patrimoniales. Como todo principio general, la autonomía de la voluntad es una verdadera realidad y también un tópico muchas veces tergiversado.”<sup>38</sup>

“El contenido de la autonomía de la voluntad, en materia de contratación se puede resumir así:

- a. En la libertad de elección del tipo de contrato, según las finalidades que los particulares hayan prefijado conseguir, dentro de los tipos de contratos previstos en la ley.

---

<sup>38</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. *Ob. Cit.* Pág. 39



- b. Libertad de celebrar contratos llamados atípicos, o sea no correspondientes a tipos contractuales previstos por las leyes, pero practicado en el mundo de los negocios, y aceptados socialmente como lícitos y dignos de tutela.
- c. Libertad de determinar el contenido del contrato, salvo en aquellos casos en que existe una legítima predisposición de aquél.”<sup>39</sup>

En cualquier caso, este contenido positivo contenido en el documento, va precedido por una libertad básica, sin la cual no se puede hablar de la existencia de un contrato, por ello, la adhesión forzosa a una reglamentación creadora de obligaciones, no es un contrato absoluto; aún y cuando la adhesión no es obligatoria en términos de exigencia jurídica.

La autonomía de la voluntad no puede perecer, por lo cual, habrá contrato en cuanto ella perviva; por lo cual es importante que la voluntad se encuentre mejor encauzada, sabiendo cuando debe fomentarse y cuando debe limitarse.

Cabe mencionar, que la autonomía de la voluntad ha entrado en una gran crisis, por la creación de los llamados contratos de adhesión y las múltiples cláusulas abusivas que ellos contienen, ya que únicamente generan obligaciones y derechos a una sola parte de la contratación.

---

<sup>39</sup> López y López, Fernando. **Derecho de obligaciones y contratos**. Pág. 327



**3.4.2** Limitaciones a la autonomía de la voluntad: la autonomía de la voluntad no es una regla de carácter absoluta. Otorgarle el carácter absoluto a la autonomía de la voluntad, sería reconocer el imperio sin límite del arbitrio individual.

Así pues, “el problema de la autonomía de la voluntad, es un problema de límites. La naturaleza del hombre y el respeto a la persona exigen el reconocimiento de la autonomía, pero el orden social precisa que esta autonomía no sea absoluta, sino limitada. Es decir, existen intereses de la colectividad que en la visión del ordenamiento, se contemplan como de jerarquía superior a la de los privados y no pueden ser satisfechos mediante actos de autonomía de estos. Por ello, la autonomía de la voluntad, no puede ser omnímoda.”<sup>40</sup>

Sobre la base del marco constitucional donde se desenvuelve la autonomía de los particulares, que mientras más intensa sea la presencia de los poderes públicos en la vida de la sociedad, y con mayor intención conformadora de ésta, la autonomía privada vendrá más reducida; precisamente por ello es por lo que las referencias constitucionales son imprescindibles para entender la extensión de dicha autonomía, no solo desde un punto de vista positivo, en cuanto delimitan lo que los particulares pueden autorreglamentar, sino también desde un punto de vista negativo, porque indican también límites que aquellos poderes públicos, no pueden sobrepasar.

---

<sup>40</sup> De Castro, Federico. **Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad.** Pág. 1013





En otras palabras, la autonomía de la voluntad, se encuentra sujeta a límites por razón de los intereses de la colectividad. Dichos límites, no pueden ser tan amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada con la consiguiente perturbación del orden, ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía.

En este orden de ideas, el Artículo 1271 del Código Civil, establece que "se puede estipular cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes ni a la moral. No vician el contrato y se tienen por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres."

Por lo anterior, puedo establecer que el primer límite existente para la autonomía de la voluntad, está constituido por el límite de las leyes, en virtud de que las mismas pueden ser imperativas o de forzosa aplicación; o bien pueden ser dispositivas que permiten ser sustituidas por el arbitrio individual.

Pero es muy difícil fijar cuando una ley es imperativa y cuando es dispositiva, ya que el contenido de unas y otras es muy variado, especialmente el contenido de las leyes imperativas, cuyo mecanismo de formulación principalmente se extienden ya sea a la imposición de un determinado contenido al acto de la autonomía; o exclusión de un determinado contenido del mismo. Así también las leyes imperativas, pueden prohibir un concreto acto de autonomía; exigir que un concreto interés particular se realice a través de un típico acto de autonomía; o bien se de la imposición para la validez de un acto de autonomía de que éste se haga observando unas formalidades específicas.



Otro de los límites a la autonomía de la voluntad, es la moral, según el Artículo 1271 analizado. Por moral, debe entenderse el conjunto de convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica.

La moral, es “lo perteneciente al fuero interno o a impulsos sociales; por contraposición a lo jurídico.”<sup>41</sup>

El último de los límites que la ley señala a la autonomía de la voluntad, se encuentra en el Artículo 1301, ya que la ley señala el orden público como un límite a la autonomía privada.

Esto quiere decir, que la autonomía de la voluntad se verá limitada por el orden público al concretar negocios jurídicos, que tiendan a sustituir, modificar o renunciar a las normas que interesan al orden público.

Teniendo en cuenta el contenido de las normas constitucionales, el orden público debe identificarse con aquellos preceptos constitucionales que impiden al particular desarrollar su libertad en detrimento de los derechos de los demás.

---

<sup>41</sup> Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 259



### 3.5. Condiciones generales de contratación:

Éstas cumplen una gran función económica, porque sólo uniformando el contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales, que permita la contratación en masa con la consiguiente reducción de los costos y la facilitación de las prestaciones.


“Las condiciones generales de los contratos, son, pues, reglas determinantes del contenido contractual, total o parcialmente, establecidas de manera unilateral por uno de los contratantes, para una serie indefinida de contratantes, sin que éstos puedan hacer otra cosa que adherirse a las mismas, o rechazar el contrato.”<sup>42</sup>

El fenómeno de la contratación por medio de formularios o mediante cláusulas preestablecidas sitúa normalmente en condiciones de inferioridad al cliente o consumidor, cuyos derechos contractuales se ven recortados. La doctrina internacional, afirma que “éstas cláusulas predispuestas o cláusulas no negociadas individualmente, son aquellas que han sido pre redactadas y cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes.”<sup>43</sup>

Por lo anterior, estaremos en presencia de una cláusula predispuesta cuando se trate de cláusulas contractuales predispuestas o formadas con anterioridad a la celebración del contrato, que hayan sido impuestas o puestas por la parte predisponente.

<sup>42</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. *Ob. Cit.* Pág. 58

<sup>43</sup> Alfaro Águila, Real. *El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas.* Pág. 15



El principal problema que pueden plantear las condiciones generales de los contratos es la posibilidad de abuso de la parte dominante, que es la que las establece, frente al adherente, que se encuentra en varias ocasiones en una posición muy débil, porque en principio su libertad de contratar, es inexistente.

El control de éstas condiciones de contratación, está ligado a la honradez, honestidad, fidelidad y confianza, contra los axiomas clásicos del derecho, que rezan que quien firma queda obligado; e incluso contra una concepción antiquísima de la autonomía privada que no está familiarizada con las aplicaciones del principio de la buena fe que domina el ordenamiento jurídico, y especialmente, los contratos.

Frente a ello, y con la finalidad de evitar los abusos que tan desmedida desigualdad entre las partes contratantes conlleva, se articulan mecanismos de control de las condiciones generales de contratación, que son:

- a. **Legislativos:** éstos se dan al dictar normas de carácter general que impongan un determinado contenido a las condiciones generales de contratación o prohibiendo su inclusión en ellas de determinadas cláusulas, consideradas abusivas.
- b. **Administrativos:** éstos se dan singularmente a través de la exigencia de una autorización previa de las condiciones generales de contratación, con el objeto de prevenir el abuso de la parte dominante.

- c. Judiciales: éstos controles, serán a cargo del juzgador, quien interpreta el contrato, conforme a la regla de la estipulación contra predisponente, establecida en los Artículos 1600 del Código Civil y 672 del Código de Comercio; sobre todo, haciendo ver la buena fe de las partes.



Existen mecanismos de control judicial, y sistemas de control extrajudicial como la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor en Guatemala.

## CAPÍTULO IV



### 4. Elementos del contrato

Existen varios elementos del contrato que resulta importante resaltar y tomar en cuenta dada la importancia que tiene en el ámbito jurídico.

#### 4.1. Requisitos del contrato

“La identificación del contrato con la autonomía de la voluntad no debe significar en ningún caso que ésta sea suficiente para producir los efectos jurídicos que le son típicos, por lo que siendo esencial para su formación, debe expresarse en las condiciones fijadas y con los requisitos exigidos legalmente.”<sup>44</sup>

Las mencionadas condiciones o requisitos exigidos legalmente, no tienen todos el mismo significado, por lo cual, cierta parte de la doctrina los distingue entre elementos esenciales, naturales y accidentales.

El hecho de su regulación, revela el interés que éstos requisitos merecen para el legislador, pues siendo el contrato una manifestación de la libertad individual, ella no puede ser ajena a una intervención normativa que fije el alcance y los límites en los que se debe desenvolver.

---

<sup>44</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. *Ob. Cit.* Pág. 102



Así pues, la autonomía de la voluntad debe de obedecer a una finalidad que merezca la protección del ordenamiento jurídico cuyo control se realiza preferentemente a través de la causa que todo contrato debe tener, que ha de ser lícita; lo mismo cabe decir del objeto del contrato, pues no toda realidad social puede ser objeto de tráfico entre particulares.

