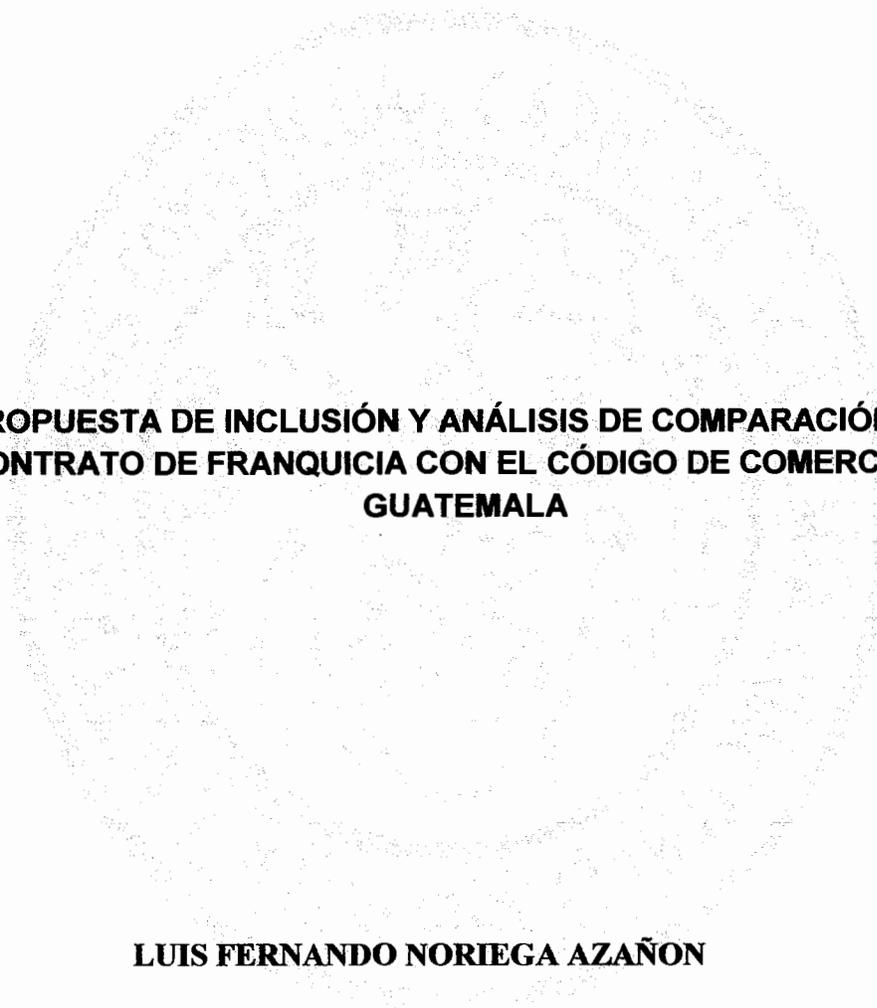


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**PROPUESTA DE INCLUSIÓN Y ANÁLISIS DE COMPARACIÓN DEL
CONTRATO DE FRANQUICIA CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE
GUATEMALA**

LUIS FERNANDO NORIEGA AZAÑÓN

GUATEMALA, JULIO DE 2012

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

**PROPUESTA DE INCLUSIÓN Y ANÁLISIS DE COMPARACIÓN DEL
CONTRATO DE FRANQUICIA CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE
GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS FERNANDO NORIEGA AZAÑÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2012

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

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Fase privada

Presidente:	Licda. Eloísa Mazariegos Herrera
Secretario:	Licda. Jennie Aimee Molina Moran
Vocal:	Lic. German Augusto Gómez Cachin

Fase Pública

Presidente:	Lic. José Dolores Bor Sequen
Secretario:	Lic. Carlos Alberto Velázquez Polanco
Vocal:	Lic. Víctor Manuel Soto Salguero

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

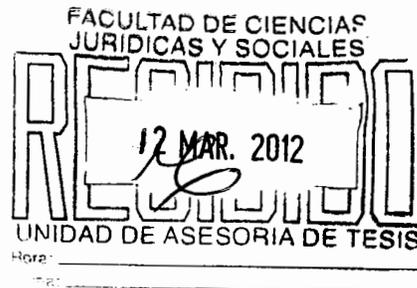


Lic. Edi Leonel Pérez
Abogado y Notario

Guatemala, 12 de marzo 2012

Licenciado:

Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

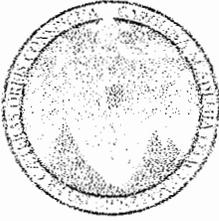


Respetable Licenciado:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución de fecha doce de agosto del año dos mil once, he asesorado el trabajo del Bachiller: **LUIS FERNANDO NORIEGA AZAÑÓN**, denominado: **“PROPUESTA DE INCLUSIÓN Y ANÁLISIS DE COMPARACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA.”**

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- I. La investigación efectuada tiene un contenido científico y técnico en el campo del derecho mercantil, especialmente en el contrato de franquicia, cuya aplicación practica es de gran utilidad en la actividad comercial guatemalteca, principalmente en actividades hoteleras y restaurantes de comida rápida, por lo que es necesaria su inclusión en la normativa vigente den Guatemala.
- II. Con respecto a la metodología y técnica de investigación, fueron utilizadas de conformidad con el tema investigado y el plan aprobado, y para el efecto el método utilizado fue el analítico, como consecuencia del análisis del contrato de franquicia tanto a nivel nacional aplicando la normas del Código Civil, además la normativa a nivel internacional para la celebración y efectos jurídicos de dicha contratación
- III. El estudiante Noriega Azañon observo y aplicó las instrucciones y recomendaciones presentadas por mi persona, relativas a la redacción y puntuación, dentro de la técnica de la investigación jurídica.

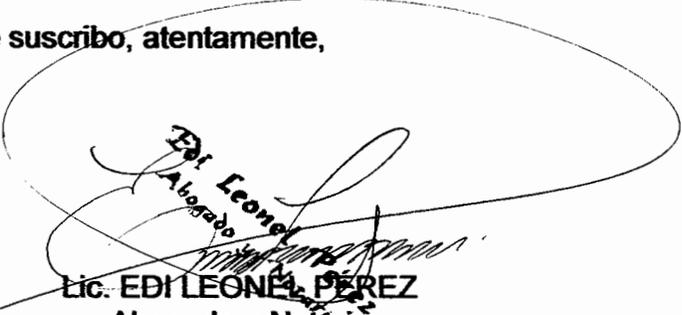


Lic. Edi Leonel Pérez
Abogado y Notario

- IV. Respecto a la contribución científica del tema, esta procedió concretamente en desarrollar una investigación de carácter descriptiva tomando en consideración el contrato atípico mercantil de franquicia y su relación con el Código de Comercio guatemalteco, con la finalidad de conocer los diferentes puntos de vista de autores nacionales y extranjeros de dicho contrato.
- V. Las conclusiones y recomendaciones, son acordes con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte a los diversos estudios realizados en el derecho mercantil principalmente en el área de contratos atípicos mismos que tienen gran proyección y aceptación en el ámbito comercial guatemalteco.
- VI. En cuanto a las fuentes y legislación bibliográfica consultada, esta son suficientes y adecuadas al tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros en el ámbito del derecho mercantil principalmente en los contratos atípicos.
- VII. El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiantes, profesionales del derecho, y comerciantes guatemaltecos quienes a través del contrato de franquicia desarrollan su actividad habitual, determinando los derechos y obligaciones que genera dicha contratación.

Por lo antes indicado, considero que el trabajo de investigación del bachiller: **LUIS FERNANDO NORIEGA AZAÑON**, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi **DICTAMEN FAVORABLE** para continuar con el trámite respectivo.

Sin otro particular me suscribo, atentamente,


Lic. EDILEONEL PÉREZ
Abogado y Notario
Colegiado 8,226



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintiuno de marzo de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **VICTOR HUGO GIRÓN MEJIA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **LUIS FERNANDO NORIEGA AZAÑÓN**, CARNE NO. 200320542, intitulado: **"PROPUESTA DE INCLUSIÓN Y ANÁLISIS DE COMPARACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA"**

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

M. A. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
LEGM/jrvch.



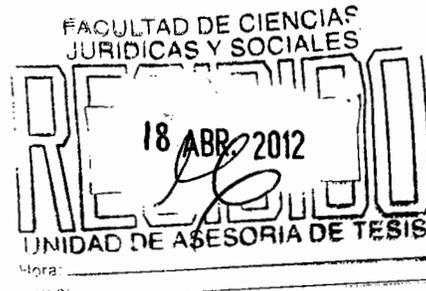
LIC. VÍCTOR HUGO GIRÓN MEJÍA

Abogado y Notario
10ª. Avenida 3-68 zona 4
Guatemala, teléfono 5010-7807



Guatemala, 18 de abril de 2012

Señor Jefe:
De la Unidad de Tesis
Licenciado Luis Efraín Guzmán Morales
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado:

En atención al nombramiento de fecha veintiuno de marzo del año en curso, en donde se me designa como REVISOR de tesis, del estudiante **LUIS FERNANDO NORIEGA AZAÑÓN**, respecto a su trabajo de tesis intitulado **"PROPUESTA DE INCLUSIÓN Y ANÁLISIS DE COMPARACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA"**, con el objeto de informar sobre mi labor y oportunamente emitir dictamen respectivo:

- I. El estudio desarrollado en el campo del Derecho Mercantil, tiene como propósito analizar una actividad que se ha desarrollado en los últimos años en Guatemala, que a pesar de no existir regulación específica ya es bastante la práctica mercantil al respecto, por lo que la investigación tiende a requerir la incorporación de la franquicia como contrato específico en el Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio vigente en Guatemala.
- II. Para el desarrollo de la presente investigación fue necesario que el estudiante NORIEGA AZAÑÓN utilizará los métodos y técnicas conforme al tema aprobado y de esa cuenta se utilizó el método analítico, debiendo desarrollar un análisis cualitativo y cuantitativo del contrato de franquicia, así como la técnica de la interpretación tomando en consideración que dicha contratación trasciende el ámbito nacional.
- III. Con respecto a la redacción, puntuación y ortografía que contiene el informe final de la presente integración en el campo del Derecho Mercantil, se considera acorde a la técnica jurídica y lo que para el efecto recomiendan las directrices del Diccionario de la Real Academia Española.
- IV. Por la importancia y aplicación práctica del contrato de franquicia fue necesario, además analizar la trascendencia económica, social y laboral que



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, dieciocho de junio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante LUIS FERNANDO NORIEGA AZAÑÓN titulado PROPUESTA DE INCLUSIÓN Y ANÁLISIS DE COMPARACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

CEHR/iycr



ACTO QUE DEDICO

A DIOS:

El ser supremo, quien con su misericordia guió mi caminar para poder alcanzar el triunfo que hoy obtengo.

