

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE FIANZA Y REAFIANZAMIENTO EN  
EL DERECHO MERCANTIL DE GUATEMALA**

**LUCILITA DE LOS ANGELES CHAN GUERRA**

**GUATEMALA, AGOSTO DE 2011**

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE FIANZA Y REAFIANZAMIENTO EN  
EL DERECHO MERCANTIL DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**LUCILITA DE LOS ANGELES CHAN GUERRA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, agosto de 2011

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López  
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi  
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz  
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría  
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Héctor René Granados  
Vocal: Licda. Blanca María Choco Chic  
Secretario: Lic. Carlos Pantaleón Asensio

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Carlos Alberto Velásquez  
Vocal: Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla  
Secretario: Lic. Rodrigo Franco López

**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).



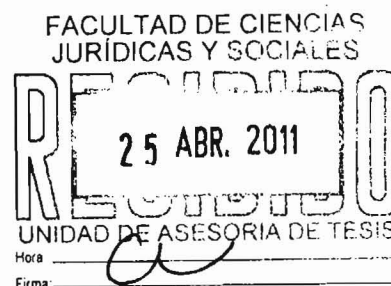
Licenciado

**Pedro José Luis Marroquín Chinchilla**

Abogado y Notario

Guatemala 25 de abril de 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su Despacho.



Estimado Licenciado Castro Monroy:

Hago de su conocimiento que en cumplimiento a la designación recaída sobre mi persona, según resolución proferida por la Unidad de Asesoría de Tesis a su digno cargo de fecha veintiocho de julio del año dos mil diez, de la bachiller Lucilita de los Angeles Chan Guerra, asesoré el trabajo de tesis intitulado: ***“ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE REAFIANZAMIENTO EN EL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO”***; le doy a conocer que la tesis abarca:

1. Un contenido técnico y científico del tema que se investigó. Además, se consultó la legislación y doctrina relacionada, utilizando la terminología jurídica y redacción apropiada y se desarrollaron sucesivamente los diversos pasos del proceso investigativo.
2. La bachiller Chan Guerra, en el análisis realizado a su tesis, señala claramente la importancia de los contratos de fianza y reafianzamiento; de conformidad con el derecho mercantil de Guatemala.
3. Se utilizaron los métodos adecuados, siendo los mismos: método sintético, que se empleó para señalar los contratos; el método analítico, dio a conocer el contrato de fianza y el de reafianzamiento; el método inductivo, señaló sus características y el método deductivo, estableció su regulación legal.
5. Los objetivos generales y específicos, fueron alcanzados al ser determinantes en señalar la importancia de resarcir al acreedor los perjuicios que sufra a consecuencia del incumplimiento del deudor derivados de los contratos en estudio. También, la hipótesis se comprobó al indicar lo esencial de analizar jurídicamente los contratos de fianza y reafianzamiento.



Licenciado

**Pedro José Luis Marroquín Chinchilla**

Abogado y Notario

6. Se emplearon las siguientes técnicas de investigación: documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se obtuvo de forma ordenada la bibliografía actual y relacionada con el tema investigado. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron clara y sencillamente, y las mismas son constitutivas de supuestos valederos que muestran la importancia de los fundamentos jurídicos que informan los contratos analizados.
  
7. Se modificó el título de la tesis, quedando de la siguiente manera: ***“ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE FIANZA Y REAFIANZAMIENTO EN EL DERECHO MERCANTIL DE GUATEMALA”***.

La tesis desarrollada por la sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.

Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla  
7 ave. 6-53 Zona 4 Edificio El Triángulo 2do. nivel oficina 48  
Tel: 55139918  
Asesor de Tesis  
Colegiado 5379

*Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla*  
*Abogado y Notario*



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintiocho de abril de dos mil once.

Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ): **GAMALIEL SENTES LUNA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del ( de la ) estudiante: **LUCILITA DE LOS ANGELES CHAN GUERRA**, Intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE FIANZA Y REAFIANZAMIENTO EN EL DERECHO MERCANTIL DE GUATEMALA”**.

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 las 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 estime pertinentes”.

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**



cc. Unidad de Tesis  
CMCM/ cpt.

*Licenciado*  
*Samuel Sentes Luna*  
*Colegiado 6522*  
*Abogado y Notario*

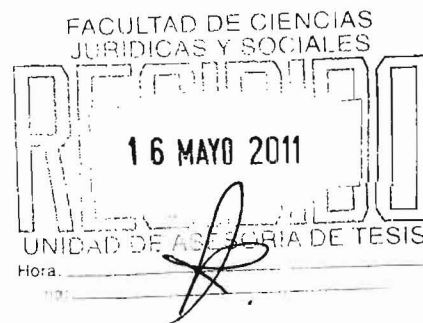
---



Guatemala, 16 de mayo de 2011

**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**  
**Su Despacho.**



Licenciado Castro Monroy:

Le informo que procedí a la revisión de tesis de la bachiller Lucilita De los Angeles Chan Guerra, en base al nombramiento recaído en mi persona de fecha veintiocho de abril del año dos mil once; intitulada: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE FIANZA Y REAFIANZAMIENTO EN EL DERECHO MERCANTIL DE GUATEMALA”**. Después de la revisión prestada, le doy a conocer:

- 1) El contenido científico y técnico de la tesis es de importancia, ya que analiza jurídicamente los contratos de fianza y reafianzamiento de acuerdo a la legislación mercantil guatemalteca.
- 2) Para el desarrollo de la tesis se emplearon los métodos y las técnicas de investigación acordes. Los métodos utilizados fueron: analítico, el cual dio a conocer la importancia de los contratos mercantiles; el sintético, estableció las características de los contratos de fianza y reafianzamiento; el inductivo, dio a conocer los efectos de los mismos; y el deductivo, indicó su regulación legal. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental; con las cuales se obtuvo la información jurídica y doctrinaria.
- 3) La redacción de la tesis, se llevó a cabo empleando un lenguaje adecuado. Los objetivos dieron a conocer la importancia de los contratos de fianza y reafianzamiento, para la clara comprensión del derecho de las empresas y de los seguros.



*Licenciado*  
*Gamaliel Sentés Luna*  
*Colegiado 6522*  
*Abogado y Notario*

---

- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por la sustentante es fundamental para la sociedad guatemalteca, debido a que señala un análisis jurídico y doctrinario de los contratos de fianza y reafianzamiento.
- 5) En relación a las conclusiones y recomendaciones de la tesis, las mismas tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Personalmente me encargué de guiarla durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a indicar las consecuencias jurídicas y efectos de los contratos de fianza y reafianzamiento de conformidad con el derecho mercantil en Guatemala.
- 6) Se utilizó la bibliografía adecuada y la misma tiene relación con el trabajo de tesis y con el contenido de los cuatro capítulos desarrollados.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.

  
Lic. Gamaliel Sentés Luna  
ABOGADO Y NOTARIO  
Lic. Gamaliel Sentés Luna  
Abogado y Notario  
Revisor de Tesis  
Colegiado 6522



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, C. A.

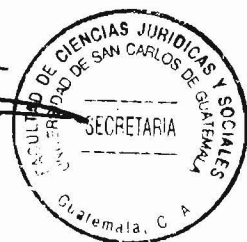


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diez de junio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LUCILITA DE LOS ANGELES CHAN GUERRA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE FIANZA Y REAFIANZAMIENTO EN EL DERECHO MERCANTIL DE GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



## **DEDICATORIA**

### **A DIOS:**

Ser supremo de amor y sabiduría.

### **A MI MADRE:**

Luci Guerra Velásquez ser de luz que ha iluminado mi camino, dándome su apoyo incondicional para lograr mi triunfo con su amor maternal.

### **A MI ESPOSO:**

Jonathan Estrada por su amor, su paciencia, su apoyo, por haber cumplido mis metas como esposa, madre y mujer profesional.

### **A MIS HIJAS:**

Valeria Sofía y Scarleth Giselle Estrada Chan, por ser la fuente de mi inspiración, la luz de mi vida y lo mas hermoso que papa Dios me a regalado, por ustedes beba linda va mi triunfo con amor.

### **A MIS HERMANOS:**

Byron, Débora, Estuardo, Maynor e Ignacio, gracias por ser ejemplo de tenacidad y apoyo incondicional fraternal, en mi formación profesional.

### **A MIS ABUELITOS:**

Flores sobre su tumba.

**A MI SUEGRO:**

Enrique Estrada por brindarme su apoyo incondicional en todo momento.

**A MIS SOBRINOS:**

Que mi triunfo sea un ejemplo a seguir en especial a Bárbara Celeste con mucho cariño.

**A USTED:**

Con respeto.

**A:**

La Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme proporcionado los conocimientos para mi desarrollo integral como persona.

## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil.....	1
1.1. Contenido.....	2
1.2. Definición.....	4
1.3. Diversas posiciones doctrinales.....	5
1.4. Breve reseña histórica.....	8
1.5. Derecho mercantil guatemalteco.....	11
1.6. Características.....	13

### CAPÍTULO II

2. El contrato.....	19
2.1. Significado.....	22
2.2. El contrato en el Código de Guatemala.....	24
2.3. Significado institucional.....	26
2.4. Principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad.....	28
2.5. Limitaciones a la autonomía de la voluntad.....	32
2.6. Orden público.....	37
2.7. Exteriorización de la autonomía de la voluntad.....	39
2.8. El contrato en el sistema de derecho privado.....	42

**CAPÍTULO III**

3.	Elementos del contrato.....	53
3.1.	Elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato.....	54
3.2.	El objeto y el consentimiento.....	56
3.3.	Requisitos del objeto del contrato.....	58
3.4.	Causa del contrato.....	64
3.5.	Teorías de la causa del contrato.....	69
3.6.	Requisitos de la causa.....	73
3.7.	La causa y el Código Civil guatemalteco.....	75
3.8.	Funciones de la forma del contrato.....	77

**CAPÍTULO IV**

4.	Análisis jurídico de los contratos de fianza y en el derecho mercantil de Guatemala.....	81
4.1.	Importancia.....	81
4.2.	Definición del contrato de fianza.....	83
4.3.	Naturaleza jurídica.....	83
4.4.	Caracteres.....	84
4.5.	Elementos personales.....	86
4.6.	Efectos.....	87
4.7.	Póliza.....	91

	<b>Pág.</b>
4.8. Clases de fianza.....	93
4.9. Extinción de la fianza.....	94
4.10. Contrato de afianzamiento.....	94
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	111

## INTRODUCCIÓN

Se seleccionó el actual tema de tesis, debido a lo importante del análisis de los contratos de fianza y de reafianzamiento, al ser los mismos negocios consensuales, formales, accesorios, onerosos, de garantía y de tracto sucesivo. En estos contratos el fiador tiene una obligación mancomunada solidaria y la afianzadora se encuentra ordenada en forma imperativa, no admitiendo pacto en contrario y sin derecho a gozar de los beneficios de orden.

Los derechos y obligaciones de los sujetos relacionados con el contrato de fianza y de reafianzamiento son que el fiador responderá del incumplimiento de la obligación del fiado en los términos contratados; a cambio de su derecho a cobrar la prima que corresponda.

Los objetivos de la tesis, dieron a conocer que la obligación de la afianzadora se extingue al mismo tiempo que la del fiado y la validez de la obligación garantizada incide en la validez de la obligación de la afianzadora, siendo la situación procesal de la afianzadora; principalmente materia de excepciones y similar en cuanto a la obligación garantizada. La hipótesis comprobó que en los contratos de fianza y reafianzamiento el fiado tiene la obligación de pagar la prima a cambio del derecho de que, en determinadas circunstancias, se responda por el incumplir la obligación garantizada y, el beneficiario tiene el derecho a cobrar la obligación accesoria; con la obligación de solicitar el pago por escrito y fundamentando su petición.

Se desarrollaron cuatro capítulos: el primero, se refiere al derecho mercantil, contenido, definición, posiciones doctrinales, reseña histórica, el derecho mercantil guatemalteco y características; el segundo, se muestra el contrato, su significado, el contrato en el Código Civil de Guatemala, significado institucional, principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad, limitaciones de la autonomía de la voluntad, orden público, exteriorización de la autonomía de la voluntad y el contrato en el sistema de derecho privado; el tercero, señala los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato, el objeto y consentimiento, los requisitos del objeto del contrato, causa del contrato, teorías de la causa del contrato, requisitos de la causa, la causa y el Código Civil guatemalteco y las funciones de la forma del contrato; y, el cuarto, analiza jurídicamente los contratos de fianza y reafianzamiento en el derecho mercantil de Guatemala.

Para desarrollar la misma, se emplearon las técnicas de investigación documental y de fichas bibliográficas, con las cuales fue posible recolectar la información tanto jurídica como doctrinaria que se relacionó con el tema que se investigó. También, se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico con el cual se estableció la importancia de los contratos mercantiles; el sintético, dio a conocer las características de los mismos; el inductivo, estableció su aplicabilidad y el deductivo, su regulación legal. La tesis es constitutiva de un aporte científico para la sociedad guatemalteca y de útil consulta para la bibliografía del país, debido a que señala las características y regulación legal de los contratos de fianza y reafianzamiento.



## CAPÍTULO I

### 1. Derecho mercantil

La diferencia histórica entre normas inspiradas predominantemente por intereses públicos, por un lado; y normas protectoras de intereses privados, por otro, ha servido de base a la distinción entre derecho público y derecho privado. Esta distinción, al permitir adscribir determinado cuerpo de normas a uno u otro sector, no implica en manera alguna que el mismo se encuentre integrado exclusivamente por normas de una misma naturaleza.

Por el contrario, cada vez son más frecuentes las normas que, se incluyen dentro de un conjunto típico contrario de disposiciones protectoras de intereses privados, como sucede en el Código de Comercio. Ejemplo de esas normas son las relativas a la competencia desleal, que protege al consumidor en general y permite su salvaguarda de oficio por el Ministerio Público.

La esfera de actividad reconocida al individuo, como actuación de su personalidad y de su voluntad en sus relaciones con los demás, dentro de la comunidad, es lo que constituye el derecho privado.

Ahora bien, dentro del derecho privado cabe distinguir, de una parte, el derecho civil que es el que contiene las normas generales de la vida jurídica privada y, de otra, el derecho mercantil que contiene normas especiales adaptadas a las exigencias de la

producción, entendida la misma como la prestación de bienes económicos en el sentido amplio de la palabra.

En el derecho guatemalteco la distinción se impone, debido a que coexiste un Código Civil que, desde un punto de vista general y no con referencia a situaciones o actividades específicas, regula la personalidad, la familia, la propiedad, las sucesiones, las obligaciones y los contratos; y un Código Comercio que establece normas especiales aplicables a los comerciantes en su actividad profesional, a los negocios jurídico mercantiles y a las cosas mercantiles.

La adaptación de las normas contenidas en el Código de Comercio opera con frecuencia sobre instituciones, cosas y negocios regulados por el Código Civil. De tal manera que son dos ordenamientos que funcionan, uno como regla general y otro como caso especial, de ahí que la separación legislativa y doctrinal entre derecho civil y derecho mercantil no constituya una separación absoluta, por el contrario, son dos derechos complementarios: el primero funciona como derecho privado general, como derecho común, en el cual se apoya el derecho mercantil para muchas de sus normas, conceptos y principios.

## **1.1. Contenido**

El Código de Comercio de Guatemala contiene normas que regulan:

- a) Su especialidad y complementariedad respecto del derecho civil.