Por otro lado, los intereses particulares están especialmente presentes y protegidos en el tratamiento del consentimiento y sus vicios, cuya resolución tiende a preservar el equilibrio propuesto por las partes en la celebración del contrato, sin perjuicio de su incidencia en el tráfico en general.

#### **4.2. Elementos esenciales, naturales y accidentales**

Se denominan elementos esenciales a aquéllos que son indispensables para la validez y la eficacia del contrato, que son la capacidad contractual, el consentimiento, el objeto, la causa y la forma cuando su exigencia es requisito para su validez.

“Son elementos esenciales aquellos que necesariamente deben concurrir para dar existencia a un acto jurídico en general o a determinado negocio jurídico en particular, de modo que la ausencia de todos o alguno de ellos impide la constitución misma del acto. La falta de cualquiera de ellos, excluye la existencia del negocio jurídico.”<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> *Ibid.* Pág. 103



Por el contrario, son elementos naturales, aquéllos que se integran en cada contractual y que se imponen por el legislador a falta de una disposición en contrario de las partes, pues por naturaleza corresponden a ese contrato.

En un criterio propio, considero que en realidad no son elementos, sino meras consecuencias de determinados contratos en particular, pero que en virtud del sistema legislativo de cada contrato, no tienen necesidad de pactar; siendo éstos efectos normales del negocio.

Se consideran elementos accidentales aquellos que por voluntad de las partes pueden acompañar a un determinado contrato, como ocurre con la condición, el plazo y el modo. Estos elementos, son accidentales, porque pueden o no pactarse o introducirse en el contenido del contrato a voluntad de las partes.

“Desde un punto de vista práctico esta clasificación carece de trascendencia, dado que en la realidad del tráfico lo que nos encontramos son contratos específicos y concretos, en los que cada elemento que lo integra es necesario para la efectividad propia de dicho negocio, ello con independencia de que el mismo sea esencial, natural o haya sido introducido por las partes, por ejemplo, al someter su eficacia a un término temporal.”<sup>46</sup>

“Los elementos esenciales son requisitos o presupuestos de validez del negocio. Los elementos naturales, en cambio son obligaciones contractuales derivadas de normas

---

<sup>46</sup> **Ibid.** Pág. 105



jurídicas dispositivas que funcionan en defecto de pacto en contrario de las partes. Los llamados elementos accidentales, por último son maneras de configurar el negocio o su eficacia, cuya accidentalidad puede predicarse del tipo abstracto del negocio tal y como es contemplado por la ley, pero que en el negocio real establecido por las partes adquieren el rango de determinaciones esenciales de la reglamentación de intereses que entre ellos se establece.”<sup>47</sup>



Ahora bien, según el Artículo 1251 del Código Civil, son requisitos o elementos esenciales de todo contrato, la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

### **4.3. La capacidad para contratar**

La capacidad no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino que es un presupuesto de validez y eficacia del negocio jurídico.

Cuando se habla de incapacidad nos referimos a las restricciones en la capacidad de obrar, que pueden provenir tanto de la simple minoría de edad como de otras circunstancias personales que determinen la incapacitación judicial, pero se ha de tener presente que tales circunstancias pueden concurrir no existiendo declaración judicial aún y que incluso, cabe pensar en disminuciones momentáneas y puntuales de capacidad.

---

<sup>47</sup> Díez – Picazo. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Pág. 328



El contrato en cuanto a manifestación de la autonomía individual que vincula a la persona que lo celebra requiere como presupuesto de validez que se cuente con la capacidad suficiente para su realización, es decir la aptitud para intervenir en relaciones jurídicas; recordando que capacidad es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones y para actuar por sí mismo en el ámbito jurídico, ejerciendo esos derechos y cumplimiento de esos deberes.

A ello se refiere el Artículo 1254 del Código Civil al señalar que “toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare específicamente incapaces.” De ello se infiere, que salvo los supuestos establecidos, la regla general es la capacidad de obrar para celebrar cualquier tipo de contrato.

#### **4.4. La incapacidad para contratar**

Es menester recordar lo estatuido en el Artículo 8 del Código Civil, en cuanto a que “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.”

En lo que se refiere al incapaz, es necesario tomar en cuenta la capacidad para contratar que las personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas, dato que tiene una especial relevancia y que habrá siempre tener en cuenta.

Los contratos de los incapacitados pueden ser impugnados sin otro fundamento que la incapacidad, cuando el contrato en cuestión, por su tipo y características, se encuentre dentro del marco al que la incapacidad se extiende. El ejercicio de la anulación corresponde a los representantes legales del incapacitado o éste mismo una vez que haya salido de la incapacidad. No puede impugnar el contrato quien contrató con el incapacitado.



#### **4.5. El consentimiento**

Es el requisito considerado como primordial y con supremacía sobre los demás, es el elemento sobre el que más han insistido tanto la doctrina como la jurisprudencia, y que ha ocupado el centro del contrato y del negocio jurídico.

“Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos.”<sup>48</sup>

El consentimiento consiste en la concordancia de las dos o más voluntades declaradas de las partes que celebren el contrato. Por lo tanto, se puede entender por consentimiento contractual el común acuerdo de las partes sobre la celebración del contrato, que contiene su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que lo integran.

---

<sup>48</sup> Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 87

Siendo el contrato un negocio bilateral requiere para su perfección plena coincidencia de la voluntad de los sujetos que intervienen, a lo que se refiere el Artículo 1518 cuando 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.”



Este consentimiento, como expresión de la voluntad de las partes contratantes, debe expresarse siempre al exterior, con el fin de que se conozca por todas las partes intervinientes en el contrato y pueda llegarse a un acuerdo.

Lo normal es que esta voluntad se manifieste a través de medios idóneos para hacerla llegar, que pueden ser signos orales, escritos, o incluso mediante gestos que tienen convencionalmente atribuido ese significado; en ese sentido se habla de voluntad expresa.

La voluntad tácita se da cuando la misma se infiere de un comportamiento que sin estar dirigido a expresar tal voluntad. En ese contexto el Artículo 1252 del Código Civil, señala: “la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente.” De lo anterior se infiere que la voluntad tácita puede consistir en un hecho material que dé a conocer la aceptación de la obligación sin que lo manifieste con palabras.



En la actualidad, es menester referirnos al consentimiento manifestado por medios electrónicos; ya que en la contratación por cualesquiera de estos medios, la voluntad de contratar suele manifestarse no a través de la palabra oral o la escritura gráfica, sino a través de gestos, tales como teclear o activar un botón en el terminal informático; o de descargar un programa informático, que son de las acciones típicas de las transacciones en red o en línea.

En la contratación electrónica interviene en un buen porcentaje de contratos, un agente electrónico, entendido como un caso especial de la forma electrónica de consentimiento. Se concreta sin la intervención directa de la acción humana, que obliga a su propietario.

“El contrato electrónico no puede ser construido como un contrato convencional, en papel; ya que la materia objeto de interpretación está constituida por los actos y conductas de los contratantes, mucho más que por cláusulas y expresiones escritas o declaraciones concretas.”<sup>49</sup>

Cabe preguntarnos entonces, ¿cuáles son las pautas de garantía en la declaración del consentimiento manifestado por medios electrónicos? La formulación telemática del consentimiento contractual originario, es decir, el relativo a la oferta, ordenación inicial o aceptación de un nuevo contrato, debe consistir en un acto de voluntad de carácter expreso, ya se trate de una operación determinada o de un grupo, conjunto, categoría o clase de operaciones.

---

<sup>49</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. *Ob. Cit.* Pág. 115



#### 4.6. El objeto del contrato

Al objeto del contrato, se refiere el Artículo 1538 del Código Civil, cuando establece que “no solo las cosas que existen pueden ser objeto de los 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 las 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.”

De este precepto, se puede inferir, que como objeto del contrato se entiende a aquella realidad material o jurídica sobre la que el mismo recae. Con esto, me refiero a la prestación en la que consiste la obligación, pero no se puede olvidar que ésta está dirigida a la efectividad del contrato de que se trate, por lo que en última instancia no puede encauzarse a otra realidad distinta que la prevista en el mismo.

Según la doctrina internacional, pueden ser objeto de contrato las cosas u objetos corporales, las energías naturales, las creaciones del ingenio, el comportamiento de las personas en cuanto puedan proporcionar una utilidad o valor económico o servicios, el dinero como medida de valor, los títulos valores.

“Objeto del contrato serían los intereses de las partes que el negocio está llamado a reglamentar. La idea de interés sin embargo, es difusa. Interés tanto puede significar la relación objetiva del hombre con esta realidad que se presenta como útil, cuanto el



móvil, apetito o fin subjetivo que mueve al hombre a actuar, a relacionarse con esa realidad, a interesarse por ella.”<sup>50</sup>

El objeto y el consentimiento, a pesar de ser dos elementos tan distintos, los mismos se complementan perfectamente. Así, el contrato se perfeccionará cuando se haya llegado a un consentimiento por ambas partes, sobre un mismo objeto. La vinculación contractual existe porque cada parte ha podido formarse una idea, a base de lo expresado por la otra, de cuál es el interés que el derecho le protegerá cuando el contrato quede perfecto.

Por lo anterior, lo que debe tener relevancia para el mundo jurídico, es si cada parte ha logrado formar una representación visual, racional, de lo que la otra parte le ha ofrecido, y si de conformidad con ella, se ha otorgado el consentimiento.

