

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.**  
**SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2006**  
**PLAN DE ESTUDIO 1993**



**Universidad de El Salvador**

*Hacia la libertad por la cultura*

*"LA APLICACIÓN DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL CONTRATO DE MANDATO Y LOS EFECTOS JURIDICOS DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL MANDATARIO".*

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE TITULO DE:

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTADO POR:

ADRIANA PATRICIA CUESTAS BRAN

RUTH MARIALILA ESTRADA PARADA

DOCENTE DIRECTOR:

LIC. JOSÉ REINERIO CARRANZA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DE 2007.

## **UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. JOQUIN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

VICERRECTORA ADMINISTRATIVA

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL

LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

## **FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DECANA

LIC. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICEDECANO

LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICDA. BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. JOSÉ REINERIO CARRANZA

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco eternamente a Dios todo poderoso por toda la sabiduría, conocimiento, fuerza y guía que ha dado bajo su santo poder hacia la recta trazada en mi carrera.

A mi madre Maria Lila Parada de Estrada, mujer virtuosa y amorosa que desde antes de tenerme en su vientre, me anhelo y lucho contra su propia vida para verme nacer sana y viva; mujer sin igual que me dio su inmenso amor y apoyo a cambió de verme feliz; la mujer que hasta en los últimos momentos de su vida su universo era Dios y sus cinco hijos por quienes se desvivía; a ella le agradezco por ser ese ser bello lleno de luz que hasta ahora, aún sin estar, con sus oraciones me sigue bendiciendo, porque aunque físicamente no este su amor es eterno para mi.

A mi padre Mauro Estrada Robles, padre ideal, ejemplar, honorable, bondadoso, lleno de amor para sus hijos que ha sido mi apoyo cada día de mi vida, sus palabras de aliento y consuelo han estado conmigo en cada momento difícil dejando de un lado su propio dolor hasta convertirse en padre y madre para mi, por ser quien se ha quemado las pestañas cada noche junto a mi, por tener ese amor incondicional de padre desviviéndose por mi.

A mis cuatro hermanos Seth Mauricio, Efrén Américo, Orestes y Fabio Lehilud, por ser un orgullo y mi ejemplo a seguir, a querer superarme en la vida, les agradezco por cuando estuvieron, por cuando no estuvieron, por

cuando quisieron estar y no pudieron y por cuando pudiendo estar no quisieron estar, les agradezco a cada uno por ser mis hermanos.

A las esposas de mis hermanos que han estado conmigo siempre apoyándome, siendo para mí como hermanas y queriéndome como su hermanita a la que protegen, gracias hermanas aunque no de mi sangre pero sí de mi corazón, son ustedes después mi madre mi mejor ejemplo a seguir como mujer, como madre, esposa y profesional.

A todos mis sobrinos, gracias porque me han dado las mejores alegrías de mi vida.

A cada uno de mis compañeros y amigos de la Universidad de El Salvador con los cuales conviví día con día en todos estos años de estudio convirtiéndose cada uno en parte de mi familia les agradezco por estar conmigo apoyándome con cada palabra de aliento para seguir adelante.

A Adriana Patricia Cuestas Bran mi amiga y compañera de toda la carrera que hasta juntas con dificultades y adversidades culminamos esta meta, agradezco su amistad, consuelo y apoyo.

A mi amigo y compañero de toda la carrera por enseñarme la emoción de estudiar, por explicarme cada una de las materias que no entendía hasta verlas fáciles porque no hay como estudiar y pensar en la inmortalidad del cangrejo y en los músculos en reposo.

A nuestro Maestro y Asesor de tesis Lic. José Reinerio Carranza por su tiempo dedicado a nuestra obra.

A nuestro Asesor Metodológico Lic. Vicente Salvador Iglesias Mejía por su dirección en nuestra investigación.

A todos mis seres queridos que ya no están en este mundo y a todos los que aún están, les agradezco infinitamente por que sin ellos no hubiera logrado llegar a esta meta, todo lo que ahora soy es gracias a todos.

Ruth Marialila Estrada Parada

## **AGRADECIMIENTOS**

Le agradezco a Dios, por permitirme despertar y vivir cada día, por ser quien me escucha e ilumina en todos los momentos difíciles y de gozo, aquel ser en quien confiamos y nos encomendamos y por enseñarme que todas las cosas suceden por una razón. Gracias de corazón..... por bendecirme con este triunfo.

A mi Madre Nelly Bran de Cuestas, por ser mi mamá y un todo en cada instante, por sus consejos, amor, cuidados y sacrificios; por preocuparse por mí desde el primer momento de mi existencia y sobre todo, ser la persona que le pone un toque especial y sin igual, a esa conexión que ambas tenemos.

A mi padre Alvaro Cuestas, por ser mi ejemplo de superación, mi orgullo, por enseñarme que la vida tiene muchas perspectivas y que siempre debemos afrontar nuestros problemas con una solución.

A mi hermana Xucit Cuestas, por estar allí en todo momento, cuidarme, quererme, ser mi apoyo incondicional y más que nada, gracias por ser la otra mitad de mi corazón.

Un triunfo no se logra sin aquellas personas con quienes convivimos cada día, y es por eso que agradezco a mis Amigos, por brindarme su amistad y ser quienes son; y en especial le doy gracias a Ruth Estrada por ser mi amiga, compañera de Carrera y carreras..... y por que juntas hemos aprendido

no solo sobre Derecho, sino también, a convivir con lo que a cada una nos hace distintas.

A mi asesor de tesis, Lic. Reinerio Carranza por su apoyo, tiempo y dedicación, por ser una gran persona y un docente motivador.

A mi asesor metodológico, Lic. Salvador Iglesias por su asesoría, amabilidad y conocimiento.

Finalmente, doy gracias a todos aquellos momentos alegres, tristes o difíciles porque todos dejaron una importante enseñanza en mí.

Adriana Patricia Cuestas Bran.

## INDICE

	PAGINA
INTRODUCCIÓN.....	i
<b>CAPITULO I</b>	
<b>ANTECEDENTES DEL PROBLEMA</b>	
1.1-Evolución histórica de la Teoría del Abuso del derecho.....	1
1.2- Corrientes Doctrinarias.....	1
1.2.1- Derecho Romano.....	1
1.2.2- Derecho Musulmán.....	5
1.2.3- Derecho Medieval.....	7
1.2.4- Derecho Liberal.....	9
1.2.5- Derecho Contemporáneo.....	11
1.3-Evolución histórica del contrato de mandato.....	13
1.3.1- Evolución Histórica del Contrato de Mandato en el Derecho Internacional.....	13
1.3.2- Evolución Histórica del Contrato de Mandato en El Salvador.....	17
<b>CAPITULO II</b>	
<b>MARCO TEORICO DEL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO</b>	
2.1-Teoría del Abuso del derecho, conceptos, Fundamento, Requisitos.....	18
2.1.1- Teoría del Abuso del derecho.....	18
2.1.2- Definiciones.....	19
2.1.3- Fundamento de La Teoría del Abuso del Derecho.....	21
2.2- Corrientes Doctrinarias.....	22
2.2.1- Corriente Subjetiva del Abuso del Derecho.....	22
2.2.2- Corriente Objetiva o Económica del Abuso del Derecho.....	25
2.2.3- Corriente Mixta o Ecléctica.....	27
2.2.4 Requisitos para considerar abusivo el ejercicio del Derecho.....	30
2.3- Definición, Características, Clasificación, Elementos Esenciales, Capacidad, Obligaciones y Facultades de las Partes, Prohibicio- nes al Mandatario.....	32
2.3.1- Concepto de Contrato de Mandato.....	32
2.3.2- Características del Contrato de Mandato.....	32
2.3.3- Clasificación del Mandato.....	35
2.3.4- Elementos Esenciales del Mandato.....	36
2.3.5- Capacidad de las Partes Contratantes.....	37
2.3.6- Obligaciones de las Partes.....	38
2.3.7- Facultades del Mandatario.....	40
2.3.8- Prohibiciones hacia el Mandatario.....	41
2.4- El Abuso del Derecho en el Contrato de Mandato y los Efectos Jurídicos de los actos realizados por el Mandatario y las res-	

ponsabilidades de tipo Civil, Penal y Tributaria de este frente al Mandante y frente a Terceros.....	42
2.4.1- Aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho al Contrato de Mandato.....	42
2.4.2- Actos abusivos realizados por el mandatario.....	43
2.4.3- Efectos Jurídicos de los actos realizados por el Mandatario en el Ejercicio Abusivo de los Derechos conferidos en el Mandato.....	50
2.4.3.1 Responsabilidad del Mandatario.....	52
2.4.3.2 Daño. Concepto, Características y Clasificación.....	55
2.4.3.2.1 Concepto.....	55
2.4.3.2.2 Características.....	56
2.4.3.2.3 Clasificación del Daño.....	57
2.4.3.3 La Nulidad. Concepto, Clasificación y Efectos.....	59
2.4.3.3.1 Concepto.....	59
2.4.3.3.2 Clasificación de la Nulidad.....	60
2.4.3.3.3 Efectos de la Nulidad.....	62
2.4.4 Definición de Responsabilidad. Tipos de Responsabilidad: Civil, Penal y Tributaria del Mandatario Producto del Ejercicio de los Derechos Conferidos en el Mandato, Frente al Mandante y Frente a Terceros.....	63
2.4.4.1 Tipos de Responsabilidad.....	65
2.4.4.1.1 Responsabilidad Civil.....	65
2.4.4.1.2 Responsabilidad Penal.....	73
2.4.4.1.3 Responsabilidad Tributaria.....	74
2.4.5 Procedimientos a seguir para la obtención del resarcimiento producido por el Ejercicio Abusivo de los Derechos en el Con- trato de Mandato por parte del Mandatario.....	76
2.4.5.1 Proceso Civil Sumario.....	76
2.4.5.2 Proceso Penal Común.....	77
2.4.5.3 Proceso Administrativo Tributario.....	80
2.4.6 Un caso especial de Abuso del Derecho en el Cuasicontrato de Agencia Oficiosa.....	81
2.4.6.1 Características del Cuasicontrato de Agencia Oficiosa.....	86
2.4.6.2 Obligaciones del Agente Oficioso.....	87

### **CAPITULO III**

#### **DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA**

3.1- Derecho Comparado.....	89
3.2- Jurisprudencia.....	103

**CAPITULO IV**  
**ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

Análisis y Resultados..... 106

**CAPITULO V**  
**CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES**

5.1- Conclusiones.....137

5.2- Recomendaciones..... 143

**BIBLIOGRAFIA..... 145**

**ANEXOS**



## INTRODUCCION

El presente Trabajo de Graduación ha sido desarrollado sobre un tema de trascendencia internacional, el cual ha venido evolucionando a través del tiempo: como lo es El Abuso del Derecho y de forma específica en el Contrato de Mandato; nuestra intención es ofrecer un aporte a la sociedad Salvadoreña y en especial a los futuros profesionales del derecho, es por eso que el tema de investigación es **“LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL CONTRATO DE MANDATO Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL MANDATARIO”**, como requisito previo a obtener el título académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

El propósito de esta investigación ha consistido en comprobar y determinar que efectivamente existe un ejercicio abusivo de los derechos en las relaciones jurídicas contractuales pero en especial en el contrato de mandato. El Abuso del Derecho se da en términos generales en toda la ciencia del derecho pero en nuestra investigación lo enmarcamos dentro del campo del Derecho Civil, ya que el material bibliográfico adaptado a nuestra realidad jurídica es casi inexistente sobre todo en nuestro país y más en la figura contractual en estudio.

Para tal efecto, se plantearon en el Proyecto de Investigación un objetivo especial y cinco específicos, los cuales se enuncian a continuación : como Objetivo General “Dar a conocer cual es la aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho en el Contrato de Mandato y los Efectos Jurídicos de los Actos Realizados por el Mandatario en el Ejercicio Abusivo del Derecho Conferido en el Mandato y las Responsabilidades ya sean civiles, penales o tributarias en las que incurre el mandatario por dicho abuso frente al Mandante o frente a Terceros” y como Objetivos Específicos los siguientes: “Determinar como se maneja en nuestra legislación salvadoreña el abuso del derecho y cuando el mandatario se extralimita en las facultades conferidas por el mandante; Analizar cuales son los efectos jurídicos de los actos realizados por el mandatario en el ejercicio abusivo del contrato de mandato; Identificar cuales son los parámetros que el legislador utiliza para considerar sancionable el abuso del derecho y la responsabilidad del mandatario frente al Mandante y frente a Terceros; Determinar de que manera se regula la Teoría del Abuso del Derecho en otras legislaciones; Determinar si es aplicable la Teoría del Abuso del Derecho en la figura del Cuasicontrato de Agencia Oficiosa regulado dentro del Código Civil Salvadoreño y la responsabilidad del que administra frente al dueño y frente a otros”.

De conformidad con dichos objetivos, se elaboro una hipótesis general, la cual se enuncia de la siguiente manera: “Existe abuso del derecho por parte del mandatario en la medida que este se extralimita en las facultades conferidas

en el contrato de mandato y genera que el mandatario incurra en responsabilidades ulteriores” y tres hipótesis específicas: “El ejercicio abusivo del derecho por parte del mandatario produce que el mismo incurra en responsabilidades ya sea de índole civil, penal o tributaria; Los efectos jurídicos producidos por los actos realizados en el ejercicio abusivo del derecho por parte del mandatario origina algún tipo de nulidad de los mismos y la responsabilidad por parte del mandante”.

Para la Verificación de las hipótesis anteriores como método general de investigación se ha utilizado el análisis, síntesis así como el método inductivo e inductivo; y la técnica de investigación ha sido de tipo documental con apoyo de información bibliográfica consistente en libros, revistas, tesis y páginas de Internet relacionadas con el tema; así también de tipo legal y jurisprudencial, apoyándonos tanto en legislación Salvadoreña como Internacional y finalmente para la investigación de campo se ha utilizado cédula de entrevista dirigida a informantes claves o especialistas en Derecho Civil

Por lo que nuestro trabajo de investigación se conforma de cinco capítulos: El Capítulo Uno donde se exponen los Antecedentes Históricos de la investigación sobre el Abuso del Derecho en donde se desarrollan las diferentes corrientes doctrinarias que forman parte de su evolución histórica, así como también la Evolución Histórica del Contrato de Mandato.

El Capítulo Dos referido al Marco Teórico del Problema Objeto de Estudio en el que se han expuesto diferentes conceptos, así como el Fundamento,

Requisitos y las Corrientes Doctrinarias de la Teoría del Abuso del Derecho, también se ha desarrollado lo que son las Generalidades del Contrato de Mandato y los tipos de Responsabilidades tales como la Civil, Penal y Tributaria.

El capítulo Tres ha sido destinado al análisis sistematizado del Derecho Comparado el cual hace referencia a la legislación de diferentes países del continente Americano, Europeo y Asiático; la Jurisprudencia que ha sido el fundamento en el desarrollo de lo que a la Teoría del Abuso del Derecho se refiere.

El Capítulo Cuatro comprende el análisis del resultado de la Investigación de Campo.

El Capítulo Cinco contiene las conclusiones obtenidas de esta investigación así como las recomendaciones que como equipo de trabajo formulamos.

Finalmente, el trabajo contiene la Bibliografía que recoge toda la información de apoyo utilizado y los Anexos correspondientes.

## **CAPITULO 1: ANTECEDENTES DEL PROBLEMA**

### **1.1 EVOLUCION HISTORICA DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO**

El Abuso del Derecho surge de antecedentes remotos del Derecho Positivo anterior al Siglo XX, donde los jurisconsultos contemporáneos por medio de principios y aforismos conocidos apoyan el reconocimiento de la existencia de dicha teoría, la cual ha pasado por diferentes momentos históricos en cuanto a su reconocimiento, es por ello que para mayor comprensión de nuestro tema objeto de investigación a continuación desarrollaremos de una forma general la Evolución Histórica de la Teoría del Abuso del Derecho con las siguientes corrientes doctrinarias que pasamos a exponer.

### **1.2- CORRIENTES DOCTRINARIAS**

#### **1.2.1 DERECHO ROMANO**

Esta Teoría del Abuso del derecho en la época del Derecho Romano, está sujeta a discusión ya que por una parte unos sostienen que dicha Teoría fue ignorada por los Juristas Romanos y otros al contrario mantienen que la idea del Abuso del derecho sí fue conocida y aceptada por la legislación Romana.

Tratadistas como **Henri y León Mazeu**<sup>1</sup>, sostienen que *"el Abuso del Derecho ya era conocido por la Legislación Romana e invocan a su favor varios fragmentos del Digesto o algunos aforismos conocidos de aquella época; ciertas formulas que consideradas aisladamente permiten creer que para los jurisconsultos Romanos no se incurría en responsabilidad por el daño causado en el ejercicio de un derecho"*. El Jurisconsulto Gayo proclamaba: **"Male enim nostro jure uti non debemos"** (no tenemos que usar mal de nuestro derecho), de donde se puede acotar que existe una pequeña muestra de la Teoría del Abuso del Derecho, por cuanto que se puede establecer que efectivamente si bien no existe un reconocimiento expreso la idea de **"no usar mal de nuestro derecho"** va aunada a una de las consecuencias mas importantes que se deducen de la Teoría de Abuso del Derecho como lo es de no ir en contra de los fines para los que ha sido establecida dicha institución.

M. Charles Appleton ha podido decir de esta Teoría del Abuso del Derecho, yendo del Derecho estricto hacia la equidad; es decir desde las XII Tablas hasta la afirmación de Paulo: **"Nom omne quod licet honestum est"** (No todo lo que es licito es también honesto, a saber, no podemos hacer todo lo

---

<sup>1</sup> Citados por Rafael Rojina Villegas, "Derecho Civil Mexicano", Tomo V, Volumen II, México, 1951 refiriéndose a la obra "tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil" de Henri y León Mazeu. De conformidad a lo establecido en estas líneas la importancia de los aportes vertidos son la doble postura a que se refieren estos autores según las cuales en una el ejercicio de un derecho en ningún momento ocasionaba un abuso del mismo y por la otra la tesis contraria según la cual en el ejercicio de un derecho efectivamente se puede estar frente a un daño a terceros.

que nos dé la gana)<sup>2</sup>. Con lo que efectivamente se está dando pie a considerar que efectivamente los Romanos no solo reconocían dentro de su legislación las limitaciones a los derechos, sino también en cierta forma la misma Teoría del Abuso del Derecho que es de la cual estamos haciendo referencia, por cuanto que establece la idea de las limitaciones a los derechos.

Por tanto podemos afirmar que si los Romanos no conocían en su terminología jurídica el concepto “Abuso del Derecho”, no es menos cierto también, que por lo que se acaba de exponer, es el pretor quien introduce esta teoría ordenando al juez decida en ciertos casos **“quid quid dare facere oportet expide bona”**, (que cosa hay que dar o hacer de buena fe), no cabe duda que desde el punto de vista filosófico, este aforismo latino, servía como un apoyo primordial para la doctrina. Pero, a pesar de todo, esta postura resulta manifiestamente insuficiente. La ciencia del derecho, exige, siempre aseveraciones fundadas, comentarios acuciosos por parte de sus intérpretes. Por otra parte quienes niegan la influencia Romanista en la Teoría del Abuso del derecho se amparan en el carácter estrictamente individualista de este Derecho y de esta opinión es el profesor uruguayo Blas E. Rossi, quien indica que “los jurisconsultos Romanos aceptaban como regla general el aforismo **“qui jure suo utitur, nominem la edit”**, (el cual significa que quien usa de su

---

<sup>2</sup> UNGO, Guillermo Manuel, Tesis “La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho”, Universidad de El Salvador, 1963 pag. 23

derecho a nadie perjudica); de donde concluye afirmando que la Teoría del Abuso del Derecho jamás tuvo aplicación útil entre los romanos”.<sup>3</sup>

El **Doctor Ungo** en su tesis expresa: *“Del estudio del Derecho Romano podemos concluir que los jurisconsultos de esa época desconocían los principios que informan a la Teoría del Abuso del Derecho. Esto es así, porque el espíritu general de ese derecho no permitía formular bases esenciales de una doctrina bien definida que constantemente vigilara el ejercicio abusivo de los derechos, sino que más bien aceptada como un principio general de la inexistencia de la responsabilidad civil, en el ejercicio de ellos. Pero sin ignorar lo anteriormente afirmado, es preciso reconocer que los romanos, en numerosos casos particulares, especialmente a propósito de la propiedad y de las servidumbres, atemperaban el absolutismo de los derechos. Esas limitaciones excepcionales las encontramos no sólo en las máximas y fragmentos a que se refieren Mazeau, Gallardo, Planiol y Ripert, sino que también en algunas leyes como la Lex Voconia del año 515 y en las Lex Julia y Papia Popea). Todas esas situaciones especiales, donde se puede apreciar la relatividad de los derechos en el momento de su ejercicio, aunque fuera por vía excepcional, pueden considerarse como antecedentes remotos de la moderna Teoría del Abuso del Derecho. Dichos antecedentes adquieren mayor relieve en*

---

<sup>3</sup> Referencia hecha a la obra “La Lex Aquiliae”, Montevideo, 1951, De Blas E. Rossi, por los profesores Alessandri y Somarriva, “Curso de Derecho Civil”, Tomo II, de los Bienes, Editorial Nascimento, Chile, 1957.

*la época de Justiniano, bajo el influjo de una ética cristiana que dio nueva vida en el campo jurídico a los principios de equidad y solidaridad”.*<sup>4</sup>

Como se puede apreciar, en base a lo expuesto anteriormente por los autores antes citados, no existe unificación en cuanto a esta postura, en el sentido que no se puede afirmar que en determinada ley Romana apareciera expresamente esta Teoría del Abuso del Derecho, pero si podemos establecer tal y como lo menciona el Dr. Ungo, que esta Teoría si apareció aunque no con ese nombre, en las diversas manifestaciones de interpretación de las leyes Romanas, por lo que podemos afirmar que en este periodo de tiempo la existencia de la Teoría del Abuso de Derecho dependió de las interpretaciones que se hicieran de la ley al caso concreto.

### **1.2.2 - DERECHO MUSULMÁN**

Algunos autores han sostenido que los juristas Musulmanes dieron un desarrollo bastante amplio y completo a la Teoría del Abuso del Derecho, casi en la misma manera como la ha forjado la doctrina moderna.

**El Autor Mahmoud Fathy** sostiene que *“el Abuso del derecho encuentra en el antiguo sistema jurídico Musulmán un antecedente más arraigado que en la legislación Romana y eso es debido a que los principios religiosos contenidos en el Korán influyen notablemente en las instituciones políticas y jurídicas de los*

---

<sup>4</sup> Opinión citada por Guillermo Manuel Ungo, Ob Cit. Pag. .27

*Estados – Religiones que son los países Musulmanes, el Imperio de los principios caritativos sobre la justicia, el señorío absoluto de las necesidades públicas, la preocupación constante del predominio del bien, le imparten un soplo moral al derecho y una dirección evidentemente más equitativa”<sup>5</sup>.*

**Alessandri y Somarriva**<sup>6</sup> expresan que estudios recientes, concluyen que la noción del Abuso del derecho tuvo en la legislación musulmana una aplicación casi tan restringida y embrionaria como en tiempos de los Romanos *“El Derecho Musulmán proporciona antecedentes remotos más abundantes que el sistema jurídico de los romanos con relación a la noción del Abuso del Derecho; pero de que la legislación musulmana tenga un soplo moralizador más acentuado y principios de equidad y de justicia mejor desarrollados, no indica que haya dotado de contenido propio a una institución jurídica que solo hasta hace poco tiempo ha sido bien establecida y caracterizada”.*

Por lo que se puede apreciar en este periodo de tiempo, existe al igual que en la época del Derecho Romano una especie de contradicción, en cuanto que, unos están a favor de la existencia de esta Teoría en el periodo del Derecho Musulmán y los que critican dicha existencia basándose sobre todo, en la idea de que al tener un contenido moral y religioso dentro de una ley, no hace

---

<sup>5</sup> Opinión citada por Guillermo Manuel Ungo, Ob. Cit. pag. 28

<sup>6</sup> Opinión citada por Guillermo Manuel Ungo, Ob. Idem. Pag. 29

que las mismas puedan entender esta “moderna teoría”, lo cual sin duda, resulta criticable por cuanto que, se entiende que el derecho responde a las necesidades de la sociedad en general y no del contenido particular de determinadas personas o en este caso de la religión, con lo que se está diciendo que efectivamente las leyes musulmanas eran así, por que responden a los fines de la sociedad musulmana de aquel momento y todavía vigente hasta la actualidad, por tanto, en este periodo podemos afirmar que si existió la idea de la Teoría del Abuso del Derecho, aunque su reconocimiento no se expreso como tal, no podemos negar su existencia aunque con otro nombre y basada en argumentos de tipo moral y religioso, natural de aquella época y periodo.

### 1.2.3 - DERECHO MEDIEVAL

Tampoco en el derecho medieval, la Teoría del Abuso del Derecho adquiere un estatuto jurídico definido, pero con el desenvolvimiento de los actos de emulación encontramos antecedentes más directos de dicha teoría.

En esa época, estos **actos de emulación**<sup>7</sup> o de “chicanería” (se definían como aquellos que sin utilidad propia apreciable se realizan principalmente para dañar a otros).

---

<sup>7</sup> La teoría de los Actos de Emulación es una teoría medieval, dice” se prohibían al propietario los actos por él cumplidos con la maligna intención de perjudicar a otro, “ánimo nocendi”, con poca o ninguna utilidad propia...” los juristas medievales llamaban a estos actos ad aemulationem, de donde viene el nombre de la teoría”, como uno de los límites legales al dominio adunando que quien se opone al acto

Los romanistas modernos, disienten al considerar si estos actos emulatorios fueron permitidos o no en la legislación Romana. **Rotondi y Ruggiero**<sup>8</sup> opinan *“que los compiladores y comentaristas medievales, inspirándose en las máximas citadas, le dieron mayor impulso a esa noción prohibitiva de los actos emulatorios, consagrándola en términos absolutos en la aplicación del derecho de propiedad”*.

En España, esta teoría se plasmó en un viejo precepto de la Ley de las Partidas que al definir la propiedad nos decía, que era el derecho de dominio de una cosa para usar de ella, pero agregaba **“según Dios o según Fuero”**. En una sociedad organizada teocéntricamente, ese agregado constituía una prohibición general de los actos emulatorios, que a veces resultaba excesiva por falta de precisión jurídica.