- b) El estatuto del comerciante individual y social y de sus auxiliares.
- c) Las obligaciones profesionales de los comerciantes, como lo son el registro, protección a la libre competencia, contabilidad y correspondencia.
- d) Los títulos de crédito.
- e) La empresa mercantil, sus elementos y signos distintivos.
- f) Los contratos de: compraventa contra documentos, de cosas en tránsito, de plaza a plaza y de opción; suministro; estimatorio; depósito irregular y de almacenes generales; crédito; fideicomiso; transporte; edición, reproducción y ejecución de obras; participación; hospedaje; seguro y fianza.

Si además, se observa la realidad a la cual el derecho mercantil se aplica, se puede señalar que se trata del proceso económico dominado en su totalidad por la división social del trabajo y el sistema de precios, el cual esquemáticamente se puede considerar constituido por la producción en el sentido amplio de prestación de todos los bienes imaginables, tanto materiales como inmateriales y su intercambio en los diferentes mercados.

Esa división social del trabajo implica la existencia de sujetos que organizan y realizan las diversas actividades que integran el proceso de producción en una organización adecuada.

Esa organización se llama empresa, esta presente aún en las manifestaciones más incipientes de la actividad económica y presenta su naturaleza al empresario mercantil o comerciante y a los mecanismos jurídicos que utiliza.

Examinando el contenido del Código de Comercio a la luz de la realidad económica, se hace patente que se encuentra integrado por normas especiales referentes a tres elementos: el empresario mercantil o comerciante, la empresa y los mecanismos jurídicos de uno y otra.

Esos tres elementos justifican la especialidad de la disciplina y, al mismo tiempo, delimitan su contenido. Se refieren al empresario o comerciante las normas que establecen su estatuto, tanto individual como social, de sus auxiliares y las que regulan sus obligaciones profesionales; a la empresa, las que disciplinan su concepto, elementos y signos distintivos; y a los mecanismos o instrumentos jurídicos que utilizan, las que reglamentan los títulos de crédito y los contratos que ontológicamente pertenecen a la empresa o, dicho en otras palabras; son propios del ser mismo de ella.

## **1.2. Definición**

“El derecho mercantil es la parte del ordenamiento privado que regula a los empresarios mercantiles y su estatuto, así como a la actividad externa que aquellos desarrollan por medio de una empresa”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mantilla Molina, Roberto. **Derecho mercantil**, pág. 35

Esta definición hace énfasis en que regula la actividad por medio de una empresa, ya que otros aspectos de la misma son materia propia de otras ramas del derecho.

“Derecho mercantil es el derecho ordenador de la actividad económica constitutiva de empresa o derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios”.<sup>2</sup>

El contenido del Código de Comercio guatemalteco y la realidad económica sobre la que recaen sus normas, permite formular la siguiente definición del derecho mercantil:

“Es el conjunto de normas que regulan el estatuto jurídico del comerciante o empresario mercantil y de la empresa y sus instrumentos jurídicos”.<sup>3</sup>

### **1.3. Diversas posiciones doctrinales**

Para fijar el concepto del derecho mercantil se ha recurrido a diversas teorías, siendo las principales las que a continuación se señalan y explican de forma breve:

- a) Derecho de los comerciantes: esta posición doctrinal, que se considera constituye la primera etapa del desarrollo histórico del derecho mercantil, lo entiende como el conjunto de normas que regulan la actividad profesional de los comerciantes.

---

<sup>2</sup> Uría, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil**, pág. 46

<sup>3</sup> Vicente Gella, Agustín. **Curso de derecho mercantil**, pág. 60

Por el hecho de ser el comerciante la noción esencial se dice de esta orientación que es de carácter subjetivo.

- b) Derecho de los actos de comercio: es la segunda etapa histórica. Conforme a esta teoría, el derecho mercantil es el conjunto de normas que regulan los actos de comercio, siendo la postura en estudio denominada objetiva y obtuvo su consagración a partir del Código de Napoleón y fue desarrollada por la doctrina francesa del siglo XIX.
- c) Derecho que regula los actos realizados en masa: el jurista alemán Heck, al responderse a la pregunta de por qué existe el derecho mercantil como algo distinto al derecho civil, consideró que era por las necesidades de ejecución en masa de los negocios jurídicos y así formó su concepto del derecho mercantil como aquél que regula los actos realizados en masa.

Para esta doctrina en sus ulteriores desarrollos los actos no pueden calificarse de mercantiles por su propia esencia, sino por la forma en que se realizan; siendo la misma una forma de repetición, de rutina y automatismo; que hace desaparecer la particularidad de cada acto.

- d) Derecho que regula las empresas: el jurista Suio Wieland principal sostenedor de esta teoría, al comprender que la actividad y el profesionalismo presuponen una organización y que la misma encarna en la empresa; explicó el derecho mercantil

como el derecho de las empresas. Esta posición ha tenido mejor fortuna que la anterior y prestigiosos juristas le han dado su respaldo.

- e) Derecho de los actos en masa realizados por las empresas. Se funda en que es un hecho real que el derecho mercantil actual recae en la práctica sobre actos que se realizan en masa, aunque existan pequeños núcleos de actos que se realizan en masa y no pueden considerarse como mercantiles, y además es un derecho que regula la organización, régimen jurídico y actividades de las empresas.
- f) Derecho de los negocios: esta doctrina, surgida a mediados del presente siglo, es defendida por el jurista francés, Hamel, quien afirma que comercio en el sentido de los códigos y del derecho mercantil equivale a negocios.

Es un acto de comercio de los códigos y del derecho mercantil que es equivalente a un negocio. Es un acto de comercio y por tanto debe quedar sometido al derecho mercantil toda actividad, sea quien fuere el que la realice; enlazada con la vida de los negocios.

Esta teoría ha tenido cierta influencia en Francia donde la expresión derecho de los negocios se ha llegado a utilizar en sustitución del tradicional derecho comercial.

- g) Derecho instrumental del sistema capitalista: esta posición doctrinal que su defensor, el jurista español Jesús Rubio, fundamenta en la evolución histórica, afirma que el capitalismo mercantil y financiero nace precisamente y se sirve en

lo esencial de su desarrollo, de esos primeros núcleos urbanos y mercantiles junto y a través de las primeras manifestaciones del derecho de este nombre y define al derecho mercantil diciendo que no es sino el conjunto el nuevo sistema de normas nacidas de la mentalidad y de la economía de las ciudades y adecuado a su desarrollo a través del proceso del capitalismo.

Las teorías expuestas marcan una notable evolución en el afán de encontrar un concepto del derecho Mercantil, el cual, en todo caso debe surgir de una apreciación de la realidad histórica, económica y legislativa.

Producto de esas tres realidades, el derecho Mercantil; es también un conjunto de normas que responden a un sistema económico dado: el de la economía de mercado.

#### **1.4. Breve reseña histórica**

Para comprender de mejor la naturaleza del derecho mercantil, se tiene que dar una breve idea de su desarrollo histórico.

- a) Edad Antigua: originalmente y en gran parte de la historia antigua, no existe distinción alguna entre lo que más tarde son las diversas ramas del derecho.

“El derecho mercantil consecuentemente, no se distingue como parte autónoma, si bien desde muy antiguo y debido al comercio marítimo del Mediterráneo se van formulando reglas jurídicas de carácter típicamente mercantil. Estas reglas jurídicas carecen de



matiz nacional, son respetuosas de las convenciones privadas y están impregnadas de la consideración de la buena fe”.<sup>4</sup>

Singular es y por ello debe mencionarse, el caso de las Leyes Rodias, creadas por la colonia griega de la Isla de Rodas, que son una compilación de usos del comercio marítimo, tuvieron gran difusión y fueron luego adoptadas por el derecho romano.

El derecho romano no admitió nunca la existencia de reglas comerciales particulares y cuando encontró que existían fuera de su derecho, las incorporó al derecho civil. Por esa razón y por la adaptabilidad y flexibilidad del derecho privado general romano, fue que se hizo inútil un derecho particular para la actividad comercial.

Lo anotado, no quiere decir que no hubieran reglas especiales para el comercio, si las había, pero dentro la generalidad: normas sobre responsabilidad de los barqueros, hosteleros y posaderos, sobre la echazón y la avería y sobre el cambio marítimo, entre otras.

b) Edad Media: es en la misma cuando el derecho mercantil nace y se afirma como derecho autónomo, sin embargo, los primeros siglos le son prácticamente indiferentes y no es sino con posterioridad al siglo IX y principios del X, que con el surgimiento de las corporaciones se organiza la de los comerciantes y mercaderes; corporación que adquiere autoridad propia y origina una verdadera legislación mercantil. Fue el florecimiento del comercio en el Mediterráneo y en

---

<sup>4</sup> **Ibid**, pág. 68.

especial en las ciudades italianas, lo que dio origen al derecho mercantil ya que se hizo insuficiente el derecho privado y procesal.

La rapidez con que se desarrollan las operaciones entre los comerciantes, tecnicismo profesional, la identidad de sus necesidades, la frecuencia de relaciones entre las mismas personas, generan normas consuetudinarias que se aplican por los cónsules, y por la autoridad propia de las corporaciones, y van siendo recopiladas en cuerpos mas o menos sistemáticos.

- c) Edad Moderna: en esta época surgen, como consecuencia de la organización de los grandes Estados, las Ordenanzas emitidas por el poder público en ejercicio de su actividad legislativa. Entre las grandes ordenanzas se pueden citar las Ordenanzas de Colbert.

“El movimiento codificador se generaliza y así pueden señalarse, en primer término el Código de Suecia y luego los de Dinamarca y el Marítimo de Venecia, hasta llegar finalmente al Código Francés de 1807, promulgado por Napoleón y que sirvió de ejemplo a los demás países que a través de todo el siglo XIX para ir emitiendo sus Códigos, entre ellos Guatemala que publica el suyo en 1877”.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Uría. **Ob. Cit**, pág. 54

## 1.5. Derecho mercantil guatemalteca

El rey reconoció la facultad jurisdiccional de la Casa de Contratación de Sevilla, que en un principio tuvo el monopolio del comercio con las Indias y que anexa a dicha casa se formó la Universidad de Cargadores de las Indias, con facultad de emitir ordenanzas y decisiones. Posteriormente al crearse el Consulado de México, Guatemala pasó a estar bajo su jurisdicción hasta que por real Cédula de 11 de diciembre de 1743, se creó el Consulado de Guatemala.

“La Real Cédula antes citada trajo a Guatemala una innovación por todos aplaudida. A instancias repetidas del comercio y de las autoridades superiores, el Gobierno español erigió en Guatemala el Consulado de Comercio y dispuso en la misma cédula de erección que rigieran las Ordenanzas de Bilbao, que era entonces el Código de mayor aceptación en la metrópoli. La cédula que creó el Consulado importó la separación de la justicia mercantil de los Tribunales comunes, reservando a jueces especiales el conocimiento de los negocios de comercio; esa misma cédula presto también el servicio de dar a este leyes propias y adecuadas a su naturaleza”.<sup>6</sup>

Las Ordenanzas de Bilbao pasan a ser pues la legislación mercantil de Guatemala desde la creación del Consulado hasta la emisión del Código de Comercio de 1877.

La codificación mercantil se logra en Guatemala dentro del marco de la codificación general que se produce como consecuencia de la Revolución Liberal de 1871.

---

<sup>6</sup> Ascarelli, Tulio. **Iniciación al estudio del derecho mercantil**, pág. 45.

El Código fue emitido en Decreto suscrito por el Presidente Justo Rufino Barrios, entro en vigor el 15 de septiembre de 1877 y se mantuvo vigente con algunas modificaciones hasta la refundición de 1942. Una de las reformas notables la constituyó el haber ratificado Guatemala en 1913 la Convención de la Haya de 1912 sobre Unificación del Derecho relativo a la Letra de Cambio, al pagaré y al cheque, cuyo texto pasó a ser el derecho aplicado por la sociedad guatemalteca.

El Código de Comercio de 1877 es de inspiración predominantemente objetiva. Al igual que sus modelos, se basa en los actos de comercio. La Comisión que formuló el proyecto reconoció que el fuero mercantil es real: no es a favor de una clase social; no es a favor de las personas sino en beneficio de las cosas, de las transacciones mismas para darles mayor expedición que la ley lo ha introducido.

En 1942 se emite un nuevo Código de Comercio, prácticamente una refundición del de 1877 con modificaciones parciales: incluye en su articulado el texto de los Reglamentos de la Haya de 1912, regula la sociedad de responsabilidad limitada y hace algunas otras innovaciones de menor importancia. Sigue siendo un Código de corte principalmente objetivo basado en los actos de comercio. Dicho cuerpo legal estuvo en vigor hasta concluir el año de 1970.

“El proyecto de Código de Comercio fue elaborado por una comisión de la cual formó parte José Luis Paredes Moreira, Carlos Enrique Ponciano, Armando Diéguez, Jorge Skinner Klee, Ernesto Viten Echeverría y Arturo Yaquián Otero. Sometido a minuciosa discusión por los Colegios de Abogados y de Economistas, entidades que emitieron

dictamen favorable e introdujeron algunas enmiendas, fue aprobado por el Congreso de la República y hecho ley por el Decreto 2-70 del 28 de enero de 1970, sancionado y promulgado el 9 de abril del mismo año y, finalmente, entro en vigencia el 1 de enero de 1971".<sup>7</sup>

Este Código, al regular la actividad profesional de los comerciantes, al hacer de la empresa su núcleo fundamental y al disciplinar los instrumentos jurídicos típicos de la misma, asume un carácter predominantemente subjetivista.

#### **1.6. Características**

El derecho mercantil contiene normas que responden a un sistema económico dado. Al irse paulatinamente modificando el sistema capitalista puro, mediante el auge paralelo de la economía dirigida, era forzoso que se produjera también un cambio en la fisonomía del derecho mercantil.

De ahí que al señalar sus notas características sea menester tener en consideración:

- a) La profesionalidad: el derecho mercantil se aplica a la actividad profesional de los comerciantes y es a ella a la que primariamente responde. Profesionalidad implica habitualidad para las personas físicas y adopción de una forma determinada para las sociedades.

---

<sup>7</sup> **Ibid**, pág. 52.

El énfasis en la profesionalidad significa que el derecho mercantil es un derecho profesional, para quienes realizan una actividad de las que expresamente se consideran por la ley como mercantiles y para quienes adoptan la forma de sociedad mercantil, de ahí que se afirme también el carácter predominantemente subjetivo de este derecho.

b) Nuclearidad de la empresa como organización propia para la actividad mercantil: para poder realizar profesionalmente una actividad mercantil se requiere de una organización mediante la cual se coordinen trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos; esa organización o entidad es la empresa, la cual constituye el elemento nuclear del derecho mercantil.

Es alrededor de la empresa que surge el concepto mismo de comerciante o empresario; es para su explotación que se constituyen las sociedades mercantiles; y los títulos valores o títulos de crédito, juntamente con los contratos que pertenecen ontológicamente a la misma, forman el complejo de instrumentos jurídicos típicos de su actividad.

c) La flexibilidad: las actividades objeto de una empresa mercantil, su misma profesionalidad, requieren normas jurídicas que, frente a circunstancias cambiantes y con frecuencia imprevistas, antes que obstaculizar, permitan y faciliten los negocios mercantiles, se adapten en suma a las nuevas circunstancias.

- d) La simplicidad o sencillez de forma: la realización en masa de los negocios, la necesidad de utilizar el tiempo y la coyuntura propia de la actividad profesional de los comerciante y de su empresa, exigen ausencia de formalidades y la existencia de normas que toleren la realización rápida de los negocios. A ello tienden las disposiciones que establecen como regla general del derecho mercantil la simplicidad o sencillez de forma.
  
- e) La tipicidad: la necesidad de contratar con rapidez y en masa, a la par de la flexibilidad y sencillez de forma, imponen uniformidad en los actos y negocios, uso de formularios y reducción del negocio a unas cuantas líneas esquemáticas; o sea a una forma típica. El derecho mercantil favorece dicha tipicidad.
  