A LA VIRGEN DE DOLORES:

Porque en los momentos de desesperación, siempre encontré tu misericordia madre amada.

A MIS PADRES:

Miguel Romeo Noriega Berreondo (Q.E.P.D.), y Alcira Leonor Azañon Argueta, quienes supieron guiarme por el camino correcto, por su apoyo incondicional, que este triunfo sea motivo de orgullo y satisfacción como recompensa por todos los sacrificios hechos por mí.

A MI ESPOSA:

Wendy Maritza Salazar Ruiz, a quien agradezco su amor, comprensión, apoyo y decirle que este triunfo no solo es mío sino de ambos.

A MIS HERMANOS:

María Angela y Manuel Antonio. Quiero que sea ejemplo para ellos y que observen que los sacrificios tarde o temprano tienen sus recompensas.

A MIS AMIGOS:

Por su apoyo, aprecio y fraternal amistad.

A LOS PROFESIONALES:

Licenciados. Irma Leticia Mejicanos Jol, y José Antonio Morales Sandoval, por compartir sus conocimientos con paciencia y comprensión.

A:

La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser el bastión de mis conocimientos y encausarme por el camino de la sabiduría.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho Mercantil	1
1.1. Aspectos generales	1
1.2. Origen	2
1.2.1. Edad Antigua	3
1.2.2. Edad Media	7
1.2.3. Edad Moderna	13
1.2.4. Evolución del derecho mercantil en Guatemala	14
1.3. Concepto.....	16
1.4. Principios doctrinarios	18
1.5. Características	20
1.5.1. Es poco formalista	21
1.5.2. Inspira rapidez y libertad en los medios	21
1.5.3. Adaptabilidad	22
1.5.4. Tiende a ser internacional	22
1.5.5. Posibilita la seguridad del trafico jurídico	23

CAPÍTULO II

2. Los comerciantes	25
2.1. Aspectos generales	25
2.2. Origen	26
2.2.1. El comercio fenicio	29



2.2.2. El comercio medieval	31
2.2.3. El comercio moderno	36
2.2.4. El comercio contemporáneo	37
2.2.5. El comercio formal	38
2.2.6. El comercio informal	39
2.3. Clasificación	40
2.3.1. Comerciante individual	40
2.3.2. Comerciante social	40
2.3.3. Extranjeros comerciantes	41
2.3.4. Cónyuges comerciantes	42
2.4. Autorización	42
2.5. Regulacion legal	47

CAPÍTULO III

3. Los contratos mercantiles típicos y atípicos	49
3.1. Características de los contratos mercantiles típicos	49
3.2. Clasificación de los contratos mercantiles típicos	53
3.3. Los contratos mercantiles atípicos	65
3.3.1. Aspectos generales	65
3.3.2. Concepto	72
3.4. Clasificación de los contratos atípicos mercantiles	73
3.4.1. Contrato atípico de transferencia de tecnología know-how	73
3.4.2. Contrato atípico –joint-venture	75
3.4.3. Contrato atípico de leasing	76
3.4.4. Contrato atípico de factoring	78
3.4.5. Contrato atípico de un derwriting	80
3.4.6. Contrato atípico de franquicia	81



3.5. Formas de celebración	83
----------------------------------	----

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de inclusión y análisis de comparación del contrato de franquicia con el Código de Comercio de Guatemala.....	87
4.1. Aspectos generales de los auxiliares de los comerciantes	87
4.2. Aspectos generales de la franquicia	94
4.3. Análisis de las disposiciones legales utilizadas en el contrato de franquicia	97
4.4. Normas internacionales relativas al contrato de franquicia	98
4.5. Efectos jurídicos y comerciales de la celebración del contrato de franquicia	101
CONCLUSIONES	103
RECOMENDACIONES	105
BIBLIOGRAFÍA	107



INTRODUCCIÓN

La presente investigación se justifica, ya que en un principio surgen hoteles y restaurantes de lujo al alcance de las clases acomodadas que cobran tarifas que son imposibles de pagar para los demás, pero con el surgimiento de la sociedad del bienestar, comienzan a surgir otros lugares más modestos y al alcance de todos los bolsillos. La evolución ha sido tan espectacular que actualmente casi todas las personas que viven en países desarrollados tienen acceso a viajar y alojarse en establecimientos dignos, lo que ha dado lugar a la creación de una de las industrias más poderosas del mundo: el turismo.

Asimismo, el problema se define en que la práctica del comercio siempre se ha caracterizado por desplazarse de un lugar a otro, en busca de mercados especialmente, y para ello el comerciante se ha preocupado por tener sucursales, agencias o representantes de su actividad económica, en plazas distintas a aquella que ha surgido su empresa, ya sea dentro del país de origen o en uno distinto, a veces teniendo que recorrer grandes distancias.

Los objetivos planteados: Con la presente investigación, se tratará de determinar cuál es el régimen jurídico nacional e internacional aplicado al contrato de franquicia en Guatemala, y las razones por las cuales no está legislado; investigar en forma documental, teórica y práctica el régimen jurídico nacional e internacional del contrato de franquicia; conocer las diferentes normativas a nivel internacional con respecto al tema central de la presente investigación, así como los efectos mercantiles y comerciales; dar a conocer el aspecto doctrinario y legal del contrato de franquicia.

Asimismo, la hipótesis propuesta fue: Para lograr la certeza jurídica en la relación contractual, es necesario que existan normas vigentes, para que las partes contratantes conozcan los derechos y obligaciones inherentes al convenio celebrado. Al no existir una norma específica, es necesaria su implementación, principalmente en el área



específica y para el efecto es necesario incorporar al Código de Comercio guatemalteco contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, los contratos atípicos mercantiles, ya que la aplicación práctica de ellos es bastante cotidiana y principalmente, el de franquicia por la relevancia social, económica y jurídica que realiza.

El término más importante de la investigación, fue en base al contrato mercantil atípico de franquicia, ya que representa para Guatemala la adquisición de servicios internacionales; la importancia de las normas internacionales, del contrato de franquicia y su incidencia en la actividad de prestación de servicios en Guatemala.

La presente investigación, está dividida en cuatro capítulos iniciando el primero con el derecho mercantil; el segundo hace referencia a los comerciantes; el tercero, se refiere a los contratos mercantiles típicos y atípicos; en el cuarto se presenta la propuesta de inclusión y análisis de comparación del contrato de franquicia con el Código de Comercio de Guatemala.

Los métodos utilizados fueron el deductivo, tomando en cuenta que una vez obtenida la información y el conocimiento general se hará un análisis sobre el régimen jurídico nacional e internacional del contrato de franquicia y su falta de regulación en la legislación guatemalteca; el inductivo, la importancia de éste método es en cuanto a la obtención de conocimientos de carácter particular. Asimismo, la técnica a utilizar será la del fichaje, ya que consiste en la ordenación de los documentos y libros de consulta de todo el material bibliográfico recopilado en fichas bibliográficas, en el cual se incluirá el nombre del autor, el título de la obra, el País, la edición y el año entre los datos más relevantes que servirán para las referencias bibliográficas.

El desarrollo de este trabajo de investigación es de gran importancia para el ámbito de la contratación mercantil pues se observan dudas sobre este contrato atípico, por lo que se tornó imperativo el sentar precedente sobre dicha temática.



CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil

El derecho mercantil, es una rama del derecho privado que tiene por objeto de estudio las relaciones entre los comerciantes y de estos con sus clientes a través de la celebración de contratos mercantiles y particularmente para el caso de Guatemala existen algunos contratos regulados en la ley y otros no pero que en la practica se conocen como típicos y atípicos, ambos de gran aplicación practicada en el comercio guatemalteco no solo nacional si no también internacional.

1.1. Aspectos generales

La disciplina jurídica que tiene por objeto de estudio la actividad profesional de los comerciantes, indicando la clasificación de los mismos, las cosas mercantiles, también conocidas como títulos de crédito y las obligaciones y contratos mercantiles se denomina derecho mercantil, que es una rama del derecho privado. Fundamentalmente el derecho mercantil, en su aplicación práctica contiene normas codificadas y no codificadas, ya que el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, regula las actividades antes indicadas, sin embargo en la práctica se ponen de manifiesto los denominados contratos atípicos, es decir aquellos que no se encuentran regulados en la ley, sin embargo, en Guatemala son múltiples las



contrataciones que celebran los comerciantes de dichos contratos como una forma practica de aplicar normas mercantiles.

Se considera al derecho mercantil, como una rama del derecho privado que tiene por objeto de estudio las relaciones de los individuos que ejecutan actos de comercio o que se denominan comerciantes.