A este respecto los autores **Alessandri y Somarriva**<sup>9</sup> expresan que *“En el Derecho Medieval, también fue conocido este principio y citan como ejemplo el caso de una sentencia del Parlamento de Aix, en Francia, del año 1577, que condenó a la correspondiente indemnización de perjuicios a un cardador de lana<sup>10</sup> que cantaba todo el día para molestar a su vecino, que era abogado”*.

---

según esta teoría debe probar el ánimo de perjudicar”, exceptuando ciertos casos en los cuales existe una presunción iuris tantum que tal ánimo exista, quedando a cargo del autor del acto perjudicial destruir la presunción. Tomado de [www.edictum.com.ar](http://www.edictum.com.ar)

<sup>8</sup> Citados por Josserand, “El Espiritu de los Derechos y su Relatividad. La Teoría del Abuso de los Derechos”, traducción española de José M. Cajica Jr., México, 1946 (Refiriéndose a las “Instituciones de Derecho Civil”, Volumen II, de Ruggiero; y a “L’ Abus di Diritto”, de Rotondi).

<sup>9</sup> Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., “Curso de Derecho Civil”, Tomo I y II, Ed. Cultural Andrómeda, 1976, pag. 928

<sup>10</sup> **Cardador** derivado de **Cardar**: peinar con la carda las materias textiles antes de hilar

Como puede apreciarse, en el Derecho Medieval al igual que en el de la época Romana se atiende nuevamente, a la existencia de esta Teoría del Abuso del Derecho, aunque no de forma expresa si no en base a la aplicación de la ley, mediante la prohibición de realizar ciertos actos con la intención de dañar a otros a través de los actos emulorios, de esa manera es como se reconocía de una forma tácita la existencia del Abuso del Derecho.

#### **1.2.4 - DERECHO LIBERAL**

La noción prohibitiva de los Actos Emulorios terminó su auge a raíz de la Revolución Francesa y a las exageraciones del Individualismo Liberal, el derecho revolucionario después de haber combatido el absolutismo político, y por vía de reacción, confirió a los particulares un cúmulo de facultades que implícitamente fueron declaradas absolutas e inmanentes.

El triunfo de la Gran Revolución Francesa y con el triunfo de las ideas individualistas, que encontró su consagración definitiva en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, atenuaron y casi hicieron desaparecer el concepto de que el ejercicio de un derecho podía ser fuente de responsabilidad.

Este criterio perduró la mayor parte del siglo XIX y casi podríamos decir, sus ocho a nueve décimas partes<sup>11</sup>.

Para este criterio individualista, *“los derechos son las facultades que la ley reconoce al individuo para que este las ejercite libremente, con entera libertad y sin darle cuenta a nadie de sus actos, con el fin que mejor le plazca. El individuo que ejerce un derecho, no puede, por tanto, incurrir en responsabilidad; no puede ser responsable quien se limita a ejercer las facultades permitidas por la ley. Un mismo acto no puede reunir en si las dos calidades de lícito e ilícito. De esta concepción arranca su origen el aforismo que expresa: “quien su derecho ejerce a nadie ofende”*<sup>12</sup>

**El Doctor Guillermo Manuel Ungo** en su tesis ya citada establece que *“la preocupación exclusiva del derecho liberal fue proteger y garantizar a las personas de los abusos del poder público, olvidando que el individuo también tiene deberes fundamentales para con la sociedad en que vive y que por ende, el Estado debe tratar que el bien común sea tutelado”*<sup>13</sup>.

Los derechos, si bien son facultades creadas por la ley en beneficios del hombre, tienen también un aspecto social del cual su titular no puede desentenderse, han sido creados para obtener un determinado propósito, para

---

<sup>11</sup> Opinión citada por Guillermo Manuel Ungo, Ob. Cit. pag. 28

<sup>12</sup> Alessandri y Somarriva, Ob. Cit. Pag. 928

<sup>13</sup> Guillermo Manuel Ungo, Ob. Cit. Pag.29

lograr un fin dado. Es, por consiguiente, una obligación de su titular utilizar el derecho para el fin que ha sido creado, hacerlo servir para el objetivo a que está destinado, utilizarlo de acuerdo a su finalidad<sup>14</sup>

Durante este periodo de tiempo, la Teoría del Abuso del Derecho, no tuvo mayor aplicación, sobretodo si consideramos que durante esta época se estaba saliendo a un estado liberal, con lo cual lo que se buscaba era limitar en lo menos posible los derechos de las personas, ya que durante la época feudal estos derechos fueron reprimidos; si bien es cierto, en esta época del derecho se propugnaron los derechos del hombre, pero estos fueron dirigidos a un aspecto individualista, olvidándose o no tomándose en cuenta el enfoque social en donde se pensaba en el bien común.

### **1.2.5 - DERECHO CONTEMPORÁNEO**

Durante esta época es sin duda cuando la Teoría del Abuso del Derecho adquiere mayor relevancia, por una parte por la evolución misma del derecho, en esta época fueron los Autores Galos y la jurisprudencia francesa, las que mas contribuyeron con la Teoría del Abuso del Derechos, así podemos decir que es la obra clásica por excelencia y con Josserand adquiere sustantividad

---

<sup>14</sup> Alessandri y Somarriva, Idem. Pag. 929.

propia la noción del abuso del derecho, pues anteriormente no se habrían establecido claramente sus elementos característicos ni diferentes aspectos y proyecciones.

Después de él, los principales juristas le han dedicado mucho tiempo y espacio al problema del ejercicio abusivo de los derechos precisando reglas jurídicas que respondan a las nuevas exigencias sociales y al contenido de los valores de justicia, seguridad y bien común, y es por ello que dicha teoría se dirige a todo el ámbito jurídico.

Indudablemente este estadio temporal, fue sumamente abundante en cuanto a la existencia de doctrina concerniente a la Teoría del Abuso del Derecho, su aportación llega hasta nuestro días en las obras de Alessandri y Somarriva y otros expositores del derecho Civil, sin duda su aportación en el campo del Derecho Privado ha generado controversia en muchos ámbitos de la vida en sociedad, es decir, en la actualidad la Teoría del Abuso del Derecho la encontramos presente en la jurisprudencia desde Francia en la antigüedad hasta nuestros días, enriqueciéndonos de aportes jurídicos y destacadamente en la parte relativa a las obligaciones civiles.

### **1.3 EVOLUCION HISTORICA DEL CONTRATO DE MANDATO**

### 1.3.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTRATO DE MANDATO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Luego de haber desarrollado de una forma general la Evolución de la Teoría del Abuso del Derecho, es procedente de conformidad con los objetivos de esta investigación, abordar el tema o acápite pertinente al contrato de Mandato y su evolución histórica, así podemos decir, que el contrato de Mandato tuvo su nacimiento en el derecho Romano, desde la época de Quinto Mucio Escevola; nace como un acto formal, como acto que inconfundiblemente representa una forma conocida por el derecho.

La formalidad se aplicaba con todo rigor porque eran leyes para las partes, pero con el engrandecimiento de la ciudad de Roma no podían seguir aplicándose reglas imperativas y duras, fue así como se produjo un cambio de ideas y se fueron mezclando con otros pueblos dando acceso a cuatro clases de contratos en donde se doblegaban por el solo consentimiento y siendo ellos: **la venta** (emptio venditio), **el alquiler o arrendamiento** (locatio conductio), **el mandato** (mandatum), y **la sociedad o compañía** (societas); todos estos contratos mencionados eran sinalagmáticos perfectos por ser contratados de buena fe a excepto del mandato que goza de la característica de ser sinalagmático imperfecto<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> según la división de los contratos en Roma los **Contratos Sinalagmáticos** son los que producen obligación de todas las partes contratantes; estos a su vez se subdividían en **Sinalagmáticos Perfectos**

El Mandato antes de alcanzar la categoría de contrato, consistía en una mera relación de amistad o conjunto de deberes morales y religiosos que obligaban a una persona a obrar por cuenta de la que le había depositado su confianza. El derecho de gentes elevó al mandato al rango de un negocio contractual que se perfeccionaba con el mero consentimiento de las partes.

Era un contrato consensual, de buena fe, bilateral, sinalagmático imperfecto, ya que acarreaba una obligación a cargo del mandatario, la de ejecutar el mandato, pudiendo también producir incidentalmente obligaciones a cargo del mandante.

Para que se perfeccionara requería ciertos elementos: El Objeto debía ser lícito, también se admitió que pudiera ser tanto un acto jurídico como cualquier otro que no tuviera ese carácter, con la sola condición que fuera gratuito.

El mandatario no podía exigir retribución alguna por la gestión, pero no obstante que en el imperio romano se permitió a algunos mandatarios reclamar honorarios; por lo que se produjo una evolución y se llegó a una representación imperfecta del mandante por el mandatario, y siendo esta evolución iniciada en Roma la que se remató en el Derecho Francés, en el Código Civil donde la

---

donde todas las partes están obligadas desde el momento en que se formó. Y en **Sinalagmáticos Imperfectos** en estos no hay obligación nacida en el mismo instante de establecerse el contrato, pueda que sea luego cuando nazca la obligación de la otra parte. Tomado de “El Contrato Romano, Divisiones y Efectos” <http://monografias.com>

gratuidad ya no es de la esencia del mandato pues no hay mandato sin representación.

El mandatario tenía que ejecutar el encargo por el mandante, siendo responsable por las gestiones que indebidamente hubiera realizado más allá de las instrucciones. El mandante debía instruir al mandatario otorgándole un encargo especial que autorizaba el mismo para que lo represente en uno o en varios negocios, o bien un poder general para todos los actos de administración. No obstante el mandatario no estaba autorizado a ejecutar ciertos actos, como celebrar una transacción, adquirir la posesión, diferir el juramento decisorio en un litigio y enajenar los bienes del conferente.

La obligación del mandatario de ejecutar el mandato no significaba de que tuviera que cumplir el encargo personalmente sino que podía delegarlo en otra persona (sustitución del mandato en otro individuo designado por el procurador). Esta no engendraba vínculo entre el mandante y el sustituto, por lo tanto el mandatario no quedaba personalmente liberado de las obligaciones emergentes del contrato.

El mandatario también quedaba obligado a rendir cuentas de la gestión que había efectuado en interés del mandante y debía transferirle todo lo que hubiera adquirido y cederle las acciones y derechos que tuviera contra terceros. Esto es porque el mandatario no actuaba representando directamente al mandante, lo que hacía que no quedara vinculado directamente con terceros.

En la ejecución de las acciones derivadas del mandato, el mandatario es responsable del dolo y culpa. Debía también responder ante el mandante por las sumas de dinero que hubiera empleado en su provecho. Para hacer exigibles las acciones del mandatario, el mandante contaba con la *actio mandati directa* que llevaba la tacha de infamia si aquel fuera condenado.

Entre las obligaciones del mandante, está la de reembolsar al mandatario los gastos e impensas que hubiera efectuado en la ejecución del mandato, resarcirlo de las pérdidas que experimentare como consecuencia de su gestión, así mismo, quedaba obligado a liberar al mandatario de las obligaciones que hubiere contraído, era responsable de toda culpa porque el contrato se concertaba a su beneficio. Actualmente el mandatario obra en nombre de su mandante quien de esta manera se vincula directamente con los terceros, pero no fue así en Roma. Sino que el mandatario no representaba al mandante sino que se vinculaba directamente con los terceros haciéndose propietario, acreedor o deudor. Cuando el derecho romano fue atenuando el principio de la no aceptación de la representación directa, admitió que, en determinados supuestos, los terceros pudieran accionar directamente contra el mandante para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el mandatario, mediante el ejercicio de acciones.

El mandato se extinguía por: el cumplimiento del encargo, o la imposibilidad de realizarlo como por ejemplo, una enfermedad del mandatario; por la llegada del término establecido; por la voluntad concordé de las partes;

por la revocación por parte del mandante; por la renuncia del mandatario, respondiendo por los daños que pueda sufrir el mandante por la renuncia que se haya hecho sin justa causa; por la muerte de cualquiera de las partes. El principio de que la muerte del mandante extingue el mandato sufre una excepción cuando las partes hubieran convenido de manera expresa que los poderes del mandatario no cesarían con el fallecimiento de aquel<sup>16</sup>.

### **1.3.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTRATO DE MANDATO EN EL SALVADOR**

En lo referente a la evolución Histórica del contrato de mandato en El Salvador podemos decir, que luego que nuestra legislación salvadoreña retomara la estructura del Código Chileno, el cual proviene del Código Francés de Napoleón, actualmente el contrato de mandato no ha variado desde entonces; ya que aún cuenta con las mismas características de ser consensual, bilateral, sinalagmático imperfecto y aunque este puede ser tanto oneroso como gratuito en la practica por lo general, éste tipo de contrato es remunerado. El encargo del mandatario también puede ser delegado a otros si esto no ha sido prohibido por el mandante, así también, al mandatario se le confiere poder únicamente para realizar actos de administración y que, para lo que exceda de esos límites es necesario de un poder especial; en cuanto a la responsabilidad

---

<sup>16</sup> tomado de <http://www.monografias.com>

del mandatario, ésta es reconocida, ya que el Código Civil establece cuáles son las prohibiciones al mandatario y que como consecuencia de la extralimitación de éstas tendrá como resultado la responsabilidad dicho mandatario ante el mandante o según sea el caso, también ante un tercero; así mismo, están estipuladas de manera expresa cuáles son las formas por las cuales termina el contrato de mandato.

## **CAPITULO 2: MARCO TEORICO DEL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO.**

### **2.1 TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO, DEFINICIONES, FUNDAMENTO, REQUISITOS**

#### **2.1.1 TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO**

En el presente apartado abordaremos de forma general el tema de la Teoría del Abuso del Derecho por medio de definiciones de diferentes autores, esto con el propósito de dar a conocer en que consiste dicha teoría.

A través de la Teoría del Abuso del Derecho se tiende a evitar que con el ejercicio de las libertades y prerrogativas, el titular de las mismas actúe desaprensivamente<sup>17</sup>, como si fuera único en el universo, prescindiendo o ignorando los intereses de los otros.

---

<sup>17</sup> **Desaprensivamente** condición de **desaprensivo** que significa: que no obra con conciencia que es poco honrado. Tomado de Diccionario enciclopédico LAROUSSE, Tomo I, Quinta Edición.

Cuando se abusa de un derecho, se ejerce maliciosamente y con voluntad de dañar al prójimo, se lesiona la conciencia jurídica colectiva.

Dice **Fernández Sessarego**<sup>18</sup>: *“Que al lesionarse el valor solidaridad, cristalizado a través de un plexo de principios y normas del derecho positivo, se atenta, simultáneamente, contra el derecho- en sentido valioso- y contra la moral”*.

Por la necesidad de afirmar la existencia de los derechos subjetivos, hay que cuidarse de los excesos en el que suele pasar en el ejercicio de ello. Porque si la ley los reconoce con un fin justo y útil, puede acontecer que en ciertas circunstancias se tornen injustos.

### 2.1.2 DEFINICIONES:

Para el **Dr. Guillermo Manuel Ungo**<sup>19</sup>: la Teoría del Abuso del Derecho se puede definir o manifestar como *“El acto realizado, usando de un derecho objetivamente legal, dirigido a causar un derecho objetivamente legal, encaminado a causar daño a un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico y cuya inmoralidad o antisocialidad sea manifiestamente objetiva o subjetiva, según la adecuación del móvil con el espíritu de la institución”*.

---

<sup>18</sup>Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del Derecho*, Ed. Astrea, 1992, pag.9

<sup>19</sup>Guillermo Manuel Ungo, Ob. Cit. Pag. 21

**Juan Carlos Molina**<sup>20</sup> plantea otra definición del Abuso del Derecho poniendo de relieve su significación esencial, en la siguiente forma: *“Cuando el titular, de un derecho subjetivo, de una prerrogativa jurídica, actúan de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa; o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros, incurre en un acto abusivo, no ejerce su derecho sino que abusa de él”*.

**Luis Moisset de Espanes**<sup>21</sup> nos dice: *“...en realidad el derecho de cada uno termina donde comienzan los derechos de los demás, y cuando se exceden esos límites ya no se ejercita un derecho propio; este comportamiento abusivo es el conocido con el nombre de abuso del derecho. Se fijaba pues el límite para el ejercicio de un derecho atendiendo a dos circunstancias objetivas; el daño que ocasionaba a otra persona, y la correlativa falta de beneficio para el titular del derecho”*.

**Alessandri y Somarriva**<sup>22</sup> lo definen así: *“La responsabilidad Delictual o cuasidelictual la cual no proviene únicamente de los actos materiales que,*

---

<sup>20</sup> Citado por Guillermo Manuel Ungo, “La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho”, Tesis de la Universidad de El Salvador, 1963 haciendo referencia a Juan Carlos Molina. “Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil” pag.11

<sup>21</sup> Citado por Guillermo Manuel Ungo, “La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho”, Tesis de la Universidad de El Salvador, 1963 haciendo referencia a Luis Moisset de Espanes, “La lesión en los actos jurídicos”. pag. 23

<sup>22</sup> ALESSANDRI y SOMARIVA, Ob. Cit., pag. 927

*cometidos con dolo o culpa, pueden dañar a otro; puede, también, derivar de la ejecución de un derecho. Así ocurre cuando esta ejecución es abusiva y causa daño. Por consiguiente, el abuso de un derecho, que perjudica a otro es también fuente de responsabilidad delictual o cuasidelictual civil”.*

De conformidad con lo anterior, para nosotras el abuso del derecho consiste en la extralimitación en el ejercicio de un derecho, manifestada a través de una acción u omisión que se hace en el ejercicio de un derecho subjetivo (propio), por parte del titular del mismo, yendo en contra de los límites para los cuales fue creado por parte del legislador o en contra de la moral y las buenas costumbres, ya sea involuntariamente o con intención de causar daños o perjuicios a terceros.

### **2.1.3 FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO**

Las diferentes teorías que han abordado el tema del abuso del derecho, de una manera u otra han comenzado su análisis a partir del concepto del hecho ilícito. Los elementos constitutivos de esta clase de hecho han sido tradicionalmente los siguientes :

1. En primer lugar, se encuentra la involuntariedad del hecho, entendida ésta en el sentido de que la voluntad del sujeto no está directa y reflexivamente encaminada a producir los efectos jurídicos que se derivan de su actuar.

2. Y en segundo lugar, se encuentra la producción de un resultado antijurídico como consecuencia de una conducta dolosa, culposa o simplemente exenta de toda licitud o descuido.

Entorno a estos dos criterios, se han edificado las diferentes doctrinas que pretenden descubrir las bases sobre las cuales se fundamenta La Teoría del Abuso del Derecho. De acuerdo al alcance y sentido que se le otorgue a la institución de los hechos ilícitos, el abuso del derecho encontrará su marco normativo dentro o fuera de esta institución.

## **2.2 - CORRIENTES DOCTRINARIAS**

### **2.2.1- CORRIENTE SUBJETIVA DEL ABUSO DEL DERECHO**

La corriente Subjetiva, se sustenta en numerosas decisiones jurisprudenciales entre las que básicamente, cabe señalar las dos famosas sentencias emitidas por Tribunales franceses. Nos referimos a la de Colmar, de 1855 y a la de Lyon, de 1856. El abuso del derecho, según esta concepción, resulta ser el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto o en cualquier caso, sin que su actuación origine un beneficio propio. De ello se desprende que el surgimiento del abuso del

derecho puede juzgarse a través de alguno o algunos de estos criterios: a) intención de causar perjuicio; b) acción culposa o negligente, y c) no existencia de un interés serio y legítimo para el agente. Estas tres notas constituyen, dentro de esta específica postura, los criterios que permiten identificar la figura del abuso del derecho.

La posición subjetiva, después de un período en el cual tuvo cierto auge, fue motivo de críticas. Ellas se basan, principalmente, en la dificultad de probanza que conlleva. No es nada fácil determinar la real existencia de una intención, en la medida que ella radica en el mundo interior de la persona.

Una segunda tendencia, exige que para caracterizar el acto abusivo es suficiente el comportamiento negligente del agente del perjuicio.

El criterio de la intencionalidad o de la culpa es limitativo, ya que ninguna de ellas es esencial para la configuración del abuso del derecho; respecto a ésta idea apunta **Ángel Gustavo Cornejo**<sup>23</sup> *“no hay nada más peligroso e inútil que remitirse únicamente a la sicología individual para determinar el abuso” ya que en su concepto, no hay persona alguna que tenga la ingenuidad de confesar que no obra sino con el exclusivo propósito de dañar a otro sujeto, ya que siempre le resultará fácil argüir algún interés personal.*

---

<sup>23</sup> CORNEJO, ÁNGEL G., Estudios sobre el nuevo Código Civil, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos”, 1937, 2º cuatrimestre, pág. 336. Citado por Carlos Fernández Sessarego, ob. Cit. Pág. 127

*Una tercera tendencia dentro de la posición subjetivista, estima que el elemento que caracteriza la presencia del ejercicio abusivo es el de la falta de un interés legítimo de parte del agente. Debemos comprender esta ausencia de interés en un sentido amplio, sin limitarlo únicamente a uno de índole económica. Resulta sumamente difícil establecer, dada la amplia y diversa gama de intereses de que está premunido cada sujeto, una situación subjetiva de estos difusos alcances.*

*En opinión de **Fernández Sessarego**<sup>24</sup> “La concepción subjetivista deja de lado otras situaciones en las que, a pesar de no presentarse una consciente intención de dañar, se lesiona el interés de otros en función de ciertas conductas contrarias a la moral, a la buena fe, decididamente antisociales”.*

Concluimos que las dificultades en la prueba, que dejaría sin protección a muchos perjudicados, y la limitación del abuso a solo los casos específicos de intencionalidad de la acción emprendida o la de ausencia de un interés legítimo de parte del actor, hacen que esta concepción sea vulnerable e insuficiente para describir los alcances del abuso del derecho.

### **2.2.2 CORRIENTE OBJETIVA O ECONÓMICA DEL ABUSO DEL DERECHO**

---

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, ob. Cit. Pág. 128

Opina **Fernández Sessarego**<sup>25</sup> *“Que según esta tendencia, el Abuso del Derecho no se definiría por la intención de perjudicar de parte del titular del derecho, por la presencia de culpa o por la ausencia de un interés serio y legítimo, sino más bien por la gravitación de un elemento objetivo, como es el manifiesto ejercicio anormal de un derecho subjetivo. Es decir, de una actuación contraria a la función económica-social inherente a cada derecho subjetivo”. Para identificar al abuso del derecho se aplicaría un criterio de carácter objetivo como es el de la función socio-económica de cada derecho.*

Referente a esta postura agrega **Borda**<sup>26</sup> *“Que según este criterio habría Abuso del Derecho cuando este se ejerce contrariando los fines económicos y sociales que inspiraron la ley que los contiene”.*

Agrega **Saleilles**<sup>27</sup> *“el abuso del derecho aparece como el ejercicio anormal de un derecho, contrario al destino económico-social del correspondiente derecho subjetivo, ejercicio que es reprobado por la conciencia pública y que, por ende, traspasa las lindes del derecho”.*

Dentro de esta corriente objetiva son numerosos los autores que vinculan el ejercicio abusivo con la trasgresión, ya sea del principio de la buena fe como de aquel referido a la moral o a las buenas costumbres. En este sentido **Spota**<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup>FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Idem, pág. 129

<sup>26</sup> BORDA, Guillermo A, Tratado de Derecho Civil. Parte General, Perrot, 1970. citado por Fernandez Sessarego, Carlos. Ob. Cit., pág. 129

<sup>27</sup> SALEILLES, Raymond, De l'abus de droit, 1905, pág. 325. citado por Carlos Fernández Sessarego, ob. Cit. Pág. 199

<sup>28</sup> SPOTA, Tratado. Parte General, t. I, vol. 2, pág. 304. Citado por Carlos Fernández Sessarego, ob. Cit. Pág. 129

afirma que *“todas las veces que un titular de un derecho subjetivo pretende ejercerlo para que sirva a propósitos inmorales o reñidos con las buenas costumbres, o con la buena fe-lealtad, o con la buena fe-creencia, o con la recíproca confianza o colaboración entre contratantes, así como en otros supuestos similares, el abuso del derecho existe”*.

Así también, **Dabin**<sup>29</sup> sostiene que *“el verdadero criterio para determinar el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo es el del uso inmoral del mismo”*.

Consideramos que según Dabin, en la sociedad nada hay estable, sino más bien todo está en movimiento, es dinámico, cambiante, incluyendo los derechos, y nos da a entender que el fin de los derechos no estaría jamás descubierto y revelado más que por el ideal colectivo del momento, del que el juez es en cada instante y en cada caso el intérprete.

Concluimos que, si bien es cierto los derechos son productos de la sociedad ya que han sido creados en base a ella y q cierto que, todo derecho subjetivo que es ejercido por su titular de forma contraria al fin social del cual ha sido derivado se convierte en inmoral, pero no podemos dejar de lado que también es necesario saber el por qué de la actuación del sujeto, por lo que consideramos, que no es del todo suficiente esta postura, pues a nuestro parecer resulta incompleta.

---

<sup>29</sup> DABIN, Jean, El Derecho Subjetivo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955. citado por Carlos Fernández Sessarego. Ob. Cit. Pág. 130

### 2.2.3 CORRIENTE MIXTA O ECLÉCTICA

Con el propósito de buscar un equilibrio en la Teoría del Abuso del Derecho de forma que la refutación del carácter absoluto de los derechos subjetivos no precipite a su negación; la doctrina y jurisprudencia francesa conjugaron los criterios anteriormente expuestos, distinguiendo dos facetas en dicha teoría: la Subjetiva y la Objetiva; en esta posición dualista, subjetiva-objetiva, que a lo que se aspira con ella es a impedir un desequilibrio entre los intereses individuales y sociales, a cuyo objeto se conciben los derechos subjetivos no ya como prerrogativas absolutas, sino subordinadas siempre a un fin común, es decir, el ejercicio del derecho subjetivo no puede ser arbitrario y antisocial, aunque no por eso dejase de ser inconforme a la ley. De este modo los derechos se realizan no en una dirección cualquiera, sino en un ambiente social-cultural, que para **Josserand**<sup>30</sup> *“permite a los derechos manifestarse de conformidad con los principios generales que constituyen a manera de un derecho natural de contenido variable y como una súper legalidad”*.