- f) La seguridad: es consecuencia de lo anotado, el adquirente de un derecho necesita la certidumbre de no ser posteriormente perturbado o despojado en el goce del bien adquirido, necesita pues; seguridad.

El derecho mercantil atiende a este requerimiento de manera muy acusada y al enfrentarse a un conflicto entre seguridad del tráfico y seguridad del derecho, da primacía a la primera; subordinando la realidad a la apariencia jurídica.

- g) Rigorismo en la responsabilidad: todas las relaciones jurídico-mercantiles se basan en una rigurosa responsabilidad; de una parte el comerciante o empresario mercantil, y de otra, el que contrata con él debe cumplir a cabalidad y actuar dentro de plazos perentorios. El derecho mercantil impone dicha

responsabilidad y autoriza incluso la autodefensa mediante el derecho de retención.

- h) Tendencia socializadora: al reconocerse constitucionalmente la libertad de industria, de comercio y de trabajo y la libertad de empresa, se hace estableciendo claramente determinados condicionantes: las limitaciones que por motivos sociales y de interés nacional dispongan las leyes, y el apoyo y estímulo a la empresa que contribuya al desenvolvimiento económico y social del país y, por el contrario, limitación de la empresa monopolística.

El derecho mercantil al desarrollar estos principios mediante las normas que disciplinan la protección a la empresa, la obligación de contratar, la prohibición de monopolios, la protección a la libre competencia, la interpretación de los contratos en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario se manifiesta plenamente en un sentido social. O sea, acoge la tendencia socializadora de la organización constitucional.

- i) La intencionalidad: las actividades mercantiles tienden a borrar las fronteras y buscan espacios más amplios que los circunscritos a un solo país, no sólo por la facilidad de las comunicaciones sino también por los esquemas de integración económica que vinculan a los mercados y que son un rasgo de la actualidad.

El derecho mercantil, sensible a cubrir las necesidades del tráfico internacional, hace abstracción de las peculiaridades nacionales y asume un carácter uniforme bastante



acusado, siendo dentro de sus instituciones que se producen las leyes uniformes; tanto regionales como universales.



## CAPÍTULO II

### 2. El contrato

El concepto de contrato, que hoy parece como algo natural y muy claro, es, sin embargo, el fruto y el punto de partida de una larga evolución histórica del pensamiento jurídico. Es, una noción tan arraigada en la conciencia jurídica y parece corresponder al orden lógico de las ideas y del orden natural de las cosas, que no se piensa que es en cambio fruto de un plurisecular proceso histórico.

“Originalmente, la voz *contracta* no parece haber poseído un preciso significado técnico jurídico. Etimológicamente, *contractus* es el participio pasivo del verbo *contraeré*, por lo cual designa genéricamente lo contraído. Lo contraído es un negocio o, una obligación. *Contractus* es, pues, aquella situación que da origen a ese especial *vinculum iuris*”.<sup>8</sup>

Es aconsejable realizar un breve esbozo histórico que sirva para esclarecer cual ha sido la respuesta a un problema que, como problema jurídico que es, se plantea en términos empíricos y no en términos metafísicos. La cuestión no es otra sino la siguiente: prometida cosa o servicio por una persona, bien a cambio de otra cosa u otro servicio, bien a cambio de nada, y siéndole aceptada esa promesa.

---

<sup>8</sup> Ghersi, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales**, pág. 56

Es de importancia tener conocimiento del momento en el que se ha generado un vínculo jurídicamente exigible, y cuando se permanece en el campo de las relaciones sociales o morales y, en consecuencia, sin posibilidad de exigencia coercitiva.

El contenido de la voluntad expresada en la promesa, forma voluntades expresadas en las promesas indicando un compromiso cerrado, o con significancia exclusiva de negociaciones previas. Ante cualquier contenido de las promesas el Estado presta sus mecanismos de estos problemas prácticos inspirados por los mínimos de certeza y seguridad a que aspira todo ordenamiento, y no la priorística afirmación de abstracta eficiencia de la voluntad como creadora de vínculos que están en la base de las soluciones adoptadas por los distintos sistemas jurídicos; en sus diversos estadios históricos.

En los comienzos de la cultura jurídica propia y actual, la solución a los anteriores problemas se encontraba íntimamente ligada a la observancia de una forma, compuesta de ritos, y la ceremonia confería a la promesa o al entrecruzamiento de promesas el valor de la certeza y la seguridad de ser jurídicamente exigible.

En un posterior avance, surgen las obligaciones *re contractae*, que implican el surgimiento del vínculo porque el acuerdo de las partes va acompañado de la entrega de una cosa, sin cuya *dato rei* no existe la posibilidad jurídica de exigir alguna obligación, agotándose prácticamente esa posibilidad de la restitución de la cosa entregada: por otro lado, las figuras eran típicas y constituían un número cerrado. De lo

anterior cabe concluir que el llamado *ius civile vetus* no conoció la eficiencia obligatoria de la voluntad misma, si no iba encuadrada en una forma o precedida de una entrega.

“El *ius civile novum* introdujo la categoría de las obligaciones *consensu contracte*, basadas sobre el *nudus consensus in idem placitum* de las partes manifestado en cualquier tipo de forma; de esta manera avanza la idea del *contractus* como una *conventio* de voluntades, pero de ninguna manera es una idea general, es decir no se llega a admitir nunca que las obligaciones puedan nacer de cualquier tipo de *conventio*, sino solamente de los reconocidos con un predeterminado esquema y contenido obligatorio”.<sup>9</sup>

La voluntad continúa sin ser por sí sola eficiente: si antes se necesitaba de la forma o de la entrega, ahora solo produce efectos en moldes típicos predispuestos por el derecho objetivo, pues se considera que solo así quedan garantizadas la certeza y la estabilidad del tráfico jurídico.

Ni siquiera las fórmulas pretorias que acuñaron los pactos implican una admisión generalizada de la voluntad por sí sola como productora de obligaciones jurídicamente exigibles, y para que ello sea así el *pactum* debe ser un *adiectum* de los contratos típicos, o ir acompañado de un *vestmentum*, solución esta última que devuelve a exigencias de forma.

---

<sup>9</sup> **Ibid**, pág. 40.

Las cosas continuaron así hasta bien avanzados los siglos intermedios, en los que la influencia del derecho canónico, a través de su doctrina de la *fides*, que hace pensar en que el puro acuerdo, sin forma, sin entrega de cosa, y sin sujeción a tipo predeterminado; puede engendrar obligaciones.

Mayor importancia tuvieron las necesidades del tráfico mercantil naciente, cuyos requerimientos de agilidad, flexibilidad y eficacia soportaban los formalismos o el imperativo encaje dentro de moldes típicos y predeterminados.

Solamente se consideran obligaciones jurídicamente exigibles las que tengan causa, como razón suficiente de exigibilidad, y en esa razón de exigir lo prometido en una convención, que es lo que técnicamente se denomina causa de la obligación, se encuentra en lo recibido o prometido recibir, y siempre que la finalidad sea honesta. Si no concurren estos requisitos, la pura voluntad por si sola nada obliga; no lograron los citados juristas un congruente cierre de su propio cuadro en relación con la promesa gratuita, pero en términos generales la cuestión venía resuelta por los ordenamientos, puesto que para la efectividad de aquella; se proveía a imposiciones de forma solemne.

## **2.1. Significado**

El contrato es el negocio jurídico por excelencia, hasta el punto de haberse pensado la construcción de esta categoría tomando el contrato como modelo.

Una primera aproximación al concepto de contrato puede hacerse partiendo de los datos más inmediatos del derecho positivo. El Artículo 1517 del Código Civil señala la existencia de contrato desde que dos o más personas consienten en crear, modificar o extinguir una prestación. De esta forma, el contrato consiste en el acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes.

En efecto, la 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 finalidad a la palabra dada, el deber de cumplir lo que previamente como deber 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 las fase final de la evolución del concepto de contrato, y ni siquiera es enteramente exacta, si se entiende que la fuerza eficiente de la voluntad referida tiene voluntad por sí sola, sin mayores aditamentos ni requisitos.

Se llega de esta manera a la concepción moderna del contrato. En este sentido, se afirma que contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convierte en la institución central, en la piedra angular, no solamente del derecho civil, sino de todo el ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva como el análisis de los contratos que los particulares celebran. 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 la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar son consideradas como atentados a la libertad de la persona.

## **2.2. El contrato en el Código Civil de Guatemala**

Las ideas y realidades normativas son las que penetran en las codificaciones, y se ven resplandecer en la voluntad que vincula que no es la pura y sola voluntad, sino la voluntad causada, y sin finalidades ilícitas. Voluntad a la que, cuando intenta un empobrecimiento patrimonial sin correlativo enriquecimiento se la somete a forma solemne en sus casos mas significativos. Voluntad que solo es productora de obligaciones, en determinados casos.

Es decir, una exigencia de requisitos mas allá de la exclusiva voluntad, y un control de licitud de lo querido, existen; y con estas premisas, se justifica la afirmación del contrato como creador de obligaciones: contrato que consiste, en un acuerdo de voluntades, en un entrelazamiento de promesas y aceptaciones de las mismas, que generan vínculos, pero vínculos cuyo cumplimiento solamente puede ser reclamado coercitivamente.

En este contexto, el Código Civil en su Artículo 1517 estipula: “Hay contrato cuando dos o mas personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

La relación jurídica, que el contrato constituye, modifica o extingue, debe ser una relación jurídico-patrimonial: es decir, tener por objeto bienes o prestaciones personales susceptibles de valoración económica.



El conato es fundamentalmente la forma jurídica de una operación económica consistente en un intercambio de bienes o servicios. Consiste en el requisito de patrimonialidad que delimita el ámbito del contrato, permitiendo excluir, en concreto, que sea calificable como contrato el matrimonio y el testamento. Las normas sobre los contratos, están pensadas por el legislador para el acuerdo constitutivo de relaciones patrimoniales.

Además, se puede deducir de este concepto legislativo dos notas características: a) en el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o mas personas: el contrato existe desde que varias personas consienten; y b) el contrato tiene siempre como consecuencia la creación de una obligación que tiene fuerza ley entre las partes contratantes. De estas ideas procede la configuración tradicional y clásica, que considera al contrato como un acuerdo de voluntades de dos o más personas, dirigido a crear obligaciones entre ellas.

Sin duda, el Código Civil pone acento en la autonomía privada contractual. Todo el régimen del contrato se ha inferido de este axioma. Así, la libertad estipulatoria, el consensualismo y el poco formalismo, la fuerza obligatoria a manera de ley, el principio de relatividad, la extensión vinculante a los usos y a la buena fe, la consideración de los límites a la autonomía de la voluntad, vicios de la voluntad y reglas de ineficacia.

En esta línea de pensamiento, el contrato es fuente de obligaciones y el medio de alterarlas, transmitir las o acabarlas. En todo caso, el contrato convierte a sus protagonistas en acreedores y deudores.

La vasta regulación del contrato se articula, en el Código Civil, en dos series de normas: una primera serie contempla los contratos en general, una segunda serie regula por el contrario, los contratos en particular, o sea aquellos contratos, que tienen en el Código Civil o en otras leyes, una disciplina particular, específica de aquellos determinados tipos de contratos. Esta segunda serie de normas se ubican en el Libro V del Código Civil.

Entre la primera y segunda serie de normas existe relación: las normas sobre los contratos en general son normas comunes a todos los contratos y se aplican a cada uno de ellos; las normas sobre los contratos singulares solamente son aplicables a los contratos a que se refieren.

### **2.3. Significado institucional**

Una institución, como el contrato, que es capaz de implicar los atributos esenciales del hombre, es una institución que es capaz también de afectar a lo denso y extenso del ordenamiento jurídico.

“El significado institucional esencial del contrato consiste en ser un acto de autonomía, es decir un acto de autorregulación de los intereses de los particulares, es decir autonomía privada contractual es igual a autolegislación o autodisciplina de los propios intereses, cuyas referencias constitucionales se encuentran en los artículos 39 y 43 de la Constitución Política de la Republica, relativos respectivamente a la propiedad y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo que supone,

necesariamente, la libertad de iniciativa privada en el campo económico y la libertad a los individuos para constituirse en agentes económicos. La libertad de empresa significa, en todo caso, en lo que aquí interesa, el reconocimiento de la institución contractual".<sup>10</sup>

Por consiguiente, el contrato es, concretamente, una pieza fundamental de la iniciativa económica privada.

El fenómeno de la intervención estatal en las relaciones contractuales no puede ser explicado como algo aislado, sino como una manifestación más de la diversa función del derecho en la sociedad moderna y como consecuencia de la producción en masa en donde se ha convertido el derecho en un factor esencial para la mediación de conflictos entre clases y categoría de individuos, y para hacer frente a las crisis del sistema económico capitalista. Ambas cosas acaban confluyendo en un papel cada vez mayormente acusado de la mano pública, que repercute sobre la reglamentación contractual, con variadas finalidades: controles de actividad, la autorización y concesión, disciplina de precios, disciplina de fabricación y circulación de bienes, concesión de incentivos y ordenamientos sectoriales de determinación de actividades.

Todo ello aboca a la presencia de numerosas normas imperativas dentro de la reglamentación contractual.

Al lado del fenómeno de la intervención estatal por estas razones de disciplina económica, se coloca el de la imposición de contenidos contractuales por una de las

---

<sup>10</sup> Mosset Iturraspe, Jorge. **Manual de derecho civil**, pág. 50

partes, que a su vez alimenta también aquella intervención, buscando la protección del contratante mas débil singularmente, o de interés de clases o categorías; como es el caso de las normas sobre los consumidores y usuarios.

Tanto un fenómeno como otro, abocan lo que se denomina predisposición del contenido del contrato, a cuyos mecanismos de formulación se dedicara atención en su momento oportuno. Ello, por de pronto, significa que los tradicionales límites de la autonomía privada permanecen, pero en muchos casos deben ser entendidos dentro de este contexto intervencionista expuesto.

#### **2.4. Principios de libertad contractual y 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 respecto 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 situaciones y relaciones jurídicas; al que la doctrina denomina autonomía privada o autonomía de la voluntad.

“La autonomía privada es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo. Desde esta perspectiva la autonomía privada es interpretada como libertad de crear, modificar o extinguir relaciones contractuales, estipular o pactar sin límites que los fijados por la ley, y ha sido la regla básica de los particulares en sus intercambios de bienes y servicios. Pero su significación y exaltación

como voluntad libre absoluta fue creación del Racionalismo Ilustrado y del pensamiento hegeliano”.<sup>11</sup>

El contrato reposa casi exclusivamente en el principio de la autonomía de la voluntad, elevado a rango de fuente creadora de reglas jurídicas.

En el momento de llevarse a cabo la codificación civil, bajos los impulsos del liberalismo económico se vivió un momento de encendida defensa de este principio.

En la actualidad se han descubierto formas de asociación antes desconocidas, contratos mercantiles y manifestaciones del crédito ignoradas. La tutela del Estado no puede llegar hasta obligar a los ciudadanos a que en sus convenciones no se salgan del patrón que les ofrezca la ley.

El Estado es el encargado de moderar los contratos ya conocidos y estudiados, pero respetando siempre las modificaciones que libremente pacten los contratantes, así como las nuevas combinaciones que su razón les sugiera.

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>11</sup>.Gherzi. **Ob. Cit**, pág. 60

Es de importancia señalar el contenido positivo de la autonomía de la voluntad o privada en materia de contrato, y que se resuelve en:

- a) 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.
- 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 del mismo.

En cualquier caso, este contenido positivo va precedido por una libertad básica, sin la cual no es posible hablar ni si quiera de existencia del contrato, que es la de celebrarlo o no celebrarlo.