Para que el consentimiento esté bien formado, se ha de conocer y querer el objeto sobre el cual recaerá la declaración de voluntad. Existe pues, una íntima relación entre la voluntad y la información. Entonces, las partes deben exigir una información completa, clara y veraz, y esto no supone nuevos límites en materia contractual, sino por el contrario, es una garantía del principio de autonomía de la voluntad que favorece la igualdad real entre los contratantes y el equilibrio de fuerzas, así como potencia la formación adecuada del consentimiento, con relación al objeto y a todas las

---

<sup>50</sup> *Ibid.* Pág. 122



circunstancias que rodean al mismo y a la contratación; objeto y contratación sobre los que inciden y a su vez, son fuentes de reglas.

Sólo un objeto conocido e identificado o identificable por el sujeto, será el objeto del contrato concretamente.

**4.6.1** Requisitos del objeto contractual: del análisis del contenido del Artículo 1538 del Código Civil, podemos inferir que el objeto del contrato, debe ser:

- a. **Posible:** ello significa que el objeto ha de existir al momento de la celebración del contrato, pudiendo recaer también sobre cosas que no existen al momento de celebrar el contrato, pero que pueden llegar a existir según el curso normal de los acontecimientos, ya sea por hechos de la naturaleza, o por hechos del hombre, o ambos. El Artículo 1539 prohíbe los contratos sobre herencias futuras.

“Exigir que el objeto sea existente o posible es exigirle que sea real o que pueda serlo, y realizable, es decir, que se está limitando al objeto desde el punto de vista de su misma naturaleza. Esta apreciación, sin duda alguna, sitúa el problema en su perspectiva más realista, al distinguir los dos aspectos de la existencia y posibilidad como algo inherente, no tanto a las cosas en sí, sino a las cosas en cuanto que objeto de contratos de cambio o de prestación de servicios.”<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> **Ibid.** Pág. 125





- b. Lícito: la licitud del bien supone que está fuera del comercio de los hombres, mientras que los servicios se estiman ilícitos cuando van contra la ley imperativa, las buenas costumbres o el orden público.

Las cosas como objeto del contrato, no son lícitas o ilícitas, sino que lo lícito o ilícito es el traficar o comercializar con las cosas. Por eso, la idea de licitud se transforma en la de comerciabilidad. En cambio, aplicada a los servicios, la idea de licitud se concreta en la de conformidad o adecuación del comportamiento o conducta que debe adoptarse con las exigencias impuestas por la ley y las convenciones morales imperantes.

- c. Determinado o determinable: un objeto determinado es un objeto individualizado y distinguido, conocido y querido en esa realidad concreta por ambos contratantes, significa sobre todo programación del objeto, descripción de sus circunstancias y cualidades, del valor que para las partes representa y utilidad en el momento en que se acuerda sobre él.

“Para que el objeto se entienda determinado ha de estar identificado o deben existir elementos suficientes para conocer su identidad propia, para lo cual basta con que exista un elemento diferenciador que sirva para evitar cualquier tipo de confusión con otro objeto.”<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Ibid. Pág. 127



No puede haber obligación contractual si no se ha determinado en qué consisten dichas obligaciones. Tampoco existe una obligación contractual si la concreción el objeto del contrato se ha dejado para un momento futuro en que tendrá que producirse sobre ella un nuevo acuerdo de las partes. En tales casos, habrá un comienzo de conversaciones o de tratos previos, pero no un verdadero contrato pleno y perfeccionado.

Para que el contrato pueda entenderse válidamente celebrado es necesario que se conozca ya el concreto objeto sobre el cual el mismo ha de versar, o por lo menos que pueda llegar a conocerse sin necesidad de un nuevo acuerdo posterior.

#### **4.7. La causa del contrato**

La causa es uno de los grandes tópicos del derecho privado, objeto de continuas discusiones que han creado un clima de confusión bastante elevado en la doctrina civilista.

“Respecto a la causa como elemento esencial para la validez del contrato, existen dos corrientes doctrinales que están enfrentadas; para un sector, todo compromiso ha de ser cumplido, sin que sea necesario detenerse a considerar su origen y contenido; para otro sector, deben ser controlados los compromisos, para no considerar obligatorios los que no merezcan el apoyo jurídico, por razón de su contenido.”<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Ibid. Pág. 130



La exigencia de una causa en los contratos va unida al reconocimiento de la autonomía de la voluntad como productora de relaciones obligatorias.

La causa de la obligación, sería la “razón jurídica de esa vinculación, que no podemos identificar con lo que son sus fuentes, pues ello explicaría el nacimiento de dicha obligación, pero no su virtualidad desde un punto de vista jurídico.”<sup>54</sup>

La causa del contrato, es definida como “el propósito o fin común que persiguen las partes con su celebración. Ésta responde a la pregunta del por qué se celebró el contrato.”<sup>55</sup>

La causa del contrato tiene una función caracterizadora, que requiere una causa o razón suficiente para que quien prometa quede obligado y no pueda desdecirse, para que quien entrega la cosa, no pueda reclamarlo.

Pero también tiene una función justificadora de la atribución patrimonial, entendiéndose este criterio subjetivo, como medio para clasificar los contratos; ya que a la causa siempre está la contrapromesa. Bajo ésta teoría, la causa sirve para justificar el título, y éste es, a su vez, el instrumento jurídico que las partes han elegido para canalizar su consentimiento común sobre un objeto, causa, la relación jurídica que justifica ese efecto jurídico o adquisición de derechos.

---

<sup>54</sup> **Ibid.** Pág. 132

<sup>55</sup> Valpuesta Fernández, María. **Derecho de obligaciones y contratos.** Pág. 351



Por lo anterior, las funciones de la causa contractual, serían en primer lugar, que sirva para identificar el contrato celebrado. Por otra parte, la causa cumple también con una función de control de la licitud de los contratos, en cuanto manifestación de la autonomía de la voluntad que no puede vulnerar el ordenamiento jurídico.

Existen tres requisitos de la causa contractual, que son, la existencia; la veracidad y la licitud.

Al hablar de la existencia de la causa contractual, ésta debe ser entendida en el sentido que carecen de causa aquellos contratos cuyo propósito no justifica la protección que se pretende del ordenamiento, o la misma no responde al tipo contractual propuesto.

La veracidad, es un requisito que se refiere a la expresión de una causa falsa dará lugar a la nulidad, si no se probara que estaban fundados en una verdadera y lícita causa.

La causa, finalmente, ha de ser lícita, entendiéndose como todo aquello que no se opone a las leyes, la moral y las buenas costumbres. El Código Civil, no exige la causa como requisito esencial del contrato, ya que según la legislación nacional vigente, la declaración de voluntad puede producir efectos independientemente de la existencia de una causa.

Nuestros legisladores no adoptaron una postura eminentemente anticausalista, en virtud de que en nuestro ordenamiento jurídico, existen determinadas figuras que guardan



estrecha relación con la causa; por ejemplo, los supuestos contenidos en los Artículos 1616 del Código Civil y los Artículos 408 y 409 del Código de Comercio; simplemente no consideraron el explicar, o definir la causa como elemento del contrato.



## CAPÍTULO V

### 5. El contenido del contrato

El contenido del contrato consta de varias características de forma, funciones y cláusulas que se puedan incluir en el, las cuales se detallan a continuación.

#### 5.1. La forma del contrato

Ésta se refiere a los requisitos necesarios para la validez o eficacia de un determinado negocio jurídico, y que deben de expresarse a través de signos concretos.

La forma contractual, es definida como “todo aquello que el derecho exige por encima y además de la simple voluntad del promitente para que una promesa sea vinculante.”<sup>56</sup>

En ese sentido, este concepto hace referencia a un medio concreto y determinado que la ley o la voluntad de los particulares, imponen para exteriorizar la voluntad contractual. Bajo este concepto la forma es siempre un añadido a la voluntad.

---

<sup>56</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. *Ob. Cit.* Pág. 144



La exigencia de una forma específica puede obedecer a razones muy diferentes; así la misma puede servir para dar certeza a la declaración de voluntad, que es requerida para determinados contratos que por su trascendencia en el patrimonio del obligado se le quiere rodear de las máximas garantías en su celebración, tal ocurre con los contratos traslativos de dominio de inmuebles; otras veces, en cambio, su exigencia se justifica para favorecer la prueba del contrato, bien entre las partes, bien frente a terceros.

## **5.2. Funciones de la forma contractual**

La función más elemental de la forma es la de dar a conocer el acto jurídico realizado. Con esta función, que puede ser denominada como de publicidad, la forma proporciona un dato objetivo de conocimiento del acto contractual, lo que hace posible su eficacia jurídica, su interpretación y su protección jurisdiccional.

Así también, cabe reconocer como segunda función de la forma contractual, misma que atañe particularmente a la declaración de voluntad. Esta, se conoce a través de la forma del contrato, en la que, durante el proceso formativo del acto contractual, ha ido plasmándose hasta quedar en ella fijada definitivamente. Manifestado el consentimiento, sólo queda de él la noticia que proporciona la forma contractual. Por lo anterior, esta sería la segunda función de la forma, servir de base objetiva para la presunción de correspondencia del consentimiento exteriorizado con la voluntad real de los contratantes.



La finalidad de cada una de las funciones mencionadas, conllevan dar observancia a la existencia del acto contractual, por lo tanto, puede producir efectos jurídicos. Es decir, la publicidad, da protección y seguridad jurídica al contrato.

Así también, el acto contractual, en cuanto revestido de la forma jurídica adecuada, implica y postula la existencia de un consentimiento cierto, y en principio, válido, libre, serio, no viciado; ya que el consentimiento manifestado formalmente corresponde a un consentimiento real; esta función de certeza, responde a la finalidad de hacer patente la realidad del consentimiento declarado.

Existen también, dos tipos de forma en los contratos. La primera, llamada forma de solemnidad y la segunda forma probatoria.