Esta teoría se encuentra representada por **Josserand**<sup>31</sup> y a este efecto nos dice **Fernández Sessarego**<sup>32</sup> *“Que para Josserand, el criterio decisivo para caracterizar el acto abusivo es el de la desviación del derecho de su función social. Pero, al lado de este factor determinante, el autor señala otros criterios*

---

<sup>30</sup> Citado por Claudia P. Torielli, Proscripción Del Abuso del Derecho en el Proceso.  
<http://www.monografias.com>

<sup>31</sup> JOSSERAND, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité, pág. 395, citado por Carlos Fernández Sessarego. Ob. Cit., pág. 132-133

<sup>32</sup> Citado por Fernandez Sessarego, Carlos. Ob. Cit. pág. 132

*complementarios para la configuración del Abuso del derecho. Ellos son, según el autor la intención de dañar, es decir lo que califica el elemento subjetivo; la culpa en la ejecución, que significa para él la presencia de una nota de carácter técnico, y la falta de interés serio y legítimo, que supone, en su concepto, la existencia de un factor económico". Y así propone el citado autor, para caracterizar el acto abusivo lo que dio en llamar el criterio funcional o finalista, el mismo que conjuga la desviación del derecho de su específica función social, en cuanto elemento objetivo, con el motivo ilegítimo del agente, el que configura como el factor de carácter subjetivo.*

*Para Josserand todo se reduce a discernir de una parte el espíritu o función social del derecho controvertido y, de la otra, el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Es así que combina, aunque en diferentes dosis, los elementos subjetivos y objetivos. Sin embargo, opina **Rodríguez Arias** "que si es cierto que es aceptable la consideración de esos elementos: subjetivo y objetivo, como medio de alcanzar una aplicación eficiente de la Teoría del Abuso del Derecho, desde el momento que la aceptación de estas dos facetas permite una mejor matización de sus contornos; sin embargo, comenta el autor, que se ha de rechazar el que para la construcción de esta Teoría se utilicen conceptos que responden a una acuñación determinada como exponentes de determinadas direcciones doctrinales"<sup>33</sup>.*

---

<sup>33</sup> Claudia P. Torielli., Proscripción Del Abuso del Derecho en el Proceso, <http://www.monografias.com>

Así concluimos con la opinión de **Fernández Sessarego**<sup>34</sup> quien nos dice *“Que en sustancia el criterio fundamental para caracterizar el acto abusivo es aquel que recurre a la moral social que, jurídicamente, se traduce en valor solidaridad. Lo antisocial, lo anormal, lo irregular es contrario a la vigencia de la solidaridad, cuya raíz es moral, y se refleja en los principios de la buena fe y de las buenas costumbres. Y lo antisocial y lo irregular es, en este caso, lo ilícito. Lo ilícito es, finalmente, lo prohibido, lo no permitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente”*.

Luego de haber estudiado las tres posturas sobre las cuales gira el Abuso del Derecho las cuales son: corriente Subjetiva, Objetiva y Mixta o Ecléctica, nos es necesario adecuarnos a una de ellas, por lo que como grupo de trabajo nos identificamos con la última postura la cual es la corriente Mixta o ecléctica, por que en ella se ven representados tanto los elementos subjetivos que son la intención del titular del derecho subjetivo de causar un daño así como la presencia de la culpa, y el elemento objetivo que es la finalidad social con la que todo derecho subjetivo es creado, así como estamos de acuerdo en la existencia de un tono moralizador del derecho, porque la moral social es el criterio básico que se tiene que tomar en cuenta para la aplicación de la norma que prohíba el acto abusivo; el individuo cometería abuso del derecho cuando atente o lesiones intereses ajenos protegidos por la ley y en el caso que no lo

---

<sup>34</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Idem. Cit. Pág. 133

estén, que esto atente contra los principios generales del derecho los cuales son la moral, buena fe y las buenas costumbres.

#### **2.2.4 REQUISITOS PARA CONSIDERAR ABUSIVO EL EJERCICIO DEL DERECHO**

- a) Que el ejercicio sea contrario a lo que dice la ley, desde el punto de vista del pensamiento de la sociedad. Art. 1417 C.C, es decir que la acción realizada no sea ilícita y perjudicial para la sociedad.
- b) Que el ejercicio sea contrario a la buena fe entre las partes, la moral y las buenas costumbres. Art. 1417 C.C, que al realizar un encargo o diligencia esta sea pernicioso y encaminada a ocasionar un daño y produzca perjuicios a otros y a la sociedad.
- c) Que por las desviaciones se haya producido un daño grave, o se produjera en el futuro. Art. 1427 C.C, respecto al daño emergente y lucro cesante.
- d) No es necesario demostrar la intención o culpa de la persona que ejerció el abuso del derecho, sino solamente es suficiente con establecer que se ha transgredido la buena fe ya que la buena fe se presume, la mala fe se debe probar, y que la conducta sea desleal y abusiva. El Art. 1429 C.C Inc 1° en su parte inicial nos da a entender lo expresado anteriormente, ya que dice este artículo que sino se puede imputar dolo al deudor, sólo

es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse; y como sabemos, que para determinar los perjuicios primero debemos determinar el tipo de culpa por lo que allí encuentran su aplicabilidad los artículos 42 y 1418 del Código Civil, referente a las especies de culpa.

## **2.3 DEFINICION, CARACTERISTICAS, CLASIFICACION, ELEMENTOS ESENCIALES, CAPACIDAD, OBLIGACIONES, FACULTADES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE MANDATO Y PROHIBICIONES AL MANDATARIO**

### **2.3.1. CONCEPTO DE CONTRATO DE MANDATO**

El Código Civil salvadoreño en su Art. 1875 define la figura del Mandato como un ***“Contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”***.

Como sabemos el contrato de mandato es de mucha aplicación práctica, ya que de acuerdo a Somarriva sino fuera por él, muchas veces se harían imposibles las transacciones jurídicas, ya sea porque los contratantes están en lugares diversos o se han ausentado del territorio de la República o por otras causas.

### 2.3.2 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE MANDATO

Entre las principales características del contrato de mandato encontramos las siguientes:

- a) Es un contrato **Principal**, ya que subsiste por si mismo sin necesidad de otro contrato; contrato principal es el que para su validez y cumplimiento, le basta con su sola existencia, y no requiere de un contrato accesorio que lo refuerce, pero de existir ese contrato accesorio, no implica menoscabo en la fuerza propia del contrato principal, el mandato cobra vida autónoma sin necesidad de figuras adicionales que lo refuercen. Art.1313C.C.
- b) Es **Bilateral**, pues las obligaciones son recíprocas y simultaneas para ambas partes. Art. 1310 C.C.
- c) Es **unilateral**, el mandato también puede ser unilateral si impone obligaciones a una sola de las partes o según sea al arbitrio de las partes, también la doctrina lo ve unilateral por el hecho que puede ser gratuito y al no ser remunerado una sola de las partes es la que se

obliga; contrato unilateral es el que hace nacer obligaciones para una sola de las partes, sin que la otra asuma obligación alguna o sin que ésta le quede obligada. Art. 1310 y 1877 C.C

- d) Es **Oneroso**, en la práctica por regla general el mandatario es remunerado al llevar a cabo el negocio que se le ha encargado; es oneroso cuando por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro, si ambos contratantes se benefician o reportan utilidad del contrato, éste es oneroso . Art. 1877 C.C y Art.1311 C.C.
- e) Es **Gratuito**, excepcionalmente ya que es cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes; es gratuito por la utilidad que el acto reporta a los contratantes. Si sólo reporta utilidad a uno de los contratantes, quien nada da en cambio, a quien ningún gravamen le impone el contrato, el contrato es gratuito o de beneficencia. Art. 1877 C.C
- f) Es **Consensual**, es decir se perfecciona por medio del consentimiento de ambas partes contratantes, y excepcionalmente puede ser formal porque debe constar por escrito Art. 1884 C.C y Art. 1314 C.C.
- g) Es **Sinalagmático imperfecto**, ya que existen originalmente obligaciones para el mandatario, pues por incumplimiento del mandante éste puede ser obligado para el caso aún contra su voluntad; es sinalagmático imperfecto por que en el momento de su formación

impone obligaciones solo al mandatario, pero que en el transcurso de su vida entra a obligar al mandante Art. 1899 C.C.

- h) Es **Conmutativo**, porque las prestaciones se miran como equivalentes y las partes están en situación de determinar desde su celebración el beneficio o pérdida que el contrato les va reportar.
- i) Es **Intuitu personae**, puesto que el mandante confía su negocio a la persona que merece su confianza por tal razón el mandatario se convierte en representante de las decisiones del mandante ya que el mandante ve las buenas o malas calidades o cualidades de una persona; es Intuitu personae debido a que por el fallecimiento de una de las partes el mandato se extingue. Art. 1923 Ord. 5° C.C
- j) Es **Nominado**, porque tiene su calificación, denominación y desarrollo en el Código Civil; un contrato es nominado cuando está regulado en el Código y en otras leyes, es decir se hace atendiendo al nombre que les da la ley y, principalmente, a la circunstancia que el contrato esté o no reglamentado por la ley, hay que dejar en claro que no es nominado en atención a que el contrato tenga un nombre o no, sino a que el contrato sea reglamentado por la ley y tenga en la legislación positiva un casillero especial Art. 1875 y siguientes C.C

### 2.3.3 CLASIFICACIÓN DEL MANDATO

**a) Mandato Individual:** Cuando una persona es el mandante y otra el mandatario.

**b) Poder Plural o colectivo:** Varias personas pueden otorgar el poder de varias personas a uno; o de una a varias Art. 1886 C.C Se subclasifica en:

- i) **Poder Conjunto:** Cuando los apoderados tienen que actuar juntamente, por ejemplo cuando se otorga poder a dos personas para realizar actos en representación de otro Art. 1930 C.C
- ii) **Poder Sustitutivo:** Se da cuando se señala un orden en la actuación de los mandatarios, por ejemplo cuando se expresa que actué "A" en cierto acto o diligencia y que en caso de no poder actuar que actué "B".
- iii) **Poder divisible:** Cuando la gestión encomendada se divide entre cada uno de los mandatarios Art. 1987 CC., por ejemplo cuando "A" le encarga a "B" para que venda y a "C" para que compre, el poder es divisible por que uno se encarga de comprar y el otro de vender.

**c) Poder Especial y General:** Puede haber un poder general, un especial y uno general con cláusula especial porque hay facultades que otorgadas solo de esta manera pueden considerarse validas Art. 1890 C.C. Ejemplo cuando se establece que para la Administración de un negocio se da un poder General Administrativo para la gestión del negocio, un poder especial como el que se otorga para la venta de únicamente de inmueble, un poder General con

cláusula especial, como el caso donde se otorga poder a favor de una persona con facultades de administración y las posibilidades de poder vender un inmueble.

#### 2.3.4 ELEMENTOS ESENCIALES DEL MANDATO

**a) *El Mandante:*** Es la persona que confiere el encargo, quien manda a otra persona la gestión de un negocio Art.1876 C.C.

**b) *El Mandatario:*** Es el que acepta el encargo, también llamado apoderado o procurador Art.1876 C.C.

**c) *El Encargo:*** Equivale a la oferta de celebrar el contrato y al cual necesita ser aceptado libremente por la otra parte de manera que este contrato por la aceptación del mandatario, pues nadie esta obligado aceptar Art. 1879 C.C.

**d) *El Negocio Encargado:*** El negocio que se confía al mandatario a de ser en interés del mandante Art. 1880 C.C, y a su vez que sea lícito jurídicamente, permitido por las leyes.

El negocio mismo del que se trata determinar la índole y fijara los límites del mandato mismo en particular.

#### 2.3.5 CAPACIDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES

El Art. 1316 No 1 del Código Civil consagra la **capacidad** como requisito para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad. Puede decirse en general que la capacidad de las partes contratantes en el

mandato es la misma que se requiere. Sin embargo lo relativo a este contrato es conveniente tratar por separado la capacidad de ambos contratantes.

**a) Capacidad del Mandante:** Lo que respecta al mandante se siguen las reglas generales sobre su capacidad, y a veces es especial para realizar ciertos actos jurídicos del mandato.

El mandato se da por el mandante con la sola finalidad de que se cumpla un acto jurídico en su nombre, se exige entonces al mandante para la validez del mandato, la capacidad necesaria para concertar el acto jurídico que se haya de realizar.

**b) Capacidad del Mandatario:** No ocurre lo mismo puesto que está en diversa situación, y porque obra en nombre de otra persona y no se obliga personalmente, pues hay que distinguir la capacidad de obligarse para el Mandato, y la capacidad necesaria para la representación del mandante.

La ley nos habla acerca del caso del menor no habilitado de edad que se constituye mandatario, en este caso podemos decir que existe una incapacidad relativa porque para el legislador el relativamente incapaz tiene voluntad, aunque le falte cierta consistencia por lo que el Art. 1888 C.C. regula que los actos realizados por el menor no habilitado de edad serán validos respecto de terceros en cuanto obliguen a éstos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros no podrán tener efecto sino según las reglas relativas a los menores.

**Alessandri y Somarriva**<sup>35</sup> explican los efectos de este caso diciendo que *“El acto que ejecuta el mandatario es valido y liga al mandante con el tercero. Pero en las relaciones del mandatario con el mandante se mira a aquel como un incapaz, y por lo tanto, el mandante sólo puede exigirle las prestaciones del mandato en cuanto se hubiere hecho más rico con motivo de éste”*.

### **2.3.6 OBLIGACIONES DE LAS PARTES**

#### **a) Obligaciones del Mandante.**

Las obligaciones del mandante emanan del contrato mismo o de circunstancias posteriores, derivadas de su ejecución, y éstas últimas, en consecuencia pueden o no llegar a existir, siendo estas obligaciones las siguientes, y de conformidad a nuestra legislación enumeradas en el artículo 1918 del Código civil:

- I) A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato, de este modo, si encarga al mandatario la realización de una compra, deberá el mandante proveerle del dinero necesario para pagar el precio.

La falta de provisión de fondos autoriza al mandatario para desistir del cargo, de conformidad al Art. 1919 C.C, pues no está obligado a emplear recursos propios para el cumplimiento del encargo.

---

<sup>35</sup> ALESSANDRI y SOMARRIVA, Ob. Cit. Pag. 542

II) Obligación de indemnizar al mandatario:

Tiene el mandante la obligación de procurar que el mandatario quede totalmente indemne de las resultas del desempeño del mandato.

La obligación se justifica por que el mandatario obra por cuenta del mandante.

**b) *Obligaciones del Mandatario.***

El mandatario al igual que el mandato adquiere obligaciones normales que emanan del contrato mismo por lo que tiene la obligación de cumplir el mandato, debe poner todo su esmero en el cumplimiento, hacer todo lo posible para contratar en las mejores condiciones. Es una obligación de medios diferentes.

Sobre el mandatario pesan dos obligaciones fundamentales, y las cuales son las siguientes:

- I) Obligación de cumplir el mandato, aunque el código no lo haya dicho expresamente, es obvio que el mandatario debe cumplir el mandato, llevar a cabo la ejecución del encargo que se le ha confiado Art.1891 C.C
- II) Obligación de rendir cuentas de su gestión Art. 1915 C.C, el mandatario es el obligado a rendir cuenta de su administración y esto se justifica debido a que, el mandatario no obra por su cuenta, sino por cuenta del mandante, quien debe ser enterado de la forma en que se han gestionado sus negocios, ya sea por

vencimiento del plazo, por realización del negocio previsto, por muerte del mandante, revocación, etc.

El mandatario debe restituir al mandante todo lo que ha percibido en virtud del mandato, igualmente es responsable de lo que ha dejado de recibir por culpa del mandatario.

### **2.3.7 FACULTADES DEL MANDATARIO**

Concebido el mandato en términos generales o indefinidos se llega al problema de saber cuales son las atribuciones o facultades que confiere el contrato de mandato al mandatario. El Art. 1892 C.C establece: “el mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración” y tal disposición concluye que “para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial”.

Entonces solo queda el mandatario investido de la facultad de ejecutar actos de administración, aunque el mandato le autorice para obrar del modo que más le convenga, o le otorgue la libre Administración del negocio o negocios que se le han encomendado. Podemos citar como ejemplo: **“A” otorga poder administrativo a “B” para que administre un restaurante, con el tiempo este restaurante genera perdidas y deudas a “A” por lo que “B” considera que la solución sería vender el restaurante, pero en este caso no sería posible ya que como lo regula el Art. 1892 C.C anteriormente**

***mencionado, las únicas facultades de “B” son de administración, ya que para vender tendría que tener un mandato general con cláusula especial o un mandato especial para vender el restaurante.***

Así mismo el Art. 1893 C.C dispone que la facultad de obrar como mejor le parezca no autoriza al mandatario para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales.

### **2.3.8 PROHIBICIONES HACIA EL MANDATARIO**

Con todas las facultades conferidas al mandatario por el contrato de mandato también tiene ciertas prohibiciones, las cuales son:

Sin la expresa autorización del mandante no es lícito al mandatario colocar a interés dinero del mandante, según el Art. 1906 inc.1 C.C

Se le prohíbe comprar para sí lo que el mandante le ha ordenado vender; ni vender de lo suyo al mandante lo que este le ha ordenado comprar Art. 1904 C.C

Se le prohíbe apropiarse de lo que exceda el beneficio o minore el gravamen designado en el mandato Art. 1907 C.C.

## **2.4 EL ABUSO DEL DERECHO EN EL CONTRATO DE MANDATO Y LOS EFECTOS JURIDICOS DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL MANDATARIO Y LAS RESPONSABILIDADES DE TIPO CIVIL, PENAL**

Y TRIBUTARIAS DE ESTE FRENTE AL MANDANTE Y FRENTE A TERCEROS.

#### 2.4.1. APLICACIÓN DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO AL CONTRATO DE MANDATO

A continuación y tal como lo hemos enunciado intentaremos a través de un ejemplo desarrollar la Teoría del Abuso del Derecho en el Contrato de Mandato y así tenemos por ejemplo el caso donde:

***“A” contrata a “B” para que administre sus bienes a través de un contrato de mandato, el cual es un mandato general con cláusula especial para vender, por lo que “B” además de administrar los bienes de “A”, puede vender algunos de los mismos bienes, pero “A” tiene una propiedad en promesa de venta con “C”, y “B” vende la propiedad a “D” en una cantidad superior a la que habían acordado “A” y “C” y se llega al plazo estipulado por “A” y “C” para que se haga efectiva la promesa de venta, a favor de “C” pero este descubre que la propiedad ha sido vendida a “D”, por lo que reclama a “A” para que se haga efectiva la promesa de venta de la casa, dándose cuenta hasta ese momento “A” que “B” a abusado de los derechos y facultades que le ha conferido, al haber vendido una de sus propiedades que no obstante estar facultado a vender estaba bajo promesa de venta a favor de “C”, configurándose así el abuso***

***del derecho por cuanto que a faltado a los fines para los cuales se le concedió el mandato.***

Vemos que en el ejemplo anteriormente narrado hay un claro abuso del derecho ya que el mandatario no consulto con el mandante la venta del bien inmueble sino que lo vendió aun estando este bien bajo promesa de venta y esta acción la ejecuto sin autorización previa del mandante.

#### **2.4.2. ACTOS ABUSIVOS REALIZADOS POR EL MANDATARIO**

Si bien en nuestra legislación salvadoreña no existe expresamente regulado el término “Abuso Del Derecho”, podemos decir que lo retoma cuanto menos tácitamente al incluir disposiciones que limitan el cometimiento de actos abusivos.

En este caso, en particular los Actos Abusivos realizados por el Mandatario son todos aquellos que contraríen lo estipulado en los siguientes artículos:

El Art. 1892 CC Señala cuales son los actos de administración que se le confieren al mandatario, los cuales son de acuerdo a este artículo:

a) pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario;

b) perseguir en juicio a los deudores;

c) intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones en lo tocante a dicho giro;

d) contratar las reparaciones de las cosas que administra, y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado.

Así mismo el Art. 1902 del CC. Expresa otras facultades del Mandatario como son la de vender, hipotecar o constituir cualquier derecho real o personal en inmuebles, para lo cual deberá constituirse Poder Especial o General con Cláusula Especial, en los que determine el inmueble o inmuebles que sean objeto del contrato y se autorice al mandatario para recibir el precio o cantidades de dinero procedentes de estos actos.

Por otra parte el Código Civil también regula una serie de prohibiciones al mandatario en cuanto al cumplimiento del mandato, las cuales están comprendidas en los artículos siguientes:

a) El Art. 1904 C.C. Que literalmente regula que *“No podrá el mandatario por si ni por interpuesta persona comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que este le ha ordenado comprar; sino fuere con aprobación expresa del mandante”*.

El cual puede explicarse de la siguiente manera a través de este ejemplo: **“A” denominado mandante contrata a “B” denominado mandatario, para vender un inmueble de su propiedad con ciertas características específicas, pero “B” interesado en dicho inmueble decide**

***comprarlo a nombre de su esposa sin mediar autorización expresa del mandante.***

En el ejemplo anterior hay un claro abuso por parte del mandatario ya que este al comprar el inmueble y ocultar que era para beneficio propio, cae en un acto abusivo expresado en el Art.1904 C.C.

b) El Art. 1905 CC Encargado de tomar dinero prestado podrá prestarlo el mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés legal; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomar prestado para sí sin aprobación del mandante.

Este artículo puede ejemplificarse de la siguiente manera: ***“A” tiene cuarenta mil dólares y contrata a “B” para que administre dicho capital designándolo para realizar préstamos a interés legal con el fin de acrecentar el capital; pero “B” al ver que dicho capital ha sido acrecentado fructíferamente por la cantidad de un millón de dólares, toma para sí la cantidad de veinte mil dólares sin aprobación del mandante.***

Dicho ejemplo es un acto abusivo ya que la acción realizada por el mandatario no ha sido con aprobación del mandante.

c) El Art. 1906 inc.1 No podrá el mandatario colocar a interés dineros del mandante, sin su expresa autorización.

Ejemplo:

***“A” contrata a “B” para que administre un negocio de venta de carros, y “B” sin autorización de “A” coloca a interés las ganancias obtenidas en una cuenta corriente.***

En este caso el abuso del derecho por parte del mandatario radica en la falta de autorización del mandante para poner dinero suyo a interés.

Art. 1906 inc.2 Colocándolos a mayor interés que el designado por el mandante, deberá abonárselo íntegramente, salvo que se le haya autorizado para apropiarse el exceso.

Ejemplo:

***“A” contrata a “B” para que administre su capital y ponga en una cuenta corriente del Banco Salvadoreño al 20% de interés, pero “B” excediéndose lo pone al 25% de interés, siendo éste interés mayor al designado por lo que “B” decide apropiarse el excedente.***

Dicho acto por parte del mandatario es abusivo ya que se apropio del excedente sin autorización del mandante.

d) Art. 1907 En general, podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante; con tal que bajo otros respectos no se

aparte de los términos del mandato. Se le prohíbe apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato.

Ejemplo:

***“A” dueño de una sociedad constructora contrata a “B” para importar maquinaria de Estados Unidos, pero “B” se da cuenta que en Guatemala es más barata, ya que es menos el gravamen, por lo que reporta mayor beneficio para el mandante; pero “B” sin aviso al mandante compra la maquinaria en Guatemala y se apropia el excedente del dinero que tenía para la compra de la maquinaria.***

Hay acto abusivo por parte del mandatario en cuanto éste, no obstante, había un beneficio para el mandante al comprar la maquinaria más barata, éste se apropió del excedente del dinero de la compra sin autorización.

d) Art. 1907 inc.2 Por el contrario, si negociare con menos beneficio o mas gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia.

Ejemplo:

***“A” dueño de una constructora contrata a “B” para que compre maquinaria en Guatemala, pero “B” se da cuenta que en Estados Unidos la maquinaria es mejor pero el gravamen es mayor, por lo que se excede del capital que le dio “A” para la compra de dicha maquinaria, y no se hace cargo del excedente del pago de la maquinaria.***

Es un abuso del derecho del mandatario porque al haber comprado la maquinaria con más gravamen, no se hizo cargo de pagar el excedente del costo de la maquinaria.

e) Art. 1909 CC El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante.

Ejemplo:

***“A” se encuentra fuera del país por lo que decide contratar a “B” para que realice la compraventa de un terreno,”B” en cumplimiento del mandato decide comprar un terreno que se inunda durante el invierno, no obstante que es pernicioso al mandante.***

En este caso el acto abusivo del mandatario radica en no haberse abstenido de la ejecución del mandato a sabiendas que con dicha compraventa le causaba un daño al mandante.

Es pues que lo expuesto con anterioridad, de acuerdo a los artículos citados que el mandatario está obligado a actuar de acuerdo a los lineamientos del mandato es decir, como establece el Art.1891 CC El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo.

Como explicamos anteriormente, que la ley si bien es cierto no incluye en su articulado el abuso del derecho propiamente dicho, si se encarga de proteger a los sujetos de las extralimitaciones de cualquiera de las partes; y así tenemos

que, en el caso del mandatario que incurra en abuso del derecho respecto al mandante será responsable por el daño causado; por lo que la ley para determinar el grado de responsabilidad o culpa de antemano ha establecido cuales son las especies de culpa o descuido dividiéndola en tres especies así el Art. 42 C.C., las divide en: culpa grave, negligencia grave, culpa lata; culpa leve, descuido leve, descuido ligero; culpa o descuido levísimo.

Acorde a esta disposición el Art. 1418 C.C., adjudica el tipo de responsabilidad según la naturaleza de los contratos.

En cuanto a saber que tipo de responsabilidad tendría el mandatario como consecuencia del abuso del derecho podemos decir que esta varia si el contrato ha sido remunerado o gratuito por lo que de manera más específica desarrollamos este punto en la responsabilidad civil.

#### **2.4.3. EFECTOS JURIDICOS DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL MANDATARIO EN EL EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS CONFERIDOS EN EL MANDATO**

Antes de iniciar con el desarrollo de este acápite, nos parece determinante por no decir, de vital importancia, definir qué debemos entender

por **Efectos Jurídicos**<sup>36</sup>: y al respecto podemos decir que “ *Son derechos y obligaciones, entre y para las partes, es decir los contratos producen efectos jurídicos, estos efectos son reglamentaciones que se producen del mismo acuerdo de voluntades de las partes, como por ejemplo son derechos: la facultad de disponer de un bien ya sea mueble o inmueble, o de exigir algo de una persona; y obligaciones: es aquella imposición o exigencia que nace del vínculo o relación jurídica entre dos o mas personas que se sujetan recíprocamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”.