Por su parte, el tratadista Guillermo Cabanellas, define al derecho mercantil de la siguiente manera: “El derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil, así como los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambio, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión. Además, comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias y bursátiles, la contratación peculiar de los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el derecho marítimo y lo relativo a suspensión de pagos o quiebras.”¹

1.2. Origen

En la actualidad, existe diversidad de tratados, estudios y teorías, que tratan de explicar

¹ Guillermo Cabanellas. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 654

el origen del derecho mercantil, dicha disciplina jurídica ha evolucionado en diversas épocas, mismas que se describen por su importancia a continuación:

1.2.1. Edad antigua

Al estudiar el fenómeno comercio, su origen está en las relaciones creadas con motivo de la satisfacción de las necesidades materiales; relaciones que hicieron aparecer las primitivas operaciones de cambio, la práctica del transporte marítimo y la función del intermediario.

Entre los grupos vecinos de población, como en los lugares del litoral, en los cuales se hacían desembarcos, se efectuaron cambios mudos o silenciosos; pero en ésta clase de cambios y en los que más tarde se llevaron a cabo, indudablemente lo que más se practicó fue la comunicación por las rutas del mar, por la carencia de vías de comunicación terrestre en el interior de los países. El límite insalvable que el Monte Carmelo puso a los fenicios para las vías terrestres, así como lo accidentado y tan poco accesible de los terrenos griegos, obligaron a unos y a otros a los viajes por mar, a la visita de diversas ciudades e inclusive a la formación de colonias. Esos viajes de mercaderes a lo largo de los mares del sur y del norte de Europa hicieron que en los lugares de desembarque se fueran reuniendo los usos o las prácticas con las cuales resolvían sus asuntos. Y por esa razón se afirma que el derecho mercantil nació en el mar.

- **Egipto**

No obstante la importancia de su situación geográfica entre Asia y Europa, y lo grandioso de su historia, de la cual cabe señalar el dominio sobre Fenicia y sobre los Hebreos y de su gran comercio, lo indicado por Herodoto, relativo a que uno de los faraones autorizó a los mercaderes griegos que llegaban a Egipto, en sus expediciones de comercio, para que sus propios jueces conocieran de sus controversias.

- **Pueblo hebreo**

Dicha población principalmente comerciante y como consecuencia de ello logra desarrollar sus actividades mercantiles en tiempos de Salomón. Los hebreos tienen el dominio del comercio terrestre, como los fenicios, el del marítimo. “La historia refiere la alianza de Salomón con Hiram de Tiro su suegro, con quien parece haber formado una especie de sociedad comercial, y con quien organizaba grandes expediciones mercantiles. Las naves de ambos iban a Ophir por el Mar Rojo en busca de oro, plata, marfil, monos y pavos reales.”² Un aspecto de gran relevancia es que los hebreos no regularon disposiciones relativas al comercio.

- **Fenicia**

Entre el Monte Carmelo y el mar, las ciudades importantes de Fenicia fueron las del litoral, siendo las principales las de Tiro y Sidón. A la decadencia de Egipto, los fenicios

² Rafael Zea Ruano. *Lecciones de derecho mercantil*. Pág. 81

se libran del vasallaje y desarrollan con libertad; se dedicaron a los viajes por mar y a la colonización; formaron colonias en Asia Menor, Grecia, Malta, Italia, España, África, entre otros.

Los fenicios extendieron su comercio por el Mediterráneo y en virtud de la alianza con los hebreos dominaron el comercio del Mar Rojo, comerciaron con plata, cobre y estaño, que llevaban del oeste; y con oro y marfil, del sur de Arabia y África. La industria fenicia se extendió a las actividades de la sedería, cristalería y orfebrería, a los tintes y púrpura de tiro. Los fenicios instituyeron el registro comercial, aplicaron la astronomía a la navegación e igualmente usaron pesas y medidas.

- **Grecia y Rodas**

Los griegos también se vieron en la necesidad de realizar sus actividades mercantiles por las vía del mar, a causa de la imposibilidad de sus comunicaciones antes citadas por tierra, y en sus visitas a diversas ciudades establecieron colonias. Su importante legislación comercial surgió en Atenas y en la Isla de Rodas, habitada por una colonia formada por dorios.

En la legislación ateniense, cuyas disposiciones son en gran manera parte destinadas al comercio marítimo y en parte menor al terrestre, se encuentran muchas leyes de orden administrativo y ordenamiento de contratos como la comisión y el préstamo a la gruesa ventura. Dichas leyes recibieron gran influencia de las leyes rodias. Éstas fueron



estimadas como el derecho comercial del mar, y se asegura que estuvieron en vigor en todos los mares antes de la edad media. Una de sus instituciones principales fue el echazón que consistía, que para aligerar el peso de la carga en un buque él capitán lanzaba mercadería al mar sin mayor responsabilidad. En general se clasifican en leyes penales y leyes de policía. Algunas se refieren a los delitos que pueden cometerse entre los tripulantes, y a los que se cometen con relación al buque y al cargamento, tanto por las personas de la tripulación como por los pasajeros o los extraños. Las otras normas relativas al echazón y a los siniestros marítimos. Por otra parte, las leyes rodias llegaron a ser declaradas leyes del Imperio Romano.

- **Roma**

Para estudiar el desenvolvimiento del derecho mercantil en Roma hay que tener en cuenta que el ejercicio del comercio se juzgaba como actividad denigrante para el ciudadano romano, de tal manera que actividades extranjeras, para cuyas diferencias o controversias se instituyó el pretor peregrinus, que era el funcionario que se vio obligado a la aplicación del derecho extranjero en unos casos; y en otros, a la aplicación de la equidad para fallar en conciencia; de aquí resulta otro aspecto de importancia, como es el relativo a la validez del uso o la costumbre para la solución de los casos; y sin duda es esta actuación del pretor peregrinus, suficiente por ellos mismos quien para llenar el campo de las relaciones mercantiles, la explicación de porque Roma, tan grande en el derecho, haya dejado tan poco en el campo del derecho mercantil, y aun más, se haya visto en la necesidad de incorporar a su derecho las leyes rodias.



Del derecho romano son las acciones receptis, exercitoria y la insitoria. La primera que era contra el capitán de la nave y los posaderos, por las mercaderías, equipajes, efectos y animales de carga, de pasajeros y trajinetes. Por otra parte, la acción exercitoria, se dió contra el dueño de la nave por las obligaciones que fueron contraídas por el capitán; y la segunda, la insitoria, en contra el dueño de un negocio de comercio por las obligaciones contraídas por el factor. Y por la influencia de las leyes rodias, los romanos regularon la echazón y el préstamo a la gruesa ventura.

1.2.2. Edad Media

El estudio del derecho mercantil durante esta época, obliga al conocimiento de varias cuestiones importantes, como las que se referían al espíritu de comunidad que privó entonces, del cual se originaron las asociaciones que impulsaron las actividades del comercio y que a la vez instituyeron sus propios tribunales, instituciones de suma trascendencia como la Liga Hanseática, el interés del dinero, la letra de cambio, los seguros y las compilaciones de leyes.

En el gremio o en las asociaciones de comerciantes, los tribunales instituidos tuvo la forma de consulado, el cual además de la función judicial, desempeñaba funciones de mera administración. En el correspondiente reglamento se recogían los usos o costumbres de la época; y los tribunales con la aplicación de los usos en los asuntos de los que conocían fueron vigorizando el derecho consuetudinario.

La Liga Hanseática tuvo su origen en la alianza de Lubeck, ciudad de industria y de comercio, con dominio en el Báltico, con Hamburgo que tenía su dominio en el fardel Norte. Esa alianza se buscó por la amenaza de la piratería. En el siglo XIII, la Liga Hanseática llegó a contar con las principales ciudades de Alemania; a mediados del siglo XIV la confederación era de 77 ciudades y en el siglo XV llegó a tener 125 ciudades, 85 confederadas alemanas y 40 extranjeras aliadas. De esta liga que luchó contra la piratería y contra el abuso de los señores feudales, hay que señalar en particular que por la relación con las ciudades italianas, varias de las ciudades confederadas tuvo su derecho mercantil en forma estatutaria. Las normas que se acordaron en las asambleas de la Liga Hanseática fueron aplicadas especialmente en el mar del norte. Dentro de las principales actividades que se desarrollaron se encuentran las siguientes:

- a) **Intereses del dinero:** Las utilidades que se obtenían por los mercaderes y el abuso en el cobro de los intereses en los préstamos en dinero, fueron las causas por las cuales los gobiernos fijaron el máximo interés que debía pagarse. Esa limitación y las consiguientes prohibiciones trajeron como consecuencia la industria clandestina del préstamo del dinero, especialmente ejercida por los judíos, pero también por lombardos y toscanos. Los usureros establecieron bancos en los diversos países de Europa y concedieron préstamos a los particulares y a los estados.
- b) **Letra de Cambio:** Durante la edad media, las transacciones se celebraban en plata u oro de acuerdo al peso del metal; por lo general los pagos se hacían en plata y la

base que se tomaba era el marco de 8 onzas, de 24 quilates, sobre todo por la diferencia de monedas en los diversos países. Pero la moneda no tuvo valor seguro, acaso más que todo porque los reyes tomaron como ingreso de sus rentas la alteración o falsificación de la moneda y porque lo difícil de las comunicaciones entre países facilitaba la falsificación, tal como sucedía con la moneda romana en Alemania, por ejemplo. Los comerciantes entonces dispusieron el pago en mercaderías de igual valor a las recibidas o bien en barras de oro o plata; y acostumbraban también la compra de metales no acuñados con el precio de las mercaderías realizadas para llevarlas como efectivo a sus lugares.

Como remedio de aquella situación, los bancos recibieron depósitos, que eran entregados más tarde con vista a la orden del depositante, o daban en cambio la orden para que el corresponsal del banco de su domicilio entregara el depósito en su residencia. La transmisión del dinero presentaba muchas dificultades y por ello se generalizó el empleo de las letras de cambio.