La adhesión forzosa a una reglamentación creadora de obligaciones no es en absoluto un contrato. Lo que sucede es que en la mayoría de casos, aunque la adhesión no es obligada en términos de exigencia jurídica, resulta inevitable en términos prácticos, dando lugar a una especial problemática.

Solo será justo un contrato libre si se encuentra informado por la buena fe, si el equilibrio de las prestaciones es verdadero, si se ha garantizado la igualdad entre los contratantes. Decir libertad puede significar apariencia de autodeterminación y prepotencia latente de una parte sobre la otra.

Cabe puntualizar, que la autonomía de la voluntad no puede perecer y en tanto habrá contrato en cuanto ella perviva. Pero hoy debe estar bien cimentado, mejor encauzada, en ocasiones debe fomentarse y otras limitarse. Por ejemplo, el consumidor bien informado tendrá autonomía. En caso contrario, solamente imposición. Únicamente quien sabe correctamente obligarse tiene una voluntad libre y puede prestar de forma válida el propio consentimiento. Hay en el derecho mas reciente, muchos datos que corroboraron la idea de que el contrato aunque es un instrumento de libre iniciativa privada y de autorregulación de intereses, ponen en crisis el dogma de la plenitud de la voluntad y, sobre todo, la idea de que es necesaria la presencia de cláusulas abusivas, que reducen o eliminan la responsabilidad y aumentan las cargas y obligaciones del adherente.

Ciertamente la teoría del negocio jurídico y de la autonomía contractual parecen haber periclitado en dilatadas zonas del derecho privado, invadidas por las condiciones generales, las relaciones de contactos sociales y la legislación protectora.

Pero es menester recuperar gran parte de la ilusión perdida y protectora y defender contra toda esperanza el bastión del contrato, como refugio de la libertad de la persona en ese hábitat del tráfico económico, desde la lucha por el derecho que es ahora mayor.

En la actualidad existen muchos factores coadyuvantes impulsados por las propias normas constitucionales. Algunos son tan remotos como la propia categoría del contrato, otros nacieron en la época actual. Nunca ha existido una vigilancia mayor para lograr que el contrato solamente obligue si es justo. No hay libertad contractual, y menos esa igualdad, como fundamento del contenido contractual justo, si se rompe el equilibrio de las prestaciones, si la buena fe deja de ser el medio ambiente del negocio, si una parte actúa con prepotencia y la otra solo debe sumisión, si no se informa expresamente a la parte que se adhiere, si hay olvido de la equidad contractual, o de los principios de responsabilidad y confianza. Igualmente, es necesario invocar y revitalizar la causa del contrato principalmente en el nuevo derecho de los consumidores.

En resumen, se tiene que recordar la idea socrática del contrato justo, asegurando la equidad en el intercambio.

## **2.5. Limitaciones a la autonomía de la voluntad**

La autonomía de la voluntad no es una regla de carácter absoluto. Otorgar carácter absoluto a la autonomía de la voluntad sería reconocer el imperio sin límite del arbitrio individual. 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 se exige el reconocimiento de la autonomía, y 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 libertad contractual, no puede; obviamente ser omnímoda.

Ni que decir tiene, ni debe resultar extraño, que sobre la base del marco constitucional donde se desenvuelve la autonomía de los particulares, que mientras mayor sea la presencia de los poderes públicos en la vida de la sociedad, y con mayor intención confirmadora de la misma, la autonomía privada vendrá mas reducida y constreñida, precisamente por ello es por lo que las referencias constitucionales son imprescindibles para entender la extensión de dicha autonomía, no solamente desde un punto de vista positivo, sino también negativo porque indican también límites que aquellos poderes públicos no pueden sobrepasar, esto no es extraño, por que la propia trayectoria histórica del derecho subjetivo, señala que se trata de un espacio de inmunidad o prerrogativa que nació con el fin de evitar inmisiones de otros particulares y de los poderes públicos; pero primordialmente de estos.

La autonomía privada se encuentra sometida a límites por razón de los intereses de la colectividad, pero la imposición de estos límites esta también, valga la expresión, sujeta a prohibiciones.

La cuestión radica, por ello, en el señalamiento de los límites, de tal manera que no sean 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. Es una cuestión de equilibrio dependiente de la prudencia de la política gobernante.

Existe, en primer lugar, un límite a la autonomía de la voluntad, que se encuentra constituido por el límite de las leyes. En efecto, la ley actúa frecuentemente a modo de freno de la libertad de la persona, prohibiéndole celebrar determinados negocios o solamente vedando la inclusión en ellos de ciertas cláusulas o condicionamientos.

Las leyes pueden ser imperativas o dispositivas. La distinción entre ambas especies no hace referencia, tal es conocido, a la fuerza de obligar de las leyes, pues todas las tienen. Se quiere indicar con ello un fenómeno diverso: que unas leyes son de necesaria aplicación, de *ius cogens* y no puede ser excluido su mandato por la voluntad de los particulares, es decir no dejan lugar a la autorregulación del sujeto y las otras efectivamente pueden ser objeto de esa exclusión porque pueden ser sustituidas o eliminadas por el arbitrio individual: ahora bien, si no se pacta ello, tanto fuerza de obligar tienen las leyes imperativas como las dispositivas. Así las cosas, es de todo punto evidente que las que son límite a priori a la autonomía privada son las leyes imperativas; leyes que reflejan, de manera principal o prevaleciente, intereses generales que no pueden quedar sometidos en su respeto y realización a los convenios de los particulares. Fijar cuando una ley sea imperativa, y cuando dispositiva, es una tarea confiada a la interpretación, y en algún caso puede ser de difícil discernimiento. De todos modos, parece que se puede afirmar que la regla del derecho civil es la dispositividad de sus disposiciones, y la excepción la imperativa, cuando dispositiva, es

una tarea confiada a la interpretación, y en algún caso puede ser de difícil discernimiento.

Se debe tener en cuenta que ello era mas verdad para el derecho civil de la época liberal primitiva que para la presente, marcada por una cada vez mas pesada incidencia de los poderes públicos en las relaciones entre particulares como correspondiente a la propia configuración del Estado como Estado social, cuya característica mayormente señalada es la finalidad de conformar o configurar la sociedad, en búsqueda de una igualdad efectiva y de equitativas relaciones sociales, lo que puede exigir recortar la autonomía privada, sobre todo cuando hay una real desigualdad social, y por consiguiente, de poder efectivo, entre los que convienen sobre sus intereses.

El contenido de las leyes imperativas puede ser muy variado, de un modo muy genérico los mecanismos de formulación de dicho contenido principalmente se extienden a una o varias de esas manifestaciones, la imposición de un determinado contenido al acto de autonomía, la exclusión de un determinado contenido del mismo, la prohibición de un concreto acto de autonomía, la exigencia de que un concreto interés particular se canalice bajo y exclusivamente la utilización de un típico acto de autonomía y la imposición para la validez de un acto de autonomía de que se haga observando unas formalidades específicas.

“Los límites de las leyes de carácter imperativo, juegan fundamentalmente en materia de una actuación, y en las materias familiares. La ley dispositiva juega como ley imperativa cuando las partes contratantes no han establecido otra cosa distinta”.<sup>12</sup>

Otro límite a la autonomía privada, contemplado en el Artículo 1271 del Código Civil es la moral. Por moral en el sentido de este Artículo debe entenderse el conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico; con carácter general en la comunidad jurídica. Se trata de un concepto que no permite una definición más precisa. No obstante, se puede señalar que la moral, en sí misma considerada, remite a lo que ordinariamente se practica por la generalidad de las personas honestas en una determinada comunidad y un determinado momento. Es el criterio general de las personas honestas, rectas en su proceder. Seguramente hay algunas dosis de incertidumbre en esta formulación.

El Artículo 1271 del Código Civil regula: “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”.

Tras la vigencia de la Constitución guatemalteca, que consagra en su Artículo 1 el libre desarrollo de la personalidad y garantiza en el Artículo 36 la libertad ideológica religiosa y de culto, queda por un lado, la fuerza de la moral social, de un sector cualificado de la población; en el mundo jurídico.

---

<sup>12</sup> Aguirre Matos, Roberto. **El contrato**, pág. 29.

Cada individuo tiene su moral, una moral individual, pero un individuo, o el grupo en el que se integra, no tiene poder para imponer su moral a los que piensan de forma diversa; pues uno de los fundamentos del orden político y de la paz social es el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

## 2.6. Orden público

El último de los límites que el Artículo 1301 del Código Civil, coloca a la autonomía o libertad contractual dentro del orden publico, que es también de gran dificultad e imprecisión.

“El orden público es una noción variable según las épocas, los países y los regimenes políticos de cada nación. Hoy la noción de orden público pretende la universalización por la fuerza expansiva de los principios en que se basa. Cada día están, en efecto, mayormente trenzadas la comunidad nacional e internacional”.<sup>13</sup>

La autonomía privada reconoce como límite a su extensión el impuesto por el orden público, en el sentido de que la voluntad particular, al concertar negocios jurídicos, no puede sustituir, modificar ni renunciar las normas que interesan al orden público.

La doctrina, sostiene que el orden público se presenta como un conjunto de principios, equiparando orden al sistema, clase o categoría, cuya nota característica es la prevalencia del interés individual, privado o particular, porque si bien es cierto que todas

---

<sup>13</sup> Ghersi. **Ob. Cit**, Pág. 60

las leyes tienen una finalidad social, en las que atañen al orden público esta finalidad predomina notoriamente sobre el interés particular.

Por consiguiente, el orden público se traduce en principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas. Principios que, en cada caso concreto, debe el intérprete tomar en consideración a la hora de enfrentarse con la realidad jurídica, contemplando al mismo tiempo la ambientación en el plano económico-social que constituye el entorno de las leyes, su fijación jurisprudencial, su correspondencia con otros principios organizadores del ordenamiento jurídico; en el que el orden público actuará siempre como impulso y como límite.

Teniendo en cuenta los criterios básicos plasmados en la Constitución Política de la República, se tiene que considerar que el orden público tiene que identificarse con aquellos preceptos constitucionales que impiden al particular desarrollar su libertad en detrimento de los derechos de los demás y que podrían equiparar el orden público con el respeto a la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad, y los demás derechos inviolables que le son inherentes en este orden de cosas.

Las personas no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado.

El orden público es un sistema de límites deducidos del conjunto del ordenamiento, y opera no por determinaciones expresas sino por principios. La diferencia entre las

normas imperativas y el orden público sería la formulación principal al mismo y su carácter implícito dentro del ordenamiento jurídico; contemplado como un sistema.

Un contrato, es contrario al orden público cuando contradice algunos de los principios que configuran la organización social vigente en cada momento histórico. No es preciso que vulnere ningún texto legal concreto.

Así delimitado el concepto de orden público, conviene poner de relieve la existencia, dentro de un sector especialmente importante en el derecho civil contemporáneo, cada vez mayormente marcado por la intervención del Estado. En este nuevo derecho civil, apartándose de la primitiva ideología liberal individualista que de la codificación, tiene especial importancia los límites determinados por el sistema de controles y programa que sirven para dirigir y coordinar las actividades económicas del Estado, los restantes entes públicos y los particulares, aflora así un muy significativo segmento del orden público, el llamado orden público económico.

## **2.7. Exteriorización de la autonomía de la voluntad**

Si la autonomía de voluntad o autonomía privada consiste en un poder del individuo que le permite al Gobierno en su esfera jurídica, señalar los cauces fundamentales de su realización, es importante dar a conocer las siguientes instituciones:

- a.) El patrimonio: en cuanto que el mismo engloba la totalidad de los poderes jurídicos otorgados, al individuo sobre bienes y relaciones jurídicas de naturaleza económica.
- b.) El derecho subjetivo: en cuanto significa la concesión de un poder jurídico sobre bienes de todo tipo y una garantía libre para el goce de los mismos; como medio de realización de los fines e intereses del hombre.
- c.) El negocio jurídico: en cuanto que es el acto por virtud del cual se dicta una reglamentación autónoma para las relaciones jurídicas, o se crean; modifican o extinguen las mismas.

En cualquier caso, este contenido positivo va precedido por una libertad básica, sin la cual no es posible hablar ni si quiera de existencia del contrato, que es la de celebrarlo. La adhesión forzosa, a una reglamentación creadora de obligaciones no es en absoluto un contrato. Lo que sucede es que en la mayoría de casos, aunque la adhesión no es obligada en términos de exigencia jurídica, resulta inevitable en términos prácticos, dando lugar a una especial problemática; de la que se dará oportuna cuenta.

Solamente será justo un contrato libre si se encuentra informado por la buena fe, si el equilibrio de las prestaciones es verdadero, si se ha garantizado la igualdad entre los contratantes. Decir libertad puede significar apariencia de autodeterminación y prepotencia latente de una parte sobre la otra.



Cabe puntualizar, que la autonomía de la voluntad no puede perecer y en tanto habrá contrato en cuanto ella perviva. Pero hoy debe estar bien cimentada y mejor encauzada, debido a que en ocasiones debe fomentarse y otras limitarse.

En el derecho reciente, existen datos que corroboran la idea de que el contrato, aunque es un instrumento de libre iniciativa privada y de autorregulación de intereses, ponen en crisis el dogma de la plenitud de la voluntad y, sobre todo, la idea de que es necesaria la existencia de cláusulas abusivas, que reducen o eliminan la responsabilidad y aumentan las cargas y obligaciones del adherente.

Ciertamente la teoría del negocio jurídico y la autonomía contractual parecen haber periclitado en dilatadas zonas del derecho privado, invadidas por las condiciones generales de las relaciones de contactos sociales y de la legislación protectora. Pero es menester recuperar gran parte de la ilusión perdida y defender contra toda esperanza el bastión del contrato, como refugio de la libertad de la persona en ese hábitat hostil del tráfico económico, desde la lucha por el derecho despiadada.

Nunca ha existido una vigilancia mayor para lograr que el contrato solamente obligue si es justo. No hay libertad contractual, y menos esa igualdad, como fundamento del contenido contractual justo, si se rompe el equilibrio de las prestaciones, si la buena fe deja de ser el medio ambiente del negocio jurídico y si una parte actúa abusivamente y la otra solamente debe sumisión, si no se informa expresamente a la parte que se adhiere, si hay olvido de la equidad contractual, o de los principios de responsabilidad y confianza.

Igualmente, es necesario invocar y revitalizar la causa del contrato principalmente en el nuevo derecho de los consumidores. En resumen, se tiene que recordar la idea socrática del contrato y se debe asegurar la equidad en el intercambio.

## **2.8. El contrato en el sistema de derecho privado**

Resulta ineludible la referencia a la propiedad. El contrato es un mecanismo de circulación de la riqueza, bien en forma de cosas, bien en forma de servicios. En la visión del Código de Napoleón y, en general, en los viejos Códigos Civiles y de acuerdo con la estructura económica de la época codificadora, la riqueza viene representada básicamente por la propiedad de cosas materiales, singularmente inmuebles.

La prestación de servicios tiene menor importancia, y ello acusa la sistemática de los códigos, y entre ellos el guatemalteco, que dedica una mayor extensión y una pormenorizada regulación a los que tienen como objeto la transmisión del dominio o de su disfrute: basta con observar la cantidad y la precisión de las normas dedicadas a la compraventa y a la donación, y la parquedad de las que regulan la prestación de servicios y, en general; la inadecuación de los tipos a una actividad organizada en forma de empresa. Ni siquiera la dicotomía entre contratos civiles y contratos mercantiles, operantes en el ordenamiento jurídico privado es significativa, al menos de una manera nítida, de un diverso posicionamiento, habida cuenta de la fragmentariedad y de la escasez de la regulación mercantil; básicamente el derecho del contrato es el derecho del Código Civil.