**Efectos del Contrato**<sup>37</sup>: “*El principal efecto del contrato es el de establecer una reglamentación entre las partes que lo han celebrado. Es a partir de ese momento, que las partes deberán ajustar su comportamiento a lo pactado que tiene fuerza de ley entre ellos. Esta fuerza obligatoria nace del contrato mismo sin necesidad de añadir una solemnidad adicional*”.

Para el **Dr. Guillermo Trigueros**<sup>38</sup>: “*El Efecto de los contratos es dar nacimiento a los derechos y obligaciones que de ellos emanan; es decir, que tienen por fuente precisamente el contrato. Los contratos generalmente surten sus efectos entre las partes y excepcionalmente respecto de terceros*”.

---

<sup>36</sup> <http://www.wikipedia.com>

<sup>37</sup> <http://www.wikipedia.com>

<sup>38</sup>Trigueros, Guillermo h. “Teoría de las Obligaciones”, Tomo I, Ed. Delgado, Universidad “Dr José Matias Delgado”, San Salvador, El Salvador, 1992, pag. 265

Esta obligatoriedad se hace extensiva no sólo a lo expresamente pactado en el contrato sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, a la ley y a la costumbre.

La fuerza obligatoria de los pactos contenidos en el contrato está, además definida por las siguientes circunstancias:

a) La relatividad del contrato: El contrato solo surte efecto entre las partes que lo han otorgado. No afecta por consiguiente, a terceras personas ajenas a la relación contractual y que no han concurrido con su voluntad a su otorgamiento. Un ejemplo claro de la relatividad del contrato es el Artículo 1416 del Código Civil y es el fundamento de esta relatividad la cual está en la misma esencia del principio de la autonomía de la voluntad.

b) La irrevocabilidad o inalterabilidad del contrato (intangibilidad): El contrato una vez nacido, crea un conjunto de derechos y obligaciones entre las partes. Este es el contenido esencial del contrato y que constituye una ley para las partes. Este contenido solo puede ser suprimido o modificado por un nuevo convenio entre las partes, no pudiendo ninguna de ellas alterar su facultad de derecho contenido. En consecuencia la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

De este modo el mandatario deberá ceñirse a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo; así como lo regula el Art.1891 C.C. Si el mandatario se excede de los límites del

mandato como consecuencia de ello será responsable al mandante; y no es responsable a terceros, sino en los siguientes casos. Art.1914 C.C:

- a. Cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes;
- b. Y cuando se ha obligado personalmente.

#### **2.4.3.1 RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO**

También, hay que recalcar que las obligaciones y derechos de los efectos jurídicos generan responsabilidades, y en particular, en nuestro tema de estudio, tanto el mandante como el mandatario recaen en responsabilidades al incumplir el contrato de mandato, pero lo que nos concierne es de qué es responsable el mandatario. El mandatario es responsable de sus acciones u omisiones en razón del mandato, es decir, que el mandatario está obligado a realizar lo que el mandato estipule o lo que el mandante le mande hacer; como efectuar los actos de administración, pagar deudas, contratar empresas para reparar los bienes que administra, vender, hipotecar, etc., si el contrato así lo estipula, pero al no realizar dichos actos conferidos en el mandato o realizarlos de manera que él sea beneficiado perjudicando al mandante, cae en responsabilidad; el Art. 42 del Código Civil, distingue las tres especies de culpa o descuido las cuales son:

- a) Culpa Grave, Negligencia Grave, Culpa Lata;**
- b) Culpa Leve, Descuido leve o descuido Ligerio; y**
- c) Culpa o descuido levísimo.**

Así también el Art. 1418 del Código Civil, desarrolla los tipos de culpa de manera específica en los contratos en general. Debido a la importancia de este tema será desarrollado en la parte concerniente a los tipos de responsabilidad civil.

Otra forma por la cual puede responder el mandatario es por la **Responsabilidad Civil Objetiva**, la cual podemos definir según **Fernando Reglero Campos**<sup>39</sup>: *“Generalmente se define la responsabilidad objetiva de forma negativa: Es aquella que nace sin que medie culpa del agente del daño. Se elimina así la culpa, que es sustituida por otro criterio de imputación, normalmente el riesgo. Sin embargo, el de responsabilidad objetiva no es concepto absoluto que responde exclusivamente a esa noción negativa, sino que en su seno se dan cita distintos tipos de responsabilidad que, obedeciendo aun denominador común (la no exigencia de culpa), contienen cada uno de ellos una serie de elementos diferenciales. De este modo, la responsabilidad sin culpa constituye el centro de gravedad sobre el que orbitan formas específicas de responsabilidad que, perteneciendo a la misma familia, difieren entre si. Se trata, de un fenómeno universal que puede presentarse en forma pura, pero también con caracteres híbridos. Así, la responsabilidad objetiva no es en si una única alternativa a la responsabilidad por culpa, sino un conjunto de alternativas.*

---

<sup>39</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando, “Lecciones de Responsabilidad Civil”, Ed. Aranzadi, SA; 2002, pag. 67 y sigts.

Al hablar de responsabilidad Civil objetiva nos enfocamos a la inexistencia de culpa y en sustitución hablamos de la existencia del riesgo; podríamos denominarlo, “responsabilidad sin culpa”, es decir, dentro de la relación jurídica el que incurre en responsabilidad, sin haber tenido culpa en un hecho responde civilmente por el mismo papel que juega en la relación jurídica; si bien es cierto, el agente es responsable de un daño aunque sin intención de causarlo; a dicho evento podrían atribuírsele diversas razones por las cuales el sujeto es responsable del daño y es por ello que el citado autor nos habla de una diversificación de la responsabilidad objetiva de la cual podrían derivarse otros tipos de responsabilidades sin culpa que son causas de exoneración como por ejemplo: caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima, intervención de un tercero, riesgos empresariales, etc.

## **2.4.3.2 DAÑO. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIÓN**

### **2.4.3.2.1 CONCEPTO**

Si decimos, que existe responsabilidad cuando se causa daño, debemos explicar y tener en claro en qué consiste el daño, para **Alessandri y Somarriva**<sup>40</sup>: *“Es todo detrimento, molestia o dolor, que por causa de otro sufre un individuo en sus bienes o persona, sea ésta física, moral, intelectual o*

---

<sup>40</sup> ALESSANDRI Y SOMARRIVA, Ob. Cit. Pag. 872

*afectiva”. Y que para que exista daño no es necesario que se lesione un derecho; basta que se prive a la víctima de una ventaja o beneficio lícito.*

**Fernando Reglero Campos**<sup>41</sup> cita la definición de **Larenz**: *“Daño es todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”.*

**Carlos A. Gherzi**<sup>42</sup>: *“Constituye daño toda privación de utilidad o provecho ocasionada, sea por incumplimiento de una obligación de origen contractual o por el principio general de no dañar a otro”.*

#### **2.4.3.2.2 CARACTERISTICAS**

Para que se pueda exigir la reparación de un daño, primero debe existir un responsable a quien se le impute el daño, una vez se haya determinado el responsable el daño será reparable; así podemos decir que el daño debe ser **Personal, Directo y Cierto**.

**La Certeza del Daño, Fernando Reglero**<sup>43</sup>: *“Daño cierto equivale a daño existente, a daño no imaginado y que tiene consistencia. En definitiva, a daño que se pueda probar”.* Quiere decir dicho autor que para que exista reparación debe probarse la existencia del daño.

---

<sup>41</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando, “Lecciones de Responsabilidad Civil”, Ed. Aranzadi, SA, 2002, pag. 72

<sup>42</sup> GHERSI, Carlos A., “Derecho y Reparación de Daños”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2003, pag. 68

<sup>43</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando, Ob. Cit. Pag. 72

**El Daño Directo y Personal, Fernando Reglero<sup>44</sup>:** *“El daño tiene que ser directo y personal, lo que significa que tiene que existir un nexo de causalidad suficientemente fuerte entre el hecho que lo ocasiona y el perjudicado”*. El daño directo es visto como la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o hecho dañoso y el daño indirecto es visto como el daño mediato.

Para **Alessandri y Somarriva<sup>45</sup>:** *“El daño directo es el que proviene directa e inmediatamente del hecho ilícito; y dice que en materia contractual se deben únicamente los perjuicios directos”*.

#### **2.4.3.2.3 CLASIFICACIÓN DEL DAÑO**

La doctrina suele clasificar el daño según la naturaleza del bien dañado; dividiéndolo en Daños Patrimoniales y Daños Extrapatrimoniales.

**Los Daños Patrimoniales<sup>46</sup>** *“son los que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio, entendido como conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial. Son daños evaluables económicamente por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado cuando el daño se ha causado aunque, como se sabe, la indemnización se constituye una deuda de valor lo*

---

<sup>44</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando, Idem. Cit. Pag. 73

<sup>45</sup> ALESSANDRI Y SOMARRIVA, Ob. Cit. Pag. 874

<sup>46</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando, Ob. Cit. Pag. 74

*que significa que debe de determinar el “quantum” en el momento de la valoración y no cuando el daño se produjo”.*

Como características de este tipo de daños tenemos: la existencia de un sujeto titular de un patrimonio; que sea posible traducirse el daño en dinero y que exista un nexo causal entre ambos.

Los **Daños Patrimoniales** se dividen en **Daño Emergente y Lucro Cesante**<sup>47</sup>. El **Daño Emergente** *“comporta un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales”*. A nuestro entender, es el perjuicio sufrido efectivo en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio, es decir se refiere al coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en que se ha incurrido con ocasión del perjuicio. Son los gastos ocasionados o que se vayan ocasionar, como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado o un tercero tiene que asumir. Son daños efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados y por supuesto, conectados causalmente en el hecho dañoso.

**Lucro Cesante** *“Se define como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo”*. Podemos entender el lucro cesante como la ganancia frustrada, es decir los daños que se producen por falta de ingreso de determinados bienes o derechos

---

<sup>47</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando, Ob. Cit. Pag. 74

al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido, de no mediar el hecho dañoso.

Los **Daños Extrapatrimoniales o Morales**<sup>48</sup> *“Son los que recaen en bienes o en derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por lo tanto carecen de la posibilidad de ser reparados en sentido estricto. Se trata de daños a bienes o derechos que no se pueden reponer porque no circulan en el tráfico jurídico tales como el honor, el dolor, la integridad corporal, etc”*. Entendemos por daños extrapatrimoniales los que se producen en la personalidad moral o afectiva del individuo y no traen ninguna consecuencia económica debido a que son invaluablees ya que no podemos cuantificarlos de manera pecuniaria.

### **2.4.3.3 LA NULIDAD. CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y EFECTOS**

#### **2.4.3.3.1 CONCEPTO**

Según el artículo 1551 del Código Civil nos habla acerca de la nulidad y nos deja en claro que existe nulidad cuando en algún acto o contrato falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para hacerlos valer, debemos entender que estos requisitos son los estipulados en el artículo 1316 del Código Civil, que son indispensables para la eficacia de los contratos y por tanto podemos decir según el mencionado artículo que es nulo todo acto o contrato

---

<sup>48</sup> REGLERO CAMPOS, Fernando, Idem. Cit. Pag. 79

que carezca de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

Con lo que coinciden **Alessandri y Somarriva**<sup>49</sup>: al hablar de la nulidad definiéndola como: *“La sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes”*.

**Ernesto Gutiérrez y González**<sup>50</sup>: Define la nulidad como *“El acto nulo en el que si se dan sus elementos de existencia, pero de un modo imperfecto. Por este motivo es que, o no produce ningún efecto jurídico al igual que el inexistente, o produce sus efectos provisionalmente, pues serán destruidos de manera retroactiva cuando se determine la nulidad por la autoridad judicial”*

**Nulidad**<sup>51</sup>: *“Es la sanción genérica de ineficacia o falta de valor legal, para los actos jurídicos celebrados con violación o defecto de las formas y solemnidades establecidas por la ley, o con la finalidad reprobada, o con causa ilícita”*.

#### 2.4.3.3.2 CLASIFICACIÓN DE LA NULIDAD

La doctrina clasifica la nulidad en dos tipos, en:

- a) Nulidad Absoluta y

---

<sup>49</sup> ALESSANDRI Y SOMARRIVA, Ob. Cit. Pag. 321

<sup>50</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, “Derecho de las Obligaciones” Ed. Porrúa, Decimosegunda Edición, Mexico, 1999

<sup>51</sup> [http://: www.Monografias.com](http://www.Monografias.com)

b) Nulidad Relativa.

**Nulidad Absoluta;** La cual para **Alessandri y Somarriva**<sup>52</sup> es: *“La sanción legal impuesta a los actos celebrados con omisión de un requisito exigido en consideración a su naturaleza o especie”*.

**Ernesto Gutiérrez y González**<sup>53</sup> al hablar de la **Nulidad Absoluta** la define como *“Aquella que se origina con el nacimiento del acto; cuando el acto va en contra de lo que manda o de lo que prohíbe una ley imperativa o prohibitiva, esto es, una ley de orden público”*.

**Nulidad Absoluta**<sup>54</sup>: *“Es el acto inconfirmable por padecer un vicio de carácter esencial. Debido a que protege el orden público, debe ser declarada por el juez de oficio cuando aparece manifiesta en el acto. No hay nulidad absoluta explícita”*.

Y el otro tipo de **Nulidad es la Relativa**, que en palabras de **Alessandri y Somarriva**<sup>55</sup>: *“Es la sanción legal impuesta a los actos celebrados con prescindencia de un requisito exigido en atención a la calidad o estado de las partes”*

---

<sup>52</sup> ALESSANDRI Y SOMARRIVA, Ob. Cit. Pag. 321

<sup>53</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Ob. Cit. Pag. 167

<sup>54</sup> <http://www.Monografías.com>

<sup>55</sup> ALESSANDRI Y SOMARRIVA, Ob. Cit. Pag. 321

Para **Ernesto Gutiérrez y González**<sup>56</sup>: *“La nulidad relativa nace con el acto y lo vicia desde su nacimiento, pero ese vicio proviene de que va contra una disposición legal establecida en favor a personas determinadas”.*

**Nulidad Relativa**<sup>57</sup>: *“Es aquella nulidad que en razón de afectar elementos no esenciales para la validez del acto, puede ser convalidada por confirmación o subsanada por el transcurso del tiempo. Al contrario de la nulidad absoluta, es necesario que sea alegada y probados sus vicios para que se declare su nulidad. Las nulidades son esencialmente relativas y sus interpretaciones se deben realizar con criterios restrictivos, reservándolas como "última ratio" ante la efectiva indefensión, pues frente a la necesidad de obtener actos procesales sólidos y no nulos, se encuentra la de obtener actos firmes sobre los cuales pueda consolidarse el derecho”.*

#### **2.4.3.3.3 EFECTOS DE LA NULIDAD**

---

<sup>56</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Ob. Cit. Pag. 167

<sup>57</sup> <http://www.Monografias.com>

**Alessandri y Somarriva**<sup>58</sup>: Explica que “*Los efectos de la nulidad consisten en suponer que los actos o contratos no se han celebrado, al volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del acto, como si este no hubiera existido. Resulta que la nulidad, una vez declarada, produce efectos retroactivos*”.

De modo que la nulidad absoluta debe ser declarada judicialmente, de lo contrario el acto nulo seguirá siendo considerado como válido. Así tenemos el Art. 1553 C.C respecto a la nulidad absoluta regula que esta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece en el acto manifiesto del contrato; ésta nulidad podrá ser alegada por todo aquel que tenga interés a excepción del que haya ejecutado el acto o contrato.

En cuanto a la nulidad relativa el Art. 1554 C.C regula que esta nulidad no podrá ser declarada por el juez, sino que a pedimento de parte.

#### **2.4.4. DEFINICION DE RESPONSABILIDAD, TIPOS DE RESPONSABILIDAD: CIVIL, PENAL y TRIBUTARIA DEL MANDATARIO PRODUCTO DEL EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS CONFERIDOS EN EL MANDATO, FRENTE AL MANDANTE Y FRENTE A TERCEROS.**

---

<sup>58</sup> ALESSANDRI Y SOMARRIVA, Ob. Cit. Pag. 335

Existen varios significados de la palabra **Responsabilidad** en castellano entre los que podemos mencionar que Responsabilidad significa: **en algunos contextos la imputabilidad o posibilidad de ser considerado sujeto de una deuda u obligación** (ejemplo: *“El mandatario es responsable de los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones que este tiene en la administración de los bienes que le ha conferido el mandante”*); <sup>59</sup> otra definición es la que expresa que: *“La responsabilidad es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a ese deber u obligación si actúa en la forma prescrita por los cánones aunque el agente sea “responsable” estrictu sensu de su proceder, el hecho no le acarrea deber alguno traducido en sanción o reposición como sustitutivo de la obligación previa precisamente porque se la cumplió; la responsabilidad aparece entonces recién en la fase de la violación de la norma u obligación delante de la cual se encontraba el agente, y consiste en el deber de soportar las consecuencias desagradables a que se ve expuesto el autor de la trasgresión, que se traducen en las medidas que imponga la autoridad encargada de velar por la observancia del precepto, las que a su vez pueden o no estar previstas”*.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, Fontamara, México, D.F., 2000 (fragmento de la tesis doctoral dirigida por el Prof. Manuel Atienza con el título *El concepto de responsabilidad en la teoría del derecho contemporánea*, diciembre de 1996, Universidad de Alicante), citado por ["http://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad\\_penal"](http://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_penal)

<sup>60</sup> PEIRANO FASIO, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, Temis, Bogotá, 1979 citado por Trigo Represas, Félix A., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, 1° ed., Ed. FEDYE, 2004, p. 2.

En síntesis, la responsabilidad es un concepto secundario, que supone una relación entre dos sujetos y que se resuelve, en último análisis, en una obligación de reparación. De ahí que un símil fácilmente accesible aunque no del todo exacto, se ha podido afirmar que: el “término Responsabilidad” equivale, en el fondo a lo que hemos llamado cumplimiento indirecto de la obligación. Traduce la posición de quien no ha cumplido la obligación sin que pueda ser constreñido a cumplirla en especie y que por ello es condenado al pago de daños y perjuicios.<sup>61</sup>

#### **2.4.4.1 TIPOS DE RESPONSABILIDAD**

Así como se han aportado distintas definiciones de Responsabilidad, también existen diversos tipos de responsabilidades por lo que desarrollaremos a continuación la Responsabilidad Civil, Penal y Tributaria:

##### **2.4.4.1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL**

La Responsabilidad Civil se da cuando la persona que ha causado el daño tiene la [obligación](#) de repararlo en naturaleza o por un equivalente monetario (normalmente mediante el pago de una [indemnización de perjuicios](#)).

---

<sup>61</sup> BONNECASE, Julián, Elementos de Derecho Civil, Pueblo(México), ed. José M. Cájica (Jr.), 1945, citado por Trigo Represas, Félix A., Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo I ob. cit.

La Responsabilidad Civil puede ser [contractual](#) o [extracontractual](#). Cuando la [norma jurídica](#) violada es una [ley](#) (en sentido amplio), hablamos de responsabilidad extracontractual, la cual, a su vez, puede ser delictual o penal (si el daño causado fue debido a una acción tipificada como [delito](#)), o cuasi-delictual o no dolosa (si el perjuicio se originó en una falta involuntaria). Cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular (contrato, oferta unilateral, etcétera), hablamos, entonces, de responsabilidad contractual.

Referente a este tipo de responsabilidades también nos dice el **Dr. Guillermo Trigueros**<sup>62</sup>: que *“la Responsabilidad Contractual se origina en el cumplimiento de un contrato y que da origen a la culpa contractual. De otra manera, por consecuencia de un hecho ilícito suyo, puede verse obligada a responder con indemnización de perjuicios, y ésta es la responsabilidad Delictual o Extracontractual, que da origen a la culpa extracontractual o “aquiliana”*”.

El objetivo principal de la responsabilidad civil es procurar la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio. La responsabilidad civil posee un aspecto preventivo, que lleva a los ciudadanos a

---

<sup>62</sup> TRIGUEROS h. Dr. Guillermo, “Teoría de las Obligaciones” Tomo I, Ed. Delgado, Universidad “Dr. José Matías Delgado” San Salvador, El Salvador, 1992, pag.318

actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad; y un aspecto punitivo, de pena privada.

Hay que hacer notar, que para que se engendre responsabilidad civil, es indispensable que el hecho o la omisión hayan sido ejecutados con Dolo o Culpa, ya que en nuestro sistema normativo (Art.42 del Código Civil) la responsabilidad que estudiamos no existiría si no existieran el Dolo y la Culpa.

Debemos establecer que es Culpa y para ello **Alessandri y Somarriva** nos dicen<sup>63</sup>: *“la Culpa es aquella falta de diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actividades o negocios propios”*; y respecto al Dolo o Malicia nos dicen *“es la intención positiva de inferir injuria en la persona o propiedad de otro”*<sup>64</sup>

Dentro de la responsabilidad civil, la ley distingue tres especies de culpa: Art. 42 C.C. **Culpa Grave, Negligencia Grave, Culpa Lata**, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al Dolo.

Un ejemplo de la culpa lata es:

---

<sup>63</sup> ALESSANDRI y SOMARRIVA, Ob Cit, pag.861

<sup>64</sup> ALESSANDRI y SOMARRIVA Idem. Cit. Pag. 861

***“A” es una sociedad que se encarga de vender materiales de construcción y celebra un contrato de suministro con “C” mediante el cual durante seis meses le va a dar quinientos mil dólares de mercadería y como “A” no tiene camiones para suministrar mercadería contrata a “B”, para que le lleve la mercadería a “C” pero en el último mes “B” no lleva la mercadería porque desea ser el suministrante de materia prima para “C”, por esa razón hace incumplir a “A” el contrato de suministro.***

En este caso hay una responsabilidad grave de parte de “B” porque actuó con propósito deliberado de incumplir o de no cumplir el encargo de transportar la mercadería a donde “C” todo por querer hacer ver mal a “A” como suministrante y es por ello que esta especie de culpa es equivalente al dolo, culpa lata negligencia grave.

**Culpa Leve, Descuido Leve o Descuido Ligerio**, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Un ejemplo de la culpa leve es:

***“A” tiene una empresa y contrata a “B” para que administre la empresa a favor de “A”, entonces “B” se ve en la obligación de pagar “IVA” todos los meses pero resulta que en el séptimo mes el declara tarde el “IVA” haciendo que la empresa de “A” incurra en multa.***

“B” es responsable de la culpa leve porque aun empleando el encargo con suma diligencia como buen padre de familia como negocio propio incumplió el contrato.

**Culpa o Descuido Levísimo**, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado donde hasta una persona torpe y negligente debe entender el sumo cuidado.

Un ejemplo de la culpa levísima es:

***“A” celebra un contrato de comodato con “B” en el cual le da un carro para su uso y a “B” se le olvida ponerle agua al radiador del carro y se le quema el motor.***

Esto es un claro ejemplo de culpa levísima ya que “B” no tuvo el juicio para cuidar del carro que se le había dado en comodato, debido a que él tenía sólo la obligación de usar de la cosa prestada como persona prudente y cuidadosa esta culpa es la culpa levísima.

El Art. 1418C.C. Amplia estas especies de culpa asignándole la responsabilidad al deudor según la utilidad que el contrato reporte a las partes así en el inciso primero de este artículo el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos que el deudor es el único que reporta el beneficio. Entendemos en este inciso que el legislador al adjudicar la culpa lata habla de los contratos en los cuales sólo se reporta beneficio al acreedor, mientras que la culpa leve es para los contratos que existe un beneficio recíproco como en el caso del mandato remunerado; y de la levísima para los contratos en que sólo el deudor obtiene beneficio.

El Art. 1889 C.C. de manera más específica regula que el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo y en el inciso segundo nos dice que esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Sobre este tipo de responsabilidad hacia el mandatario **Alessandri y Somarriva**<sup>65</sup> opina: *“Que si el mandato no es remunerado, tiene una responsabilidad más estricta, pero no dice el legislador que no llegue a responder de la culpa levísima”*. Opinamos que la intención del legislador en el Art. 1989 C.C. cuando dice que el mandatario responde hasta de la culpa leve

---

<sup>65</sup> ALESSANDRI y SOMARRIVA Ob. Cit. Pag. 547

es poner como limite la culpa leve pero esto no quiere decir que, el mandatario no responda hasta de la culpa levísima o culpa lata sino que los descuidos en que incurra y que pueden ser calificados como culpa leve deban ser apreciados con más o menos rigor según las circunstancias.

Pero en este caso la que nos interesa por el tema de investigación es la Culpa Leve regulada en el Art. 42 inc. 3° C.C. ya que es por la que el mandatario responde en el cumplimiento de su encargo, es decir que el mandatario es el que administra y representa los bienes y servicios del mandante como negocio propio.

El Art. 42 del Código Civil en su inciso final regula el dolo definiéndolo como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Según **Alessandri y Somarriva**<sup>66</sup>: *“El dolo puede presentarse en tres circunstancias, la primera en la celebración de un contrato, la segunda en que el dolo puede incidir en la ejecución de las obligaciones y tercero en que el dolo puede producirse bajo la forma de dolo extracontractual”*

El Dolo en la celebración de un contrato, se refiere cuando una persona se vale de procedimientos ilícitos para engañar a otra. En este caso el dolo es

---

<sup>66</sup> ALESSANDRI y SOMARRIVA Idem. Cit. Pag. 149

considerado por la ley como vicio del consentimiento. A lo que se refiere el artículo 1329 del Código Civil, el cual textualmente dice:

*”El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin el no hubieran contratado.*

*En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.*

El dolo también puede incidir en la ejecución de las obligaciones, cuando una persona se vale de procedimientos ilícitos para burlar al creador y poder intencionalmente dejarlas de cumplir, o para poner en estado de incumplimiento que perjudique al acreedor. Son los procedimientos de que se vale una de las partes que celebra el contrato para hacer imposible su cumplimiento y perjudicar al acreedor.

Por último, el dolo puede producirse bajo la forma de dolo extracontractual y entonces es fuente de obligaciones; podemos decir de que el dolo que se presenta en la celebración del contrato, en la ejecución del

contrato y fuera del contrato, es el mismo siempre y consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

La ley sanciona al deudor que incurre en dolo, haciéndole responsable, en mayor medida, de los perjuicios resultantes del incumplimiento. Debe el deudor responder de todos los perjuicios que sean una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque no haya podido preverlos al tiempo de contratar.