Se establece que los primeros en usar letras de cambio fueron los judíos desterrados de Francia en distintas épocas, aunque también se atribuye la iniciación del empleo de este título a los güelfos de Florencia, arrojados de la ciudad por los gibelinos, y que buscaron asilo en Francia y como consecuencia de ello, en esa forma lograron trasladar sus riquezas. Después, los comerciantes dispusieron el arreglo de sus cuentas directamente entre ellos, evitando la intervención de los banqueros, y fue así como nació el giro directo.

Lo interesante de las ferias consiste en las disposiciones que los gobiernos necesitaron de emitir con relación a los pagos de los compromisos contraídos, especialmente cuando por esos pagos se emitían letras de cambio. Así en la feria de Champaña, una de las principales, celebrada entre Italia, Francia y los Países bajos, se originó la disposición relativa a que una letra de cambio firmada en tiempo de feria debía ser pagada en la feria siguiente.

- c) **Seguros:** Los primeros pasos del seguro se dieron al estipular la igualdad de riesgos entre el propietario del buque y los dueños del cargamento, como una especie de seguro mutuo, el cual se hace obligatorio en las leyes rodias.

- d) **Cónsules:** Los Cónsules se instituyeron en el extranjero con el fin de vigilar las transacciones y juzgar los asuntos surgidos entre sus nacionales, con una reglamentación especial. La institución se extendió al interior de los países por solicitud y gestión de los comerciantes, que prefirieron el juicio consular al de los tribunales ordinarios. Las sentencias de los Cónsules fueron dictadas con arreglo a las leyes escritas, a los usos practicados en el país y al buen sentido.

- e) **Compilaciones:** Se ha establecido que son obra del siglo XII, o de fines del siglo XI, pero los datos de mayor veracidad se refieren al siglo XIV. También se atribuyen dichas leyes a la Reina Leonor, duquesa de Guyena, a Ricardo Corazón de León y a Otón, duque de Sajonia; pero tampoco han sido demostradas esas aseveraciones. Lo más aceptado, es que la compilación se originó en el Juzgado de Olerón, quizás

por el escribano encargado del registro de sentencias, que las hizo constar en rollos de pergamino. Las disposiciones de los Roolos de Olerón fueron de gran alivio, pero particularmente en los puertos franceses del golfo de Gascuña, y por ello se ha llegado a la conclusión de que se trata de una legislación de Francia.

- f) **Leyes u ordenanzas de Wisby:** Wisby es una ciudad de la isla de Gotlandia, sus leyes u ordenanzas mercantiles no fueron originales; su contenido de 66 artículos se formó con estatutos de Lubeck, con artículos de los Roolos de Olerón y son usos de Holanda. Sin embargo, su gran importancia consiste en la autoridad de que gozaron en los puertos del Báltico.

- g) **Consulado de Mar:** Sin duda alguna, es la más importante de las compilaciones de disposiciones correspondientes al comercio, de la cual se han publicado múltiples ediciones, en idioma catalán, castellano, italiano, francés, alemán, e inglés. La primera edición impresa de esta compilación se publicó en Barcelona, en idioma catalán.

La autoridad de consulado de mar se extendió a todo el Mediterráneo, y por ello se han disputado su origen Italia, Francia y España, pero tomando en cuenta que las primeras ediciones conocidas son las de Barcelona, la opinión se inclina a que es éste último su lugar de origen. La obra del consulado desde su primera publicación, contiene la compilación de las costumbres marítimas junto con otras leyes, al extremo de formar su contenido con 334 capítulos, de los cuales 252 son propios del



consulado. Estos capítulos fueron ordenados y distribuidos en 14 títulos por Capmany en 1791, con los enunciados siguientes:

“1º. Trata de las obligaciones entre el patrón o naviero, el constructor y los accionistas, en orden a la fábrica y venta del buque; 2º. El segundo de las del contraamaestre, el escribano y de otros oficiales del mar; 3º. De las existencias que existen entre el patrón y los marineros de la tripulación; 4º. De los actos, contratos y condiciones de los fletes entre patrón y cargador; 5º. De la carga, estiba y descarga de los géneros y de los daños causados en ellos en esta maniobra; 6º. De la encomienda del buque y de lo géneros para su viaje; 7º. Del orden y reglas del anclaje de la nave en la rada, en la playa o en el puerto; 8º. De las mutuas obligaciones entre el patrón, los mercaderes y pasajeros embarcados; 9º. De los impedimentos del patrón y mercader para emprender o continuar el viaje. 10º. De la conserva entre naves y de sus condiciones y estilos; 11º. De la echazón y de las demás averías que acontecen en el mar; 12º. De las averías causadas a una nave mercante por insulto de bajeles enemigos o de corsarios; 13º. De las mutuas obligaciones entre el patrón y los interesados en el buque; 14º. De la observancia de los contratos y de la buena fé en la compraventa de las mercaderías.”³ El carácter de los preceptos contenidos en el consulado de mar es puramente doctrinario; no es imperativo; su elaboración no fue igual a la de los Roolos de Olerón, que se formaron con sentencias judiciales.

³ Lorenzo Benito. **Derecho mercantil**. Pág. 111

h) **Ordenanzas:** Antes de llegar a la época de la codificación, se debe indicar la existencia de algunas ordenanzas, como las de Francia, sobre comercio terrestre y el marítimo, de 1673 y 1681, respectivamente; y las ordenanzas de Bilbao de 1736, También hubo ordenanzas en Burgos, Valencia, Sevilla, Barcelona y San Sebastián.

1.2.3. Edad Moderna

Es la época de la codificación del derecho mercantil, Suecia, Dinamarca, Italia y Austria, son los primeros países que emiten y ponen en vigor sus códigos de comercio, Francia emite su código de comercio, que entra en vigor en 1808; un código de carácter objetivo, que luego fue imitado por varios países.

Alemania pone en vigor su código en 1861, en el cual se reconoció la sustantividad del derecho mercantil; y en 1900 aprueba su nuevo código de comercio, en el que vuelve al derecho comercial de la primera época; un código en el que afirma la naturaleza subjetiva de su derecho mercantil, que no rige el acto de comercio sino a los comerciantes. España, que desde 1737 había unificado sus diversas ordenanzas con las de Bilbao, que fueron revisadas en 1839, y después de éste ha tenido dos códigos más.

Todos los estados americanos tienen códigos de comercio, e igualmente existe este cuerpo de leyes en la mayoría de los países de Europa, a excepción de Suiza, que se rige por su código federal de las obligaciones; Italia, que también ha unificado los

derechos civil y mercantil, pero que conserva su ley cambiaria, e Inglaterra que se rige por Common Law, aunque tiene leyes especiales sobre sociedades, letra de cambio y quiebra.

1.2.4. Evolución del derecho mercantil en Guatemala

La actividad comercial, es una práctica que se ha realizado desde el inicio de la sociedad; por consiguiente, en Guatemala también desarrollaban actos de comercio de los enmarcados en el derecho mercantil. Las sociedades indígenas no tenían una regulación de la actividad que desarrollaban, sino que únicamente se realizaba a través del trueque, que era la práctica comercial primitiva y consistía en el intercambio de los productos que necesitaban, unos con los otros, cubriendo de esta forma, las necesidades que le acogían en este tiempo; luego, como principio de una tradición que en la actualidad se mantiene, como es el uso de la moneda como medio de pago, las sociedades indígenas de esta época histórica de Guatemala, principiaron a utilizar el cacao como una especie de moneda de curso legal, para hacer efectivo el pago de los productos que necesitaban y que en un momento determinado debían de adquirir.

Conforme el desarrollo histórico de la humanidad, ocurren fenómenos que procedieron a darle un cambio a la estructura que se mantenía en este tiempo de las sociedades existentes; como es el descubrimiento de América y la conquista de los españoles de los diferentes territorios descubiertos, marcando de esta forma, una nueva etapa dentro de la evolución de la sociedad, puesto que la injerencia de nuevas costumbres tenía

forzosamente que darle un carisma diferente a la sociedad actual que existía; cierto es que el territorio guatemalteco no podía quedar al margen de dichos cambios, teniendo por consecuencia un nuevo auge las relaciones intercomerciales, que hasta el momento se efectuaban los diferentes grupos sociales que ocupaban el territorio mencionado.

Durante mucho tiempo, las relaciones mercantiles de la colonia con España, estuvieron bajo la jurisdicción de la universidad de los cargadores de las indias. En el año de 1592, se creó el consulado de México y el comercio de Guatemala quedó a cargo de dicho consulado hasta el año de 1743, en que se fundó el consulado de Guatemala. Con la creación de este consulado, España dispuso que en Guatemala se aplicaran las ordenanzas de Bilbao. Posteriormente en el año de 1877, se emitió el primer cuerpo legal que concentrara todo el conjunto de normas jurídicas que tenían por objeto regular las transacciones comerciales; posteriormente se incorporó al código de comercio la unificación del derecho relativo a la letra de cambio, al pagare y al cheque, que siendo una de las reformas más notables al haber ratificado Guatemala en 1913 la convención de la Haya de 1912, y cuyo texto paso a ser el derecho aplicado.

Actualmente la legislación relativa al comercio, se encuentra regulada por el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, que promulga el código de comercio; que de conformidad con los principios fundamentales de su creación, tiene una orientación filosófica moderna, cuyo enfoque objetivo de las instituciones que regula, trata de adecuar diversas doctrinas y teorías del derecho mercantil, encuadrada dentro de una relatividad para dar una unidad que sigue el criterio de la universalidad del



derecho mercantil, encuadrada dentro de las limitaciones que por el tipo de naturaleza, la sociedad guatemalteca implica.

Como se ha establecido y mantenido el criterio del dinamismo del derecho mercantil, y por la necesidad de su cambio constante, en virtud del cambio que sufren las transacciones comerciales, en donde se crean nuevas figuras jurídicas que son parte del campo del derecho mercantil, si es del criterio de que sería necesario realizar una revisión total del código de comercio actual, y establecer si está acorde con el momento histórico y realidad objetiva en que se vive en la sociedad guatemalteca y a nivel internacional, su reforma total, además de la incorporación de algunos contratos mercantiles, conocidos en la actualidad como atípicos.