Pero hoy día, hay que estimar que la situación se encuentra extraordinariamente alterada, por muchas razones entre las que destacan la emergencia de nuevas formas de riqueza, que no son representadas por cosas materiales y la crecida importancia dentro de las mismas.

En estas condiciones, sin perder densidad el contrato como instrumento jurídico de circulación de la propiedad, el contrato mismo es el creador de posiciones jurídicas activas y pasivas que no se pueden fácilmente reconducir al que es propietario.

Ello es causa de la progresiva inadecuación de las regulaciones codificadas a los nuevos fenómenos, con un florecimiento cada vez mayor de los contratos atípicos, y de las normas especiales extramuros de los códigos de derecho privado.

La misma conexión entre derecho civil y derecho mercantil se resiente, pareciendo que la opción de futuro es un nuevo derecho del tráfico económico, de características sensiblemente distintas al nacido en la época codificadora, bajo otros presupuestos económicos y sociales. En última instancia, lo que se encuentra latente tras la evolución es el desplazamiento del centro de gravedad de la vida económica desde la propiedad a la empresa; pese a las dificultades de construcción jurídica de esta.

Y ello ha venido a significar que la gran importancia del contrato en la vida moderna se encuentra en ser un instrumento de transmisión de la propiedad, en ser el auxiliar de mayor poder de la actividad económica organizada.

La relación del contrato con la familia también ha venido sometida a una mutación importante, desde el inicial planteamiento codificador, en un doble sentido, de distanciamiento por un lado, y de acercamiento por otro; que es paradójico solamente de un modo aparente.

Distanciamiento, porque la progresiva disgregación de un núcleo familiar extenso y ordenado jerárquicamente a favor de la familia nuclear, cuyos vínculos están mas bien fundados en una comunidad de afectos, con mínima jerarquización, ha propiciado la desaparición, en gran medida de las normas sobre la capacidad para contratar que tenían un origen familiar, quedando prácticamente circunscrita la conexión entre contrato y familia a los mecanismos de representación legal y complemento de capacidad.

Por ello nada había de paradójico, sino perfectamente congruente se produce el acercamiento del contrato a realidades familiares. En efecto la liberación familiar da juego a la voluntad individual de los miembros de la familia: fruto de ella, son las posibilidades cada vez mas crecidas de convenir sobre el régimen económico del matrimonio, relaciones entre parejas no casadas, de los cónyuges separados o divorciados a través del convenio regulador o el ejercicio de incumbencias familiares respecto de los hijos. De todos modos, conviene no exagerar esta línea de tendencia: el matiz de orden público de las cuestiones familiares siempre condiciona la aplicación del contrato a las mismas y no cabe duda de que la figura normal del mismo, tiene como base la existencia de relaciones patrimoniales sobre el carácter contractual del matrimonio, o la aplicación de la teoría de los vicios del consentimiento, surgida en el

ámbito de los acuerdos patrimoniales, al reconocimiento de la filiación, son ilustrativas de las suficiencias e insuficiencias de la conexión entre contrato y familia.

“La tradición histórica del derecho común guatemalteco es decididamente contraria a la unión entre contrato y sucesión a causa de muerte, pero no así en los derechos civiles territoriales españoles, no faltando voces en los ordenamientos jurídicos extranjeros que desconocen los pactos sucesorios que abogan por una reevaluación de los mismos en una mas moderna y social configuración del derecho hereditario”.<sup>14</sup>

Una clasificación de los contratos resulta de escasa utilidad, puesto que los términos exigen casi inexcusablemente hablar de la regulación de los contratos comprendidos en las rúbricas correspondientes de la clasificación. Sin perjuicio de su profundización, es de importancia distinguir entre:

- a) Contratos por negociación y contratos por adhesión: esta clasificación hoy día es la de mayor importancia. Se denomina contratos por negociación a aquellos en que las partes debaten o discuten, o por lo menos, se encuentran en posición de debatir y discutir el contenido del que el futuro contrato ha de ser dotado. Constituyen en el derecho la regla general.

En cambio, se denominan contratos por adhesión a todos aquellos en que existe una previa acción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por

---

<sup>14</sup> Aguirre Matos, Roberto. **El contrato**, pág. 29.

medio de formularios, impresos, plazas o modelos preestablecidos y a la otra solamente le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo.

- b) Contratos consensuales y reales: según su perfección la produzca el consenso, o la *datio rei*. Atendiendo a la primacía del mero consentimiento como elemento genérico de los contratos, en donde la mayor parte de los contratos tienen carácter consensual. Hablar por tanto, de contratos consensuales significa sencillamente que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento contractual.

En cuanto a los contratos reales, se está haciendo referencia a una limitada relación de contratos para cuya perfección el Código Civil requiere, además del mero consentimiento; la entrega de una cosa.

La moderna doctrina, critica con razón la existencia de la categoría de los contratos reales, por constituir una pieza extraña en el derecho codificado.

- c) Contratos típicos y atípicos: tipo es el esquema fijado por las leyes para cada una de las figuras contractuales. Con la característica de la tipicidad, en un sentido estricto, se quiere indicar que determinados contratos solamente consiguen su eficacia, si se ajustan a un esquema prefijado por el ordenamiento, sin que quepa acudir a algún otro para realizar la misma función, pero hay otra forma de entender la división, de manera mas laxa: contrato típico sería el que diseña el ordenamiento como esquema general, para el caso de que los particulares, con

su voluntad no excluyan dicho diseño, y configuren otro según su arbitrio, así entendido; contrato típico es el que prefiguran las normas dispositivas.

Mientras que los que no encajen en ninguno de ellos serán los atípicos, que son concebidos por los contratantes al amparo del principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual y de la indudable consagración *numerus apertus* para las relaciones obligacionales, y que ofrecen menor seguridad, y por ello; una mayor capacidad judicial de interpretación.

Dentro de la categoría de los contratos atípicos se encuentran aquellos que tienen tipificación social, por estar socialmente definidos y de ser de significación conocida y firme.

d) Contratos onerosos y gratuitos: esta clasificación juega en los negocios de atribución patrimonial, es decir; en aquellos que tienen por finalidad económica la atribución de bienes.

Negocio oneroso es aquel en que un sujeto se desprende de una ventaja de carácter patrimonial, recibiendo una retribución; también patrimonial. Este carácter oneroso también se percibe, aunque de ordinario se halle escondido, en el contrato de seguro, en el cual uno de los contratantes satisface una cantidad periódica al asegurador para que el mismo le indemnice si llega a ocurrir o cuando se encargue de los sucesos que en cada caso justifican la existencia del seguro: el incendio, el robo, el accidente

automovilístico, la muerte. Aquí la realidad de una prestación se suele contraponer la eventualidad de otra.

Los contratos gratuitos significan que hay un empobrecimiento de un sujeto, correlativo al enriquecimiento de otro.

- e) Contratos conmutativos y aleatorios: en los conmutativos, la retribución está fijada de antemano, y es siempre jurídicamente exigible por las dos partes; en cambio, en los segundos depende del azar; la efectiva ejecución de la prestación de una de ellas.
- f) Contratos formales y no formales: los primeros son aquellos que deben observar ciertas formalidades en la manifestación de la voluntad, de tal forma que si no lo hicieren, no serán válidos, los no formales son los no sometidos a tal exigencia, se perfeccionan con la misma voluntad de las partes en los contratos civiles y mercantiles la regla es la libertad de forma, con las excepciones de ley.
- g) Contratos principales y accesorios: esta clasificación supone la existencia de dos o más actos, pues de otra manera no es concebible la independencia o interdependencia.

Contratos principales son aquellos cuya existencia no depende de la existencia de otro acto distinto, como acontece por ejemplo, en la compraventa. Por su parte, los contratos



accesorios, son aquellos cuya existencia depende de la realización de otro negocio al cual acceden, tal y como sucede en la fianza o con la hipoteca.

h) Contratos entre vivos y de última voluntad: el criterio para distinguir los actos entre vivos y los de última voluntad, radica en que para producir sus efectos el acto jurídico requiera o no del fallecimiento del otorgante. Son pues, actos entre vivos, aquellos cuya eficacia no esta condicionada a la muerte de los otorgantes del acto.

En cambio, son actos o disposiciones de última voluntad aquellos cuya eficacia se encuentra subordinada a la muerte de los otorgantes.

i) Contratos unilaterales y bilaterales: aquí el criterio en que se funda la clasificación es el del número de las partes en el contrato, entendiéndose por tales los sujetos de derecho a quienes, real o presuntivamente, se les atribuye la realización del acto. Así, son actos jurídicos unilaterales cuando basta para formarlos la voluntad de una misma persona, es decir; crean obligaciones a cargo de una sola de las partes.

Los contratos se llaman bilaterales o también sinalagmáticos, cuando crean obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. Por consiguiente, requieren el consentimiento unánime de dos o mas partes, quienes actúan de manera autónoma y con un interés distinto; como sucede en todos los contratos.

Conviene advertir, que una modalidad de esta categoría, lo constituyen los contratos plurilaterales, que se trata de una categoría acuñada por la doctrina italiana y recogida por el Código civil italiano.

Evidentemente, los contratos no son plurilaterales por hecho de que en una de las posiciones contractuales se agrupen varios sujetos, tampoco puede hablarse de contratos plurilaterales por el hecho de que el contrato crea una situación triangular, en la que cada una de las partes ostenta sus propios derechos y obligaciones.

j) Contratos personales y contratos impersonales: los contratos personales son los que se realizan en función de las cualidades personales de uno o ambos contratantes normalmente, la muerte de la persona elegida por sus cualidades extingue el negocio, como puede suceder con el contrato de servicios profesionales, o en el comodato; cuando el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario. Contrato impersonal, es el que se realiza sin elevar a primer lugar las cualidades personales, lo que implica que la muerte de uno de los contratantes no extingue el contrato, quedando vinculados los herederos, como sucede, por ejemplo; con la compraventa.

k) Contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva: para establecimiento de esta clasificación, se tiene que atender a si las prestaciones resultantes son de tal naturaleza que puedan ser cumplidas en un mismo acto, como las provenientes de una compraventa al contado, o si, por el contrario, el cumplimiento del contrato supone la ejecución de prestaciones sucesivas durante

un tiempo mas o menos largo, como ocurre en el arrendamiento, seguro de vida, etc. En el primer caso, el contrato se denomina de ejecución instantánea; y en el segundo, se dice que es de ejecución sucesiva o continuativa, o de tracto sucesivo.



## CAPÍTULO III

### 3. Elementos del contrato

La identificación del contrato con la autonomía de la voluntad no debe significar en ningún caso que 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 del contrato que, no todos tienen el mismo significado; de ahí que se distinga entre elementos esenciales, naturales y accidentales.

Su regulación revela el interés que ello merece 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.

La autonomía de la voluntad debe 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 del tráfico entre particulares.

De 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. Es conveniente no olvidar que las partes defienden

intereses contrapuestos que tienden a preservar el equilibrio propuesto por las partes en la celebración del contrato; sin perjuicio de su incidencia en el tráfico en general.

Conviene no olvidar que las partes defienden intereses contrapuestos que tienden a complementarse en un equilibrio último plasmado en un concreto contrato celebrado.

### **3.1. Elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato**

En la doctrina tradicional se denominan elementos esenciales, y la forma cuando su exigencia es *ad solemnitatem*. Es decir, son 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 algunos de ellos impide la constitución misma del acto.

En esta dirección se observa que estos elementos son necesarios y suficientes, para la conformación del acto jurídico y son necesarios porque la falta de cualquiera de ellos excluye la existencia del negocio jurídico; y suficientes porque ellos se bastan para darle esa existencia.

Por el contrario, se conocen como elementos naturales, los que se integran en cada tipo 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, como sería la responsabilidad por evicción en la compraventa, o la fatuidad en el mandato. Hay que considerar, que, en realidad, no son sino meras consecuencias de determinados

contratos que las partes pueden excluir, pero que, en virtud del esquema legislativo de cada tipo contractual, no tienen necesidad de pactar.

Finalmente, se consideran elementos accidentales, a aquellos que por voluntad de las partes pueden acompañar a un determinado contrato, como ocurre con la condición, el plazo y el modo. Es de advertir que estos elementos accidentales solamente lo son en el sentido de que pueden introducirse o no en el contenido del contrato a voluntad de las partes, puesto que si se introducen son constitutivos del contrato de que se trata y, en este sentido son esenciales al mismo.

Esta clasificación tiene escasa utilidad y, además encierra el peligro de buscar conceptos bien definidos y de establecer distinciones tajantes que desdibujan la unidad funcional del contrato.

Desde un punto de vista práctico esta clasificación carece de trascendencia, dado que en la realidad del tráfico lo que se encuentran 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.

El problema radica entonces en englobar bajo un concepto unitario toda esta multiforme realidad. El objeto del contrato serán los intereses de las partes que el negocio se encuentra llamado a reglamentar. La idea de interés sin embargo es difusa. Interés tanto puede significar la relación objetiva del hombre con la realidad que se presenta

como útil, cuanto el móvil, apetito o fin subjetivado que mueve al hombre a actuar, a relacionarse con esta útil realidad, a interesarse por ella.

Por ello, debe sustituirse el concepto de interés por el concepto de bien, como la realidad susceptible de utilidad y de interés, que se encuentra circunscrita al contrato al mundo del derecho patrimonial, su objeto queda delimitado así por aquellos bienes susceptibles de una valoración económica que corresponde a un interés de las partes.

### **3.2. El objeto y el consentimiento**

Siendo el objeto y el consentimiento dos elementos distintos, se complementan perfectamente. Así, si se acude al sentido original del término consentimiento, se ve claramente como el consentimiento se proyecta sobre el objeto; supone una aproximación del hombre a las cosas.

El contrato se perfeccionará cuando se haya llegado a un consenso, es decir, cuando el consentimiento de ambas partes recaiga sobre el mismo objeto. La vinculación contractual existe, porque cada parte ha podido formarse la idea, a base de lo manifestado por la otra; de cual es el interés que el derecho le protegerá cuando el contrato quede perfeccionado.

Por tanto, lo que importa es si cada parte se ha formado una representación racional de lo que la otra ha ofrecido, y si, conforme a ello; ha prestado su consentimiento.



“Esta tesis avanza en línea tradicional voluntarista, pues al hablar de representación se encuentra poniendo el acento en lo que los sujetos contratantes tenían en mente; en la subjetividad de las partes. Sin duda alguna, en una postura crítica frente al voluntarismo, no es buen consejero el subjetivismo en la configuración jurídica de una de las instituciones sociales tan decisivas como es el contrato, pero, ciertamente alude a algo de gran relevancia, representar alude a algo exterior, que se encuentra fuera, pero que, siendo exterior; se erige en la base del contrato”.<sup>15</sup>

No obstante, sería apropiado hablar de programación, terminología de origen muy destacada por la doctrina moderna. La programación indica también algo exterior pero incluye la idea de propuesta, como de diseño trazado por las partes de reglamentación a través de cláusulas, lo cual además de permitir un enfoque objetivo, encaja mejor con la proyección del consentimiento sobre el objeto. En último término, la programación enlaza los actos antecedentes al precepto en que el acuerdo se verifica o realiza.

Para que se encuentre bien formado el consentimiento tiene que conocer y querer el objeto sobre el que va a recaer su declaración. Existe una íntima relación entre la voluntad y la información, pues carece de voluntad quien no conoce.

Así el supuesto de una parte que contrata desconociendo una información, por omisión o comportamiento silencioso de la otra parte, que de haberla conocido no hubiese contratado o lo habrá hecho en otros términos, es valorado actualmente por infracción de los previos deberes de información.