#### **2.4.4.1.2 RESPONSABILIDAD PENAL**

La [Responsabilidad Penal](#) tiene por finalidad designar a la persona que deberá responder por los daños o perjuicios causados a la sociedad en su totalidad, no a un individuo en particular. Para la responsabilidad penal los daños o perjuicios tienen un carácter social, pues son considerados como atentados contra el orden público lo suficientemente graves como para ser fuertemente reprobados y ser erigidos en infracciones. Las sanciones penales tienen una función esencialmente punitiva y represiva, y sólo buscan la prevención de manera accesoria (ya sea a través de la intimidación y la disuasión, o a través de la rehabilitación del culpable, de su reeducación o de

su reinserción social). El Art. 38 del Código Penal regula expresamente que el que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente aunque no concurren en el las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare.

En todo la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial; por ejemplo, el caso de Estafa regulado en el Art. 215 Pn en el que el mandante que ha conferido la administración de sus bienes al mandatario, le ha dado un bien inmueble para venderlo en un precio determinado y el mandatario que actuando de forma dolosa o con engaño lo vende en un precio superior al acordado por el mandante quien actuó de buena fe al conferirle la administración de sus bienes, obteniendo con ello el mandatario beneficio para si y de igual manera causándole perjuicio al mandante al no darle cuenta de ello.

#### **2.4.4.1.3 RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA**

Responsabilidad Tributaria es el conjunto de obligaciones que recae sobre determinadas personas con el objetivo de pagar impuestos, tasas

tributarias que conforme a la ley le son impuestos; en ese sentido el Código Tributario en el Art. 43 inc.1 establece como responsables del impuesto:

Responsables por representación.

Artículo 43.- Son responsables solidarios en calidad de representantes, cualquiera de las personas que a continuación se mencionan y que hayan participado en el hecho que dio lugar a la evasión de impuestos:

a) Los padres, los tutores o los administradores de bienes de los menores obligados y los representantes de los incapaces;

b) Administrador único o representantes legales de las personas jurídicas durante el período que comprenda su gestión;

c) Los mandatarios respecto de los impuestos e intereses generados por los bienes que administren o dispongan durante el período de su administración;

d) Los síndicos de quiebras, los depositarios de concurso de acreedores, liquidadores de sociedades, curadores y los administradores judiciales o particulares de las sucesiones;

e) El contratante local y el representante del conjunto cultural, artístico, deportivo o similar domiciliado o no, sea integrante o no del mismo, y que se presenten individualmente como personas naturales o bien agrupados en conjunto, a nombre de éste;

f) Los que administren o tengan la disponibilidad de los bienes de empresas y de entes colectivos que carecen de personalidad jurídica;

g) El fiduciario respecto del fideicomiso;

h) Los curadores especiales en el caso de los ausentes y los curadores de la herencia yacente; y,

i) Los herederos por los impuestos a cargo de la sucesión.

Y para los fines de esta investigación retomaremos el literal c) inc.1 de este artículo, puesto que el responsable es el mandatario ya que es quien actúa en nombre y representación de otra persona en la administración de sus bienes y servicios.

## **2.4.5 PROCEDIMIENTOS A SEGUIR PARA LA OBTENCION DEL RESARCIMIENTO PRODUCIDO POR EL EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS EN EL CONTRATO DE MANDATO POR PARTE DEL MANDATARIO**

### **2.4.5.1 Proceso Civil Sumario**

El Art.127 Pr. C. nos dice que: Toda acción entre partes sobre la reclamación de un derecho que no deba decidirse sumariamente y no tenga

tramites especiales señalados por la ley, se ventilara en juicio ordinario de hecho o de derecho, según su naturaleza.

Pero en el caso de la reclamación de daños y perjuicios la legislación civil en nuestro país, regula que se deberá seguir por medio de un proceso civil sumario, dicha afirmación la sustentamos a través del Art. 512 inc. 2° Pr. C. ya que establece que se conocerá en juicio sumario las demandas por costas daños y perjuicios por lo que a través de este artículo el legislador es claro al señalar que tipo de proceso deberá seguirse; complementamos esta idea con lo establecido en el Art. 974 Pr. C. en cuanto regula que: En todo caso en que la ley prevenga que se decida en juicio sumario alguna acción, excepción, artículo, disputa o incidente, y no haya tramites señalados para aquel caso, se observara lo prescrito en los artículos siguientes.

A continuación desarrollaremos las etapas del Proceso Civil Sumario de la siguiente manera:

El proceso Civil Sumario da inicio con la interposición de la demanda Art.191 Pr. C. mediante la cual, el demandante ejerce su derecho de acción, la que debe cumplir con los requisitos del Art. 193 Pr. C. y siguientes; la demanda se dará traslado por tres días a la parte contraria, y durante la etapa de la contestación de la demanda el demandado puede optar por las modalidades del juicio civil ordinario las cuales son: que conteste la demanda, que no la conteste, que la conteste en sentido negativo, que oponga excepciones, contrademande o se allane a las pretensiones del actor; en el caso que

opongan excepciones no se paralizara el curso del proceso, excepto las del Art. 133 inc. 2° Pr. C.; contestada la demanda o en su rebeldía se recibirá la causa a prueba por ocho días con todos cargos si fuere necesario, y en el caso que el demandado se allane a las pretensiones del actor desaparece esta etapa; vencido el termino probatorio se dictara dentro de los tres días siguientes la sentencia que corresponda con arreglo a derecho, sin mas tramite ni diligencia.

(Ver Anexo 2).

#### **2.4.5.2 Proceso Penal Común**

El Proceso Penal Común, inicia a través de Denuncia o Querrela ubicado en los Arts. 229, 95 del Pr. Pn, Tanto la Denuncia y Querrela podrán ser interpuestas ante la Policía según los Art. 234 Pr. Pn., ante la FGR Art. 235 Pr. Pn., y el juez de Paz Art. 237 Pr. Pn, quien deberá poner inmediatamente en conocimiento a la FGR. Tan pronto como la FGR tengan conocimiento de un hecho punible, sea por denuncia o por cualquier otra vía fehaciente, deberá procurar en lo posible que no se produzcan consecuencias ulteriores e iniciara la investigación comenzándose las Diligencias Iniciales de Investigación Art. 238 Pr. Pn. La FGR deberá presentar Requerimiento Fiscal ante Juez de Paz el cual debe cumplir los requisitos del Art. 247 Pr. Pn., en el que se podrá solicitar Instrucción con o sin detención provisional del imputado; la desestimación de la denuncia, querrela o de informe de la Policía; el sobreseimiento definitivo, o provisional; se prescinda de la persecución penal en

razón de criterio de oportunidad de la acción pública; la suspensión provisional del procedimiento a prueba; el procedimiento abreviado; y la conciliación Art. 248 Pr. Pn. En el plazo de setenta y dos horas, si el imputado se encuentra detenido y si no lo esta, deberá realizar las diligencias de investigación necesarias para formular el requerimiento respectivo en el menor tiempo posible Art. 235 Pr. Pn.

Recibido el Requerimiento Fiscal, el Juez de Paz convocara a las partes a una audiencia dentro de los plazos siguientes: cuando el imputado se halle detenido y el fiscal estime que debe continuar en ese estado, dentro del termino de inquirir; y si no se ha ordenado la detención del imputado o el fiscal no solicita la continuación de la detención, o aún no ha podido ser capturado, dentro de los cinco días hábiles siguientes. Si el imputado se haya detenido, el Juez de Paz recibirá en la audiencia su declaración indagatoria Art. 254 Pr. Pn. Luego de escuchar a las partes y en su caso de recibir la declaración indagatoria, el juez resolverá las cuestiones planteadas en el requerimiento fiscal, Art. 256 Pr. Pn.

Cuando se ordene la instrucción deberán remitirse las actuaciones al juez d instrucción dentro de las veinticuatro horas Art. 256 Inc 2º Pr. Pn. El Juez de Instrucción dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones, dictara un auto que contenga: la ratificación de las medidas cautelares de carácter patrimonial y no patrimoniales impuestas, su modificación o la libertad del imputado; la fijación del día y hora de la audiencia preliminar en un plazo

que no exceda de seis meses; la determinación de las diligencias que encomienda al fiscal; los actos de prueba definitivos e irreproducibles; y la fijación del día y hora de la declaración indagatoria, si no fue presentada durante la audiencia inicial Art. 266 Pr. Pn. Diez días antes de la audiencia preliminar el querellante o la FGR deberán presentar acusación Art. 313 y 314 Pr. Pn. Veinticuatro oras de presentada la acusación el Juez intimara a las partes para que concurra a la audiencia preliminar Art. 315 Pr. Pn. Inmediatamente después de finalizada la audiencia, el Juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso dictara: sobreseimiento; conciliación; criterio de oportunidad; suspensión del procedimiento; procedimiento abreviado o la apertura a juicio Art. 320 Pr. Pn.

Ordenada la apertura a juicio, el Juez de Instrucción remitirá dentro de cuarenta y ocho horas las actuaciones, la documentación y los objetos secuestrados a la sede del Tribunal de sentencia, poniendo a su disposición a los detenidos Art. 323 Pr. Pn. EL Presidente del Tribunal de Sentencia, dentro de las cuarenta y ocho horas de recibidas las actuaciones, fijara el día y la hora de la vista pública, la que no se realizara antes de diez días ni después de un mes. Art. 324 y siguientes Pr. Pn. (Ver Anexo 3 y 4)

### **2.4.5.3      Proceso Administrativo Tributario**

De acuerdo al Art. 260 inc 2° C. Trib. el Procedimiento Administrativo da inicio cuando al ser constatada el incumplimiento de una obligación tributaria

que sea considerada infracción, la Administración Tributaria concede audiencia al interesado dentro del plazo de tres días hábiles (relacionado con el Art. 10 C. Trib.), contados a partir de la notificación respectiva, entregándole una copia del informe de auditoría o de infracción en el que se le atribuyen los incumplimientos constatados; en el mismo acto se abrirá a prueba por el plazo de ocho días hábiles, que se contarán desde el día siguiente al vencimiento del plazo establecido para la audiencia; en el término probatorio se deberán presentar mediante escrito aquellas pruebas que fueren idóneas y conducentes (relacionado con Art. 37 C. Trib.).

Sin perjuicio de las facultades de fiscalización y determinación de impuesto, concluido el término probatorio, se dictará la resolución que corresponda, con fundamento en las pruebas y disposiciones legales aplicables, debiendo entregarse en el acto de la notificación, junto a la resolución respectiva, el informe de audiencia y apertura a prueba, cuando de la valoración de los argumentos vertidos y pruebas presentadas se concluyera que el sujeto pasivo ha desvirtuado en todo o en parte los ilícitos atribuidos. (Ver Anexo 5).

#### **2.4.6 UN CASO ESPECIAL DE ABUSO DEL DERECHO. EL CUASICONTRATO DE AGENCIA OFICIOSA**

El Diccionario Jurídico de **Manuel Osorio** nos da la siguiente definición de Cuasicontrato *“Hecho voluntario del que resulta una obligación cualquiera, respecto de un tercero, y a veces una obligación recíproca de ambas partes”*.

Nuestra legislación Civil en el Art. 2035 nos dice que Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye **cuasicontrato**.

Art. 2036 Hay tres principales cuasicontratos: **“La Agencia Oficiosa, El Pago de lo No Debido y La Comunidad”**.

Motivo de este apartado es el cuasicontrato de Agencia Oficiosa por lo que nos es necesario definir en qué consiste este tipo de cuasicontrato:

**Ernesto Gutiérrez y González**<sup>67</sup>: define la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos como: *“Es un hecho jurídico estricto sensu, en virtud del cual una persona recibe el nombre de gestor, se encarga voluntaria y gratuitamente de un asunto de otra persona que recibe el nombre de dueño, con ánimo de obligarlo y sin ser su representante por mandato de la ley o por convenio, o por acto unilateral de poder”*.

La Agencia Oficiosa o Gestión de Negocios Ajenos, **es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona,**

---

<sup>67</sup> GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto, “Derecho de las Obligaciones”, Ed. Porrúa, Décimasegunda edición, México, 1999.pag. 530

***se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos;*** así lo define el artículo 2037 del Código Civil.

En la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos se está en presencia de una administración de los negocios de otro, pero que es ejecutada por el gestor sin que medie obligación legal o mandato otorgado. Debemos señalar a cuáles negocios se está refiriendo la ley en este artículo; el **Doctor Guillermo Trigueros h.**<sup>68</sup> en su libro Teoría de las Obligaciones, cita la definición del Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche del término “Negociar” y nos dice que es *“Tratar y comerciar, comprando y vendiendo, o cambiando géneros, mercaderías o dineros para aumentar el capital; ajustar el traspaso, cesión o endoso de algún vale”*.

Desarrollando esta acepción, nos dice el citado autor, que no todas las actividades del gestor pueden considerarse como verdadera administración de negocios en sentido jurídico. Así, donar los bienes del tercero, aceptar obligaciones sin base legal, dejar prescribir los derechos del propietario sin interrumpir la prescripción, repudiar una donación, no aceptar un premio u otro semejante, no son operaciones que puedan quedar incluidas en la gestión normal de negocios, y de llegarse el caso hasta podrían acarrear responsabilidades frente al propietario.

---

<sup>68</sup> TRIGUEROS h, Dr. Guillermo, Teoría de las Obligaciones, Tomo IV 1° edición, Editorial Delgado. San Salvador. C.A

También, la gestión de negocios de otro, no debe limitarse a las actividades exclusivas o directamente de orden económico, pues dentro del concepto jurídico del cuasicontrato de agencia oficiosa se comprende actividades que favorecen indiscutiblemente al tercero como cuidar o pintar un edificio, pastar y abrevar ganados, desconectar o conectar plantas eléctricas o encender y apagar motores, vehículos o aparatos de cualquier clase, recibir o contestar comunicaciones, poner diques, etc.

La legislación salvadoreña y su jurisprudencia no han indicado a cuales negocios ha de referirse la agencia oficiosa, a que alude el Art.2037 y siguientes del Código Civil, y en tal caso han de aplicarse los conceptos doctrinarios que contemplan el caso.

**Para Giorgi<sup>69</sup>:** *el cuasicontrato de gestión de negocios ajenos se considera como tal siempre que tenga los requisitos siguientes:*

- a) ***Uno o más negocios que sean de otro;*** *no es necesario que la gestión de negocios ajenos se refiera a una pluralidad de negocios. Basta que se aplique a uno de ellos solamente para que la figura del cuasicontrato se perfeccione. Por ello no debe perderse la expresión de la ley “gestión de negocios” como algo literal representativo de pluralidad.*

---

<sup>69</sup> GIORGI “Teoría de las Obligaciones”, Vol. V, Pag. 32, citado por Dr. Trigueros h, Guillermo, en su libro “Teoría de las Obligaciones” Ob. Cit., pag.1997 y sig.

*De esta manera, si los negocios son varios o múltiples, siempre se estará, por regla general, frente a un solo cuasicontrato si el gestor asume la administración sin dividirlos. Pero, si primero ejerce la gestión sobre uno o varios de ellos, y después desarrolla diferente gestión sobre otro u otros, entonces existirán diversos cuasicontratos.*

- b) **Susceptibles de ser tratados sin mandato, y no ilícitos;** para configurar el cuasicontrato no existe diferencia con relación a la naturaleza de los bienes objeto de la gestión. Así pueden quedar incluidos los negocios civiles, mercantiles, e incluso los laborales. Pero esos negocios de terceros deben de ser administrados bajo ciertas condiciones así: Que no sea necesario, por ministerio de ley, hacer uso de un poder o mandato especial para ejecutar ciertos actos determinados, como lo establece el art. 1902 CC.; que no excedan de una Administración patrimonial en sentido estricto, por ejemplo, no cabe en la gestión de negocios ajenos hacer donaciones, etc.; que no se trate de llevar a efecto una representación de carácter judicial; que el gestor de negocios sea una persona capaz de obligarse; que exista una intención o causa lícita ser ejecutada de buena fe y sin culpa.

- c) **Que el gestor asuma la administración de los bienes del tercero con la intención de tratar un negocio ajeno, y con el ánimo de obligar al interesado.**
- d) **La falta de un mandato o de una disposición legal que obligue al gestor, es además requisito esencial para constituir el cuasicontrato de agencia oficiosa, ya que la administración de negocios ajenos debe ser voluntaria y espontánea, sin que exista alguna obligación preexistente, ya sea contractual o legal.**

Agrega el **Dr. Trigueros** que “derivados que de este literal d) la doctrina ha consagrado como válidos los siguientes postulados, los cuales han sido tomados de la obra de Giorgi”, así:

- I. *Si el mandato es nulo, lo que ejecute el mandatario constituye gestión de negocios;*
- II. *Es gestión y no mandato lo que se haga de buena fe por quien se crea mandatario y no lo es, sea por falta de poder o porque el mandato se ha conferido a otra persona;*
- III. *Hay gestión de negocios ajenos y no mandato cuando el administrador se exceda de los poderes conferidos y pasa a ser gestor si ejecuta actos de administración;*
- III. *No hay gestión; sino mandato cuando alguien obra o contrata por un tercero bajo a condición de la ratificación de éste.*

#### 2.4.6.1 CARACTERÍSTICAS DEL CUASICONTRATO DE AGENCIA OFICIOSA

Si bien es cierto en nuestro código civil Salvadoreño y doctrinariamente no se encuentra de manera expresa y especial las características del cuasicontrato de Agencia Oficiosa lo podemos deducir de los cuasicontratos en general, por lo que **Alessandri y Somarriva**<sup>70</sup>: *“Nos dicen que el cuasicontrato a) es un acto voluntario, lícito y no convencional b) que produce obligaciones. Se dice que es un acto voluntario con el fin de distinguirlo de la ley, porque cuando la ley es fuente de obligaciones, estas nacen totalmente independientes de la voluntad de las partes. Se agrega que es lícito para distinguirlo de los delitos y cuasidelitos. Y se agrega que es convencional para distinguirlos de los contratos, porque el contrato es convencional”*.

De la definición podemos retomar las siguientes características:

1- Es un acto voluntario, lícito y no convencional.

Es voluntario porque la persona que gestiona se obliga a si misma sin que medie para ello un acuerdo de voluntades, y es lícita porque va acorde con la ley ya que es la misma ley la que reconoce el cuasicontrato de agencia oficiosa como tal.

2- Produce obligaciones.

---

<sup>70</sup> ALESSANDRI y SOMARRIVA, Ob. Cit., pag. 804

Ya que produce obligaciones para el que esta gestionando la administración y son las mismas obligaciones que produce el mandato. (en el siguiente apartado se abordara el tema de las obligaciones del agente oficioso).

#### **2.4.6.2 OBLIGACIONES DEL AGENTE OFICIOSO**

“Las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario”. Art. 2038 Cc.

En vista de que las obligaciones del agente o gerente son iguales a las del mandatario, opina el **Dr. Guillermo Trigueros**<sup>71</sup>: *“Que podría creerse que la agencia oficiosa y el mandato son figuras idénticas. Pero ello no es así, ya que los cuasicontratos son hechos voluntarios lícitos, sin que medie convención, que sirven de causa a determinadas obligaciones; y el mandato, por el contrario, es uno de los contratos donde si media convención regulado en el código civil como tal”*.

Así también sobre la responsabilidad del agente oficioso podemos comentar, que es mayor o menor según la circunstancia que le hayan determinado a la gestión; y así, si lo hace por salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, responde sólo de la culpa grave; si se ha ofrecido la gestión,

---

<sup>71</sup> TRIGUEROS h., Dr. Guillermo, Ob. Cit., pag. 2020 y sigts.

impidiendo que otros la hiciesen, responde de la levísima; y en los demás casos u ordinariamente, responde de la leve.<sup>72</sup> Art. 2039 C.C.

Hay que tomar en cuenta lo dispuesto en el Art, 1882 del CC el cual establece que **aquel mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso**. A efecto de basarnos es esta idea para poder resolver la cuestión de cuando estamos en presencia de un contrato de mandato o cuando estamos frente a la idea del agente oficioso.

Un ejemplo de Cuasicontrato de Agencia Oficiosa como caso especial de Abuso del Derecho es el siguiente:

***“A” y “B” son hermanos, y “A” le pide a “B” que se haga cargo del cobro de los cánones de una propiedad de “A”, la cual es donde vive “C”, pero “C” al darse cuenta que “A” se ha ido del país decide no pagar los cánones de arrendamiento los cuales son de ciento cincuenta dólares mensuales, razón por la cual “B” decide interponer una demanda para que “C” desaloje la propiedad amparándose en la figura del agente oficioso, pero “B” como agente oficioso le cobra a “C” la cantidad de doscientos dólares de canon mensual de diez meses que “C” no ha pagado por lo que***

---

<sup>72</sup> Tomado de Alessandri y Somarriva, “Curso de Derecho Civil”, Ob. Cit. Pag. 827

***“B” esta abusando del derecho debido a que el canon acordado por “A” y “C” era de ciento cincuenta dólares mensuales.***

Con el ejemplo anterior podemos ver la necesidad imperiosa que regula el artículo 1882 del Código Civil en cuanto a que “A” al no haber constituido contrato de mandato con “B” decide recurrir a la figura de la Agencia Oficiosa regulada en el Art. 2037 CC con el objeto de hacer efectivo el pago de los cánones que “C” ha dejado de pagar; pero es el caso que “B” se excede de los límites que esta figura permite al cobrar más de lo debido.

### **CAPITULO 3: DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA.**

#### **3.1 DERECHO COMPARADO**

A través de este capítulo pretendemos hacer una recopilación de disposiciones de Códigos Civiles de diversos países de América y Europa, tales como Perú, México, Nicaragua, Panamá, Costa Rica, Chile, Uruguay, Argentina, Honduras, Guatemala, Venezuela, España y Francia; con la finalidad de hacer un análisis y comparación en dichos Códigos Civiles para determinar cómo se regula la Teoría del Abuso del Derecho en los distintos países, es decir si se retoma de forma expresa o tácita dicha teoría en mención, por lo que comenzaremos por aquellos países que consagran expresamente la teoría hasta llegar a los países que la retoman tácitamente:

**El Código Civil de Perú del año de 1984**, en el título preliminar, Artículo II bajo el epígrafe Ejercicio Abusivo del Derecho, literalmente dice que: *“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”*. Podemos ver que en este artículo del Código Civil Peruano la Teoría del Abuso del Derecho es reconocida expresamente desde el momento en que la ley ampara el abuso de un derecho.

Respecto al Contrato de Mandato, a partir del Artículo 1790 del Código Civil de Perú y siguientes, se regula el mandato y vemos que también existen ciertas disposiciones que sancionan el abuso del derecho por parte del mandatario, así tenemos el Artículo 1793 del mismo Código que se refiere a las obligaciones del mandatario y según este artículo una de las obligaciones del mandatario es *“practicar personalmente, salvo disposición distinta los actos comprendidos en el mandato y sujetarse a las instrucciones del mandante”*. Así también el Artículo 1794 del Código Civil de Perú sobre la responsabilidad del mandatario, nos dice que: *“Si el mandatario utiliza en su beneficio o destina a otro fin el dinero o los bienes que ha de emplear para el cumplimiento del mandato o que debe entregar al mandante, esta obligado a su restitución y al pago de la indemnización de pagos y perjuicios”*.

En las disposiciones anteriores el mandatario debe de estar acorde a las disposiciones del mandato y no extralimitarse en el cumplimiento del mandato

puesto que habría por parte del mandatario abuso del derecho respecto del mandante.

**El Código Civil de Bolivia del año 1976**, el Artículo 107 nos dice:

*“(ABUSO DEL DERECHO) El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros y en general no le esta permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho”*. Como vemos en el epígrafe de este Artículo, la Teoría del Abuso del Derecho es reconocida expresamente y ya en su contexto prohíbe al propietario que realice actos que conlleven el propósito de perjudicar a otros, y que aún con el derecho que se le ha conferido tiene prohibido ir en contra al fin económico o social.

Artículo 814 del Código Civil de Bolivia *“(OBLIGACIONES DE CUMPLIR EL MANDATO)*.

- I. *El mandatario está obligado a cumplir el mandato mientras corre a su cargo; en caso contrario, debe resarcir el daño.*
  
- II. *Está asimismo obligado a continuar a la muerte del mandante la gestión comenzada, si hay peligro en la demora”*.

Artículo 815 Código Civil de Bolivia “(ALCANCES DE LA DILIGENCIA Y RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO).

- I. *El mandatario está obligado a ejercer el mandato con la diligencia de un buen padre de familia.*
- II. *Si el mandato es gratuito, la responsabilidad por la culpa en que incurra será apreciada con menos rigor”.*

Artículo 816 Código Civil de Bolivia “(RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS).

*El mandatario que ha excedido los límites de su mandato, es responsable ante los terceros con quienes contrató, si no les dio conocimiento bastante de sus poderes o si contrajo obligaciones personalmente”.*

Artículo 975 Código Civil de Bolivia “(OTRAS OBLIGACIONES DEL GESTOR).

- I. *El gestor se somete a todas las obligaciones que resultarían de un mandato, en cuanto sean aplicables.*
- II. *Debe continuar la gestión aún después de la muerte del propietario, hasta que el heredero pueda dirigirla”.*

Artículo 977 Código Civil de Bolivia “(RESPONSABILIDAD DEL GESTOR).

- I. *El gestor debe emplear la diligencia de un buen padre de familia. Es responsable de los daños que cause por su culpa.*

- II. Sin embargo, los motivos que le han conducido a encargarse del asunto, pueden autorizar al juez a moderar el resarcimiento resultante.*
- III. Si la gestión ha tenido por objeto evitar un daño inminente al propietario, resarcirá el daño sólo en el caso de dolo o culpa grave”.*

Como vemos en los artículos anteriores se retoma claramente la Teoría del Abuso del Derecho en cuanto al mandato ya que obliga al mandatario a cumplir el encargo con la diligencia de un buen padre de familia aún después de muerto el mandante, y si el contrato es gratuito la responsabilidad en que incurrirá es menor, pero si el mandatario se excede de los límites conferidos en el mandato contratando sociedades o empresas para un mejor servicio sin dar conocimiento de sus facultades o poderes es responsable ante los terceros con quienes contrato y deberá responder por los daños y perjuicios en que incurra; así también el gestor de negocios ajenos al obligarse a administrar el negocio se somete a las obligaciones en que incurre el mandato y deberá emplear la diligencia como un buen padre de familia y será el juez quien determinara el resarcimiento de los daños en el caso que el gestor incurra en dolo o culpa grave.

**El Código Civil de Guatemala del año 1964**, en el Artículo 1263 regula que: *“la omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa”*. En este artículo se repudia todo acto que sea abusivo.