1.3. Concepto

El derecho mercantil se puede definir como “El conjunto de normas relativas a los comerciantes como tales, a los actos de comercio y a las relaciones jurídicas derivadas de la realización de estos”.⁴

También se le puede denominar derecho comercial y para el efecto se define: “Es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional, desde el punto de vista subjetivo”.⁵

⁴ Cervantes, Raúl. **Derecho mercantil**. Pág. 84

⁵ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 63

“Es la ciencia jurídica del derecho privado, que mediante normas jurídicas regula las relaciones entre comerciantes, también se dice que el derecho mercantil es la ciencia del derecho privado que regula a los actos de comercio y a los comerciantes. Es el sistema de normas jurídicas que regulan las actividades de los comerciantes, los actos de comercio y la actuación de las personas que los realizan, aunque no tengan calidad mercantil.”⁶

“Rama del derecho privado que regula las relaciones de los individuos que ejecutan actos de comercio o que tienen el carácter de comerciantes.”⁷

Para el tratadista Guillermo Cabanellas el derecho mercantil “Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias y bursátiles la contratación peculiar de los negocios mercantiles, los títulos valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el derecho marítimo y lo relativo a suspensión de pagos o quiebras.”⁸

Otras definiciones de esta materia nos las ofrece el autor Luján Muñoz, quien señala: “Se llama derecho público mercantil el conjunto de leyes que reglamentan la libertad de comercio y sus instituciones, no en relación con los derechos privados de los individuos, resultantes de las operaciones mercantiles que practiquen, pues esto pertenece al

⁶ *Ibíd.* Pág. 63

⁷ Mantila Molina, Roberto. **Derecho mercantil.** Pág 148

⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Pág. 654

dominio del derecho mercantil, civil o privado, sino en sus relaciones con el estado y con los intereses o derechos de la sociedad en su generalidad o conjunto".⁹

Es impórtate hacer referencia que el derecho mercantil guatemalteco, regula primordialmente lo relativo a los comerciantes individuales y sociales en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles las cuales se registrarán por las disposiciones del ordenamiento jurídico guatemalteco.

1.4. Principios doctrinarios

Al decir que el derecho mercantil es la rama del derecho privado, que regula las relaciones de los individuos que ejecutan actos de comercio o que tienen calidad de comerciantes. Se cree que esta definición encaja dentro de los principios filosóficos que inspiran al derecho mercantil, no sin antes observar que las características deben funcionar conjuntamente para una correcta interpretación del derecho vigente.

El Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en su Artículo 669 dispone: (Principios filosóficos). "Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretaran, ejecutaran y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales." Aquí, sus disposiciones se aplican a los

⁹ Lujan Muñoz, Jorge. *Del derecho nacional al derecho colonial*. Pág. 48

actos de comercio y a las personas que realizan esa actividad, desean obtener rapidez y eficacia en las respuestas de sus controversias y tener, además, seguridad y firmeza en su realización con el apoyo del principio de la buena fe guardada y la verdad sabida; esta disciplina además de ser simple se requiere que sea más rigurosa, la que opera como base en las relaciones entre los entes que realizan actividades mercantiles dando como resultado actos rectos y honorables.

El tratadista Guillermo Cabanellas indica: “Que principios, son las bases o rudimentos de una ciencia o arte. Que sirven para encontrar soluciones particulares justas y equitativas de los preceptos del derecho.”¹⁰

René Arturo Villegas Lara, enumera los principios de la siguiente manera:

- a) **Buena fe:** Que constituye un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles con la conciencia social imperante.
- b) **Verdad sabida:** Se refiere este principio a la palabra dada por las partes, que se considera como verdad sabida.
- c) **Toda presentación se presume onerosa:** Ya que debido al mismo carácter del derecho mercantil en que es el interés de lucro el que motiva a los comerciantes a realizar los actos comerciales, por lo que se presume que ninguna prestación se realiza en forma gratuita.

¹⁰ Guillermo Cabanellas, **Diccionario de derecho usual**. Pág. 381.

d) **Intención de lucro:** Que se refiere a la motivación de los comerciantes para ejercer el comercio, es decir perseguir una ganancia siempre.

e) **Ante la duda:** Debe favorecer las resoluciones que hagan más segura la circulación, los principios generales del derecho mercantil, son reglas ya descubiertas mediante procedimientos de generalización de la analogía jurídica. Se procede naturalmente por grados, reconociendo los principios de cada una de las ramas jurídicas que constituyen el objeto de la parte general de las distintas disciplinas jurídicas.

Los principios son categorías a la ciencia y a la ley. La ciencia y la ley, lo que hacen es explicar esos principios que son contenidos de conciencia colectiva, constituyen algo novedoso, pues son los que inspiran al derecho.

1.5. Características

Las características de toda rama del derecho devienen de la materia que trata. En el caso del derecho mercantil, el comercio que es su materia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente en los modos de operar, exige rapidez en las formas de negociar, se desenvuelve a nivel nacional e internacional. Estas particularidades inciden en las características que se señalan al derecho mercantil, encontrando entre las más específicas, las siguientes:



1.5.1. Es poco formalista

Los negocios mercantiles se concretan con simples formalidades sólo explicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podría darse fácilmente de otra manera. Por ejemplo, la representación en lo civil exige un contrato de mandato; en cambio, la representación en materia de títulos de créditos se establece por endoso en procuración. Estos casos, sirven para demostrar como el derecho mercantil es poco formalista.

1.5.2. Inspira rapidez y libertad en los medios

El poco formalismo comentado se relaciona con la agilidad del tráfico comercial. El comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible. Al mismo tiempo vive creando formulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar. Esto obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que se le presenta. Un juez, por ejemplo no podría negarse a resolver un conflicto de intereses en el campo comercial pretextando que un negocio no esta regulado por el derecho vigente, ya que si en algún campo el contrato atípico se da con suma facilidad, es en el mundo del hacer comercial.

1.5.3. Adaptabilidad

Esta característica, bien señalada por el Doctor Edmundo Vásquez Martínez, explica la adaptabilidad de la siguiente manera: “El comercio es una función humana que cambia día a día. Por diversos motivos, políticos, científicos o culturales, las formas de comerciar se desenvuelven progresivamente. De ello resulta que la legislación siempre va en reverso de la práctica. Entonces, una característica de este derecho para tomarse en cuenta es que, en su contexto general, debe irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial.”¹¹

1.5.4. Tiende a ser internacional

La producción de bienes y servicios no es exclusivamente para el comercio local de una sociedad organizada políticamente. Se produce para el mercado interno y para el mercado internacional. Ello obliga a que las instituciones jurídicas tiendan a ser uniformes porque así se permite la facilidad del intercambio a nivel internacional. El mundo moderno ha visto logros importantes en este aspecto y un ejemplo de ello es la uniformidad que se ha dado en materia de títulos de crédito. Todo los países, en menor o mayor escala, tienden a abarrotar el mercado extranjero con sus mercancías; y de ahí que organismos internacionales, como Naciones Unidas, fomenten el estudio y sistematización del derecho mercantil internacional.

¹¹ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones del Derecho Mercantil**. Pág. 21



1.5.5. Posibilita la seguridad del tráfico jurídico

El valor seguridad jurídica, lo explica la filosofía del derecho como la observancia de mecanismos consagrados para el surgimiento de la normatividad, dentro de los cuales se encuentra la forma de contratar. ¿Cómo se garantiza entonces la seguridad si la formalidad es incipiente en el tráfico mercantil? en la observancia estricta de que la negación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior pueda desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse. Ante un conflicto entre la seguridad del tráfico mercantil y la seguridad del derecho, Vásquez Martínez indica lo siguiente: “El derecho mercantil tiende a garantizar la primera lo cual se traduce en la subordinación de la realidad a la apariencia jurídica.”¹²

¹² *Ibíd.* Pág. 21





CAPÍTULO II

2. Los comerciantes

El comerciante es aquella persona física o jurídica, nacional o extranjera, que se dedica habitualmente a la comercialización de bienes, entendida como una etapa intermedia entre la de producción y la de consumo, suponiendo el traspaso de la propiedad de los bienes de un sujeto a otro.

2.1. Aspectos generales

El comerciante es aquella persona física o jurídica, nacional o extranjera, que se dedica habitualmente a la comercialización de bienes, entendida como una etapa intermedia entre la de producción y la de consumo, suponiendo el traspaso de la propiedad de los bienes de un sujeto a otro.

En derecho mercantil hace alusión a su materia de estudio subjetiva, es decir a las personas que son objeto de regulación. Se considera sujeto mercantil a toda persona que realiza un acto de comercio.

Sin embargo, cabe hacer una primera clasificación entre las personas que realizan un acto de comercio ocasional y aquellas que se dediquen al comercio de forma habitual, los primeros son los sujetos accidentales de comercio y los segundos comerciantes. El

que compra algo en la tienda no es un comerciante, pero realiza un acto de comercio, por tanto decimos que es un sujeto accidental de comercio.