---

<sup>15</sup> Aguirre. **Ob. Cit**, pág. 34.

Exigir una información completa, clara y veraz no supone establecer nuevos límites en materia contractual, muy al 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 de consentimiento, con relación al objeto y a todas las circunstancias que rodean al mismo y a la contratación, objeto y contratación sobre los que inciden, y, a su vez; son fuentes de reglas.

Solamente un objeto conocido e identificado, el sujeto, será el objeto del contrato en concreto, ese y no otro. De ahí la estrecha relación de esos dos elementos del contrato, pues el consentimiento no es solamente la conjunción exacta de dos declaraciones de voluntad individuales, sino la unión justa de afanes en la colaboración o participación hacia un objetivo común: un objeto cierto.

### **3.3. Requisitos del objeto del contrato**

Ello significa que el objeto ha de existir al momento de la celebración del contrato, pudiendo recaer también sobre cosas futuras, siempre que su existencia sea posible. Se prohíben, sin embargo, los contratos sobre herencia futura, Artículo 1539 del Código Civil: “Se prohíbe todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se ignora”.

Exigir que el objeto que sea existente o posible es exigirle que sea real o que pueda serlo, y realizable, es decir, que se limita al objeto desde el punto de vista de su misma naturaleza. Esta apreciación, sin duda alguna, sitúa el problema en su perspectiva

realista, al distinguir los dos aspectos de la existencia y posibilidad como algo inherente, no tanto a las cosas, sino a las cosas en cuanto que objeto de contratos de cambio o de prestación de servicios.

La posibilidad, además es una exigencia institucional, puesto que si todo contrato implica una vinculación o un compromiso de realización de unas prestaciones futuras; el contrato solamente puede ser eficaz si tales prestaciones son posibles.

La posibilidad del objeto, que se infiere del artículo 1538 del Código Civil, se puede apreciar desde un punto de vista material como jurídico, planteando esto último, como se ha visto; la dificultad de deslindarla de la ilicitud.

También, no funciona con los mismos criterios cuando se refiere a las cosas y servicios. Respecto a los servicios, el requisito de posibilidad es un poder hacer, es decir, un poder realizar la persona el comportamiento en que el servicio consiste o un poder desplegar aquella actividad a que el contratante queda comprometido.

a) Lícito: la ilicitud del bien supone que se encuentra fuera del comercio de los hombres, mientras que los servicios se estiman ilícitos cuando van en contra de la ley imperativa; las buenas costumbres o el orden público.

“La cosa como objeto de un contrato no son por sí cosas lícitas o ilícitas sin que lo lícito o ilícito será el radicar o el comerciar con ellas. Por esto, aplicada a las cosas, la idea de licitud se transforma en la de comercialidad o comerciabilidad”.<sup>16</sup>

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.

La extracomercialidad es aquella situación en que se encuentran determinadas cosas en sentido jurídico que las hace estar sustraídas al tráfico, mientras no se produce una circunstancia legalmente prevista, que determine la posibilidad de ser objeto nuevamente de relaciones jurídicas normales.

De ello resultan algunos caracteres de la extracomercialidad: a) no es cualidad intrínseca de las cosas, sino algo accidental a ellas, que determina para las mismas una situación especial; b) es un estado dinámico, esto es, sujeto a cambio, bien en cuanto a las causas o razones que determinan su aparición o su cese, y por tanto, temporal; c) su origen es legal, nunca voluntario, pues aunque los particulares pueden mediante negocios jurídicos sustraer ciertos bienes al tráfico jurídico, esta sustracción nunca puede ser total ni perpetua, y no llega a colocar la cosa fuera del comercio; d) es un concepto de gran relatividad, pues no solamente los motivos que determinan su establecimiento han cambiado a lo largo de la historia, sino que incluso en la actualidad, varían de un país a otro.

---

<sup>16</sup> **Ibid**, pág. 46.

Bajo el concepto de extracomercialidad pueden colocarse los siguientes tipos de bienes:

- Los bienes de dominio público: son aquellos a que hacen referencia los artículos 457, 458 y 459 del Código Civil, es decir, los bienes destinados al uso público y los destinados a algún servicio público o a fomento de la riqueza nacional.
- Las cosas que no sean susceptibles de apropiación: por considerarse como cosas comunes a todos por quedar fuera del ámbito y del poder de apropiación del individuo.
- Los bienes no incluidos en el patrimonio y por tanto sustraídos de la libre disponibilidad de los particulares.

Un problema distinto nos plantea aquellas cosas cuyo comercio se encuentra prohibido por una disposición legal. La prohibición legal impone una extracomercialidad en circunstancias determinadas.

En cuanto a los servicios objeto de un contrato, su ilicitud se concreta en que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres y, por consiguiente, de una exigencia de legalidad y de moralidad de los servicios contratados, que impondrá la necesidad de establecer un juicio de valor en torno al ajuste o adecuación de tales servicios con las directrices de las normas legales o con las convicciones morales imperantes en el grupo social de que se trate. De esa suerte serán nulos los contratos cuando los servicios contratados deben considerarse ilegales o como inmorales.

- b) Determinado: un objeto determinado es un objeto individualizado y distinguido en la 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.

Es lógica la exigencia del Artículo 1538 del Código Civil al regular que el objeto del contrato ha de ser determinado, en cuanto las partes deben saber en que va a consistir la obligación que asumen.

No puede haber obligaciones contractuales si no se ha determinado en que consisten tales obligaciones. Tampoco existe una verdadera obligación contractual si la concreción del objeto del contrato se ha dejado para un momento posterior; 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 perfeccionado. Pero aunque 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 de las partes.

En la determinación del objeto del contrato caben, pues, dos posibilidades distintas: que el objeto del contrato se encuentre ya absolutamente determinado por los contratantes y en este caso el contrato llena cumplidamente la exigencia de determinación; y que el objeto del contrato no ha quedado absolutamente determinado por las partes, pero es determinable, en un momento posterior, porque las partes han señalado o establecido

criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse. En estos casos, que pueden denominarse de determinabilidad, el contrato es eficaz, siempre y cuando la posterior aplicación de los criterios de determinabilidad deban operar con independencia de la voluntad de las partes, es decir; sin necesidad de que se produzca un nuevo convenio entre los contratantes.

Dentro del supuesto genérico de determinabilidad del objeto del contrato por las partes y de remisión a criterios exteriores para su plena determinación, cabe la posibilidad de que se otorgue al arbitrio a un tercero que sea quien especifique el objeto contractual.

El Código Civil, recogiendo una tradición que procede de las fuentes romanas, admite la posible intervención de un tercero en la determinación del objeto del contrato, en dos casos concretos: a) al que hace mención expresa el Artículo 1796 para el precio de la compraventa, y b) la designación de las partes de cada uno de los socios en las ganancias y pérdidas en la sociedad.

El tercero a quien las partes confían la determinación del objeto de contrato puede actuar de acuerdo con un *arbitrium boni viri* o con arreglo a un *arbitrium merum*. En el primer caso deberá decidir con arreglo a criterios objetivos de equidad y las partes pueden impugnar ante el juez la decisión si ha faltado evidentemente a la equidad en ella. En el segundo caso deberá actuar de acuerdo con su leal saber y entender y su decisión será únicamente impugnabile cuando haya procedido de mala fe.

A manera de conclusión, se puede establecer que los límites a la autorregulación del objeto del contrato son: posibilidad, licitud y determinación o determinabilidad.

Es natural que así sea porque la posibilidad entra en el ámbito de la actividad humana calificativa del comportamiento, de la conducta que haya de seguirse. La licitud implica la disciplina previa a que el contrato habrá de ajustarse, y la determinación enlaza con la identidad o certeza.

### **3.4. Causa del contrato**

El concepto de causa en los contratos es un tema de gran dificultad que cabe atribuir, entre otras razones, a su confusa evolución histórica y a la intrincada trama de influencias dogmática en que se debate su estudio. Por ello, se afirma que 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 y de la técnica del derecho civil.

Es justa y merecida esta forma de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo. La discusión afecta a varias cuestiones: su significado, su importancia y hasta su misma utilidad, es decir, la necesidad o no de tener en cuenta la causa en los contratos.

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.

La exigencia de una causa en los contratos va unida al reconocimiento de la autonomía de la voluntad como productora de relaciones obligatorias. En la medida en que el contrato se convierte en una categoría general asentando en la libertad individual de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, se plantea de manera mas perceptible la necesidad de regular y controlar ese comportamiento en relación a la finalidad que le anima, para apreciar su acomodo al ordenamiento jurídico; de ahí que se requiera una causa que lo justifique merecedora de protección.

De otro lado, desde la perspectiva de la obligación, entendida esta como vinculación personal que limita la libertad individual, se plantea igualmente la exigencia de una razón suficiente desde el punto de vista jurídico para justificar dicho vínculo, que constituye su causa, pero esta razón o causa, no juega tanto en el plano valorativo como ocurre en el contrato, en el sentido de si debe ser digna de protección; sino como causa eficiente, que explica la existencia de obligación; así como su permanencia.

La causa de la obligación, en consecuencia, sería la razón jurídica de esa vinculación, que no se puede 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.

La misma se justifica en las obligaciones sinalagmáticas, en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte: lo que explica que se puede resolver la obligación por incumplimiento de una de las partes.

En un plano diferente se encuentra la causa de la atribución, que constituye el fundamento jurídico de un desplazamiento patrimonial, necesario para la conservación de los efectos del mismo y que puede ser el contrato, pero, también la sucesión mortis causa, un hecho jurídico, como la accesión. En otras palabras, el atributario se encuentra jurídicamente facultado para recibir la atribución. Tiene derecho a ello. Su exigencia responde a pretensiones de coherencia del sistema, que no solamente requieren que todo desplazamiento patrimonial tenga un fundamento, sino también que dependa del mismo, de tal forma que una anomalía que pueda afectar a la causa de la atribución incida en su eficacia.

Con la misma se quiere resolver, el supuesto de una atribución patrimonial que trae causa de un contrato nulo, reconociendo al que transmitió la cosa para pedir su restitución por falta de causa.

La causa tiene, dos funciones:

- a) Función caracterizadora: se requiere una causa o razón suficiente para que quien prometa quede obligado y no pueda desdecirse; para que quien entrega o deja algo no pueda reclamarlo. En esta línea doctrinal objetivista, se encuentran quienes señalan que la causa es la función económico-social.
- b) Función justificadora de la atribución patrimonial: este criterio subjetivo sirve para clasificar los contratos. Esta es la línea tradicional de la doctrina, la causa es siempre a la contrapromesa. Por esa razón, se dice que enriquecimiento sin causa es una figura reconocida en el Artículo 1616 del Código Civil, cuando falta

la causa o justificación del enriquecimiento de una persona, en cuyo caso, este deberá restituir el valor de lo ganado a la persona que ha sufrido el empobrecimiento.

En materia de derechos reales, existe una figura que sirve a la causa, y es el título. El título es el instrumento jurídico que se utiliza para adquirir el derecho, y ha de ser justo o suficiente, para producir el traspaso patrimonial, y a la vez de ser protegible; porque el adquirente cree que no existen obstáculos que impidan su adquisición. En la materia señalada, el sistema guatemalteco es causalita, porque permite siempre el examen o calificación de la suficiencia y protegibilidad del título de adquisición, de tal forma que cuando el título no sea justo, bien porque contenga defectos esenciales conocidos por el adquirente o bien porque se tenga conocimiento de que exista otra persona con mejor derecho sobre la cosa; no servirá para consolidar la adquisición de derechos.

Ambos criterios o funciones deben conjugarse: la causa es aquel propósito negocial que es medido por la regla lega, pero también es la regla que sirve para medir dicho propósito negocial.

El derecho atribuye a la causa la función de valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan de la causa la función de valoración propuesta por quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales y en consecuencia: a) causen desde un punto de vista subjetivo lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera, el amparo jurídico: b) causen desde un punto de vista objetivo medir el

resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada y conforme que se determinará la validez o invalidez del negocio y el tipo de eficacia que le corresponda.

Las funciones de la causa del contrato quedarían sistematizadas de la siguiente forma: en primer lugar sirve para identificar el contrato celebrado de compraventa cuando lo que se pretende es el intercambio de una cosa por una cantidad de dinero, o de arrendamiento cuando lo que se quiere es el uso de un bien que sigue siendo ajeno a cambio de una renta periódica.

Sirve pues, para fijar el tipo contractual, cuando el contrato es atípico, y ello permite fijar su naturaleza y buscar, por analogía; el régimen jurídico aplicable.

En este sentido la causa se concreta en ese fin práctico común a las partes, y viene a ser igual para cada tipo contractual, o desde otro punto de vista, como se ha dicho, con la función económica y social de cada clase de contrato; lo que permite apreciar, también, si ello merece la protección de las leyes.

La causa cumple una función de control de la licitud de los contratos, en cuanto la manifestación de la autonomía de la voluntad no puede vulnerar el ordenamiento.

En este punto, al igual que el anterior, se cuenta con la dificultad insuperable de agotar en una previsión legal todos los supuestos de ilicitud, por lo que el ordenamiento, junto a menciones específicas en las leyes, recurre a la noción general de la moral como límite de la autonomía de la voluntad mencionada en el Artículo 1271 del Código Civil.

Desde esa perspectiva la causa no se puede reducir a ese fin objetivo que se persigue en el contrato, pues dejaría fuera de control a otras motivaciones y finalidades que por no ser causa no podrían ser reprimidas por el ordenamiento.

“El elemento causa juega, por tanto, un importante papel dentro de la estructura del negocio y a los efectos de la intervención judicial en las declaraciones y compromisos humanos, ya que permite al juez fiscalizar un gran número de actos y negar eficacia jurídica a aquellos que sean indignos de la tutela del derecho”.<sup>17</sup>

Finalmente, el contrato en cuanto proyecto personal también puede responder a otras motivaciones, que pueden ser comunes a ambas partes, y que son las que realmente impulsan a contratar, por lo que la frustración también se puede tener en cuenta en algunos supuestos, al efecto de no permitir la vigencia de dicho contrato cuando ya nada significa para los contratantes. En este caso la causa tiene un claro componente subjetivo por la presencia de motivaciones individuales.

A todas estas funciones, en mayor o menor medida, debe responder la noción de causa si se quiere que la misma sirva realmente para algo.

### **3.5. Teorías de la causa del contrato**

Las teorías sobre la causa del contrato han estado marcadas durante un largo período de tiempo en que, como se ha dicho, se trataba unitariamente la causa de la obligación

---

<sup>17</sup> Gherzi. **Ob. Cit.**, pág. 46

y del contrato, desde una perspectiva excesivamente voluntarista que le llevaba; a veces a concepciones muy subjetivas.

Una vez superada esta fase, se plantea la doctrina la tarea de definir la causa del contrato.

Una primer teoría es la que se denomina objetiva, que identifica la causa con la función económica social de cada tipo contractual, es decir la causa es objetiva en el sentido de que la razón que determina a la voluntad de los sujetos contratantes a obligarse es independiente de los motivos o razones subjetivas que les mueven a contraer la obligación.

Solamente aquellas funciones que sean dignas de protección por el ordenamiento, se dice, tendrán relevancia jurídica: estas están fijadas previamente en los contratos típicos y deberán analizarse en cada caso para los atípicos: siguiendo con la compraventa, la causa sería el intercambio de cosa por bien, fuera de toda motivación individual.

Tiene la ventaja de la seguridad que la misma depara al tráfico jurídico, que no se verá afectado por cualquier otro motivo que hubiera impulsado a las partes a contratar, sin embargo, no permite controlar la licitud de los contratos, ya que para la misma sería indiferente que el arrendamiento de un inmueble obedezca a la necesidad de contar con una vivienda o para instalar un negocio de prostitución. Tampoco permitiría en ningún caso la relevancia de otros motivos que fueran esenciales para las partes.