La Teoría del Abuso del Derecho también la podemos encontrar en los siguientes artículos acerca del mandato:

Artículo 1702 Código Civil de Guatemala. *“El mandato en que se le confiere al apoderado la facultad de otorgar poderes o sustituir el que se le otorga, no autoriza al mandatario para dar facultades no comprendidas en el mandato, ni más amplias que las que le fueron conferidas”*.

Artículo 1703 Código Civil de Guatemala. *“Es nulo lo que el apoderado haga excediéndose de los límites del mandato o sin contener éste las facultades necesarias”*.

Artículo 1705 Código Civil de Guatemala. *“El mandatario queda obligado por la aceptación, a desempeñar con diligencia el mandato y a responder de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante”*.

Artículo 1706 Código Civil de Guatemala. *“El mandatario debe sujetarse a las instrucciones del mandante, y no separarse ni excederse de las facultades y límites del mandato”*.

*Está obligado a dar cuenta de su administración, a informar de sus actos y a entregar los bienes del mandante que tenga en su poder, en cualquier tiempo en que este lo pida”.*

Artículo 1710 Código Civil de Guatemala. *“Sin la autorización previa y escrita del mandante, no puede el mandatario usar ni adquirir para sí ni para sus parientes legales las sumas o bienes que de él haya recibido o por su cuenta, bajo pena de nulidad y pago de daños y perjuicios que se sobrevengan al mandante”.*

Artículo 1711 Código Civil de Guatemala. *“Si una causa imprevista y fundada hiciere perjudicial a juicio del mandatario la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender su cumplimiento, bajo su responsabilidad, dando cuenta al mandante por el medio más rápido posible”.*

Decimos que en los artículos anteriores existen limitantes al abuso del derecho hacia el mandatario ya que lo obligan a sujetarse a las condiciones establecidas en el contrato de mandato así como a responder por los daños y perjuicios que podrían resultar al excederse de los límites del mandato pudiendo tener como consecuencia también que todo lo que haga el apoderado sea nulo.

**El Código Civil de Venezuela del año de 1982**, en el Artículo 1285 expresa que: *“El pago que tiene por objeto transferir al acreedor la propiedad de la cosa pagada, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa y capaz para enajenarla.*

*Sin embargo, cuando la cosa pagada es una cantidad de dinero o una cosa que se consume por el uso, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago aunque lo haya hecho quien no era dueño o no tenía capacidad para enajenarla*". En el contenido de este artículo se refleja que este se encuentra dentro de los límites de la Teoría del Abuso del Derecho porque no se extralimita de dicha teoría ya que el pago no será válido mientras quien paga no sea el dueño de la cosa, así también incluye la buena fe del acreedor.

Artículo 1689 Código Civil de Venezuela. *"El mandatario no puede exceder los límites fijados en el mandato. El poder para transigir no envuelve el de comprometer"*.

Artículo 1692 Código Civil de Venezuela. *"El mandatario esta obligado a ejecutar el mandato con la diligencia de un buen padre de familia"*.

Artículo 1693 Código Civil de Venezuela inciso 1. *"El mandatario responde no solo del dolo, sino también de la culpa en la ejecución del mandato"*.

Artículo 1697 Código Civil de Venezuela. *"El mandatario que, contratando como tal, ha dado a la parte con quien contrata conocimiento suficiente de las facultades que se le hayan conferido, no es responsable para con ella de lo que haya hecho fuera de los límites del mandato, a menos que se haya obligado personalmente"*.

Podemos decir que existe limitación al abuso del derecho, porque el mandatario de forma expresa tiene prohibido el excederse de los límites fijados

en el mandato; Así también existe responsabilidad para el mandatario en la ejecución del mandato.

**El Código Civil de Francia con reformas del año 2004**, en el Artículo 1382 el cual dice que: *“Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo”*. En esta disposición si bien es cierto no se habla de abuso del derecho expresamente pero si admite la viabilidad de esta teoría ya que al causar un daño existe abuso del derecho el cual tiene que ser reparado.

Artículo 1989 Código Civil de Francia. *“El mandatario no puede traspasar los límites del mandato: el poder de transigir no incluye el de comprometer”*.

Artículo 1991 inciso 1 Código Civil de Francia. *“El mandatario queda obligado a cumplir el mandato mientras esté encargado de él y responde de los daños y perjuicios que se ocasionen de no ejecutarlo”*.

Artículo 1992 inciso 1 Código Civil de Francia. *“El mandatario responde no sólo del dolo, sino también de las faltas que cometa en su gestión”*.

Artículo 1994 numeral 1 Código Civil de Francia. *“El mandatario responde de la gestión del sustituto:*

*1° Cuando no se le dio facultad para nombrarlo”*.

Al prohibírsele al mandatario traspasar los límites del mandato se retoma la Teoría del Abuso del Derecho al momento en que se protege al mandante del

abuso del derecho, debiendo responder el mandatario sobre los daños y perjuicios en el caso que se exceda en el mandato.

**El Código Civil de Uruguay de 1868**, en el Artículo 121 regula que: *“El que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable”*. En esta disposición como podemos observar, retoma la teoría del abuso del derecho puesto que habla de que no hay abuso si no existe exceso.

Artículo 2057 Código Civil de Uruguay. *“El mandatario no puede traspasar los límites del mandato. No se consideran traspasados los límites del mandato, en cuanto ha sido cumplido de una manera más ventajosa para el mandante, que la señalada por éste”*.

Artículo 2064 Código Civil de Uruguay. *“El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir del mandato y responde de los daños y perjuicios que se ocasionare al mandante por la inejecución total o parcial del mandato”*.

Artículo 2065 Código Civil de Uruguay. *“El mandatario responde no sólo del dolo, sino de las omisiones o negligencias que cometa en la administración del mandato”*.

La prohibición al mandatario de traspasar los límites del mandato y la responsabilidad de éste en la retribución de los daños y perjuicios, son

elementos que claramente reflejan la existencia de la Teoría del Abuso del derecho.

**El Código Civil de Honduras de 1880**, en el Artículo 2236 establece que: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, esta obligado a reparar el daño causado”*. Este artículo retoma la Teoría del Abuso del Derecho ya que al existir un daño a otro tiene como consecuencia la reparación de dicho daño.

Artículo 1893 Código Civil de Honduras. *“El mandatario no puede traspasar los límites del mandato”*.

Artículo 1894 Código Civil de Honduras. *“No se consideran traspasados los límites del mandato si fuese cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste”*.

Artículo 1897 Código Civil de Honduras. *“El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante”*.

Artículo 1898 Código Civil de Honduras. *“En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante”*.

Artículo 1904 Código Civil de Honduras. *“El mandatario que obre en concepto de tal, no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes”*.

Art. 1905 Código Civil de Honduras. *“El mandatario es responsable no solamente del dolo, sino, también, de la culpa, que deberá estimarse por los Tribunales, según que el mandato haya sido o no retribuido”*.

Se retoma La Teoría del Abuso del Derecho en los artículos anteriores al prohibírsele al mandatario que no puede traspasar los límites del mandato y al mismo tiempo le da al mandatario la libertad de obrar de la forma que mejor le convenga al mandante en la ejecución del mandato en tanto no sobrepase las limitantes que establece la legislación y las instrucciones del mandante y en caso el mandatario se extralimite de los derechos que le han sido conferidos será responsable del dolo y de la culpa que tenga por lo que deberá responderá de los daños y perjuicios que le ocasione al mandante.

**El Código Civil de Nicaragua del año 1904**, en el Artículo 2509 regula que: *“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia o por un hecho malicioso causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”*. En esta disposición podemos decir que también se encuentra presente la Teoría del Abuso del Derecho porque todo aquel que cometa lo descrito por el artículo anterior deberá responder por dicho abuso.

Artículo 3310 Código Civil de Nicaragua. *“El mandatario se ceñirá a los términos del mandato, excepto en los casos en que las leyes lo autoricen para obrar de otro modo”*.

Artículo 3311 Código Civil de Nicaragua. *“El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato, cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante, si el daño no ha sido previsto por éste”.*

Artículo 1323 Código Civil de Nicaragua. *“El mandatario que se exceda de sus facultades, es responsable de los daños y perjuicios que cause al mandante y al tercero con quien contrató, si éste ignoraba que aquel traspasaba a los límites del mandato”.*

Artículo 1333 Código Civil de Nicaragua. *“El mandatario que se ha excedido de los límites del mandato, es sólo responsable al mandante. Es responsable a terceros:*

*1° Cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes.*

*2° Cuando se ha obligado personalmente”.*

La ley autorizara al mandatario a obrar de modo distinto del mandato en los casos en que beneficie al mandante pero en el caso que aquello obrado sea pernicioso para el mandante y que el mandatario se haya extralimitado a sus facultades será responsable de los daños y perjuicios que ocasionare y responderá de ello al mandante y a terceros según la ley lo disponga. Por lo que en esta legislación hay un reconocimiento a la Teoría del Abuso del Derecho en cuanto que no permite al mandatario a obrar como le plazca sino que lo limita en su forma de obrar en el momento que en la disposición se brinda protección al mandante y no permite que se abuse de sus derechos.

**El Código Civil de Chile del año 1855**, en el Artículo 582 inc 1 nos dice que: *“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”*. El poder disponer del derecho de dominio de forma arbitraria sin extralimitarse de la ley o ser contra derecho ajeno es un indicador de la presencia de la Teoría del Abuso del Derecho.

Artículo 2129 Código Civil de Chile. *“El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo”*.

Artículo 2131 Código Civil de Chile. *“El mandato se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo”*.

Artículo 2133 inciso 1 Código Civil de Chile. *“Cuando se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca, no por eso se entenderá autorizado para alterar la substancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales”*.

Artículo 2135 Código Civil de Chile. *“El mandatario podrá delegar el encargo sino se le ha prohibido; pero no estando expresamente autorizado para hacerlo, responderá de los hechos del delegado, como de los suyos propios”*.

Artículo 2154 Código Civil de Chile. *“El mandatario que ha excedido los límites del mandato, es sólo responsable del mandato; y no es responsable a terceros sino:*

*1° Cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes;*

*2° Cuando se ha obligado personalmente”.*

Hay un reconocimiento a la Teoría del Abuso del Derecho en cuanto a que si el mandatario se extralimita de sus facultades que le han sido encargadas en el mandato o se sale de lo establecido rigurosamente en el mandato o delega el encargo a otro habiéndosele prohibido este será responsable hasta de la culpa leve.

Este código es de vital importancia debido a los antecedentes que comparte con nuestro código civil Salvadoreño, ya que nuestra legislación civil ha sido retomada del Código Civil de Chile y éste ha sido una base integral para nuestra legislación.

### **3.2 JURISPRUDENCIA**

Uno de los antecedentes que signaron el camino de la evolución histórica jurisprudencial del Abuso del Derecho, lo encontramos en Francia y es la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Colmar del 2 de mayo de 1885<sup>73</sup>, en la que se establece el germen, el hito del concepto del Abuso del Derecho.

Este Tribunal condenó al propietario del inmueble a eliminar una alta chimenea que había sido edificada como adorno sobre el techo de su casa, delante de la ventana de su vecino, impidiéndole la vista, el paso de la luz, causando de esta manera perjuicio al demandante.

---

<sup>73</sup> Tomado de Guillermo Manuel Ungo, Ob. Cit. Pag.32

La Corte ordenó su demolición y el respectivo resarcimiento por considerar que, si bien se le reconoce al propietario el derecho subjetivo de construirla (de propiedad), ese trabajo debió haber sido realizado en aras de obtener un beneficio con un interés serio y legítimo y no solo con el propósito de ocasionar un daño.

Sostuvo el Tribunal: **“que es un principio general del ordenamiento jurídico que el derecho de propiedad es, en cierta forma un derecho absoluto que permite a su titular abusar de la cosa. No obstante, el ejercicio de este derecho así como el de cualquier otro, debe limitarse a satisfacer un interés lícito y serio. Principios de moral y equidad impiden al Tribunal dar protección a un acto originado en un mero deseo de causar perjuicio, motivado por una pasión mal sana, y que sin beneficiar en forma alguna a quien lo realiza ocasiona un grave daño a otro”<sup>74</sup>.**

Otro antecedente de significativa importancia, que es tomado por la doctrina de la jurisprudencia francesa de la época, lo encontramos en la sentencia del Tribunal de Lyon del año 1856, en la que dicho Tribunal francés sancionó a un propietario que decidió colocar una poderosa bomba en el subsuelo de su finca para sacar el agua mineral de un pozo, sin proporcionarle beneficio alguno y con no más interés que encausarla a un río disminuyendo,

---

<sup>74</sup> Tomado de Guillermo Manuel Ungo, Idem. Cit. Pag.33

de esta manera, el caudal de agua de su vecino. La Corte de Lyon entendió que se había abusado del poder de usar una cosa, con el solo ánimo de ocasionar un perjuicio a otros; y **“que los derechos del propietario estaban limitados por la obligación de permitir a sus vecinos gozar de sus respectivos derechos de propiedad”**.

Con lo relatado hasta aquí, podemos apreciar como fue evolucionando en su aceptación la teoría del abuso del derecho, la que como ya señalamos tuvo su origen en la doctrina y jurisprudencia francesa, circunscripta en un principio al campo de los derechos reales, para luego extenderse a otros campos del derecho y ser reconocida posteriormente como un principio general del ordenamiento jurídico.

En otros países la legislación ha callado, pero la jurisprudencia ha incorporado el principio al derecho nacional como en Bélgica, Chile, España; en este último país, los Tribunales fueron muy reacios para aceptar la teoría hasta un importantísimo fallo del Tribunal Supremo, inclusive los Tribunales Ingleses y Estadounidenses, tan apegados a su individualismo empezaron a hacer importantes concesiones a la idea de abuso.

En Chile, también encontramos aplicaciones jurisprudenciales de la Teoría del Abuso del Derecho, los profesores Alessandri y Somarriva citan la Sentencia del 28 de mayo de 1925, de la Corte Aplicaciones de Valparaíso: “Cierta señor notó que su automóvil recién adquirido presentaba diversas fallas

técnicas, que la firma vendedora no pudo después, corregir satisfactoriamente. El caballero se resignó, pero de malas ganas. Publicó avisos para vender el vehículo; y en ello, más que el deseo de vender, se trasuntaba ostensiblemente la intención de desprestigiar la marca del objeto y la seriedad de la firma vendedora. Pues el Tribunal declaró que el señor no se había limitado al ejercicio del derecho que, como dueño, competía de ofrecer en venta o permuta una cosa de su propiedad, sino que había cometido un acto ilícito, y estaba obligado a reparar el daño causado”<sup>75</sup>.

De una manera panorámica queda explicado como la dogmática jurídica del abuso del derecho, elaborada por algunos notables tratadistas, sirvió para sus primeras aplicaciones judiciales.

#### **CAPITULO 4: ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

A continuación se presenta el análisis de los resultados de la investigación de campo; para la realización de dicha investigación se utilizaron dos modelos de cedula de entrevista, uno conformado por preguntas abiertas el cual fue dirigido a especialistas en Derecho Civil y el segundo modelo de entrevistas conformado por preguntas cerradas y abiertas la cual fue dirigida a Profesionales del Derecho; con el propósito de obtener información acerca del

---

<sup>75</sup>Tomado de Guillermo Manuel Ungo, Ob. Cit. Pag.34

tema de investigación “La Aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho en el Contrato de Mandato y los Efectos Jurídicos de los Actos Realizados por el Mandatario”

De la manera siguiente se muestra la interpretación del resultado de once entrevistas consistentes en preguntas abiertas:

**1- ¿Qué es para usted la Teoría del Abuso del Derecho?**

- Es la utilización irracional de un derecho propio encaminado a crear perjuicio o daños a terceros. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- Sobre lo que no tenemos facultades para hacer; en el mandato tenemos facultades definidas, si el mandatario se extralimita abusa de sus funciones. (Juez Primero de Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).
- Es una extralimitación al Derecho Subjetivo. (Docente. Universidad Tecnológica).
- Es el reconocimiento de la Doctrina y de la Jurisprudencia de que existe abuso sobre un derecho otorgado o cedido por quien hace las veces de mandatario en contra de su mandante. (Socio. Bufete Jurídico).

- Una corriente de pensamiento, opinión Jurídica que la determina como una fuente de obligaciones. (Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Consiste en sobrepasarse y no hacer un uso racional del derecho concedido por la norma jurídica; o comportarse violentando los derechos de los demás. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Ejercicio de un derecho de forma abusiva que causa un perjuicio ajeno. (Socio. Bufete Jurídico).
- Un límite al Derecho Subjetivo. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Es la forma de aplicación de las formulas legales en las relaciones contractuales las cuales parten del principio de bilateralidad y de una equivalencia de los que hacen el contrato; muchas veces sucede que esa forma de acuerdo entre dos partes implica una serie de cláusulas que tienden a desequilibrar lo que se va a obtener en el contrato. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Es el ejercicio de un derecho contrario a la ley, la buena fe, al objeto del contrato, que tenga por objetivo causar un daño. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

- Hacer uso de normas jurídicas en perjuicio de otros o evadir obligaciones que otros cumplan. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

Podemos interpretar las respuestas anteriores en que la mayoría de los entrevistados conciben la Teoría del Abuso del Derecho como una extralimitación, un uso irracional del derecho contrario a la ley y a la buena fe con el objetivo de dañar o perjudicar a otros y que se las obligaciones contractuales y en específico del mandatario hacia el mandante.

**2- ¿Considera usted que de alguna manera existe Abuso de los Derechos en las relaciones contractuales?**

- Si, en los contratos bilaterales y los de adhesión. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- Si. (Juez Primero de Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).
- Si. (Docente. Universidad Tecnológica).
- Por supuesto que si, sino véase las cláusulas abusivas en la Ley de Protección al Consumidor, por ejemplo. (Socio. Bufete Jurídico).
- No, las relaciones contractuales contienen o generan obligaciones. (Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

- Claro, sobre todo cuando el contrato es bilateral. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Si. (Socio. Bufete Jurídico).
- Especialmente en los de adhesión. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Si, a veces en las relaciones contractuales existen cláusulas que no deben de operar de acuerdo a la ley que son puestas por pura costumbre y la gente se ve obligada a firmar una cláusula que es inconstitucional. También existe el problema del desconocimiento del derecho. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Si. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Los contratos Bancarios. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

De las respuestas anteriores se concluye que la mayoría de los entrevistados afirman que si existe abuso de los derechos en las relaciones contractuales sobre todo en los contratos bilaterales y de adhesión; otros nos brindan ejemplos en donde puede existir abuso del derecho tales como los contratos bancarios y en materia de consulta sugieren la Ley de Protección al Consumidor.

**3- Si de la pregunta anterior su respuesta es afirmativa, mencione algunos ejemplos donde se aplica la Teoría del Abuso del Derecho al Contrato de mandato.**

- Cuando el mandatario pone a intereses superiores el dinero del mandante sin expresa autorización de él y el mandatario toma el excedente para si. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- En algunos contratos se hace que se renuncie al derecho de apelar, poder valuar ellos sus inmuebles ya que se impone valuador, se impone el representante en el caso de una demanda, renuncia al domicilio, se vuelven contratos de adhesión. (Juez Primero de Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).
- El Abuso de derecho que hay en el derecho de arrendamiento y demás. (Docente. Universidad Tecnológica).
- Caso en los cuales se otorga poder para hipotecar y el mandatario ha vendido la propiedad y hasta ha tomado el dinero para si. (Socio. Bufete Jurídico).
- NO RESPONDIO. (Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- El mandatario no puede tomar para si los dineros que le ha dado el mandante para colocar; ni puede comprar lo que éste le ha dado para vender. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

- Soy mandatario para cobrar una equis cantidad de dinero, pero al momento de cobrar, cobro más de lo encomendado, con la idea de que me quede una utilidad. (Socio. Bufete Jurídico).
- Tarjetas de crédito, telefonía y todos los créditos comerciales casi siempre lo hacen. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Abuso en los poderes por falta de poner plazos al mandato; no se hace uso de las revocatorias de los poderes porque no pueden ser indefinidos; el notario debe advertirle al mandante que posteriormente puede seguir con el procedimiento de revocatoria más cuando se trata de ventas. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- NO RESPONDIO. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- En el nombramiento de apoderados, en los créditos Bancarios generalmente el apoderado es desconocido. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

Los entrevistados citaron ejemplos que consideran que constituyen abuso del derecho y algunos de ellos son: que el mandatario ejerce funciones para las cuales no está autorizado como poner dineros a su interés sin la autorización del mandante; también citan ejemplos de abuso en los créditos bancarios y

renuncian del derecho a apelar, así como hubieron otros que no respondieron la pregunta formulada.

**4- ¿Hasta que punto considera usted que nuestra legislación común permite al mandatario excederse de los límites conferidos en el contrato de mandato?**

- Existe un abuso por parte de las personas en general no solo por los mandatarios y este abuso es debido a que nuestra cultura Salvadoreña esta impregnada de descontento y frustraciones que obligan a aprovecharse de legislaciones defasadas. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- La facultad de las leyes secundarias da derechos ilimitados, el usuario no hace uso de sus garantías constitucionales; no hay respeto. (Juez Primero de Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).
- Hasta un punto aceptable, pues posteriormente es subsanado por la legislación. (Docente. Universidad Tecnológica).
- Considero que la legislación es clara pero esta defasada y es por ello que se da el abuso del derecho por haberse que dado esta ya limitada. (Socio. Bufete Jurídico).
- No permite en lo mínimo. Nos encontramos en un problema de capacidad de ejercicio; la extralimitación no es un abuso del derecho ya

que los actos celebrados sin facultades y capacidad de ejercicio tienen que existir facultades de un mandato. (Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

-

- En todo aquello en que no estando autorizado, de no hacerlo sino gana perjuicio al mandante sino en las cosas que son accesorio de algo principal. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Nuestra legislación es clara para los efectos que produce el excederse en los límites conferidos en el mandato. (Socio. Bufete Jurídico).
- NO SE. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Supone la revisión de las leyes que ya están desconceptualizadas que no se adecuan a la realidad actual jurídica que tiene que ver con el tráfico interno mercantil. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- NO RESPONDIO. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Por regla general no permite excederse del mandato. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

Los entrevistados coinciden en que si existe abuso por parte de los mandatarios y que se debe a la cultura Salvadoreña; que la ley secundaria es clara en cuanto a sus límites pero que actualmente se encuentra desfasada. Otros no respondieron.

**5- ¿Qué clase de responsabilidades le puede acarrear al mandatario al excederse de los límites conferidos en el contrato de mandato cuando abusa de sus derechos?**

- Responsabilidad Civil, responsabilidad penal y tributaria. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- Caso de algunas cláusulas que excede más de lo que algunas leyes les faculta, se pueden tener como no escritas que no causan obligación, consecuencias penales, depende de la magnitud del abuso del derecho. (Juez Primero de Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).
- Civiles y penales. (Docente. Universidad Tecnológica).
- Responsabilidad civil y penal; más sin embargo ninguna de estas dos garantizan el resarcimiento total del daño ocasionado. (Socio. Bufete Jurídico).

- El mandato es independiente del abuso del derecho; no se viola el derecho con el ejercicio legítimo de un mandato. (Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Esto dependerá de si el mandato es gratuito u oneroso; o de la clasificación que de él se haga, según las otras reglas. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Responsabilidad civil ejemplo Art. 1889 CC. y 1904 CC, responsabilidad penal ejemplo administración fraudulenta. (Socio. Bufete Jurídico).
- Responsabilidad civil o pecuniaria. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Penales y civiles siempre y cuando haya lucro ilícito en el uso del mandato. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Civiles, penales, familia, laborales. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Responsabilidad económica, profesional y penal. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

La mayoría de los entrevistados agregan que entre las clases de responsabilidades que se acarrearán están las de tipo civil y penal, y algunos también sugieren que tributarias, de familia y laborales; aunque también observan que las de tipo civil y penal no garantizan el resarcimiento total del

daño causado; así también hay opiniones encontradas, en el sentido que afirman que el mandato es independiente del abuso del derecho.

**6- ¿Qué acciones considera usted que puede ejercer el mandante para poder resarcir el daño ocasionado por el mandatario en el ejercicio abusivo del derecho conferido en el contrato de mandato?**

- Dependiendo del caso se puede iniciar juicio de nulidad, administración fraudulenta, dejar sin efecto el mandato. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- Dejar sin efecto el mandato, iniciar acciones de nulidad de contratos realizados en abuso del derecho, acciones contra mandatarios para resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados. (Juez Primero de Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).
- Indemnización por daños y perjuicios. (Docente. Universidad Tecnológica).
- Acción penal: demanda por estafa, administración fraudulenta, etc; todos los delitos de carácter patrimonial que se acoplan a la tipología del caso; acción civil: juicio de daños y perjuicios. (Socio. Bufete Jurídico).
- El abuso del derecho es independiente del ejercicio del mandato, se ve desde el punto de vista del incumplimiento de una obligación. (Jefe del

Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

- Pecuniaria, la de indemnización de daños y perjuicios, peales. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Acciones civiles de resarcimiento de daños, acciones penales. (Socio. Bufete Jurídico).
- Rendición de cuentas, indemnización por daños y perjuicios. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Resarcimiento de daños y perjuicios, acción penal; pero se necesita una puesta al día de los procedimientos que se puedan seguir por el mal uso de un poder y eso actualmente no esta muy claro. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Rendición de cuentas, daños y perjuicios. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Rendición de cuentas, denuncia a la Sección de Investigación Profesional y la Fiscalía. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

Se observa que casi todos los entrevistados manifiestan que las acciones a seguir pueden ser penales entre ellas administración fraudulenta o aquellas que se adecuen al tipo penal también acciones civiles como la de resarcimiento de daños y perjuicios, rendición de cuentas o iniciar un juicio de nulidad pero también expresan que es necesario actualizar los procedimientos a seguir para

este tipo de acciones civiles porque no se encuentran muy claros, también acudir a la Sección de Investigación Profesional.