La primera, constituye un requisito esencial del contrato, de tal manera que hasta que no se cumple, dicho contrato no ha sido perfeccionado; es decir, son aquellas formas que por ministerio de la ley constituyen un requisito esencial del contrato, por lo cual, su falta, acarrea la nulidad del mismo.

La forma probatoria, es aquella cuya exigencia está más relacionada con la eficacia del contrato, que con su validez. Generalmente sirve para la prueba del contrato. Esta forma, puede incidir sobre los efectos del contrato, cuando se hace, depende su





cumplimiento y la exigibilidad de las obligaciones que de él nacen, porque así lo han dispuesto las partes, o porque el efecto típico, que puede ser la transmisión del dominio en la compraventa, por ejemplo, se liga al otorgamiento de la escritura pública; o permite su acceso al Registro General de la Propiedad. Lo que caracteriza a esta forma, es que su cumplimiento puede ser obligatorio para las partes, pero su incumplimiento no implica la invalidez del negocio realizado; afectando únicamente su eficacia en alguno de sus aspectos.

### **5.3. Las cláusulas abusivas**

La protección de la ingente muchedumbre de contratantes en nuestros días, de consumidores y adherentes, se lleva a efecto mediante la proscripción de las cláusulas abusivas.

Las prohibiciones fundamentales proceden de los grandes principios del derecho de obligaciones, que se han gestado desde siempre, pero que se convirtieron en categorías a partir de la segunda mitad del Siglo XIX.

En el fondo, pretenden reedificar el contrato desde valoraciones éticas e igualitarias, en la búsqueda de un justo equilibrio de las prestaciones como forma de tutelar al contratante más desamparado. El contrato se reduce a la mera imposición y pierde libertad e igualdad ahora y siempre, las estipulaciones son oscuras, ambiguas, mal



redactadas, unilateralmente beneficiosas para el predisponente, expropiatorias de los derechos del adherente, desnivelan el principio de reciprocidad de intereses.

“La doctrina suele comenzar el estudio de las cláusulas abusivas afirmando que el derecho legal dispositivo en materia contractual suministra un modelo de conducta que tiene en cuenta adecuadamente los intereses en conflicto, de modo que cualquier desviación respecto al mismo requiere una especial justificación, a riesgo de considerar inequitativa la ordenación establecida.”<sup>57</sup>

Entonces, la cláusula abusiva es aquella que ha sido redactada previamente y en la que el consumidor no ha podido influir sobre su contenido, con independencia de que su destino sea o no incorporarse a una pluralidad de contratos.

De este modo, una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, puede resultar abusiva, según el texto de la misma, sin necesidad de que se trate de una condición general, pues por tal ha de considerarse, a aquella que está pensada para formar parte de un indeterminado número de contratos.

Existen legislaciones que tipifican si no taxativamente, si de modo discrecional, un tipo de cláusulas que podrían ser denominadas como cláusulas abusivas; como lo es “la legislación europea comunitaria; misma que contiene dentro de los supuestos típicos de las mismas, los siguientes:

---

<sup>57</sup> *Ibid.* Pág. 66



- a. Las cláusulas que otorgan la facultad de resolver discrecionalmente el contrato.
- b. Las cláusulas que perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comportan en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos, obligaciones y las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios.
- c. Las condiciones abusivas de crédito, que deben entenderse como la aplicación a los contratos de concesión de crédito.
- d. Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiaciones, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a las prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.
- e. Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.
- f. La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos que no sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se le ofrecieron gratuitamente.
- g. La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.
- h. La imposición de renunciadas a los derechos del consumidor o usuario reconocidas por la ley.



- i. Los pactos de sumisión expresa a jueces o tribunales que no sean los del domicilio del adherente.
- j. Cláusulas de prórroga automática.
- k. La resolución o la posible modificación unilateral del tipo de interés, modificación unilateral de condiciones, las cláusulas de vencimiento anticipado, indemnización desproporcionalmente alta.

#### 5.4. Contrato leonino

Se llama contrato leonino al contrato de sociedad en que se pacta que todas las ganancias sean para uno o algunos de los socios y todas las pérdidas para los demás.

“Es aquel que desconoce la equitativa relación entre las prestaciones, por abuso de la superioridad propia o de la ajena debilidad o ignorancia.”<sup>58</sup>

Mientras que las cláusulas leoninas, son “aquellas que aseguran a una sola de las partes, ventajas contrarias a la equidad.”<sup>59</sup>

Podemos definir entonces el contrato leonino, como aquel contrato en el que no existe una auténtica reciprocidad de prestaciones e intereses entre ambas partes, debido a la

<sup>58</sup> Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 95

<sup>59</sup> *Ibid.* Pág. 71

situación de desigualdad de los contratantes y el abuso de poder de una de ellas hace a la otra aceptar condiciones abusivas.



El amplio margen a la autonomía de la libertad de los contratantes reconocida en el Código Civil, tiene necesariamente que encontrar un límite legal y de orden público para evitar que la situación de preponderancia de uno de los contratantes pueda lesionar los derechos de la parte más débil, que se ve forzada a la aceptación de convenios y cláusulas impuestos unilateralmente y que resultan abusivos.

La intervención estatal en este tipo de contratos se hace ineludible, y encuentran un apoyo generalizado en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, contenida en el Decreto número 6-2003, del Congreso de la República.

Las legislaciones internacionales, observando los rectos principios de la equidad, reprueban éste tipo de contratos; por lo que el contenido incluso de una cláusula leonina, hace que el contrato sea nulo de pleno derecho.

### **5.5. Causalidad de lo ilícito**

Los contratos con causa u objeto ilícitos, por ser contrarios a la ley, la moral, al orden público o versar sobre objetos imposibles o cosas extra comercio. La sanción legal para los contratos con objeto o causa ilícitos es la nulidad absoluta.



## **5.6. La nulidad de las cláusulas abusivas**

La no incorporación o nulidad de las cláusulas abusivas, tratan en el fondo de evidenciar que faltó o estaba mal formado el consentimiento otorgado por parte del adherente.

Las condiciones generales que no quedan incorporadas por falta de conocimiento completo del adherente, o por su ambigüedad u oscuridad, revelan que la autonomía privada no ha existido o ha quedado notablemente reducida, por lo que una de las partes no formó su autorregulación de intereses en el clima de libre decisión consustancial al contrato.

Los contratos celebrados por consumidores y usuarios, las listas de cláusulas abusivas y leoninas por oscuridad, lesión de la buena fe contractual, vinculación del consumidor a la voluntad exclusiva del profesional, ausencia de equilibrio entre las prestaciones y de reciprocidad de intereses; muestran una defectuosa configuración de la autonomía privada y el propósito del legislador de restablecer la igualdad y la libertad de las partes contratantes a la hora de consentir.

De acuerdo a la legislación nacional, y al derecho comparado, las cláusulas leoninas y las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en el contrato. Existe también la nulidad parcial del contrato con cláusulas abusivas o leoninas, ya que si se declara la nulidad de una o de varias cláusulas leoninas o cláusulas abusivas, se mantiene, en principio, la eficacia de las restantes cláusulas.



La regla de nulidad parcial y, por consiguiente, de la conservación de la validez del contrato, comporta la necesidad de verificar una integración de éste, en la que evidentemente no juegan las cláusulas declaradas nulas. Para ello, la regla debe ser la integración del contrato con las disposiciones legales, siempre que éstas existan, por tratarse de un contrato típico.

Para determinar qué parte del contrato ha de considerarse nulo, el juez ha de atender al concepto de cláusula en sentido material; es decir que no se puede declarar parcialmente nula una cláusula.

### **5.7. La forma en el Código Civil**

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

Con apoyo en esta norma podemos señalar la existencia del principio de libertad de forma; mismo que se aplica con mayor fundamento en el ámbito mercantil, ya que el Artículo 671 del Código de Comercio, establece que los contratos mercantiles no están sujetos, para su validez a formalidad alguna.



Si la forma sólo es requisito constitutivo del contrato cuando la ley así lo prevé, la general es que la voluntad contractual puede manifestarse en cualquier forma. Aunque cabe apreciar una cierta tendencia actual al formalismo contractual, fruto de una preocupación cada vez más creciente por defender a los contratantes en el momento de la celebración.

El Artículo 1125 del Código Civil, enumera los títulos sujetos a inscripción en el Registro General de la Propiedad.

El Artículo 1576 regula que “los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública. Sin embargo, los contratos serán válidos y las partes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública, si se establecieren requisitos esenciales por confesión judicial del obligado o por otro medio de prueba escrita.”

Por su parte, el Artículo 1577 señala que “deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisito esencial, no tendrán validez.” Es decir que sin este requisito esencial dichos contratos no tendrán ninguna validez.





Para algunos contratos, la ley exige que la declaración de voluntad se exprese a través de una forma especial, siendo los contratos solemnes, el mandato, la sociedad, la donación o compraventa de bienes inmuebles, el fideicomiso, la prenda registrable, la constitución de hipoteca, la sociedad anónima, el arrendamiento inscribible.

“Nuestra jurisprudencia, ha resuelto en su doctrina, concretamente en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, integrada en su Cámara Civil, de fecha cinco de agosto de 1993, lo siguiente: “la donación de bienes inmuebles debe otorgarse y aceptarse por escritura pública, por lo que la ausencia de este requisito esencial priva de validez al negocio jurídico respectivo.