Se hace, pues, necesario valorar las motivaciones, sobre todo las motivaciones comunes a ambas partes, y esta valoración solamente encuentra su adecuado cauce a través de la figura de la causa. Es la causa la que permite tildar de nulo a un negocio inmoral o ilícito.

Para superar las deficiencias apuntadas se elaboró la teoría subjetiva de la causa, que la identifica con el propósito común a las partes al contratar o la intención concreta perseguida por las partes al realizar el negocio, lo que permite indagar en las motivaciones individuales al efecto de apreciar su licitud o la razón jurídica que lleva a la parte a contratar.

A este propósito y a esta intención se llamara causa. La tesis anotada plantea la dificultad de precisar que móviles o motivaciones son los que deben considerarse causa al efecto de dotarle relevancia jurídica; con la inseguridad que ello conllevaría a inseguridad para el tráfico de bienes y servicios.

Ante la insuficiencia de las denominadas teorías subjetivas y objetivas sobre la causa, con el propósito de dar respuesta a las necesidades plantadas, sin poner en riesgo la seguridad que el tráfico reclama, se ha ido perfilando una vía intermedia que atiende a la causa de cada contrato en particular. Y en este sentido es mantenido que la misma se identifica, en primer lugar, con lo que constituye ese fin práctico común a las partes; la denominada causa objetiva. Ahora bien, en determinados casos las motivaciones individuales se incorporan también a esa causa objetiva, adquiriendo con ello trascendencia en el plano jurídico, y ello ocurre cuando tales motivos son comunes a

ambas partes: si los mismos son ilícitos no se puede permitir que a través de medios reconocidos legalmente para la satisfacción de intereses que se estiman justos, se llegue a un resultado prohibido por el ordenamiento.

Lo mismo cuando existe un motivo común que resulte esencial para contratar, y es erróneo o se frustra por cualquier razón, pues la permanencia de dicho negocio carece ya de interés para las partes fuera de estos supuestos; entonces los demás motivos carecen de trascendencia jurídica.

La causa del contrato es la función práctico-social concreta querida por los contratantes al celebrar el negocio, es decir, aquello en lo que consienten, comprendiéndose en esta función el motivo determinante común a dichos contratantes, o, al menos, admitido por uno de ellos al ser pretendido por el otro.

Los motivos determinantes, es decir, los que han sido tomados en cuenta de forma decisiva para contratar, y que además están incorporados al contrato, es decir, que han sido puestos en conocimiento de la otra parte, figuren o no expresados en el documento, están comprendidos en la causa.

Con ánimo de completar el significado de la causa, se puede acudir a los criterios diferenciales respecto de otros conceptos técnicos que en muchos casos se consigue alcanzar mediante el resultado clarificador.



“El objeto del contrato es la materia sobre la que recae el contrato, mientras que la causa se refiere también a algo distinto y que se encuentra fuera del contenido del contrato”.<sup>18</sup>

### **3.6. Requisitos de la causa**

Los requisitos de la causa, son los siguientes:

- a) Existencia: debe ser entendida desde la concepción de la causa expuesta, pudiendo, en consecuencia, afirmarse 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.

Su valoración, es diferente para los contratos típicos, cuya ausencia se justifica en la falta de uno de los elementos esenciales de su estructura formal: el precio en la compraventa, o la falta de cuestión litigiosa en la transacción. Y para los atípicos, que carecerán de causa: si son onerosos, cuando no exista verdadera reciprocidad de prestaciones, sin son gratuitos, cuando no medie ánimo de liberalidad; y remuneratorios, cuando no hay servicio a remunerar. En algunos ordenamientos, su sanción es la nulidad del contrato, al afirmar que los contratos sin causa no producen efecto alguno.

- b) Veracidad: este requisito señala que la expresión de una causa falsa dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en una verdadera y lícita. Se

---

<sup>18</sup> **Ibid**, pág. 86

pueden diferenciar dos supuestos diferentes de falsedad: el que corresponde a un supuesto en los que las partes han expresado una causa que no responde a la realidad, que cede en aras de los que realmente se pretende con la celebración de dicho contrato, supuesto que la doctrina trata dentro de la llamada simulación relativa, y aquella que responde a un error sobre tal causa, que da lugar a la anulabilidad. A esta última se le aplica la disciplina del error en los contratos.

- c) Licitud: finalmente, la causa tiene que ser lícita, entendiendo por tal, la que no se opone a las leyes y a la moral. Su apreciación requiere valorar la finalidad empírica querida por ambas partes, en la que se incluye ese motivo o fin que se quiere perseguir, que no debe ser contrario a las normas imperativas, y a las concepciones morales imperantes en la sociedad; cuya apreciación corresponde a los tribunales de justicia.

Puede ocurrir que las obligaciones derivadas de un negocio sean lícitas si se las considera aisladamente y en cambio el contrato como tal sea ilícito. El ejemplo tradicional y mayormente expresivo es el de la promesa hecha a una persona para que no cometa un delito, nada de ilícito tiene el comprometerse a pagar una suma de dinero por un servicio y tampoco el no cometer un delito, pero si constituye causa ilícita, como contraria al orden público, la que pone en relación tales compromisos, pues repugna a la conciencia jurídica de una sociedad regida por el derecho.

Con el término contratos abstractos se quiere significar que la causa carece de relevancia jurídica, es decir, que su contenido, así como los defectos de los que pueda adolecer; no trascienden al negocio.

Por consiguiente, los contratos abstractos actúan en el tráfico jurídico sin invocación ni conexión con su causa.

La admisión de estos contratos en un determinado ordenamiento responden a una opción sobre el problema de fondo de los intereses en juego, o sea de la parte que padece la anomalía causal y de la otra parte ajena a ella o el de las partes en el contrato y el de los terceros, que se puedan ver afectados por los defectos de la causa, que se representa a través del principio de seguridad jurídica, dado que las otras funciones asignadas a la causa, como la tipificación del negocio o control de licitud, se consiguen a través de otras vías.

### **3.7. La causa y el Código Civil guatemalteco**

El Código Civil, no exige la causa como requisito esencial del contrato. Es decir, la sistemática reconoce que la declaración de voluntad puede producir efectos independientemente de la existencia de una causa. Es lo que la dogmática denomina la abstracción material de la causa.

El contrato es un acontecimiento de la vida real. Muy sencillo en algunas ocasiones, aparatoso en otras. Rodeado de publicidad en unos casos, en otros reducido al ámbito más reservado de la intimidad de la persona.

Todo contrato reviste alguna forma. El contrato consiste en una o varias declaraciones de voluntad. No existe contrato sin una voluntad exteriorizada.

El consentimiento, tiene que trascender al exterior para que pueda ser conocido por la otra parte contratante; desde este punto de vista se puede afirmar que la forma se requiere para todos los contratos, o dicho en otras palabras; que todos los contratos son formales.

La exigencia de una forma específica puede obedecer a razones muy diferentes: a) 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 les quiere rodear de las máximas garantías en su celebración, tal ocurre con los contratos traslativos de dominio de inmuebles; b) otras veces, su exigencia se justifica para favorecer la prueba del contrato; c) igualmente, la complementación de una determinada forma, concretamente, la que consiste en un documento público, permite el acceso de dicho contrato a un registro público, con las consecuencias en orden a su publicidad que de los mismos se derivan; d) otra justificación del formalismo, o al menos si una consecuencia del mismo, es la mayor garantía de reflexión y madurez de juicio que en el se requiere. Un negocio solemne, para cuya válida celebración se exige una

forma determinada, es menos propicio a la improvisación y a la decisión irreflexiva que otro que pueda celebrarse de cualquier forma; con la única expresión de palabras.

La imposición de una forma determinada cumple, en fin, importante función de fijar de manera segura y estable que realmente manifestaron la parte o partes de un contrato. Esta finalidad reviste especial interés en dejar constancia de su verdadero contenido, a fin de evitar ulteriores controversias en torno a él.

### **3.8. Funciones de la forma del contrato**

La función mas elemental de la forma es la de dar a conocer el acto jurídico realizado. Con esta función, que puede denominarse función 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.

Supuesta la observación de la forma y, con ella, la existencia jurídica del contrato, cabe reconocer en la forma una segunda función, 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, solamente queda de él la noticia que proporciona la forma del contrato. Esta sería la segunda función de la forma propiamente dicha: servir

de base objetiva para la presunción de correspondencia del consentimiento exteriorizado con la voluntad real de los contratantes.

Desde la perspectiva del contrato se suele distinguir entre estos dos tipos de formas: la primera, llamada también *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, constituye un requisito esencial al contrato, de tal manera que hasta que no se cumple, dicho contrato no se ha perfeccionado, es decir, son aquellas formas que por ministerio de ley constituyen un requisito esencial del contrato, su falta, en consecuencia; acarrea la nulidad del mismo.

“Cabe afirmar que en los casos en que es exigida la forma *ad substantiam*, la misma se cumple, además de las funciones inherentes la forma del contrato en general, una función específica, esencial, es la configuración del contrato; en el sentido de que sin ella el contrato es nulo a todo efecto”.<sup>19</sup>

La forma *ad probationem* es aquella cuya exigencia se encuentra relacionada con la eficacia del contrato; mayoritariamente que con su validez. Generalmente, sirve para la prueba del mismo, pero no es esta la única función que tiene asignada. Esta segunda 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 de dominio en la compraventa.

---

<sup>19</sup> *Ibid*, pág. 88.

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

Con apoyo en la norma citada se puede señalar la existencia del principio de libertad de forma, afirmando que, si la forma solamente es requisito constitutivo o esencial del contrato cuando la ley así lo establece, la regla general es que la voluntad contractual puede manifestarse en cualquier forma. Aunque cabe apreciar una cierta tendencia actual al formalismo contractual, contratante en el momento de la celebración.

El Artículo 1125 del Código Civil enumera los títulos sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad. Posteriormente el Artículo 1576 regula 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 del Código Civil señala que deberá constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez.

Para algunos contratos la ley exige la declaración de voluntad y la misma se expresa a través de una forma especial, con valor *ad substantia*. Para la donación de bienes

inmuebles se requiere escritura pública; igualmente, cuando se constituye el contrato de sociedad y cuando se aportan bienes inmuebles.

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 incurre en violación de ley, la nulidad absoluta de un negocio jurídico impide que sea válido cualquier otro negocio que se desprenda del primero.



## **CAPÍTULO IV**

### **4. Análisis jurídico de los contratos de fianza y reafianzamiento en el derecho mercantil de Guatemala**

El término afianzar, tanto en su acepción corriente como jurídica, quiere decir responder por otro. La fianza consiste en una garantía de carácter personal de la obligación que se agrega a una relación de orden obligatoria que ya existe o que nació al mismo tiempo, de forma que el fiador se coloca al lado del deudor y promete al acreedor dar respuesta también por su lado al deudor principal.

Por ello se ha dicho que fianza es la obligación que un sujeto llamado fiador o garante asume como deber directo frente a un acreedor, de asegurar el cumplimiento de otra obligación que no es propia; o sea de otro sujeto llamado deudor principal.

#### **4.1. Importancia**

La fianza es uno de los contratos de los cuales se ocupa tanto la legislación civil como la mercantil, pero su definición se encuentra únicamente en el Código Civil en el Artículo 2100: "Por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra".

El Código de Comercio, al señalar la fianza, lo hace partiendo de la premisa de que sus disposiciones se aplican a las fianzas que otorguen las afianzadoras autorizadas

legalmente. El Artículo 1024 del Código Civil regula: “Aplicabilidad del contrato de fianza. Las disposiciones de este capítulo se aplicarán a las fianzas que otorguen las afianzadoras autorizadas de conformidad con la ley”.

Las afianzadoras son entidades que requieren de autorización gubernativa para operar y se encuentran sujetas al control de la Superintendencia de Bancos. Las mismas, llevan a cabo sus actuaciones mediante la empresa de fianzas de la cual son titulares y su actividad es de las que confieren el carácter de comerciante o empresario mercantil a quien la ejerce.

El Artículo 2 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Comerciantes. Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

1. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
2. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.
3. La banca, seguros y fianzas.
4. Las auxiliares de las anteriores”.

La comercialidad de las fianzas nace de su realización habitual y profesional a través de una empresa. Se considera que la realización de las fianzas mediante una empresa, implica el concepto de onerosidad, ya que ninguna empresa puede dedicarse a dar fianzas gratuitas.

#### **4.2. Definición del contrato de fianza**

“El contrato de fianza es aquél por el cual una afianzadora, a cambio de una retribución, se compromete con el acreedor a responder por las obligaciones de otro, para el caso de incumplimiento”.<sup>20</sup>

#### **4.3. Naturaleza jurídica**

El contrato de fianza es un contrato de garantía y afirmación de derechos. Es aquel en virtud del cual, una persona se obliga al resarcimiento de los perjuicios que sufra a consecuencia del incumplimiento del deudor.

A través del contrato de fianza se obliga el fiador frente al acreedor de un tercero, a dar respuesta en relación al cumplimiento de la obligación de ese tercero y el fiador no asume como propia la obligación del deudor principal, y solamente se obliga a pagar al acreedor en virtud del crédito que tiene contra el deudor principal.

---

<sup>20</sup> Bolafio, León. **Derecho mercantil**, pág. 50

La fianza se fundamenta en el hecho de que toda obligación, sea cual sea su contenido, siempre tiene una trascendencia patrimonial y puede siempre convertirse en caso de incumplimiento en una deuda pecuniaria, en cuanto de dicho incumplimiento deriva una obligación consistente en resarcir daños y perjuicios.

“Lo único que el fiador está obligado a pagar, en caso de incumplimiento por parte del deudor afianzado, será una cantidad de dinero, la que constituye el contenido directo de la deuda o la que suponga la indemnización que por el incumplimiento haya sido concedida al acreedor”.<sup>21</sup>

Lo que asegura al fiador no es tanto la deuda como la responsabilidad del deudor. Es eso lo que le otorga a la fianza su naturaleza de contrato de garantía personal prestada por tercero.

#### **4.4. Caracteres**

Las características del contrato de fianza mercantil son las siguientes:

- a) Es un contrato accesorio: en el sentido de que no puede ser concebido sino condicionado por la existencia de una obligación principal. La fianza exige una obligación que le es garantizada y en relación a la cual se encuentra la accesoriedad.

---

<sup>21</sup> **Ibid**, pág. 58.

La accesoriadad de la misma se infiere del contexto del régimen jurídico a que la sujeta el Código Civil en el Artículo 2104: “Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es válida. Se exceptúa el caso en que la nulidad proceda de incapacidad personal del deudor, si el fiador tuvo conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse”.

- b) En un contrato consensual: debido a que se perfecciona por el solo consentimiento. El precepto civil de que tiene que constar por escrito regulado en el Artículo 2101 regula: “La fianza debe constar por escrito para su validez”. Ello no implica en lo mercantil una imposición de formalidad, debido a que el Código de Comercio expresamente dispone que a falta de póliza, la fianza se puede probar por la confesión de la afianzadora o por cualquier otro medio, si hubiere principio de prueba por escrito.
- c) Consiste en un contrato auxiliar: ya que coopera a la expansión del comercio, al suplir escasez de capital y al asegurar la realización de los contratos mercantiles.
- d) Es un contrato unilateral: debido a que de él solamente nacen obligaciones a cargo de la afianzadora y en beneficio del acreedor. Dicha nota deviene del contexto tanto de las normas civiles como también de las mercantiles de la fianza.
- e) Consiste en un contrato oneroso: debido a que tratándose de un contrato de empresa y siendo las afianzadoras empresarios mercantiles, es de la esencia de su actividad el que ésta se oriente a la obtención de un lucro.