**7- ¿Considera usted que el Órgano Judicial al aplicar un criterio amplio y de sana crítica de las normas jurídicas que están diseminadas en nuestra legislación pueden reducir el ejercicio abusivo del derecho en los contratos de mandato?**

- Si se puede, pero todo depende del interés subjetivo de cada juzgador. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- Si; como los derechos son irrenunciables el órgano debe protegerlos ya que la mayoría de abuso del derecho va en detrimento de garantías fundamentales. (Juez Primero de Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).
- Si, Porque ha existido una remodelación del sistema judicial. (Docente. Universidad Tecnológica).
- No creo, no le interesa el estudio de este tema, para ello debe haber un estudio concienzudo del tema por parte de los estudiosos del derecho. (Socio. Bufete Jurídico).
- No, la administración de justicia depende de la capacidad de los funcionarios. (Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

- Si se puede por medio de las sanciones de los procuradores letrados. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Si, pero se necesitan jueces capaces y estudiosos y de esos hay muy pocos en nuestro país. (Socio. Bufete Jurídico).
- Si. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Si. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- NO RESPONDIO. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Solo en casos sometidos a conocimiento puede haber exceso, en el cumplimiento del mandato. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

Algunos afirman que el Órgano Judicial si se encuentra capacitado ya que suponen que como los derechos son irrenunciables es deber del Órgano Judicial velar por ellos; otros refieren que el Órgano Judicial no se encuentra suficientemente capacitado y otros no responden.

**8- ¿Cuáles cree usted que son los efectos jurídicos que se pueden producir de los actos realizados por el mandatario en el ejercicio abusivo del derecho?**

- Cancelación del mandato, actos de nulidad, perjuicios a terceros. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- Nulidades de los actos, Art. 1316 CC. y Art. 313 y sgts Pr. C. (Juez Primero de Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).
- Nulidad de todo lo actuado. (Docente. Universidad Tecnológica).
- Violación del estado de derecho, violación a la seguridad jurídica y certeza jurídica e incluso violación al derecho de propiedad. (Socio. Bufete Jurídico).
- En el mandato no puede haber ejercicio abusivo del derecho, ya que tiene límites; lo ubicamos más bien en la existencia de otro hecho jurídico como cuasidelito, falta, delito. (Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Depende, porque si abusa con terceros de buena fe, estos actos generalmente el derecho los convalida, aunque el mandatario tiene responsabilidad. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Nacimiento de obligaciones, cancelación de obligaciones, responsabilidad para el mandante, perjuicios a terceros, etc. (Socio. Bufete Jurídico).

- La reversión de acto. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- La nulidad de los actos, efectos jurídicos que dan origen a otros, que se debe a que aun no esta regulado el abuso del derecho. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- NO RESPONDIO. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Si exceden del mandato otorgado, el apoderado debe responder con sus bienes en todo lo que perjudique al mandante. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

Entre los efectos se pueden mencionar nulidad de los actos, cancelación del mandato, perjuicio a terceros, nacimiento de obligaciones, responsabilidad del mandatario incluso hasta con sus bienes, y que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del nacimiento del contrato.

**9- ¿Qué es para usted el cuasicontrato de Agencia Oficiosa?**

- Es la administración de un negocio sin mandato, donde el sujeto que ejerce la gestión se obliga por si mismo a ejecutarlo ya que es unilateral. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- No existe un contrato nominal, surge por la necesidad de que el titular del contrato no esta y lo hace otro en defecto de éste. (Juez Primero de

Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).

- Es cuando no hay un contrato pero una persona administra los bienes. (Docente. Universidad Tecnológica).
- Aquel mediante el cual una persona ajena a un negocio ajena a realizar algo y su propietario debe hacer, lo ejecuta sin mediar poder o autorización. (Socio. Bufete Jurídico).
- La gestión del negocio ajeno del mandato. (Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Una manifestación de voluntad unilateral, que obliga a quien la hace y a terceros. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Art. 2037 CC. cuando si haber contrato se administran negocios de una persona, y de ahí surgen obligaciones para ambas partes. (Socio. Bufete Jurídico).
- Es una institución que no siendo contrato produce los efectos de un contrato. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- El que tiene mandato se da cuenta que puede acrecentar el patrimonio a través de la Agencia Oficiosa. Es la gestión de negocios favorables a

otras personas sin el consentimiento de ellas. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

- Tomar por riesgo propio acciones para gestionar diligentemente a favor de otro que no ha solicitado la gestión. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Administrar los bienes de una persona sin existir acuerdo de voluntades. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

Podemos unificar la definición de la agencia oficiosa como la administración de un negocio sin mandato en el que se ejerce sin mediar poder o autorización por parte del dueño del bien o negocio; el sujeto de la gestión la ejerce por si mismo, es unilateral; pero de dicha gestión surgen obligaciones para ambas partes.

**10- ¿Considera usted que puede aplicarse la Teoría la Teoría del Abuso del Derecho al Cuasicontrato de Agencia Oficiosa?**

- la forma de administración es como la del mandato por lo que si es posible el abuso del derecho. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- Podría ejemplo: gerente de empresa que en lugar del dueño ejerce funciones que extralimitan al dueño.(Juez Primero de Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).

- Si, cuando no genere responsabilidades para el mandante. (Docente. Universidad Tecnológica).
- Si porque puede darse que el agente oficioso se extralimite del trabajo al cual se somete a realizar, o lo haga mal o no lo termine. (Socio. Bufete Jurídico).
- Si, la agencia oficiosa es un cuasicontrato, es una fuente especial. La ley establece obligaciones en relación al hecho jurídico; la misma agencia oficiosa genera obligaciones. (Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Si porque como acto unilateral que manifiesta su voluntad puede ir más allá de lo lícito. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Si porque puede dar lugar a excederse en el ejercicio de ayudarle a un mandante lo cual causa un perjuicio a un tercero. (Socio. Bufete Jurídico).
- si. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- Podría por la unilateralidad del acto, pero eso habrá que verlo en contexto del uso de la figura; se necesita una revisión de la figura para saber si un gestor tenga esa iniciativa; para que no haya abuso hay que

regular eso también. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

- Si, desde el punto de vista del dueño de los bienes, sobre el patrimonio del que administra sin pacto. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- No porque solo responderá el beneficiario de lo que le favorezca. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

La mayoría de las respuestas coinciden en que posible que puede aplicarse la Teoría del Abuso del Derecho al Cuasicontrato de Agencia Oficiosa por la forma de administración la cual es parecida al mandato; puede suceder que el agente oficioso se extralimite en la gestión. Podría aplicarse desde el punto de vista del dueño de los bienes.

**11- ¿Cuáles son según su opinión las características diferenciadoras entre el contrato de mandato y el cuasicontrato de agencia oficiosa?**

- Que el mandato es bilateral y el cuasicontrato es unilateral. (Jefe del Departamento de IVA. Ministerio de Hacienda).
- El mandato Art. 1316 CC. es legalmente por escrito. La agencia es un documento que lo puede suscribir otro que no es y se espera que el otro lo ratifique. (Juez Primero de Sentencia de San Salvador. Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador).

- En el primero hay un contrato escrito y el otro es un pacto verbal. (Docente. Universidad Tecnológica).
- El contrato de mandato tiene sus cláusulas delimitadas y por eso es un contrato, la agencia oficiosa no contempla cláusulas y por ello es un cuasicontrato. (Socio. Bufete Jurídico).
- El mandato es consensual. La agencia oficiosa es un hecho jurídico no consensual de acuerdo de voluntades. (Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- La principal en el mandato es que hay voluntad manifestada a priori por el aceptante en cambio en la agencia oficiosa sólo hay a priori una manifestación de voluntad que puede ser o no ratificado por el representado. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- En el contrato de mandato existe un poder donde el mandante faculta ciertos actos al mandatario; en la agencia oficiosa no existe ningún acuerdo de voluntades, sino que él gestiona un negocio ajeno, tiene un papel de metido. (Socio. Bufete Jurídico).
- El contrato mismo y los actos de la agencia oficiosa. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- La agencia oficiosa es unilateral; se lleva a cabo gestión de negocios que no están dentro del mandato por iniciativa del que hace la gestión; en el

mandato se esta dentro de las facultades. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

- En el mandato existe acuerdo de voluntades; en la agencia oficiosa no. El que administra lo hace por su propia voluntad. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).
- El acuerdo de voluntades del contrato y voluntad unilateral del cuasicontrato. (Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES).

Las principales características diferenciadoras citadas en las respuestas anteriores son que el mandato es bilateral, por escrito, posee cláusulas delimitadas y hay acuerdo de voluntades; mientras que la agencia oficiosa es unilateral, es un pacto verbal, carece de cláusulas y no hay acuerdo de voluntades.

A continuación se presentara el total de veinte entrevistas consistentes en preguntas cerradas y explicativas:

**1- ¿Considera usted que existe abuso de los derechos en las relaciones jurídicas en materia contractual?**

#### **CUADRO N° 1**

Opinión	Frecuencia	Porcentaje
Si	19	95%
No	1	5%
Total	20	100%

Tenemos que del total de veinte entrevistas el 95% de los entrevistados consideran que si existen abuso de los derechos en las relaciones jurídicas en materia contractual y el 5% consideran que no.

**2- ¿Si de la pregunta anterior su respuesta es afirmativa, considera usted que es real el ejercicio abusivo del derecho en el contrato de mandato?**

**CUADRO N° 2**

Opinión	Frecuencia	Porcentaje
Si	14	70%
No	4	20%
Algunos casos	1	5%

No respondió	1	5%
Total	20	100%

El resultado del cuadro anterior nos muestra que el 70% de los entrevistados considera que es real el ejercicio abusivo del derecho en el contrato de mandato, el 20% considera que no, otro 5% considera que en algunos casos y un 5% restante no respondió la pregunta.

**3- ¿Hasta que punto la legislación Salvadoreña le permite al mandatario excederse de los límites conferidos en el contrato de mandato?**

**CUADRO N° 3**

Opinión	Frecuencia	Porcentaje
Nada	7	35%

Poco	7	35%
Mucho	5	25%
No respondió	1	5%
Total	20	100%

Podemos observar que del 35% de los entrevistados considera que la legislación Salvadoreña no le permite en nada al mandatario de excederse de los límites conferidos en el contrato de mandato, un 35% considera que poco otro 25% considera que mucho y el 5% restante no respondió.

**4- ¿Considera usted que el mandatario al excederse de los límites conferidos en el contrato de mandato le origina responsabilidades civiles y penales?**

**CUADRO N° 4**

Opinión	Frecuencia	Porcentaje
Si	19	95%
No	1	5%
Total	20	100%

Un 95% de los entrevistados considera que si se le originan al mandatario responsabilidades civiles y penales al excederse de los límites conferidos en el contrato de mandato y el 5% restante considera que no.

**5- ¿Qué acciones considera usted que puede ejercer el mandante para poder resarcir el daño ocasionado por el mandatario en el ejercicio abusivo del derecho conferido en el contrato de mandato?**

#### **CUADRO N° 5**

Opinión	Frecuencia	Porcentaje
Juicio Civil Sumario de Resarcimiento de Daños y Perjuicios, Proceso Penal	12	60%
Juicio Civil Sumario de Resarcimiento de Daños y Perjuicios, Proceso Penal, Nulidad	2	10%
Proceso Penal	1	5%
Juicio Civil Sumario de Resarcimiento de daños y Perjuicios	4	20%
Ninguna	1	5%
Total	20	100%

El 60% de los entrevistados contestó que el mandante puede ejercer un juicio Civil Sumario de Resarcimiento de Daños y Perjuicios junto con un Proceso Penal; un 10% considera que junto con los procedimientos anteriores también puede solicitarse la nulidad de lo ejecutado por el mandatario otro 5% solo respondió que un Proceso Penal, mientras que otro 20% respondió que solo Juicio Civil Sumario de Resarcimiento de Daños y Perjuicios y el 5% restante considero que ninguna.

**6- ¿Cree usted que la falta de normativa expresa, precisa y determinante en la legislación Salvadoreña respecto al Abuso del Derecho daña a la sociedad en el ámbito social, político y económico?**

**CUADRO N° 6**

Opinión	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	85%
No	2	10%
Pregunta Genérica	1	5%
Total	20	100%

Del 85% de los entrevistados que respondieron que la falta de normativa expresa, precisa y determinante en la legislación Salvadoreña respecto al Abuso del Derecho consideran que si daña a la sociedad en el ámbito social, político y económico, la mayoría considera que es porque se genera una falta de seguridad jurídica, que se facilita al mandatario a extralimitarse a sus facultades; un 10% considera que no se daña a la sociedad y explican que es porque no necesariamente porque algo este positivado en la ley será más efectivo que lo que no lo esté y que los límites de las leyes generan barrera que inhiben el abuso y el 5% restante consideró que la pregunta es genérica.

**7- ¿Considera usted que el Órgano Judicial al aplicar un criterio amplio y de sana critica de las normas jurídicas que están diseminadas en nuestra**

**legislación pueden reducir el ejercicio abusivo del derecho en el contrato de mandato?**

**CUADRO N° 7**

Opinión	Frecuencia	Porcentaje
Si	11	55%
No	9	45%
Total	20	100%

Un 55% consideran que el órgano Judicial al aplicar un criterio amplio y de sana crítica de las normas jurídicas que están diseminadas en nuestra legislación si puede reducir el ejercicio abusivo del derecho en el contrato de mandato y agregan que es porque el juzgador al ser imparcial puede resolver con más justicia, garantizando la constitución y así visualizar las garantías fundamentales; el otro 45% consideró que el órgano Judicial no puede reducir el ejercicio abusivo del derecho y agregan que es el Código Civil el que debe ser reformado.

**8- ¿Cree usted que el Órgano Judicial actualmente esta capacitado para aplicar amplio y por ende reducir el ejercicio Abusivo en el Contrato de Mandato?**

**CUADRO N° 8**

Opinión	Frecuencia	Porcentaje
Si	7	35%
No	13	65%
Total	20	100%

El 35% de los entrevistados consideran que el órgano Judicial actualmente si esta capacitado para aplicar un criterio amplio y por ende reducir el ejercicio Abusivo en del Derecho en el Contrato de mandato y explican que el órgano Judicial como ente si está capacitado pero depende del juez en particular y porque son profesionales del derecho; el otro 65% considera que el Órgano Judicial no esta capacitado ya que sólo se limitan a aplicar la norma y que no tenemos jueces maduros y capaces.

**9- ¿Que recomendación o sugerencia podría agregar para la solución del problema del Abuso del Derecho en el Contrato de Mandato?**

Entre las principales recomendaciones y sugerencias tenemos, que el Código Civil debe ser reformado e incluir de forma expresa y precisa las normas sobre el Abuso del Derecho, que se delimiten las acciones del mandatario y así no de margen para realizar actos abusivos de su parte, y que exista una mayor ampliación educativa en cuanto al tema del Abuso del derecho por parte de las Universidades y de las Escuelas de Capacitación, Así también una mayor orientación a los usuarios acerca de cómo funciona la figura del Abuso del Derecho y en ese sentido explicarles como poder limitarles las funciones a sus mandatarios.

## **CAPITULO 5: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **5.1 CONCLUSIONES**

I. Que según la evolución histórica de la Teoría del Abuso del Derecho, dicha teoría fue reconocida por el Derecho Romano de forma tacita por medio de diversos aforismos conocidos en aquella época como el proclamado por el jurisconsulto Gayo “**male enim nostro jure utinom debemos**” (no tenemos que usar mal de nuestro derecho). De donde se puede determinar que si hubo un reconocimiento de la Teoría del Abuso del Derecho; También en el Derecho Musulmán hay antecedentes remotos de la Teoría del Abuso del derecho aunque basados en argumentos de tipo moral y religioso natural de esa época. En el Derecho Medieval se ve la Teoría del Abuso del Derecho como Actos de

Emulación o de Chicanería, que son actos de derecho subjetivo con la maligna intención de dañar a otros; en cuanto al Derecho Liberal fue reconocida dicha teoría pero no con mayor aplicación ya que en esta época se estaba saliendo a un estado liberal con lo que promovían los derechos individuales de las personas, es por eso que en esta época el aforismo más reconocido fue “quien su derecho ejerce a nadie ofende”; finalmente es en el Derecho contemporáneo cuando adquiere mayor relevancia la Teoría del Abuso del Derecho por la evolución misma del Derecho gracias a la destacada aportación de los jurisconsultos galos y la legislación francesa que aún en nuestros días sigue enriqueciéndonos con sus aportes jurídicos como lo son las obligaciones civiles.

II. En cuanto a la Evolución Histórica del Mandato en el Derecho Internacional concluimos que el mandato tuvo su nacimiento en el derecho Romano; el mandato antes de alcanzar la categoría de contrato, consistía en una mera relación de amistad o conjunto de deberes morales y religiosos que obligaban a una persona a obrar por cuenta de la que había depositado su confianza. Así, el contrato de mandato entre sus características era consensual, de buena fe, bilateral sinalagmático imperfecto. Este contrato era gratuito en un principio por que el mandatario no podía exigir retribución por la gestión realizada, no así que se permitió a algunos mandatarios reclamar honorarios. El mandatario era responsable de las gestiones realizadas a encargo del mandante, haciéndose responsable por el dolo y culpa; tampoco podría realizar

ciertos actos, como el adquirir la posesión, sin estar autorizado. El mandato se extingüía por cumplimiento del encargo, enfermedad del mandatario, voluntad de las partes y renuncia del mandatario. En lo referente a la Evolución Histórica del Contrato de Mandato en El Salvador, decimos que nuestra legislación ha retomado la estructura del Código Chileno el cual proviene del Código de Napoleón y que en la actualidad el contrato de mandato no ha variado desde entonces ya que posee las mismas características y aunque dicho contrato puede ser oneroso o gratuito, sabemos que en la practica es oneroso. También nuestra legislación Salvadoreña reconoce la responsabilidad del mandatario y que como consecuencia de la extralimitación del mandatario en sus funciones deberá responder al mandante o a terceros, según sea el caso.

III. Que con el Propósito de dar a conocer en que consiste la Teoría del Abuso del Derecho consultamos a diferentes autores quienes aportan cada uno definiciones acerca de dicha teoría, por lo que concluimos en que el Abuso del Derecho consiste en la extralimitación en el ejercicio de un derecho, manifestada a través de una acción u omisión que se hace en el ejercicio de un derecho subjetivo, por parte del titular del mismo, yendo en contra de los límites para los cuales fue creado por parte del legislador o en contra de la moral y las buenas costumbres, ya sea involuntariamente o con intención de causar daños o perjuicios a terceros.

IV. Que la Teoría del Abuso del Derecho ha sido fundamentada en tres corrientes doctrinarias así tenemos la Corriente Subjetiva la que considera que existe abuso del derecho cuando se ejerce un derecho con el único objeto de perjudicar a otro; la Corriente Objetiva considera que existe abuso del derecho en el ejercicio contrario al fin económico y social del derecho; y la Corriente Mixta considerada como una posición dualista subjetiva-objetiva, cuyo principal objetivo es equilibrar los intereses individuales y sociales.

V. Que para considerar abusivo el ejercicio del derecho se cuenta con los requisitos siguientes: que el ejercicio sea contrario a la ley, buen fe entre las partes, la moral y las buenas costumbres, que se haya producido un daño grave no siendo necesario demostrar la intención o culpa del responsable del abuso del derecho.

VI. La Teoría del Abuso del derecho tiene aplicación en el contrato de mandato ya que si bien es cierto en nuestra legislación Salvadoreña no se regula de forma expresa el término "Abuso del Derecho", sí se incluye de forma tácita y así lo encontramos regulado en el Código Civil en los artículos 1892 acerca de los actos de administración del mandatario, 1902 del mismo código sobre otras facultades del mandatario y los artículos 1904, 1905, 1907, 1909 siempre del Código Civil cerca de las prohibiciones al mandatario en el ejercicio del mandato.

VII. Que como consecuencia del ejercicio abusivo de los derechos por parte del mandatario en el contrato de mandato; el mandatario deberá ser responsable de sus acciones en razón del mandato ya que el mandatario está obligado a ceñirse al contrato de mandato. Así encontramos importante destacar lo regulado en los artículos 42 del Código Civil ya que es en esta disposición que se distinguen las tres especies de culpa o descuido las cuales son: Culpa Grave, Negligencia Grave, Culpa Lata; Culpa Leve o descuido Ligero; y Culpa o Descuido Levísimo; artículo 1418 del Código Civil que regula específicamente los tipos de culpa en los contratos en general y artículo 1889 del mismo código, la cual regula que el mandatario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Así no podemos dejar de lado que el mandatario no solo podrá responder civilmente sino también tributaria y penalmente.

VIII. Hemos determinado que el contrato de Mandato se puede convertir en Cuasicontrato de Agencia Oficiosa conclusión a la que llegamos por lo dispuesto en el artículo 1882 del Código Civil en donde se regula que “aquel mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso.

IX. A través de la comparación de la legislación civil de países de Centro y Sur América así como de Europa hemos podido determinar que la legislación Internacional acoge la Teoría del Abuso del Derecho de forma diferente así tenemos que en países como Perú y Bolivia quienes en sus respectivos Códigos Civiles regulan expresamente el Abuso del Derecho; países como Guatemala, Venezuela, Francia y Uruguay aunque no de forma expresa hablan del Abuso del Derecho en sus Códigos Civiles pero si nos dan pauta en su articulado para saber que sí existe repudio al Abuso del Derecho y por ultimo países como Chile y El Salvador se hace un reconocimiento al Abuso del Derecho aunque si bien es cierto no expresamente pero sí podemos deducirlo a través de las normas contenidas en sus Códigos Civiles.

X. Que respecto a la Jurisprudencia acerca del Abuso del Derecho podemos encontrar que Francia fue el precursor en cuanto a retomar la existencia del Abuso del Derecho ya que sentencias como la de la Corte de Apelaciones de Colmar del 2 de mayo de 1885, la sentencia del Tribunal de Lyon de 1856 han sido de vital importancia ya que a través de ellas ha existido un reconocimiento de la existencia de la Teoría del Abuso del Derecho.

## **5.2 RECOMENDACIONES**

Finalmente, luego de concluir nuestra investigación hemos considerado que es necesario hacer las recomendaciones siguientes con el objetivo de poder solucionar de alguna forma el problema del Abuso del Derecho en el Contrato de mandato.

I. Que haya un reconocimiento por parte de los legisladores y profesionales del derecho que si existe Abuso del Derecho en las relaciones contractuales y en especial en el contrato de mandato y no solo por parte del mandatario sino también existe abuso por parte del mandante hacia el mandatario al querer utilizar los servicios de este y no querer pagar sus honorarios, por lo que seria de enriquecimiento para la sociedad, crear conciencia a los diferentes sectores políticos y sociales de que aunque nuestra legislación no reconoce de forma expresa la Teoría del Abuso del derecho, la sociedad esta impregnada de inestabilidad económica que es lo que contribuye a que haya Abuso del Derecho en las relaciones contractuales.

II. Que se reforme el Código Civil ya que debido a la Evolución del Derecho actualmente muchas de las disposiciones ya se encuentran desfasadas e introducir una normativa que regule expresamente el Abuso del Derecho.

III. Que los jueces tomen en cuenta la doctrina y jurisprudencia existente acerca del Abuso del Derecho para así poder resolver de manera adecuada y

conforme a derecho los problemas que constantemente surgen debido a la extralimitación del mandatario.

IV. Que se promueva el uso de los recursos que la ley provee a los usuarios del derecho para que puedan hacer valer sus derechos, tales como promover un Juicio Civil Sumario de Resarcimiento de Daños y Perjuicios, ejercer las acciones penales o tributarias necesarias para que el mandatario puede de alguna forma resarcir el daño causado al mandante.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel. **Curso de Derecho Civil**, Tomo II, de Los Bienes, Editorial Nacimiento, Chile, 1957.

Alzina Atienza, Delmiro A. **Efectos Jurídicos de la Buena Fe**, Talleres Gráficos Argentinos, L, J, Rosso, Buenos Aires, 1935.

Barros Bourie, Enrique. **Contratos**. Editorial Jurídica de Chile Primera Edición, 1991.

Calvo Sotelo, José. **La Doctrina del Abuso del Derecho como Limitación del Derecho Subjetivo**. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1972.

Enneccerus, Ludwing. **Derecho de Obligaciones**, Argentina, 1972.

Erráuriz Eguiguran, Maximiano. **Manual de Derecho Romano**, Segunda Edición, Tomo I, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

Fernández Sessarego, Carlos. **Abuso del Derecho**, Editorial Astrea, 1992.

Gherzi, Carlos A, **Derecho y Reparación de Daños**, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003.

Gutiérrez y González, Ernesto, **Derecho de las Obligaciones**, Editorial Porrúa, Décimo Segunda Edición, México, 1999.

Larragaña, Pablo, **El Concepto de la Responsabilidad**, Fontamara, México, D.F., 2000.

Lozano Corbi, Enrique. **Historia e Instituciones de Derecho Romano**. Mira Editores S.A. España, 1987.

Orgaz, Alfredo. **El Daño Resarcible**, Editorial Jurídica Bibliografica de Argentina, Buenos Aires, 1952.

Pacheco, Máximo, **Teoría del Derecho**, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, 1990.

Reglero Campos, Fernando, **Lecciones de Responsabilidad Civil**, Editorial Aranzadi, SA; 2002.

Renard, Georges. **El Derecho a la Justicia y a la Voluntad**. Ediciones Desclee de Brouwer. Buenos Aires, 1996.

Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. **El Abuso del Derecho**. Ediciones Jurídicas Europa- América, Segunda Edición, Buenos Aires, 1976.

Rojina Villegas, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**, Tomo v, Volumen II, Mexico, 1985.

Trigo Represas, Félix A., **Tratado de la Responsabilidad civil**, Tomo I, Primera Edición, Editorial FEDYE, 2004.

Trigueros, Guillermo h, **Teoría de las Obligaciones**, Tomo I, Editorial Delgado, Universidad "Dr. José Matías Delgado", San Salvador, El Salvador, 1992.

## **TESIS**

Flores Macall, Roberto, **Abuso del Derecho en los Contratos de Mutuos Simples e Hipotecarios en El Salvador**, Universidad de El Salvador, 1997.

Pérez Aguirre, Santos Desiree, **El Mandato Civil Y mandato Mercantil**. Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer, 2000.

Ungo, Guillermo Manuel, **La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho**, Universidad de El Salvador, 1963.

## **INTERNET**

**Abuso del Derecho**. Wikipedia, La Enciclopedia Libre. (Consultado en fecha 25 de Septiembre de 2006).

**Abuso del Derecho en Latinoamérica**. Luis Moisset Espanés. [www.rincondelvago.com/abusodelderechoenlatinoamerica.html](http://www.rincondelvago.com/abusodelderechoenlatinoamerica.html) (Consultado en fecha 30 de Septiembre de 2006).

**El Abuso del Derecho**. Luis Moisset de Espanés. [www.acader.unc.edu.ar/artabusoderecho.pdf](http://www.acader.unc.edu.ar/artabusoderecho.pdf) consultado en fecha 12 de Septiembre de 2006).