Consecuentemente, si denunciada esa deficiencia el juzgador, al fallar ignora la existencia de los Artículos 1577 y 1862 del Código Civil incurre en violación de ley. La nulidad absoluta de un negocio jurídico impide que sea válido cualquier otro negocio que se desprenda del primero y de esa situación se deriva que hay violación de ley en la sentencia que se omite resolver de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 1301 y 1302 del Código Civil.”<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. *Ob. Cit.* Pág. 149



## CAPÍTULO VI

### 6. El contrato de anticresis

Siendo el punto central de este trabajo, resulta importante conocer los antecedentes y formación histórica del contrato de Anticresis, así como su evolución, desarrollo y aplicación hasta llegar a conocerlo en la actualidad.

#### 6.1. Antecedentes históricos

El origen de la anticresis se remonta hasta el derecho griego, en el cual significó un contra uso, que es precisamente lo que da a entender su nombre en el lenguaje de los griegos; proviene de las voces *anti*, que quiere decir contrario y *chresis* que quiere decir uso.

Este, consistía en un pacto de compensación de frutos por intereses, o sea que el deudor entregaba una cosa al acreedor para que éste se hiciera pago de los intereses con el valor de los frutos que la cosa originaba; no se utilizaba como medio para garantizar el pago de la deuda, ni para cancelarla.

En el derecho romano se le llamaba prenda muerta, porque apenas compensaba los intereses con los frutos sin redimir la obligación, pero cuando se le denominó prenda



viva, la anticresis pasa a ser una forma de pago, puesto que se celebraba para pagar una obligación anterior, más no los intereses que era lo que antiguamente cubría.

Más tarde, durante la Edad Media, al prohibirse el préstamo con interés, la anticresis fue obligada a cumplir con otros fines, entre ellos como medio para amortización de los préstamos con interés. Como consecuencia de la prohibición de la usura por la Iglesia en la Edad Media y por contradecir el principio de gratitud del mutuo, el derecho canónico, condenó la anticresis. Este hecho determinó ciertos contratos que disimulaban la institución, como el de venta con pacto de retroventa en el que el precio correspondía al importe del préstamo. Al vencimiento del plazo y al cumplirse la obligación, el bien volvía al poder del deudor.

“La anticresis, se desarrolla en cuanto desaparece la prohibición del préstamo con interés y quedó referida a los bienes inmuebles y la prenda para los bienes muebles. Con todo y eso, nada consta que en la actualidad sirva de contra uso, es decir, para cancelar los intereses de un capital.”<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Pinedo Tafur, Carlos Alberto. *La anticresis en Perú*. Pág. 5



## 6.2. Función del contrato

En el concepto moderno, la anticresis se extendió a la compensación de intereses y frutos pero así mismo, la amortización del capital.

Sin embargo, de su aceptación en el derecho contemporáneo, la anticresis no se ha convertido en un derecho real importante; ya que el perfeccionamiento de la hipoteca, unido a las enormes ventajas que ella concede han hecho perder la importancia de la anticresis, que es ahora un contrato poco usado en el derecho comparado y nada usado en el uso mercantil guatemalteco; sobre todo porque la tradición del inmueble priva de fuente de crédito al deudor.

La anticresis deviene en una institución paralela a la prenda, con la salvedad que su objeto son bienes inmuebles y no muebles. En ambos casos el deudor entrega el bien al acreedor en garantía del pago de una obligación. Este paralelismo existente entre ambas instituciones no implica identidad; independientemente de otras diferencias de menor significado.

## 6.3. Concepto

"Como bien se ha dicho, la anticresis es vocablo compuesto de dos palabras griegas, que significan contra y uso, respectivamente. En efecto, en este contrato existe un



verdadero uso; ya que, mientras el acreedor disfruta de la cosa del deudor, apropiándose de sus frutos, éste en cambio, disfruta o se sirve del dinero de aquél, por cuya razón se le ha llamado también como contrato de gozar y gozar.”<sup>62</sup>

Este contrato, es definido por la doctrina como “el contrato por el cual, el deudor o un tercero pone al acreedor en posesión de un bien hasta el pago íntegro de su crédito, con autorización para que cobre los frutos y los impute anualmente, bien a los intereses de lo que adeuda y en caso de sobrante, al capital de su crédito, sea sobre el capital únicamente, si no le adeudan intereses.”<sup>63</sup>

Existen autores en la doctrina, como Salvat, que establecen que la anticresis, es un derecho real, concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito.

“La legislación civil colombiana, lo define en el Artículo 2458 del Código Civil de aquel país; el cual establece que “La anticresis es el contrato por el que se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con frutos.” En el campo comercial se encuentra regulado en los Artículos 1221 a 1225 del Código Comercial de Colombia; los cuales amplían esta concepción a los bienes muebles.”<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 35

<sup>63</sup> Pinedo Tafur, Carlos Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 8

<sup>64</sup> Montalvo, César Andrés. **Contrato de anticresis en la legislación colombiana.** Pág. 4



“La legislación civil peruana lo consagra como un derecho real, en virtud del cual entrega un inmueble en garantía de una deuda. Confiere al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos.”<sup>65</sup>

Si en un contrato, se hace constar que se recibió una suma o préstamo, por un tiempo determinado, durante el cual no se paga interés, y se estipula al mismo tiempo que para el pago de la suma se da en empeño una finca raíz, por el mismo plazo, tal contrato debe reputarse como anticresis.

Para el perfeccionamiento de este contrato es necesario que se efectúe la tradición del bien inmueble.

En el derecho mercantil comparado, recae sobre toda clase de bienes, muebles e inmuebles.

Algunos autores, denominan la anticresis con el nombre de prenda inmobiliaria; ya que lo mismo que prenda en derecho común, la anticresis implica la entrega de la finca al acreedor en garantía de un crédito; pero en tanto que la prenda otorga al acreedor un verdadero derecho real y, además, un derecho de preferencia para pagarse con el

---

<sup>65</sup> Pinedo Tafur, Carlos Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 8



producto de la venta, en la anticresis el acreedor anticréditico no es titular derecho real, ni goza de preferencia frente a otros acreedores del deudor.

De las definiciones antes citadas, se pueden desprender diversos conceptos de orden general, que a continuación enumero:

- a. Se trata, en primer lugar, de un derecho real, que se constituye sobre un bien inmueble, y que como tal, es oponible a terceros, siempre que el mismo se registre.
- b. Es un derecho de garantía que generalmente se concede al acreedor de una suma de dinero. No obstante ello, su ámbito de aplicación puede extenderse a otra clase de obligación.
- c. Concede al acreedor la posesión del bien anticréditico, con las facultades de usar y disfrutar el mismo.
- d. Los frutos que rinde el bien inmueble, se aplican necesariamente al pago de la obligación, imputándose en primer lugar a los intereses y luego al capital.
- e. Faculta al acreedor en caso de la obligación garantizada, a solicitar la venta del inmueble para cubrir su derecho con el producto de dicha enajenación.



#### **6.4. Naturaleza jurídica**

La anticresis es un derecho real de garantía, sobre la cosa ajena, accesorio por su función de garantía.

La doctrina internacional, ha discutido el carácter de derecho real, afirmando que se trata de un derecho personal, por no recaer sobre el inmueble, sino sobre los frutos del mismo.

Sin embargo, soy del criterio de que el mismo, es un derecho real, ya que sólo queda perfecto entre las partes, cuando se ha entregado el inmueble.

#### **6.5. Características**

Tiene siete características principales, según lo resalta la doctrina; las cuales son

- a. Acto real: ya que siempre nace de la voluntad de las partes expresadas contractualmente. No puede, por lo tanto, ser constituida por mandato legal o por un pacto unilateral.





“En la medida en que la anticresis concede al acreedor el derecho de usar y disfrutar un bien determinado, y tal derecho es oponible a los terceros adquirentes del bien, se debe considerar que se trata de un derecho real.”<sup>66</sup>

El hecho de que puede ejercerse un derecho de retención sobre el inmueble que genere un derecho preferente a favor del acreedor hasta que se haya pagado la deuda, es un hecho que resalta el carácter real de la anticresis.

Así también, la doctrina comparada indica que la garantía expresada por este contrato, no es solamente sobre los frutos que rinde el inmueble. La garantía reposa por tanto, en el inmueble mismo, cuya explotación se autoriza para compensar la renta del bien con los intereses del capital. El bien, podrá ser vendido, según lo establecen las legislaciones peruana y colombiana, en caso de que la obligación sea incumplida.

El destino del contrato, entonces, no es sólo asegurar el cumplimiento de una determinada obligación con los frutos que rinde el inmueble, sino con el inmueble mismo.

Así también, este contrato, puede otorgarse en garantía de cualquier obligación y no sólo de un préstamo de dinero.

---

<sup>66</sup> Ibid. Pág. 10



- b. Derecho accesorio: el contrato de anticresis, está ligado a una obligación principal, lo cual es consecuencia de condición de derecho de garantía. Este contrato, no puede subsistir de forma autónoma, sin ninguna deuda a ser garantizada.

En caso de extinción de la obligación garantizada, también se extingue el contrato de anticresis.

Así como al momento de contraer la obligación y de garantizar la misma a través de este contrato, al momento de finalizar la obligación por cumplimiento de la misma, el bien objeto de anticresis, deberá ser devuelto, en las mismas condiciones como se entregó el bien dado en garantía.

- c. Derecho indivisible: es un derecho indivisible, como todo derecho real de garantía; ya que afecta la totalidad del bien gravado.

El pago parcial de la deuda, no determina que el gravamen se extinga en la parte proporcional; por el contrario, éste continúa sobre la totalidad del bien.

- d. Derecho convencional: es convencional, ya que no puede nacer sino de la voluntad de las partes, no nace de la voluntad de la ley o por decisión judicial; sino que es fruto de un acuerdo de voluntades.



Consecuentemente, para poder celebrarlo, deberá tenerse capacidad y quienes obrasen en representación de menores o incapaces, deberán hacerlo, previa la autorización judicial correspondiente, otorgada por razones de necesidad y utilidad del menor o incapaz.