2.2. Origen

Los orígenes del comercio se remontan a finales del neolítico, cuando se descubrió la agricultura. Al principio, la agricultura que se practicaba era una agricultura de subsistencia, donde las cosechas obtenidas eran las justas para la población dedicada a los asuntos agrícolas. Sin embargo, a medida que iban incorporándose nuevos desarrollos tecnológicos al día a día de los agricultores, como por ejemplo la fuerza animal, o el uso de diferentes herramientas, las cosechas obtenidas eran cada vez mayores. Así llegó el momento propicio para el nacimiento del comercio, favorecido por dos factores:

“a) Las cosechas obtenidas eran mayores que la necesaria para la subsistencia de la comunidad. b) Ya no era necesario que toda la comunidad se dedicara a la agricultura, por lo tanto parte de la población empezó a especializarse en otros asuntos, como la alfarería o la siderurgia. Por lo tanto, los excedentes de las cosechas empezaron a intercambiarse con otros objetos en los que otras comunidades estaban especializadas. Normalmente estos objetos eran elementos para la defensa de la comunidad (armas), depósitos para poder transportar o almacenar los excedentes alimentarios (ánforas,

etc.), nuevos utensilios agrícolas (azadas de metal...), o incluso más adelante objetos de lujo (espejos, pendientes, etc.).”¹³

Este comercio primitivo, no sólo supuso un intercambio local de bienes y alimentos, sino también un intercambio global de innovaciones científicas y tecnológicas, entre otros, el trabajo en hierro, el trabajo en bronce, la rueda, el torno, la navegación, la escritura, nuevas formas de urbanismo, y un largo etcétera. En la península ibérica este periodo se conoce como el orientalizante, por las continuas influencias recibidas de oriente. En este momento es cuando surge la cultura ibérica.

Además del intercambio de innovaciones, el comercio también propició un paulatino cambio de las sociedades. Ahora la riqueza podía almacenarse e intercambiarse. Empezaron a aparecer las primeras sociedades capitalistas tal como se les conoce hoy en día y también las primeras estratificaciones sociales. En un inicio las clases sociales eran simplemente la gente del poblado y la familia del dirigente. Más adelante aparecieron otras clases sociales más sofisticadas como los guerreros, los artesanos, los comerciantes, entre otros.

“El trueque era la manera en que las antiguas civilizaciones empezaron a comerciar. Se trata de intercambiar mercancías por otras mercancías de igual valor.”¹⁴ El principal inconveniente de este tipo de comercio es que las dos partes involucradas en la transacción comercial tenían que coincidir en la necesidad de las mercancías ofertadas

¹³ Helgera García, Antonio. **Manual práctico de la historia del comercio.** Pág. 3

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 3

por la otra parte. Para solucionar este problema surgieron una serie de intermediarios que almacenaban las mercancías involucradas en las transacciones comerciales. Estos intermediarios muy a menudo añadían un riesgo demasiado elevado en estas transacciones y por ello este tipo de comercio fue dejado de lado rápidamente cuando apareció la moneda.

La moneda o dinero, en una definición más general, es un medio acordado en una comunidad para el intercambio de mercancías y bienes. El dinero, no sólo tiene que servir para el intercambio, sino que también es una unidad de cuenta y una herramienta para almacenar valor. Históricamente ha habido muchos tipos diferentes de dinero, desde cerdos, dientes de ballena, cacao, o determinados tipos de conchas marinas. Sin embargo, el más extendido sin duda a lo largo de la historia es el oro.

El uso del dinero en las transacciones comerciales supuso un gran avance en la economía. Ahora ya no hacía falta que las partes implicadas en la transacción necesitaran las mercancías de la parte opuesta. Civilizaciones más adelantadas, como los romanos, extendieron este concepto y empezaron a acuñar monedas. Las monedas eran objetos especialmente diseñados para este asunto. Aunque estas primitivas monedas, al contrario de las monedas modernas, tenían el valor de la moneda explícito en ella. Es decir, que las monedas estaban hechas de metales como oro o plata y la cantidad de metal que tenían era el valor nominal de la moneda.

El único inconveniente que tenía el dinero era que al ser un acuerdo dentro de una comunidad, podía tener no sentido un dinero fuera de contexto. Por ejemplo, si el elemento de intercambio de una comunidad eran dientes de ballena, aquellos dientes no tenían ningún valor fuera de la comunidad. Por ello un poco más adelante surgió el concepto de divisa. La divisa, ahora sí, es un elemento de intercambio aceptado en una zona mucho más amplia que la propia comunidad. La divisa más habitual era el oro puro, aunque a lo largo de la historia también han aparecido otros, como la sal o la pimienta. Las divisas facilitaron el comercio intercontinental en gran medida.

2.2.1. El comercio fenicio

Las ciudades fenicias del segundo milenio antes de Cristo consiguieron crear una estructura comercial propia para compensar la diferencia entre sus recursos naturales y los de sus vecinos. “Por su posición geográfica los fenicios, indica Herodoto, era un pueblo botado al mar por su geografía. Como comerciantes y mercaderes fueron los fenicios activos y prósperos, buscaban y transportaban por las rutas comerciales marítimas de un extremo a otro del mediterráneo, materias primas y toda clase de productos manufacturados por ellos y por los pueblos de oriente. Excelentes navegantes y audaces exploradores contaban con numerosas flotas comerciales y de guerra, estas últimas protegiendo siempre a los barcos mercantes. Eran naves de estilizadas líneas, veloces y técnicas, dotadas de un gran espolón de proa que actuaba como ariete y servía para abrir grandes vías de agua y echar a pique las naves enemigas. En el área de construcciones de naves marítimas, incidieron con el birreme,

una especie de galera a la que consiguieron aumentar el número de remeros montando una hilera sobre otra. Luego construyeron naves más ágiles que hacían uso del viento.”¹⁵

Fenicia nunca fue un estado unificado en la acepción moderna del término, era más bien un conjunto de ciudades más o menos importantes cuyos habitantes vivían del comercio marítimo y de las industrias relacionadas con este, es decir, astilleros, factorías de artículos manufacturados, aprovechando las materias primas que los barcos suministraban.

Para los griegos, la prosperidad fenicia, que en su día fue envidiada por todo el Mediterráneo, procedía en sus inicios del humilde murex, molusco que abundaba en las costas fenicias y del cual se extraía el tinte color púrpura. Los tejidos teñidos con púrpura eran en la antigüedad, un artículo de lujo que sólo los potentados podían costearse. A partir de este comercio y el de las finas maderas (cedro) del Líbano, se fueron construyendo las grandes fortunas que luego se invertirían en fletar orondos cargueros con los que los fenicios comerciaron, dando inicio a la expansión y la fundación de colonias y factorías, sirviendo de puente entre las grandes civilizaciones antiguas del oriente y los pueblos del occidente mediterráneo.

Se les ha llamado con mucha propiedad recaderos del mundo antiguo. Su importante marina iba a buscar los metales útiles como el estaño, cobre y oro en los lugares más

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 23

apartados, de los cuales se hacía gran consumo en la corte del faraón y en Nínive y Babilonia. En las colonias fenicias del sur de España encontraron grandes minas de plata, fuente de riqueza y expansión fenicia

Vendían en Grecia, en Italia, en todas las costas bañadas por el Mediterráneo, el incienso y la mirra de Arabia, las piedras preciosas, las especias y marfil de la India, la seda de China, los esclavos y caballos del cáucaso.

El comercio fenicio era de intercambio y estos no usaron la moneda hasta el año 400 antes de la era cristiana. En Sidón, sólo por la influencia de los persas se empezaron a acuñar monedas. En el reverso estaba impresa la cabeza del rey persa, lo que atestigua los estrechos lazos que por aquel tiempo unían a Persia y Sidón.

2.2.2. El comercio medieval

- **Los germanos**

La era del comercio medieval comienza con la caída del imperio romano, en el año 476, y termina aproximadamente en el 1500, poco después que Cristóbal Colón descubrió el nuevo mundo. Fue una época de desajustes y ajustes cívicos, de guerras sangrientas, de descubrimientos y de conquistas. Se establecieron sistemas feudales y la iglesia católica asume el liderato político, social y económico de Europa. Todo esto trajo como consecuencia una gran variedad de innovaciones y adaptaciones a la técnica de



compra-venta, aunque muchos de los principios de los griegos y romanos se siguieron observando.

Uno de los primeros esfuerzos que realizaron los germanos fue el de buscar todos los medios posibles para fortalecer la industria y el comercio por considerar que la prosperidad y la seguridad del pueblo dependían del éxito operativo de estos sectores económicos. A tal efecto establecieron, como primer orden, un sistema de pesas y medidas, promulgaron leyes para castigar a toda persona que se encontrara culpable de ejercer prácticas ilícitas en el comercio y la industria y redujeron los arbitrios y contribuciones.

- **Los francos**

Aunque la economía se debilitó por las continuas luchas internas y las guerras civiles entre los diversos grupos que gobernaban, así como por la inseguridad de la época, la conquista de Italia por los Lombardos en el año 568 y la ascendencia de los francos en la Europa occidental dieron nuevamente cierta estabilidad al comercio.

El comercio internacional se debilitó considerablemente cuando los sarracenos conquistaron a Persia, Siria, y España en el siglo VIII, y al controlar las aguas del Mediterráneo. La situación se empeoró por las continuas invasiones de los vikingos. Estos incidentes contribuyeron a la sustitución del comercio internacional por una

economía rural-agraria en que los artículos se producían y consumían localmente y sin gran interés de venderse fuera de los lugares de producción.

Los reyes francos comenzaron en el siglo IX la práctica de crear legalmente y controlar los mercados donde los compradores y vendedores podían realizar transacciones semanal y anualmente. Este paso significativo, copiado del sistema jurídico romano, establece la prerrogativa del estado para crear centros comerciales, y fue el inicio del capitalismo europeo.

- **El feudalismo**

Las grandes estancias rurales que existían durante la época romana continuaron aumentando y eventualmente se identificaron como la forma de organización dominante dentro de la economía agraria europea. El proceso de crear grandes estancias fue igualmente estimulado por los reyes, quienes otorgaban considerables extensiones de tierras y otros favores a personas que pudieran proporcionarles asistencia militar. El feudalismo contribuyó muy poco al desarrollo del comercio y llega a su máxima etapa de desarrollo en el siglo XIII. Después comienza gradualmente a decaer.