#### 4.5. Elementos personales

Los sujetos del contrato de fianza son los siguientes:

- a) Afianzadora: es una entidad que mediante una empresa se dedican a la práctica habitual de operaciones de fianzas a título oneroso. La ley impone que para operar fianzas en Guatemala, que las afianzadoras tienen que llenar determinados requisitos: la autorización gubernativa, capital pagado mínimo y aprobación por la Superintendencia de Bancos del contrato de reafianzamiento, el texto de la solicitud y de la póliza que utilizarán para cada clase de fianzas, la descripción de las normas y bases técnicas de su política de afianzamiento para cada tipo de póliza, y tarifas de primas que utilizarán. En la póliza tiene que constar el nombre y domicilio de la afianzadora.
- b) El fiador: es la persona cuya obligación se asegura mediante la fianza. La ley, fuera de imponer como requisito de la póliza los nombres y domicilios del fiador, no contiene otras normas específicas. Cabe inclusive la posibilidad de que se preste fianza sin que el fiado tenga conocimiento de ello.
- c) Beneficiario: es la persona a cuyo favor se presta la garantía. En el contrato de fianza, es el acreedor o sea a quien la afianzadora pagará en caso de incumplimiento del fiador. El Código de Comercio exige que en la póliza se incluya la designación del beneficiario.

#### **4.6. Efectos**

El régimen jurídico al cual se encuentra sujeto el contrato de fianza mercantil, permite destacar la importancia de sus efectos.

La afianzadora tiene la obligación básica de pagar la obligación garantizada, una vez que sea exigible y no haya sido cumplida por el fiador. La afianzadora se obliga de manera solidaria y no goza de los beneficios de orden y de exclusión.

El Artículo 1026 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Prueba de la fianza. A falta de póliza, la fianza se probará por la confesión de la afianzadora, o por cualquier otro medio, si hubiere un principio de prueba por escrito”.

Cuando la fianza no es limitada, la afianzadora se obliga no solamente por la obligación principal, sino también por el pago de intereses, daños y perjuicios en caso de mora y gastos judiciales.

El Artículo 2103 del Código Civil regula: “El fiador puede limitar su responsabilidad constituyendo prenda o hipoteca. Si la fianza no fuere limitada, el fiador queda obligado no sólo por la obligación principal sino por el pago de intereses, indemnización de daños y perjuicios en caso de mora, y gastos judiciales. El fiador no responderá de otros daños y perjuicios y gastos judiciales, sino de los que se hubieren causado después de haber sido requerido para el pago”.

Dichas obligaciones no se extinguen por inactividad del acreedor. El Artículo 1031 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “No extinción de obligaciones. Las obligaciones de la afianzadora no se extinguirán porque el acreedor no requiera judicialmente al deudor el cumplimiento de sus obligaciones, ni porque se deje de promover en el juicio entablado en contra del deudor”.

Los derechos de la afianzadora consisten en cobrar la prima, reembolsar la totalidad de lo que se haya cancelado al hacerse efectiva la fianza y subrogar los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

El Artículo 2114 del Código Civil, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “El fiador que paga o cumple la obligación del deudor en todo o en parte, tiene derecho a que éste le reembolse la totalidad de lo pagado.

El fiador se subroga por el pago en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, pero cualquiera reducción o beneficio que hubiere obtenido del acreedor aprovechará al deudor y, en consecuencia podrá exigirle más de lo que efectivamente haya pagado”.

El Artículo 1029 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Exigibilidad de contragarantía. La afianzadora sólo podrá exigir que el fiado o el contrafiador le aseguren el pago:

1. Cuando se hayan proporcionado datos falsos sobre la solvencia del fiado o del, contrafiador;



2. Si se constituyó contragarantía real y el valor de los bienes disminuye de tal manera que fueren insuficientes para cubrir el importe de la obligación garantizada;
3. Si la deuda se hace exigible o se demanda judicialmente su pago;
4. Cuando transcurran cinco años, si la obligación no tiene señalado plazo de vencimiento o éste no deriva de su naturaleza misma;

Para los efectos del presente Artículo, la afianzadora podrá embargar bienes de sus deudores. El embargo se mantendrá hasta que la afianzadora quede relevada de su obligación o se constituya contragarantía suficiente”.

En lo relacionado al beneficiario, la ley señala que se tiene que solicitar el pago de la fianza por escrito en forma fundamentada y la afianzadora incurrirá en mora si no paga dentro de diez días en fianzas sin reafianzamiento y de treinta en caso contrario.

El Artículo 1030 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Mora. El beneficiario deberá solicitar el pago de la fianza por escrito en forma fundamentada y la afianzadora incurrirá en mora sí no paga dentro de los términos siguientes:

1. De diez días, en fianzas en donde no haya reafianzamiento;

2. De treinta días, donde haya reafianzamiento;

Será nulo el pacto que fije un plazo distinto al que señale este Artículo, o una tasa diversa de la legal a los intereses moratorios”.

El acreedor también se encuentra obligado a comunicar a la afianzadora la concesión de prórrogas o esperas, y el aviso tiene que darse dentro de cinco días. La falta de aviso oportuno de las primera prórrogas o el otorgamiento de una ulterior sin el consentimiento de la afianzadora, extinguen la fianza.

El Artículo 1032 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Prórroga o esperas. Si el acreedor concede una prórroga o espera a su deudor, deberá comunicarlo a la afianzadora dentro de los cinco días hábiles siguientes. En cualquier momento la afianzadora podrá cubrir al adeudo, y exigir su reembolso al deudor, sin que este pueda invocar frente a la afianzadora la espera concedida por el acreedor.

La falta de aviso oportuno de la primera prórroga o el otorgamiento de una ulterior sin el consentimiento de la afianzadora, extinguen la fianza”.

Los derechos y las obligaciones del acreedor y del deudor son correspondientes con los de la afianzadora.

#### **4.7. Póliza**

Las fianzas que sean otorgadas a las afianzadoras tienen que documentarse en forma de pólizas, cuyo texto haya sido aprobado por la Superintendencia de Bancos.

La póliza es el medio de prueba del contrato de fianza, pero la ley permite, que se pruebe por confesión de la afianzadora o por cualquier otro medio, si hay principio de prueba por escrito.

De acuerdo a la ley, la póliza tiene que contener: el lugar y fecha de su emisión, los nombres y domicilios de la afianzadora y del fiado, la designación del beneficiario, la mención de las obligaciones garantizadas y el monto y circunstancias de la garantía, y la firma de la afianzadora, la cual puede ser un autógrafo o sustituirse por su impresión o reproducción.

El hecho de que el contrato de fianza se documente por medio de póliza, hace que le sean aplicables los artículos 672 y 673 del Código de Comercio.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 672: “Contratos mediante formularios. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas:

1. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario;
2. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato;
3. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aún cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto”.

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 673: “Contratos mediante pólizas. En los contratos cuyo medio de prueba consista en una póliza, factura, orden, pedido o cualquier otro documento similar suscrito por una de las partes, si la otra encuentra que dicho documento no concuerda con su solicitud, deberá pedir la rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días que sigan a aquel en que lo recibió, y se considerarán aceptadas las estipulaciones de ésta, si no se solicita la mencionada rectificación.

Si dentro de los quince días siguientes, el contratante que expide el documento no declara al que solicitó la rectificación, que no puede proceder a ésta, se entenderá aceptada en sus términos la solicitud de este último.

Los dos párrafos anteriores deben insertarse textualmente en el documento y si se omiten, se estará a los términos de la solicitud original.

Son aplicables a los contratos a que se refiere este Artículo, las reglas establecidas en el anterior”.

#### **4.8. Clases de fianza**

La fianza mercantil adopta en la práctica distintas modalidades: fianza de automovilista, que es la mayormente generalizada debido a que por ley se exige a toda persona que obtenga licencia de manejar y asegura por las responsabilidades en que dichas personas puedan incurrir, como consecuencia de conducir un vehículo. Se trata de una fianza de conducta y por ende le es aplicable lo dispuesto en el Artículo 1028 del Código de Comercio.

La fianza individual de fidelidad, que es la que abarca los casos en que el fiado, por sí o en convivencia con otro, roba, defrauda, estafa, hurta o comete otros actos delictuosos contra la propiedad del beneficiario o bienes que el mismo le haya confiado. La fianza de fidelidad de mercadería en consignación, es igual a la anterior sólo que se contrae a valores o mercaderías en consignación. La fianza de cédula de fidelidad, es la que se refiere a casos de responsabilidad abierta de fidelidad, y abarca las responsabilidades que puedan resultarle a uno o varios empleados mencionados nominalmente en una relación que se adhiere a la póliza. También se encuentra la fianza de sostenimiento de oferta y la fianza de cumplimiento de contrato.

#### **4.9. Extinción de la fianza**

La fianza mercantil no tiene formas de extinción específicas, y por ende rigen las de la fianza civil.

La norma general consiste en que la fianza termina al extinguirse la obligación o responsabilidad garantizada. Por lo regular las fianzas mercantiles sujetan su vigencia a un plazo determinado, vencido el cual se extinguen. Si la fianza es por tiempo indeterminado y no existe pacto expreso en contrario, la obligación de las afianzadoras se extingue al cumplirse un año de la fecha del contrato.

El Artículo 2118 del Código Civil regula: “Si la fianza se prestó por tiempo indeterminado y no hubiere convenio expreso en contrario, se extinguirá la obligación del fiador al cumplirse una año de la fecha del contrato”.

#### **4.10. Contrato de reafianzamiento**

El Código de Comercio señala que por el contrato de reafianzamiento, una afianzadora se obliga a pagar a otra, en la proporción que se estipule; las cantidades que ésta tiene que cubrir al beneficiario de una fianza.

El Artículo 1033 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Reafianzamiento. Por el contrato de reafianzamiento, una afianzadora se obliga a pagar a otra, en la proporción que se estipule, las cantidades que ésta debe cubrir al beneficiario de una fianza”.

La reafianzadora debe proveer de fondos a la afianzadora, al comunicarle ésta que ha sido requerida de pago por el beneficiario y que va a proceder a realizarlo; el incumplimiento oportuno hace responsable a la reafianzadora de los daños y perjuicios que ocasione a la afianzadora.

El Artículo 1034 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Provisión de fondos. La reafianzadora está obligada a proveer de fondos a la afianzadora, tan pronto como ésta le comunique que ha sido requerida de pago por el beneficiario de la fianza, y que va a proceder a realizarlo.

La falta de provisión oportuna hará responsable a la reafianzadora de los daños y perjuicios que ocasione a la afianzadora”.

La reafianzadora que pague tiene derecho a subrogarse contra los fiados y contrafiadores.

El Artículo 1035 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Subrogación. La reafianzadora que pague a la afianzadora se subrogará en los derechos de ésta contra los fiados y contrafiadores”.

El Artículo 1036 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Coafianzamiento. En el coafianzamiento, las coafianzadoras no gozarán del beneficio de división, salvo pacto en contrario”.

El coafianzamiento ocurre cuando existen dos o más afianzadoras con un mismo deudor y de una misma deuda. En el mismo las coafianzadoras no gozan del beneficio

de división, salvo pacto en contrario. Por aplicación de lo dispuesto en el Código Civil, la coafianzadora que pague la deuda, tiene el derecho a cobrarla de las demás coafianzadoras, rebajada la parte que a prorrata le corresponde.

El Artículo 2115 del Código Civil regula: “Si fueren varios los fiadores, el que satisfaga la deuda tiene derecho para cobrarla de los demás cofiadores, rebajada la parte que a prorrata le corresponde”.

El Código de Comercio establece en el contrato de fianza una regla especial de prescripción, de conformidad a la cual las acciones del beneficiario contra la afianzadora y las de ésta contra los cofiadores y reafianzados, prescriben en dos años.



## CONCLUSIONES

1. Las afianzadoras no tienen organizada su empresa sobre los fundamentos técnicos igualitarios a los seguros y por ello no obligan a que se constituyan reservas técnicas, para la formación de porcentajes en las primas en donde las fianzas mercantiles cuenten con un precio justo y finalidades de lucro por parte de la afianzadora.
2. Las fiadoras no cumplen con su obligación de obtener el consentimiento previo de sus reafianzadoras, para la ampliación del monto de la fianza, de la modificación de su vigencia y de cualquier otra característica, así como tampoco de todo lo que se relaciona con el reclamo de las pólizas y de las negociaciones que al efecto se lleven a cabo con el fiado.
3. No existe una debida determinación de la fianza de conducta, para que el beneficiario exija el pago probando por cualquier medio que el fiado ha dado lugar al acto u omisión prevista en el contrato y por ello la afianzadora no exige que le aseguren el pago de la obligación garantizada.
4. En los casos de reafianzamiento cada institución participante no se hace responsable ante la fiadora cedente, por una cantidad proporcional a la responsabilidad que se haya asumido y por ello no se cubre con la cantidad correspondiente al beneficiario de la póliza correspondiente.

5. No se lleva a cabo el pago de la prima por concepto de un reafianzamiento proporcional a la cantidad que haya sido cedida y consecuentemente las reafianzadoras no tienen el derecho de reembolsar las cantidades cubiertas y no recuperan lo pagado al beneficiario de la fianza; por parte de su fiado y demás obligados.

## RECOMENDACIONES

1. Que el Gobierno de Guatemala mediante la Superintendencia de Bancos, señale que las afianzadoras no organizan sus empresas tomando en consideración los fundamentos técnicos igualitarios a los seguros, para obligar a la constitución de reservas técnicas; y así formar porcentajes en las primas en donde las fianzas mercantiles puedan contar con precios justos.
2. El Registro Mercantil debe señalar mediante las aseguradoras, que las fiadoras no cumplen con obtener el consentimiento de las reafianzadora, para ampliar el monto de la fianza, la modificación de su vigencia y de cualquier otra característica, así como tampoco cumplen con relacionar el reclamo de las pólizas y negociar con el fiado.
3. El Organismo Legislativo a través de los diputados, debe regular la fianza de conducta para poder exigir el pago al probar que el fiado ha dado lugar a omisiones que se encuentren previstas en el contrato y para que así la afianzadora pueda exigir que se le asegure el pago de la obligación garantizada.
4. Las aseguradoras, tienen que dar a conocer que en los casos de reafianzamiento, cada institución que participe no se puede hacer responsable ante la fiadora cedente por una cantidad proporcional a la responsabilidad a asumir y por ello no se puede cubrir con la cantidad que corresponde al beneficiario de la póliza respectiva.

5. El Gobierno de Guatemala, tiene que indicar que no se realiza el pago de la prima por concepto de reafianzamiento en base al monto por el cual haya sido cedida y por ende las reafianzadoras no cuentan con el derecho a poder reembolsar las cantidades que se hayan cubierto; para recuperar lo pagado al beneficiario de la fianza por parte de los obligados y del fiado.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE MATOS, Roberto. **El contrato**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.
- ASCARELLI, Tulio. **Iniciación al estudio del derecho mercantil**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1984.
- BOLAFIO, León. **Derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1965.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1994.
- LARA VELADO, Roberto. **Introducción al estudio del derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Universitaria, 1969.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1986.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Manual de derecho civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica, 1981.
- PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. Guatemala: Ed. Aries, 2005.
- ROCCO, Alfredo. **Principios de derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Nacional, 1985.
- URÍA, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Aguirre, 1969.
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala: Ed. IUS, 2009.
- VICENTE GELLA, Agustín. **Curso de derecho mercantil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Académica, 1991.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Guatemala: Ed. Universitaria, 2002.

## **Legislación**

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

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

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

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

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