La anticresis, no se presume; nace de la voluntad expresa de las partes.

- e. Derecho inmobiliario: en la medida en que la anticresis sólo puede recaer sobre bienes inmuebles, asume el carácter de derecho inmobiliario.

Sin embargo, el derecho comercial colombiano, permite que por el contrato de anticresis sea gravado un bien mueble.

Pero en ambos, casos, el bien gravado por anticresis, debe ser de dominio privado, ya que los bienes de dominio público, no pueden ser objeto de gravamen.

- f. Es un acto temporal: es un acto eminentemente temporal, ya que el mismo se extinguirá con su realización en caso de incumplimiento, o con la cancelación de la deuda.
- g. Contrato solemne: es un contrato solemne en el derecho civil, ya que debe constar en escritura pública y sujetarse a registro.



En el derecho peruano, se prohíbe la celebración de la anticresis en documento privado.

- h. Es un acto oneroso: es un acto oneroso, puesto que siempre garantiza el cumplimiento de obligaciones de contenido pecuniario susceptible de serlo.

## **6.6. Sujetos contractuales**

La anticresis supone siempre la existencia de una obligación principal a garantizar. Por lo tanto las partes intervinientes en este contrato, serán pues, por un lado el acreedor anticrético, quien es a cuyo favor se establece la garantía; y por el otro lado el constituyente de la anticresis, denominado deudor anticresista.

Normalmente, este último es el deudor principal, pero nada impide que pueda tratarse de un tercero, como sucede en los demás derechos de garantía.

- 6.6.1** El acreedor anticrético: es quien recibe el bien inmueble haciéndose beneficiario de los frutos que produce el bien, como dación en pago tiene derecho a retenerlo hasta que se cumpla la obligación.

Según la legislación peruana, éste tiene los siguientes derechos:

- a. Derecho a la posesión y a los frutos: la anticresis otorga al acreedor, la condición de poseedor del bien dado en garantía, como si fuera usufructuario del mismo, se le autoriza a percibir sus frutos.



El disfrute del bien, es necesariamente oneroso, pues los frutos del mismo, se imputan de todos modos, sea al pago de los intereses del capital, o a la amortización de la deuda.

El acreedor podrá disfrutar él del bien directamente, o bien, indirectamente por medio de otra persona.

- b. Derecho a la retención: el objetivo fundamental de este derecho es asegurar el cumplimiento de la obligación. La entrega del bien, que hace el deudor al acreedor, resulta el derecho que tiene el anticrético de retener el bien en su poder, mientras que no haya sido pagada a satisfacción la obligación.
- c. Derecho a que el bien dado en garantía sea sustituido: este puede hacerse valer, si el bien dado en garantía no se encuentra en perfectas condiciones para su uso; operando así el saneamiento del bien.
- d. Derecho a vender el bien dado en garantía: si la obligación no es cumplida, el acreedor puede pedir al juez la venta del bien dado en garantía; según lo establece el Artículo 1096 del Código Civil del Perú.
- e. Derecho al pago preferencial: la legislación peruana, hace aplicables a la anticresis, las normas relativas a la prenda, dentro de las cuales, se establece el derecho preferente que tiene el acreedor frente a otros acreedores, mismos que no pueden



tener en posesión el bien dado en anticresis, e incluso pago preferente frente a acreedores hipotecarios constituidos con posterioridad a la constitución de anticresis.

De la preferencia mencionada, gozará el acreedor anticrético mientras tenga en su poder el bien dado en garantía. Si lo hubiese abandonado o hubiese renunciado a retenerlo, no podrá ejercitar el derecho a ser pagado preferentemente.

- f. Derecho a dar por vencido el pago: el acreedor anticrético, tiene derecho a dar por vencido el plazo de la obligación, según la legislación civil peruana, cuando el deudor resulta insolvente después de contraída la obligación, o cuando no otorgue el bien sujeto de garantía; o bien cuando el bien dado en garantía disminuyese de valor, por acto del deudor o por hechos que pudieran ser imputados a éste.
- g. Derecho al reembolso de los gastos ocasionados por la conservación: el acreedor que utiliza directa o indirectamente el bien dado en garantía, deberá hacer las reparaciones ordinarias para conservar la productividad del bien; las cuales no serán reembolsables. Pero si se realizaran gastos extraordinarios para la conservación del bien, estos gastos serán reembolsados, salvo que en el contrato de anticresis se haya pactado lo contrario.
- h. Derecho al reembolso de los gastos ocasionados por las mejoras: se aplican a la anticresis, las reglas relativas a las mejoras necesarias; que estén destinadas a



evitar la destrucción del bien; por lo tanto, podrán realizarse sin conocimiento deudor anticresista o propietario.

Las mejoras útiles, que sin ser necesarias incrementan el valor del bien, no se pueden realizar sin estar concertadas.

- i. Derecho al ejercicio de las acciones posesorias y petitorias: el derecho al ejercicio de las acciones posesorias, no es solamente el derecho a la defensa judicial de la posesión. Podrá por lo tanto, el acreedor anticrético, ejercitar los interdictos legítimamente posesorios.

Así también, el acreedor anticrético, tiene las siguientes obligaciones:

- a. Obligación de conservar el bien dado en garantía: es obligación del acreedor anticrético, ya que el contrato de anticresis lo autoriza para explotar el bien y percibir sus frutos, conservando el bien, sin desnaturalizarle su finalidad ni cambiándole su contenido.
- b. Obligación de pagar los servicios públicos: "Se consideran servicios públicos, aquellos que presta la administración, central o municipal, al exterior del predio."<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Ibid. Pág. 16



En Guatemala, la mayoría de los servicios públicos, son prestados por entidades privadas, con algunas excepciones en el servicio de suministro de agua potable.

Constituye una obligación del acreedor anticrético el pago de los servicios públicos suministrados a favor del predio o bien, sin que ese pago sea reembolsable por el deudor anticresista; ni se puede imputar como incremento de la obligación del deudor. Se trata de una obligación impuesta por la ley y el contrato y su cumplimiento no puede ser cumplido por el deudor.

- c. Obligación de dar aviso en caso de usurpación, perturbación o imposición de servidumbre: el acreedor puede en forma directa, rechazar las pretensiones de usurpación, la perturbación de su posesión o la pretensión de imponer una servidumbre.

Es decir, que el acreedor anticrético, puede promover denuncias, interponer juicio oral de interdictos o cualquier clase de procedimiento judicial o administrativo que tenga como finalidad rechazar las mencionadas pretensiones.

- d. Obligación de permitir inspección del bien: el acreedor anticrético, debe permitir siempre que el deudor o el propietario en su caso, inspeccionen el predio, siempre que se le avise con anticipación y únicamente cuando concurren las circunstancias importantes que justifiquen la inspección.





- e. Obligación de hacer las reparaciones que le correspondan: el acreedor anticrético está obligado a realizar las reparaciones concertadas en el contrato, con el deudor o el propietario.

En el caso de las reparaciones urgentes, el acreedor anticrético, está obligado a dar aviso inmediatamente al propietario o deudor anticresista, bajo responsabilidad de él, por los daños y perjuicios que sobreviniesen por la falta de ese aviso.

Las reparaciones urgentes, podrán ser realizadas directamente, por el acreedor, dando aviso al deudor anticresista y tendrán cargo de reembolso.

- f. Obligación de no hacer uso imprudente del bien: la desnaturalización del bien o de su utilización imprudente en contra de las normas de orden público o las buenas costumbres, constituiría un abuso del bien dado en garantía, que justificaría la oposición del deudor o del propietario, en su caso.

Sin embargo, el uso imprudente del bien, no constituye una causa justificativa de fenecimiento de la anticresis, debido a que ella está vinculada a la obligación principal; únicamente, constituye una causa para promover el cobro de daños y perjuicios.

- g. Obligación de no hacer cambios al bien, sin consentimiento del propietario: el acreedor anticrético, no podrá hacer ninguna modificación en el bien, sin el consentimiento del deudor o del propietario, según sea el caso.



Estos cambios, comprenderán únicamente, según la ley civil peruana, la alteración física del predio, realizada sin la anuencia del deudor o del propietario, según sea el caso.

- h. Obligación de restituir el bien al finalizar la anticresis: existe de parte del acreedor anticrético, la obligación de devolver el predio en garantía, al momento que se da cumplimiento a la obligación garantizada; previa inspección notarizada del bien.

No podrá reclamarse la devolución del predio, al vencerse el plazo del contrato, pues el acreedor, tiene el derecho de retener el predio hasta el momento en que sea pagada la obligación, según el Artículo 1681 del Código Civil peruano.

Una vez pagada la obligación, el acreedor anticrético no puede demorar la restitución del bien del deudor o del propietario; ya que si no lo hace, será responsable por los perjuicios que ocasiona la demora en la devolución.

- i. Obligación de responder por el deterioro del bien: el acreedor anticrético está obligado a responder por el deterioro que sufra el bien dado en garantía.

El bien dado en garantía debe ser cuidado con diligencia y no pueden causarle modificaciones no autorizadas.



- j. Obligación de no ceder el crédito sin consentimiento del deudor: el acreedor anticrético, no puede ceder el crédito otorgado si el deudor anticresista o el propietario del bien no autoriza dicha cesión.