- **El desarrollo de las ciudades**

Según desaparecía el sistema feudal, se desarrollaban nuevas ciudades. Cada ciudad contaba con sus respectivas flotas marítimas, y sus comerciantes más prominentes

controlaban el gobierno y las finanzas. Las ciudades germanas formaron una asociación comercial denominada Liga Anseática que controlaba el comercio internacional en la parte norte de Europa.

Las ciudades medievales eran primordialmente centros industriales y comerciales que proveían para las necesidades de la comunidad local y zonas limítrofes. Los comerciantes extranjeros que iban a las ciudades a vender, frecuentemente tenían que pagar impuestos especiales al gobierno.

- **Las ferias comerciales**

Aunque el control del Mediterráneo por los sarracenos, junto con la inseguridad y los desórdenes internos, había casi paralizado el comercio, la necesidad por comerciar a niveles locales e internacionales se intensificaba.

Las ferias anuales, que originalmente se celebraban por disposiciones de las iglesias y los monasterios durante días festivos religiosos, pronto se desarrollaron en centros de mercadeo al por mayor en donde los comerciantes extranjeros podían disponer de la mercancía que llevaban desde diversos lugares de Europa y Asia.

Fue durante la celebración de estas ferias que se comenzaron a utilizar las letras de cambio y los pagarés comerciales. En las ferias se comenzó, por primera vez, a comprar y vender pólizas de seguros marítimos para asegurar al beneficiario contra la

pérdida y destrucción de la mercancía que estaba en tránsito. Otra práctica utilizada en las ferias era la de vender mediante muestras y especificaciones, productos que estaban almacenados en otros lugares con el propósito de economizar en los costos de transporte.

- **Las Cruzadas**

Las Cruzadas ayudaron a fundar el dominio comercial veneciano en el Mediterráneo. Ellas contribuyeron al desarrollo del comercio internacional facilitando el intercambio de ideas, costumbres y productos.

- **Ascendencia monopolística**

No había forma de controlar los convenios de caballeros entre los artífices y comerciantes en los que se comprometían a vender a un precio determinado, ni contra las compañías de comerciantes que se organizaban a través de Europa para dedicarse al comercio. La necesidad real por dinero se acentuó al extremo de que los reyes adoptaron como política el otorgar privilegios monopolísticos a comerciantes que les prestaran dinero y les regalaran oro.

2.2.3. El Comercio Moderno

- **Descubrimientos y efectos**

Al terminar la era del comercio medieval en el año 1500, comienza un nuevo periodo de cambios económicos que se extiende hasta 1914, durante estos cuatro siglos se descubren y conquistan nuevas tierras, se investigan nuevas rutas comerciales y se introducen técnicas más eficientes de producción. Como consecuencia aparece mayor variedad de productos para los cuales hay que buscar mercado.

- **Cambios introducidos**

Durante las primeras décadas de la era moderna, los reyes, con sus ejércitos mercenarios, reemplazan al feudalismo. Establecen gobiernos centrales y adoptan normas socio-económicas de carácter nacionales. Como consecuencia de las guerras religiosas, coloniales y comerciales, Inglaterra, con su superioridad política y militar, controla la mayor parte del comercio internacional.

- **El mercantilismo**

Es el término que se usa para identificar la época en que los países occidentales de Europa, especialmente Inglaterra, Francia, España, Holanda y Portugal regulan y controlan toda actividad económica. El mercantilismo se originó como consecuencia del



descubrimiento de nuevas tierras y rutas marítimas, la expansión del comercio internacional, la caída del feudalismo y el poder ascendente del estado en el plano nacional. De hecho, el mercantilismo formula por primera vez una teoría de comercio internacional de la cual se carecía en los siglos anteriores.

- **Expansión comercial**

El descubrimiento de América, el establecimiento de nuevas rutas marítimas y la filosofía mercantilista contribuyen en forma efectiva al desarrollo del comercio.

2.2.4. El comercio contemporáneo

La época del comercio contemporáneo se inicia en el año 1914 al comenzar la primera guerra mundial, y decaer el sistema mercantilista que se desarrolló en Europa durante los siglos XVI al XIX.

- **El comercio internacional**

El comercio internacional es una teoría de intercambio de equilibrio estático de largo plazo, en la cual se supone que ha sido completado el proceso de ajuste monetario de corto plazo, con el dinero en su papel clásico de velo. El enfoque de teoría del comercio internacional, por naturaleza, es básicamente macroeconómico.



La importancia del buen desempeño de las relaciones internacionales en el desarrollo, político, comercial, cultural a nivel mundial es primordial hoy día para el logro del desarrollo integral de las naciones.

La importancia que tienen las relaciones internacionales en el campo comercial, político o cultural ha alcanzado, a nivel mundial, un profundo significado, a tal grado que no se puede hablar tan sólo intercambio de bienes sino de programas de integración.

Comercio internacional es el intercambio de bienes económicos que se efectúa entre los habitantes de dos o más naciones, de tal manera, que se dé origen a salidas de mercancía de un país (exportaciones) entradas de mercancías (importaciones) procedentes de otros países.

2.2.5. El comercio formal

El comercio formal es el comercio que se rige bajo las normas de comercio del país en donde se efectúa. Este tipo de comercio se ampara en los estatutos legales vigentes. El comercio formal presenta diversas ventajas dentro de las que se pueden mencionar la garantía en los productos que se ofertan, las instalaciones adecuadas, las diversas formas de pago, y está amparado por la ley.

2.2.6. El comercio informal

Prevalecen en este comercio las familias, que trabajan con poco capital y manejan pequeñas cantidades de mercancías. Este tipo de comercio, paradójicamente, constituye a menudo un ejemplo de competencia monopolística. Así, factores de localización, captación de clientela o especialización de las tiendas motivan que mercancías físicamente idénticas puedan venderse a precios diferentes, lo que sería imposible en la competencia perfecta, y demuestra que existe un elemento de monopolio. El resultado de esta competencia monopolística no es que los beneficios sean grandes, sino que el número de tiendas es mayor que si existiera competencia perfecta, siendo el consumidor el que paga en la forma de precios más altos los derroches de este mercado imperfecto.

Dentro de las ventajas que ofrece el comercio informal se pueden citar las siguientes:

- a) Precios más bajos que en el comercio formal.
- b) Posibilidad de regatear el precio.
- c) Calidad aceptable en los productos.
- d) Lugar accesible para realizar las compras.
- e) Sistema de apartado.

Algunas desventajas del comercio informal son:

- a) Falta de garantía en los productos y servicios.
- b) Se pueden encontrar productos robados o piratas.

- c) Instalaciones inadecuadas.
- d) Falta de higiene.
- e) Única forma de pago: efectivo.

2.3. Clasificación

Al comerciante se le puede clasificar de la siguiente manera:

2.3.1. Comerciante individual

Se refiere a la persona que con capacidad legal para contratar y obligarse, ejerce actos de comercio con ánimo de lucro por profesión y en forma habitual. El Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 6 remite al Código Civil, contenido en el Decreto-Ley 106, para determinar quienes son las personas individuales con capacidad para contratar y obligarse. En efecto, el Artículo 8 del Código Civil en el Decreto-Ley número 106 al referirse a la capacidad y regula: la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido 18 años.

2.3.2. Comerciante social

Se refiere a las sociedades organizadas bajo forma mercantil, que el Artículo 10 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República

de Guatemala, clasifica así: 1. la sociedad colectiva 2. La sociedad en comandita simple. 3. la sociedad en responsabilidad limitada. 4. La sociedad Anónima. 5. La sociedad en comandita por acciones. Y en el Artículo 3º del mismo cuerpo legal citado regula que: las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes cualquiera que sea su objeto. Las sociedades mercantiles citadas, son las personas jurídicas, que refiere al Artículo 6º del Código de Comercio de Guatemala y 15 inciso 4º del Código Civil.

2.3.3. Extranjeros comerciantes

El extranjero puede dedicarse en el comercio de Guatemala pero para ello debe tener residencia en el país y obtener autorización del organismo ejecutivo. La residencia es un estatus jurídico que se obtiene siguiendo un procedimiento administrativo en la Dirección General de Migración de la Republica Guatemala obtenida la residencia sigue otro procedimiento administrativo en el Ministerio de Economía para recibir el permiso para dedicase al comercio. Cubierto los dos requisitos el sujeto se inscribirá en el Registro Mercantil General de la Republica de Guatemala y entonces se equipará en derechos y obligaciones al comerciante guatemalteco salvo lo que disponga una ley especial. Esta prevención de la ley está referida a la posibilidad presente o futura de que existiera la exigencia de la calidad del guatemalteco para gozar los beneficios de una ley.

2.3.4. Cónyuges comerciantes

En el código derogado se establecían una serie de normas tendientes a regular la actividad comercial de los cónyuges y se daba la impresión de querer énfasis en la situación jurídica del cónyuge. El código actual no dispone ninguna restricción para que el cónyuge ejerza comercio. Los casados pueden dedicarse en forma separada o en conjunto al comercio; y si lo hacen juntos los dos son considerados comerciantes, a menos que uno de ellos sea auxiliar del otro la única posibilidad legal del derecho de la mujer a ejercer el comercio está en los Artículos, 113 y 114 del Código Civil, Decreto-Ley número 106 donde se dispone que si la actividades fuera del hogar causan perjuicio al cuidado de los hijos y la atención del mismo, el marido puede oponerse jurídicamente fuera de esta potencial limitación, la mujer es sujeta de libertad de comercio e industria.

2.4. Autorización

De conformidad con el Artículo 7º de la Ley de Bancos corresponde al Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Economía, la aprobación de los estatutos y el reconocimiento de la personalidad jurídica a los bancos nacionales, siempre que la junta monetaria hubiera accedido previamente a la constitución de los mismos.

a) La inscripción en el registro mercantil:

El comerciante individual que tenga un capital de dos mil quetzales o más es obligatoria su inscripción en el registro mercantil; y para todas las sociedades mercantiles, es obligatoria la inscripción. La inscripción debe solicitarse dentro del mes de la apertura del establecimiento o de haberse constituido la sociedad mercantil.