**El Abuso del Derecho en el Exceso de la Facultades Contractuales**. Tallia Abdala Mesa. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, Santa fe de Bogota, 1997.

[www.usergioarboleda.edu.co/biblioteca/documentos/der](http://www.usergioarboleda.edu.co/biblioteca/documentos/der) (consultado en fecha 19 de Noviembre de 2006).

**Generalidades Sobre el Mandato.** [www.monografias.com](http://www.monografias.com) (Consultado en fecha 25 de Noviembre de 2006).

**Proscripción del Abuso del Derecho en el Proceso.** Por Claudia P. Torielli. [www.monografias.com](http://www.monografias.com) (Consultado en fecha 25 de febrero de 2007).

**Teoría del Abuso del Derecho.** [Mauros@sinectis.com.ar](mailto:Mauros@sinectis.com.ar) (Consultado en fecha 15 de marzo de 2007)

**Teoría del Abuso del Derecho.** [www.monografias.com](http://www.monografias.com) (Consultado en fecha 25 de marzo de 2007)

## **LEGISLACIÓN**

**Código Civil de la República de Perú del año de 1984.**

**Código Civil de la República de Bolivia del año de 1976.**

**Código Civil de la República de Guatemala del año de 1964.**

**Código Civil de la República de Venezuela del año 1982.**

**Código Civil de Francia con Reformas del año 2004.**

**Código Civil de la República de Uruguay del año de 1868.**

**Código Civil de la República de Honduras del año de 1880.**

**Código Civil de la República de Nicaragua del año de 1904**

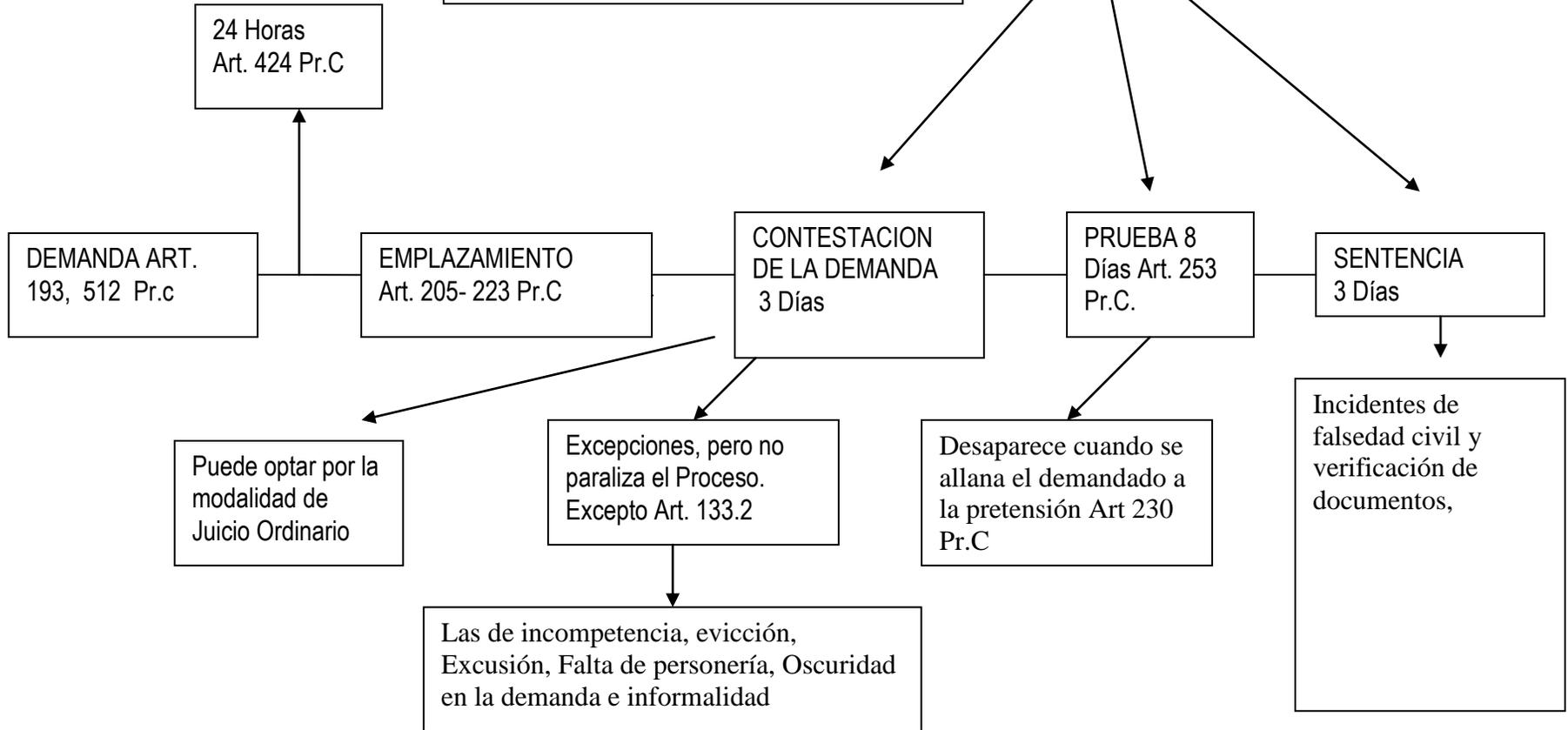
**Código Civil de la República de Chile del año de 1855.**

**ANEXOS**

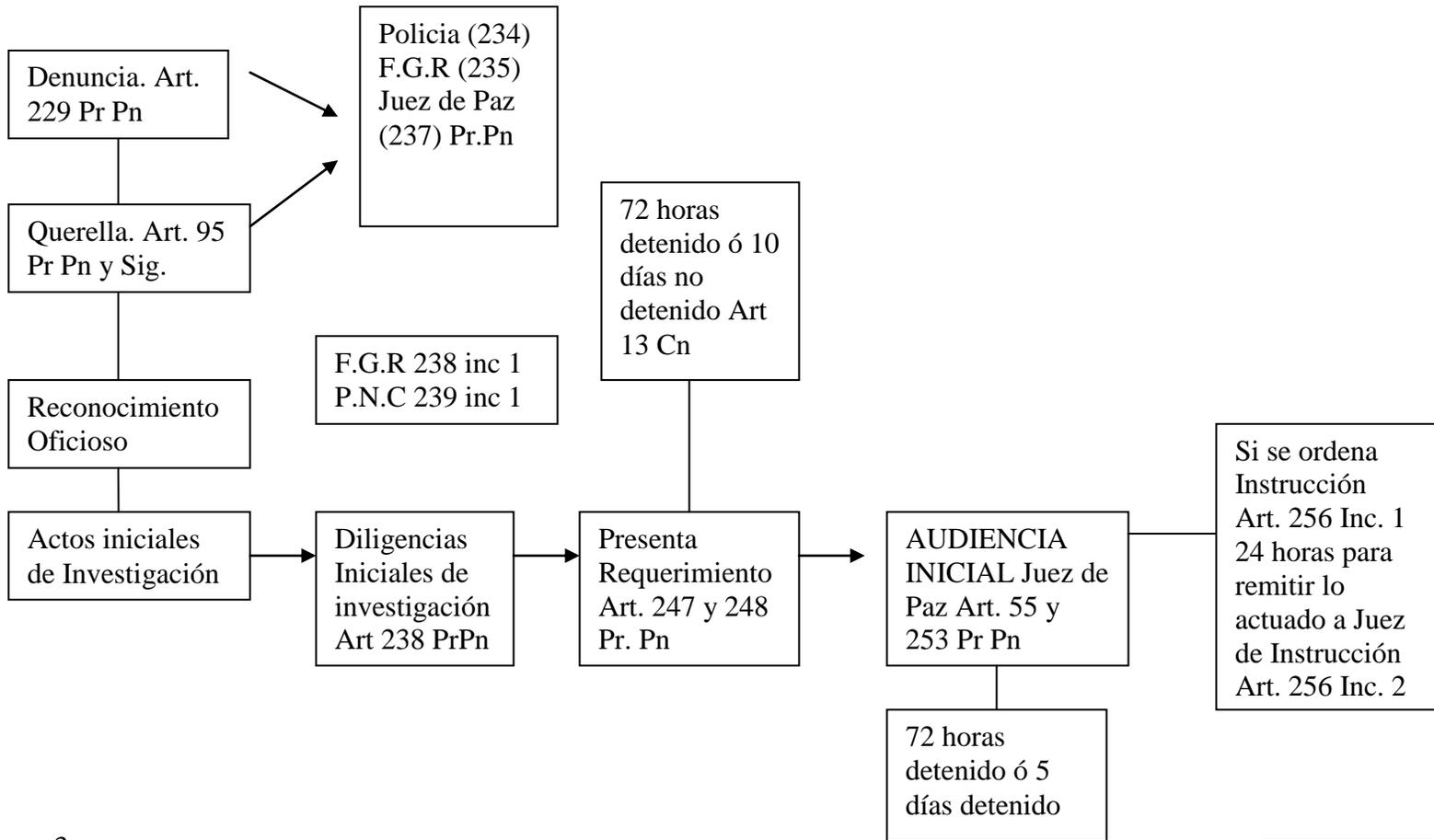
PROBLEMATIZACION	OBJETIVOS	HIPOTESIS	METODOLOGIA	CAPITULADO TENTATIVO
<p>-¿De que manera se regula en nuestra legislación la Teoría del Abuso del Derecho?</p> <p>-¿Cómo se aplica la Teoría del Abuso del Derecho en el contrato de Mandato?</p> <p>-¿Es real o no el uso abusivo de los de los Derechos en el Contrato de Mandato?</p> <p>-¿Cuál es la responsabilidad en la incurre el mandatario al ejercer abusivamente los derechos conferidos en el Mandato?</p> <p>-¿Cuáles son las acciones que puede ejercer el mandante para resarcir el daño ocasionado por el Mandatario en el ejercicio abusivo de los derechos conferidos.</p> <p>-¿En que medida Institucionalmente el Órgano Judicial, por medio de los Jueces y Magistrados, aplicando un criterio amplio y de Sana Critica de las normas Jurídicas que se hayan actualmente diseminadas en nuestra Legislación, pueden reducir el abuso del Derecho en el Contrato de Mandato?</p> <p style="text-align: center;">Anexo 1</p>	<p><b>Objetivos Generales:</b></p> <p>-Dar a conocer cual es la aplicación de la Teoría del Abuso del derecho en el contrato de Mandato y los efectos jurídicos de los actos realizados por mandatario en el ejercicio abusivo del derecho conferido en el mandato.</p> <p><b>Objetivos Específicos:</b></p> <p>-Determinar como se maneja en nuestra legislación Salvadoreña el abuso del derecho y hasta que punto el mandatario se extralimita de las facultades conferidas por el mandante.</p> <p>-Analizar cuales son los efectos jurídicos de los actos realizados por el mandatario en el ejercicio abusivo del contrato de mandato.</p> <p>-Identificar cuales son los parámetros que el legislador utiliza para considerar sancionable el abuso del derecho y la responsabilidad del mandatario.</p> <p>-Determinar de que manera se regula la Teoría del Abuso del Derecho en otras legislaciones.</p>	<p><b>Hipótesis General</b></p> <p>-Existe abuso del derecho por parte del mandatario en la medida en que este se extralimita en las facultades conferidas en el contrato de mandato.</p> <p><b>Hipótesis Específicas</b></p> <p>-El ejercicio abusivo del derecho por parte del mandatario produce que el mismo incurra en responsabilidades de índole civil, penal.</p> <p>-Los efectos jurídicos producidos por los actos realizados en el ejercicio abusivo del derecho por parte del mandatario origina algún tipo de nulidad de los mismos y la responsabilidad por parte del mandante.</p>	<p><b>Métodos a utilizar:</b></p> <p>La síntesis, el método deductivo e inductivo, para la operacionalización de las hipótesis planteadas.</p> <p><b>Técnicas de Investigación</b></p> <p>-Documental con apoyo de fichas bibliográficas.</p> <p>-Jurisprudencial y Legal, para determinar cuales son los criterios que se tienen respecto de este tipo de tema y para identificar cuales son las diferentes posturas respecto de la Teoría de l abuso del derecho.</p> <p>-Entrevistas a especialistas en derecho civil para que determine la existencia de la Teoría del abuso del derecho y las consecuencias de esta en los contratos de mandato.</p>	<p>CAPITULO I  <b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION</b></p> <p>1.1.-Planteamiento del problema, enunciado y delimitación</p> <p>1.1.1 -Delimitación del Problema</p> <p>1.2- Justificación y Objetivos</p> <p>1.2.1- Justificación de la Investigación</p> <p>1.2.2- Objetivos</p> <p>1.3- Sistema de Hipótesis y Operacionalización</p> <p>1.4- Estrategia Metodológica Utilizada</p> <p>1.4.1- Población, Muestra o Unidades de Observación</p> <p>1.4.2- Nivel de Tipo de Investigación</p> <p>1.4.3- Métodos, Técnicas e Instrumentos</p> <p>CAPITULO II  <b>ANTECEDENTES DEL PROBLEMA</b></p> <p>2.1-Evolución histórica de la Teoría del Abuso del derecho</p> <p>2.2- Corrientes Doctrinarias.</p> <p>2.2.1- Derecho Romano.</p> <p>2.2.2- Derecho Musulmán.</p> <p>2.2.3- Derecho Medieval.</p> <p>2.2.4- Derecho Liberal.</p> <p>2.2.5- Derecho Contemporáneo.</p> <p>2.3-Evolución histórica del contrato de mandato.</p> <p>CAPITULO III  <b>MARCO TEORICO DEL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO</b></p> <p>3.1-Teoría del Abuso del derecho, conceptos, Fundamento, Requisitos.</p> <p>3.1.1- Teoría del Abuso del derecho.</p> <p>3.1.2- Conceptos.</p> <p>3.1.3- Fundamento de La Teoría de La Teoría del Abuso del Derecho.</p> <p>3.1.4- Requisitos para considerar abusivo el ejercicio del Derecho.</p> <p>3.2- Corrientes Doctrinarias</p> <p>3.2.1- Corriente Subjetiva del Abuso del Derecho</p> <p>3.2.2- Corriente Objetiva o Económica del Abuso del Derecho.</p> <p>3.2.3- Corriente Mixta o Ecléctica</p> <p>3.3- Concepto, Características, Clasificación, Elementos Esenciales, Capacidad, Obligaciones y Facultades de las Partes, Prohibiciones al Mandatario.</p> <p>3.3.1- Concepto de Contrato de Mandato</p> <p>3.3.2- Características</p> <p>3.3.3- Clasificación</p> <p>3.3.4- Elementos Esenciales</p> <p>3.3.5- Capacidad de las Partes</p> <p>3.3.6- Obligaciones de las Partes</p> <p>3.3.7- Facultades de las Partes</p> <p>3.3.8- Prohibiciones hacia el Mandatario</p> <p>CAPITULO IV  <b>DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA</b></p> <p>1-Derecho Comparado</p> <p>2-Jurisprudencia.</p> <p>CAPITULO V  <b>ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN</b></p> <p>CAPITULO VI  <b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.</b></p> <p>Bibliografía</p> <p>Anexos</p>

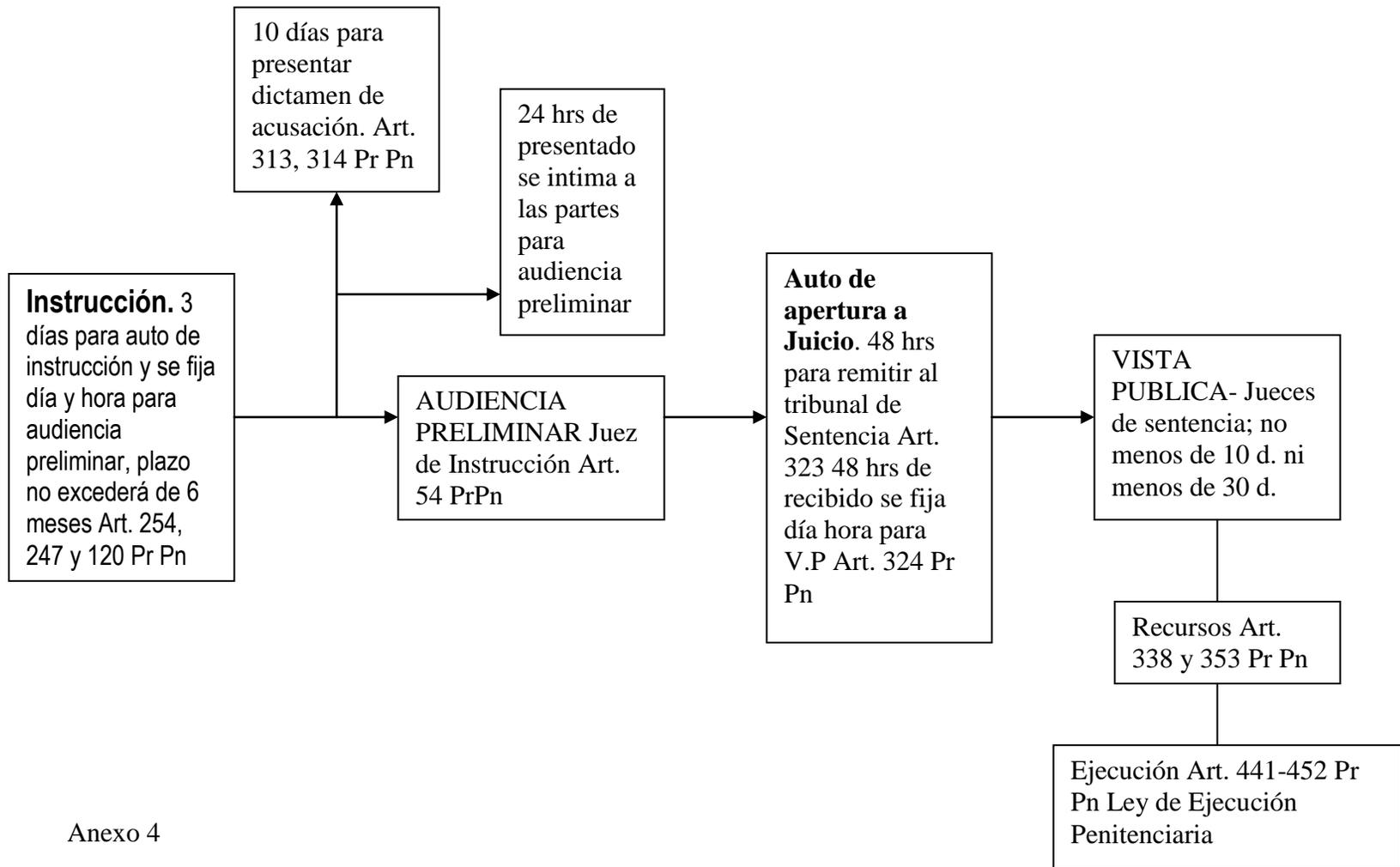
# ESTRUCTURA DEL PROCESO SUMARIO

Art.975 Pr.C



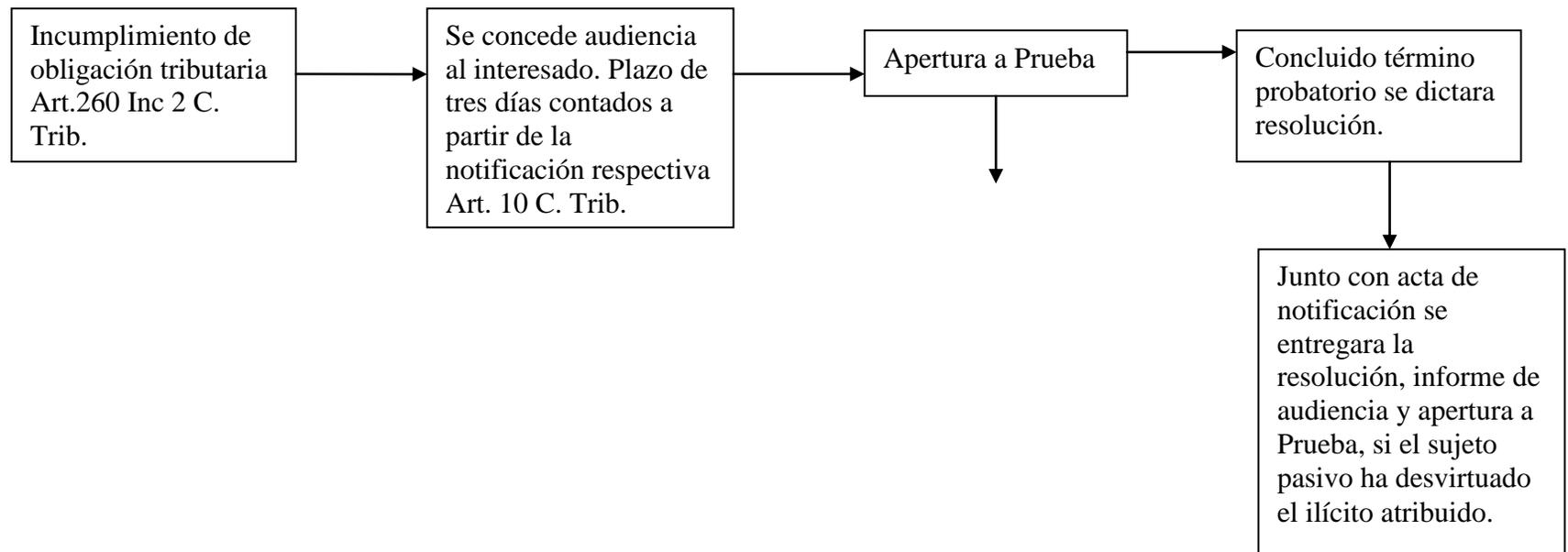
### Estructura del Proceso Penal Común





Anexo 4

## PROCESO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION**



Estimado entrevistado:

La Entrevista tiene como propósito obtener información de Profesionales del Derecho acerca del Tema de Investigación *"La Aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho en el Contrato de Mandato y los Efectos Jurídicos de los Actos Realizados por el Mandatario"*, las respuestas obtenidas serán utilizadas dentro de la investigación como un elemento de importancia para esclarecer el tema respectivo, las cuales serán tratadas con confidencialidad del caso; no es necesario que aporte su nombre a la entrevista, agradecemos de antemano su cooperación.

Institución: \_\_\_\_\_

Cargo que desempeña: \_\_\_\_\_

1- ¿Que es para usted la Teoría del Abuso del Derecho? \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

2- ¿Considera usted que de alguna manera existe abuso de los derechos en las relaciones contractuales? \_\_\_\_\_

3- ¿Si de la pregunta anterior su respuesta es afirmativa, ¿Mencione algunos ejemplos donde se aplica la Teoría del Abuso del Derecho al contrato de mandato? \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

4- ¿Hasta que punto considera usted que nuestra legislación común permite al mandatario excederse de los límites conferidos en el contrato de mandato? \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

5- ¿Qué clase de responsabilidades le puede acarrear al mandatario al excederse de los límites conferidos en el contrato de mandato cuando abusa de sus derechos? \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

6- ¿Qué acciones considera usted que puede ejercer el mandante para poder resarcir el daño ocasionado por el mandatario en el ejercicio abusivo del derecho conferido en el contrato de mandato? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

7- ¿Considera usted que el Órgano Judicial al aplicar un criterio amplio y de sana crítica de las normas jurídicas que están diseminadas en nuestra legislación pueden reducir el ejercicio abusivo del derecho en los contratos de mandato? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

8- ¿Cuáles cree usted que son los efectos jurídicos que se pueden producir de los actos realizados por el mandatario en el ejercicio abusivo del derecho? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

9- ¿Qué es para usted el Cuasicontrato de agencia Oficiosa? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

10- ¿Considera usted que puede aplicarse la Teoría del Abuso del Derecho al Cuasicontrato de Agencia Oficiosa? Por que ? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

11- ¿Cuales son según su opinión las características diferenciadoras entre el contrato de mandato y el cuasicontrato de agencia oficiosa? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION**



Estimado entrevistado:

La Entrevista tiene como propósito obtener información de Profesionales del Derecho acerca del Tema de Investigación *"La Aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho en el Contrato de Mandato y los Efectos Jurídicos de los Actos Realizados por el Mandatario"*, las respuestas obtenidas serán utilizadas dentro de la investigación como un elemento de importancia para esclarecer el tema respectivo, las cuales serán tratadas con confidencialidad del caso; no es necesario que aporte su nombre a la entrevista, agradecemos de antemano su cooperación.

Institución: \_\_\_\_\_

Cargo que desempeña: \_\_\_\_\_

**PREGUNTAS DE ENTREVISTA**

- 1- ¿Considera usted que existe abuso de los derechos en las relaciones jurídicas en materia contractual? SI\_\_ NO\_\_
- 2- ¿Si de la pregunta anterior su respuesta es afirmativa, considera usted que es real el ejercicio abusivo del derecho en el contrato de mandato? SI\_\_ NO\_\_
- 3- ¿Hasta que punto la legislación salvadoreña le permite al mandatario excederse de los límites conferidos en el contrato de mandato?  
NADA\_\_ POCO\_\_ MUCHO\_\_
- 4- ¿Considera usted que el mandatario al excederse de los límites conferidos en el contrato de mandato le origina responsabilidades civiles y penales?  
SI\_\_ NO\_\_
- 5- ¿Qué acciones considera usted que puede ejercer el mandante para poder resarcir el daño ocasionado por el mandatario en el ejercicio abusivo del derecho conferido en el contrato de mandato?
  - a- Iniciar un Juicio Civil Sumario de Resarcimiento de Daños y Perjuicios \_\_\_\_\_
  - b- Iniciar un Proceso Penal \_\_\_\_\_
  - c- Otros \_\_\_\_\_

6- ¿Cree usted que la falta de normativa expresa, precisa y determinante en la legislación salvadoreña respecto al Abuso del Derecho daña a la sociedad en el ámbito social, político y económico? SI\_\_ NO\_\_

Por Que? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

7- ¿Considera usted que el Órgano Judicial al aplicar un criterio amplio y de sana crítica de las normas jurídicas que están diseminadas en nuestra legislación pueden reducir el ejercicio abusivo del derecho en el contrato de mandato? SI\_\_ NO\_\_

¿Por Que? \_\_\_\_\_

8- ¿Cree usted que el Órgano Judicial actualmente está capacitado para aplicar un criterio amplio y por ende reducir el ejercicio abusivo en el contrato de mandato? SI\_\_ NO\_\_

Por Que? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

9- ¿Qué recomendación o sugerencia podría agregar para la solución del problema del Abuso del Derecho en el contrato de Mandato?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_