“El acreedor anticrético, no tiene derecho a obtener del bien, mayor beneficio que la renta señalada en la escritura, con la cual se compensará el interés. Si el acreedor anticrético arrendase el bien dado en anticresis y por ese arrendamiento cobrara una cantidad excedente a la renta convenida en el contrato, estaría obteniendo utilidades excedentes a las de la compensación equitativa entre renta e intereses.”<sup>68</sup>

- k. Obligación de rendir cuentas: al tener derechos posesorios y sobre los frutos del bien, el acreedor anticrético, está obligado a rendir cuentas sobre el manejo del bien.

Si él no quisiera hacerlo, el deudor anticresista, puede exigirselas, en la vía civil correspondiente.

**6.6.2** El deudor o anticresista: es aquél “que entrega el bien inmueble para que con los frutos que éste produzca se pague una obligación.”<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> *Ibid.* Pág. 26

<sup>69</sup> Montalvo, César Andrés. *Ob. Cit.* Pág. 7



En virtud de que la anticresis constituye una forma de disposición de la propiedad necesario para poder establecerla, tener respecto al bien la capacidad legal; debiendo ser el deudor anticresista, propietario del bien y gozar de plena capacidad de ejercicio.

El deudor anticresista; tiene los siguientes derechos:

- a. Derecho de propiedad sobre el bien: como en todo derecho real de garantía; el deudor o propietario del bien dado en garantía, no pierde el derecho sobre la propiedad del mismo. Por lo tanto, puede disponer del mismo; siempre que no se vean afectados los derechos del acreedor anticrético.

Es necesario recordar, que si no se paga la obligación garantizada, el acreedor anticrético podrá solicitar la venta el bien dado en garantía.

Pero mientras la obligación esté vigente puede el deudor o el constituyente, disponer del bien dado en garantía, siempre que los sustituya con otro, a satisfacción del acreedor.

Puede el deudor hipotecarlo, o el constituyente hipotecar o gravar el bien dado en anticresis siempre y cuando el valor del bien consienta otro gravamen.

- b. Derecho a oponerse al uso anormal del bien: por éste derecho, el deudor anticresista o propietario, controla el modo como el acreedor administra y explota el bien; ya que el acreedor anticrético, tiene la obligación de darle al bien, su verdadero



destino; sea que éste aparezca en el contrato, o sea presumible por circunstancias.

Si el acreedor anticrético, ha desnaturalizado el destino del predio y lo ha cambiado sin consentimiento del propietario, o si usa imprudentemente el bien dándole destino contrario a las normas de orden público y a las buenas costumbres el deudor o el propietario, podrán formular oposición; ya sea judicial o extrajudicialmente.

- c. Derecho a la restitución del bien o a la indemnización por su deterioro: el acreedor anticrético, es responsable por el deterioro del bien o por su desaparición, aunque obedezcan a incendio, si no se prueba que el siniestro se ha producido por causa no imputable a él.

Así también, es igualmente responsable por el deterioro del bien causado por personas a que se les haya cedido la posesión, por ejemplo a quienes arrendó el bien, para gozar así de la renta.

- d. Derecho a reclamar la restitución del bien: el deudor anticresista, puede exigir la restitución del bien, cuando se extingue la obligación principal. El acreedor anticrético, tiene la obligación de devolver el bien dado en anticresis, cuando se cumpla la obligación y queden satisfechos los gastos de conservación.



e. Derecho a inspeccionar el bien: este derecho, puede ejercitarse en cualquier momento.

La legislación comparada, establece que deben cumplirse dos requisitos para realizarla; que son la causal justificativa, misma que en diversas legislaciones se encuentra establecida, y en otras legislaciones, como la peruana, queda a interpretación de las partes; y así también, el propietario, debe avisar con una anticipación, que varía entre cinco y siete días previos para realizar la inspección.

Así también, el deudor anticresista; tiene las siguientes obligaciones:

a. Obligación de entregar el bien: en virtud de que la anticresis, constituye un derecho real de garantía que se establece sobre el bien cuya posesión se entrega al acreedor anticrético, para que lo use y goce; consiguientemente, no habría anticresis, si no se ha hecho la tradición del bien al acreedor; sea por el deudor directamente o por un tercero que ponga su inmueble en garantía.

En diversas legislaciones latinoamericanas, como la peruana o la boliviana, la anticresis se puede celebrar únicamente cuando los bienes garantizantes, son inmuebles; sin embargo, en legislaciones como la colombiana o ecuatoriana; se puede garantizar mediante la celebración de anticresis, con bienes muebles.



Por la entrega el bien, ya sea mueble o inmueble; se perfecciona el contrato; y que se perfeccione dicha entrega, se pueden hacer valer los derechos que tiene el acreedor anticrético de gozar de los frutos del bien.

- b. Obligación de no alterar la posesión del bien: la anticresis, tiene por objeto la entrega del bien dado en garantía, para que el acreedor lo explote y atribuya esa explotación o los rendimientos de dicha explotación al pago de los intereses o del capital. Es por ello, obligación del deudor, no alterar la posesión del acreedor, no podrá ejercitar ningún acto que constituya perturbación a la posesión del acreedor.
- c. Obligación de hacer las reparaciones necesarias: dichas reparaciones, son aquellas que la cosa exige debido a circunstancias especiales, en virtud de que el desmedro se debe a hechos extraordinarios. En este caso, es obligación del acreedor anticrético dar aviso al propietario de las reparaciones urgentes que puede hacer.
- d. Obligación de pagar los tributos relativos al bien: el propietario del bien, tiene diversas obligaciones tributarias relativas al bien. Por ejemplo, el Impuesto Único Sobre Inmuebles; o el Impuesto de Circulación de Vehículos; dichos gravámenes tributarios deben ser pagados por el propietario del bien. De acuerdo al Artículo 11 numeral 17 de la Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos, dicho contrato esta exento de este impuesto.



- e. Obligación de reembolsar las mejoras: en el caso de la anticresis, la doctrina señala que se deben reembolsar obligatoriamente, las mejoras necesarias, realizadas de buena o de mala fe, ya que son las que conservan el valor del bien.

El acreedor tiene derecho a dicho reembolso, y podrá retener el bien, mientras no se realice el pago de dicho reembolso.

### 6.7. Objeto del contrato

“Al ser la anticresis, una garantía real cuya aplicación es más aplicable a los bienes inmuebles; dicho bien debe ser fructífero, es decir, capaz de ser sometido a relaciones jurídicas capaces de producir frutos.”<sup>70</sup>

“Es la amortización de una deuda u obligación para lo cual se entrega un bien inmueble o finca raíz, concediéndose el derecho de retención de cual se beneficiará el acreedor anticrético hasta hacer efectiva la obligación, son pues objeto de anticresis los inmuebles fructíferos, con frutos civiles o naturales.”<sup>71</sup>

Para celebrar y perfeccionar la anticresis, no se requiere que el bien inmueble esté produciendo frutos al momento de celebrarla; sino que el bien tenga potencia productora de los mismos.

<sup>70</sup> Pinedo Tafur, Carlos Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 27

<sup>71</sup> Montalvo, César Andrés. **Ob. Cit.** Pág. 7





## 6.8. Condiciones para su constitución

La legislación comparada, al darle naturaleza de derecho real de garantía, supletoriamente le asigna las condiciones de la prenda; las cuales en nuestro país, constituyen:

- a. La legitimación de quien constituye la anticresis; misma que puede constituirse por el propietario o por un tercero; según lo establecen 884 y 889 del Código Civil de Guatemala.
- b. La capacidad de las partes para disponer.
- c. La entrega física del bien que garantiza la obligación; esta constituye la formalidad que perfecciona el contrato de anticresis.

Así también, la legislación comparada le otorga carácter de contrato solemne a la constitución de anticresis, bajo sanción de nulidad; y para oponerla frente a terceros, deberá inscribirse en el Registro General de la Propiedad.

Además, es indispensable la tradición de la cosa; sin la cual, el acreedor no adquiere sobre el bien, ningún derecho real.



## 6.9. Diferencias con los derechos reales de garantía

Con respecto a la prenda; ambas instituciones tienen en común su calidad de derechos reales de garantía; su naturaleza accesorio y el desplazamiento que se produce del bien, de poder de quien las constituye, al acreedor de la obligación garantizada. En cuanto al desplazamiento a favor del acreedor, la prenda lleva consigo la reipersecutoriedad del objeto pignorado, pudiendo el acreedor ejercitar las acciones que correspondan al dueño y tiene además un derecho de retención. Incumplida la obligación garantizada, el acreedor tiene la facultad de la ejecución a través de los procedimientos previstos legalmente.

Pese a ello, las diferencias son notorias y vienen dadas, por la naturaleza de los bienes sobre los cuales recaen. La prenda, recae sobre bienes muebles, mientras que la anticresis lo hace sobre bienes inmuebles.

Así también, los derechos de uso, disfrute y explotación del bien que son inherentes a la anticresis se encuentran ausentes en la prenda común, el uso del bien por parte del acreedor prendario requiere de un acuerdo expreso con el deudor.

Mientras que la prenda es la afectación de un bien mueble al cumplimiento de una obligación con el objeto de permitir al acreedor su venta para cobrarse con el producto de la realización del mismo, la anticresis consiste en la entrega del bien al acreedor para que a través de su explotación proceda al cobro de su acreencia.



“Con la hipoteca, posiblemente sea el derecho real con que más semejanza guarde; que ha determinado que incluso existan autores que consideren la anticresis como una subespecie de la hipoteca.”<sup>72</sup>

Ambas instituciones son garantías reales, que recaen sobre bienes inmuebles. Sin embargo, la diferencia fundamental, radica en la entrega de la posesión y disfrute propios de la anticresis, y que se encuentran ausentes en la hipoteca; que no lleva implícita la entrega y explotación del bien.

La hipoteca no agota las posibilidades del inmueble en cuanto al otorgamiento de garantías; se admite la constitución de segundas, terceras y ulteriores hipotecas ya que no es necesario proceder a su entrega física para constituir la garantía; por el contrario, sólo puede constituirse una sola anticresis sobre el mismo bien inmueble; ya que no se podría cumplir con el requisito de la entrega física del bien a todos los acreedores para que cada uno de éstos pudiese explotarlo y obtener sus frutos.

---

<sup>72</sup> Pinedo Tafur, Carlos Alberto. *Ob. Cit.* Pág. 32



## 6.10. Extinción del contrato

Las formas de extinción de la anticresis, son todas aquellas formas o causas que extinguen una obligación garantizada por un derecho real de garantía; siendo la típica a través del pago de la obligación.

Sin embargo, la doctrina establece, los siguientes modos de extinción del contrato de anticresis:

- a. Por destrucción del bien: la destrucción física del bien dado en garantía, no libera al deudor de dar cumplimiento a la obligación surgida por el negocio subyacente.
- b. Renuncia a la anticresis por parte del acreedor anticrético: la renuncia del acreedor a su derecho de constituir anticresis como modo de garantizar la obligación contraída; o de renunciar a ella, una vez constituida, extingue la relación de garantía; renuncia que debe ser prestada en escritura pública e inscribirse en el Registro General de la Propiedad.

Esta renuncia, conlleva que de una obligación garantizada se pase a una obligación simple, sin garantía. En este caso, se extinguirá la anticresis, y no existirá la obligación de la tradición del bien.



- c. Confusión o consolidación: ésta ocurriría si el acreedor adquiere el derecho de propiedad sobre el bien dado en garantía, produciéndose entonces la consolidación de las condiciones de acreedor y propietario de la garantía, en una sola persona.

Este caso también extingue la anticresis, pues el acreedor no puede garantizarse a sí mismo y otorgarse una garantía real.

- d. Venta o expropiación del bien: se vende el bien, para lograr el pago de la obligación. La venta que hace el deudor del bien, como propietario, puede constituir una sustitución de la garantía, que es otra forma de extinción de la anticresis.

En caso de expropiación, deberá considerarse extinguida la anticresis; ya que el bien dado en garantía pasa a poder de Estado o del municipio y con ello, se libera la carga o gravamen que pesaba sobre el bien.

- e. Sustitución de una garantía por otra: la anticresis también se extingue, cuando el bien es sustituido por otro de la misma naturaleza, o cuando cambia la naturaleza de la garantía.
- f. El pago: por el pago de la deuda principal, que hace nacer la garantía accesoria se extinguen ambas.



## 6.11. Anticresis en el derecho comparado

En el derecho Argentino, la anticresis es un derecho real concedido al acreedor por el deudor o por un tercero, poniéndole en posesión de un inmueble y autorizándole a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos y en caso de exceder sobre el capital. Se encuentra regulada como derecho real de garantía, no como contrato.

En el derecho francés, la anticresis es un contrato, por el cual el deudor o un tercero, pone al acreedor en posesión de un bien inmueble hasta el pago íntegro de su crédito, con autorización para que cobre los frutos y los impute anualmente, bien a los intereses de lo que se le adeuda, y en caso de sobrante, al capital de su crédito.

Se encuentra definida en el Artículo 1901 del Código Civil francés, como una dación garante de inmueble.

Para el derecho español, es un derecho real que puede tener el acreedor de una obligación principal sobre un inmueble ajeno, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquella y el cobro de intereses que devengue, está facultado para poseerlo, percibir sus frutos y promover su enajenación si es incumplida la obligación; así como que le sea hecho el pago preferente.

Para el derecho colombiano, se encuentra establecida civilmente en el Artículo 2458 del Código Civil; como un contrato para entregar al acreedor una finca raíz para que se



pague con sus frutos; mientras que en el ámbito mercantil, se regula en los Artículos 1221 al 1225 del Código Comercial, ampliándose por esta concepción legal, el ser una garantía mobiliaria.

En Colombia, usualmente, se pacta acompañado de hipoteca, excepcionalmente en forma independiente, ya que es empleado como garantía para respaldar la acreencia.

En el derecho peruano, la anticresis es un derecho real de garantía, según el Artículo 1936 del Código Civil de aquél país.

La legislación peruana exige como formalidad que el contrato conste por escritura pública, que exprese la renta del inmueble y el interés pactado; así como que le son aplicables las reglas de la prenda, en lo que no se oponga.

Ahora bien, en el derecho centroamericano, no se regula el contrato de anticresis; sin embargo, en nuestro país, se celebra con mínima incidencia éste contrato; tanto en bienes muebles, y en mucha menor incidencia en bienes inmuebles; ya que la prenda y la hipoteca, son los derechos reales por excelencia.



## CONCLUSIONES

1. Siendo el contrato de anticresis en Guatemala un contrato atípico en nuestra legislación, que cobra relevancia por ser un contrato mercantil de garantía, por medio del cual el acreedor goza del bien dado en garantía para pagarse el capital, y los intereses con el fruto del mismo; mientras el deudor goza el dinero dado en préstamo, o bien es un contrato que pierde fuerza ante los usuarios en el tráfico comercial.
2. Los requisitos formales del contrato de anticresis, serán los mismos establecidos en la ley, específicamente en el Código Civil, en lo relativo a constituir prenda o hipoteca; y por ser un contrato accesorio inscribible en el registro respectivo; se debe formalizar en escritura pública para que opere y surta los efectos legales para los que ha sido creado.
3. Las ventajas comerciales que otorga el contrato de anticresis, se ven reducidas en Guatemala, ante la fuerza de la hipoteca, como institución o medio utilizada para garantizar el pago de un préstamo, o puede la anticresis a través de su rapidez comercial, seguridad jurídica y principalmente en la entrega de la posesión y disfrute propios del bien desplazar a la hipoteca.





4. Todos los beneficios que se dan al utilizar la anticresis como medio de garantía en relación comercial; son reducidos únicamente al contra uso de los objetos contractuales, o bien existen otros beneficios que la aplicación de este contrato le otorga el Derecho Mercantil y que contribuyan al enriquecimiento del mismo al aplicarlo a casos concretos.
  
5. La anticresis, sin embargo, en el actual derecho moderno casi ha desaparecido de los usos comerciales, en virtud de la fuerza garante de la prenda y la hipoteca, y el poco conocimiento que se tiene de él, podría resurgir en nuestro país así como lo es en algunos países con los que se ha hecho una comparación y ser la garantía reina en las obligaciones mercantiles.

## RECOMENDACIONES



1. El congreso de la República debe reformar el Código de Comercio de Guatemala, en el sentido de que se cree la figura del contrato de Anticresis, para garantizar el capital y los intereses generados al acreedor en el tráfico mercantil, así como agilizar las relaciones comerciales entre ellos y proporcionar seguridad jurídica a ambas partes en la relación comercial.
2. Mientras no este regulada la figura del contrato de Anticresis y siga siendo un contrato atípico, los Notarios deben proponer a las partes una tercera opción, diferente a la prenda y la hipoteca, opción que favorece y brinda una serie de ventajas propias de la anticresis y que se encuentran ausentes en la hipoteca la cual no lleva implícita la entrega y explotación del bien, es por ello que queda a criterio de las partes la disposición de utilizarlo.
3. Es necesario que las Facultades de Derecho de las Universidades del País, especialmente la Universidad de San Carlos de Guatemala, incluyan en su pensum de estudios, un curso de Contratación Mercantil en el que se estudien y analicen Contratos Mercantiles que no son utilizados en Guatemala y que contribuyan a enriquecer el Derecho Mercantil guatemalteco.





## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 2a. ed. Ed. F. De León Impresos, S. A. Guatemala, 2002.

ALFARO, Águila Real. **El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas**. 20 ed. Ed. Revista Jurídica de Cataluña. Barcelona, España, 2000.

ÁLVAREZ, Lasarte. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. (s.e.) Ed. Pirámide, S. A. Madrid 1995.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 20a. ed.; Ed. Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1997.

DE CASTRO, Federico. **Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad**. 3a. ed. Ed. Reuss, Madrid 1983.

DÍEZ – PICAZO. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Tomo I. 2a. ed. Ed. Tecnos, S. A. Madrid 1993.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 7a. ed. Imprenta Aguirre. España 1974.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Fernando. **Derecho de obligaciones y contratos**. 1a. ed. S. E. Valencia, España. 1995.

MARTÍN GRANADOS, María Antonieta. **El derecho mercantil para contadores y administradores**. 1a. ed. Ed. de la UNAM. México. 1987.

MONTALVO, César Andrés. **Contrato de anticresis en la legislación colombiana**. 1a. ed. Ed. Temis. Cali, Colombia, 2003.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 33a. ed. Ed. Heliasta. Argentina, 2006.

PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. 2a. ed. S. E. Guatemala 2005.

PINEDO TAFUR, Carlos Alberto. **La anticresis en Perú**. 1a. ed. Ed. Universidad César Vallejo. Lima, Perú. 2005.



PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español. VI Tomos.** 3a. ed. Ed. Pirámide, S. A. Madrid, España, 1976.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** s. e. Ed. Serviprensa Centroamericana. Guatemala 1978.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María. **Derecho de obligaciones y contratos.** 2a. ed. Ed. Aranzadi. Valencia, 1995.

VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado.** 2a. ed. Ed. Nacional. México, 1956.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco. Tomo III.** 6a. ed. Ed. Universitaria. Guatemala 2006.

#### **Legislación:**

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

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

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

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

**Ley de Bancos y Grupos Financieros.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 4-2002, 2002.

**Ley del Mercado Valores y Mercancías.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 34-96, 1996.