- 1) La falta de inscripción, se sancionara con multa de 25,000 quetzales la cual será impuesta por el Registro Mercantil General de la Republica de Guatemala (Artículo 334, 335, 337, 352, 353, del Código de Comercio de Guatemala).
- 2) Contratar con cualquiera que solicite sus productos, servicios, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores lo que implica la prohibición de ejercer el monopolio, en el Artículo 361 del Código de Comercio de Guatemala.
- 3) No debe ejercer la competencia desleal la actuación del comerciante debe de ser de buena fe, a contratar y obligarse (Artículos 362, 363, 365, 366, 367 del Código de Comercio de Guatemala).
- 4) Llevar contabilidad en forma organizada de acuerdo con el principio de la partida doble y usando principio de contabilidad generalmente aceptados. Para el efecto, debe llevar los siguientes libros: inventarios de primera entrada o diarios, mayor, centralizador y estados financieros. Se exceptúan de esta obligación a los



comerciantes que tengan un activo total que no excedan los 2,000 quetzales pero si deben llevar los libros de inventarios y estados financieros (Artículos 368 al 381 del Código de Comercio de Guatemala).

- 5) Todo comerciante debe de llevar en forma ordenada y organizada durante no menos de cinco años, los documentos de la empresa (Artículos 382 y 383 del Código de Comercio de Guatemala).
- 6) El comerciante debe de colocar en lugar visible de su establecimiento la patente que le extienda el Registro Mercantil General de la Republica de Guatemala (Artículo 344 del Código de Comercio de Guatemala).
- 7) Los comerciantes sociales y jurídicos deben llevar libros de actas para consignar los acuerdos de la asamblea de junta General (Artículo 153 del Código de Comercio de Guatemala).
- 8) Aunque no regule el Código de Comercio de Guatemala, los comerciantes también tienen la obligación de inscribirse en la Súper Intendencia de Administración Tributaria dependencia del Ministerio de Finanzas, para efectos de pago de impuestos.
- 9) Así también los comerciantes que se dediquen a la producción de alimentos o a la prestación de algún servicio que afecte la salud debe obtener un registro sanitario.

b) Derechos de los comerciantes:

- 1) Ser titular de su empresa y consecuentemente organizarla y dirigirla para que lleve a cabo su actividad lucrativa (Artículo 655 del Código de Comercio de Guatemala).
- 2) Disponer de los signos distintivos de su empresa del cambio de local del establecimiento principal (Artículos 665y 668 del Código de Comercio de Guatemala).
- 3) Cesar en su actividad mercantil cuando no le produzca ganancias (Artículo 667 del Código de Comercio de Guatemala).
- 4) Inscribirse en cámaras o asociaciones gremiales (Artículos 357 y 358 del Código de Comercio de Guatemala).

c) Auxiliares del comerciante

En sentido amplio se indica que: “auxiliar del comerciante es toda persona o institución que realice alguna actividad en el mismo sentido o con la misma finalidad que aquel.”¹⁶

¹⁶Vásquez Martínez, Edmundo. *Ob. Cit.* Pág. 19

Conforme al relacionado concepto, so auxiliares del comerciante, los mercados, tiendas, ferias, los banqueros, los aseguradores, los prestamistas, los auditores, los ingenieros, arquitectos, notarios, químicos, mecánicos entre otros.

En forma específica se puede decir que auxiliares del comerciante es aquel que desenvuelve su actividad dentro de la esfera específicamente mercantil, por cuenta y en nombre del comerciante y que frecuentemente tiene como obligación permanecer en el establecimiento y la subordinación del comerciante, al cual lo une una relación jurídica de sumisión y obediencia.

Agustín Vicente y Gella les denomina: “mediadores a los auxiliares de los comerciantes y nos dice que: la misión del medidor, por regla general, se circunscribe a poner en relación a las personas que intentan celebrar los contratos que entran en la esfera de su actividad, vendedor de valores mobiliarios, el que busca una habitación, se dirige a un mediador que a su vez recibe proporciones de compradores de títulos, de arrendadores de inmuebles y dicho medidor pone en relación a unos con otros interesándose activamente en la realización del contrato pero quedando siempre en sus principales la facultad de decir o no hasta el último momento la conclusión del mismo”.¹⁷

Puedo concluir, indicando que, lo que caracteriza al auxiliar del comerciante es que ejerce la actividad mercantil por cuenta y nombre del comerciante y generalmente existe

¹⁷ Vicente, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. Pág. 48

una relación de subordinación a este lo que no excluye que actúen en forma independiente.

Tienen a su cargo las inscripciones y anotaciones referentes a quienes siendo o no comerciantes tienen a su cargo la dirección, administración y representación de una empresa individual o sociedad de carácter mercantil, que opera o está por operar en el país. Derivado de ello es que esta sección inscribe, por una parte, a los auxiliares de comercio propiamente dicho, y por otra, a los mandatarios. Este tipo de inscripciones se hace en forma individual, abriéndoles un folio especial otorgándoles un número correlativo dentro del tipo de inscripción que se trae en base a siglas de identificación los que traen en cabeza todos los folios correspondientes a las mismas llevándose al efecto de índice respectivos.

2.5. Regulación legal

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el Artículo 43, lo siguiente: Libertad de industria, comercio y trabajo. Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.

El Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en su Artículo 2, preceptúa lo siguiente: Son comerciantes



quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

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

En el Artículo 3, de la ley anteriormente citada se regula que: Comerciantes sociales. Las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto.

Y en el Artículo 6, se regula la capacidad: Capacidad. Tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse.

CAPÍTULO III

3. Los contratos mercantiles típicos y atípicos

El Código de Comercio de Guatemala contenido en el decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, es la normativa vigente que contiene en forma específica regulación con respecto a los contratos celebrados en Guatemala. Por otra parte los contratos mercantiles, regulados reciben el nombre de típicos y los no regulados de atípicos pero ambos, se practican constantemente en el comercio guatemalteco y de allí su importancia social, económica y jurídica tomando en cuenta el desarrollo de los mismos y su incidencia en la economía de Guatemala.

3.1. Características de los contratos mercantiles típicos

- **Representación para contratar**

Esto es la representación aparente, o sea que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil. Representar a otro sin mayores formalismos, siempre y cuando, expresa o tácitamente, se dela confirmación por parte del representado. La representación aparente la encontramos en el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 670.

- **Formalidad del contrato mercantil**

Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta obligación los contratos, que de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales, ej: contrato de fideicomiso.

- **Cláusula compromisoria**

Esto quiere decir que en los contratos mercantiles será válida la cláusula compromisoria y el pacto de sometimiento a arbitraje de equidad aunque no estén consignados en escritura pública. Este párrafo está contenido en el tercer párrafo del Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala, pero fue derogado por la ley de arbitraje así que ya no es válido, por lo que se tiene que estipular en el contrato si las partes se compromete a arbitraje o no.

- **Contrato de adhesión**

Son los llamados contratos de formularios en el Código de Comercio de Guatemala (Art. 672). Estos contratos son productos de la negociación en masa, son elaborados en

serie, según las leyes de los grandes números, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo. Según el artículo mencionado estos contratos se rigen por las siguientes normas:

- a. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.
- b. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato.
- c. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario.

- **Omisión fiscal**

Los efectos de los contratos y actos mercantiles no se perjudican ni suspenden por el incumplimiento de leyes fiscales, sin que esta disposición libere a los responsables de las sanciones que tales leyes impongan.

- **Libertad de contratación**

Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho.

- **Teoría de la imprevisión**

Llama cláusula *rebus sic stantibus*. Únicamente en los contratos de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, puede el deudor demandar la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles. La terminación no afectará las prestaciones ya ejecutadas ni aquellas respecto de las cuales el deudor hubiere incurrido en mora. No procederá la terminación en los casos de los contratos aleatorios, ni tampoco en los conmutativos, si la onerosidad superviniente es riesgo normal de ellos.

- **Contratante definitivo**

Cuando se celebra un contrato se debe saber de antemano quiénes son las personas que lo van a concertar. En el comercio una persona puede contratar con otra un determinado negocio, pero una de ellas lo hace como representante aparente, reservándose la facultad de designar dentro de un plazo no superior a tres días, quién será la persona que resultará como contratante definitivo. La validez de esta designación depende de la aceptación efectiva de dicha persona, o de la existencia de una representación suficiente. Si transcurrido el plazo legal o convenido no se hubiere hecho la designación del contratante, o si hecha no fuere válida, el contrato producirá sus efectos entre los contratantes primitivos.

3.2. Clasificación de los contratos mercantiles típicos

- **Contrato de compraventa mercantil**

Es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una mercadería o cosa mercantil (títulos de crédito, empresa mercantil) al comprador, cuya obligación es pagar el precio.

Dentro de las características de la compraventa mercantil se encuentra, que es bilateral, es oneroso, conmutativo, consensual, principal y traslativo de dominio. Los elementos de la compraventa mercantil pueden ser, personales porque existe un vendedor y un comprador y uno de ellos tiene que ser comerciante; reales porque es una cosa y tiene precio; formales porque depende de la mercadería vendida.

Ocurre la venta contra documentos cuando el vendedor cumple su obligación de entregar el objeto vendido, en el momento en que transfiere el título representativo, en ese mismo instante, salvo pacto en contrario, se debe pagar el precio y el comprador sólo puede negarse por defectos en la calidad o estado de las mercaderías representadas si tiene pruebas.

En la venta de cosas en tránsito se puede negociar un objeto que está en tránsito, por ejemplo, una mercadería que aún viene en el barco. En este caso, el comprador tiene



facultad de resolver el contrato si el objeto no llega en buen estado o en la fecha acordada.

Venta FOB (libre a bordo): El vendedor cumple su obligación de entregar la cosa, al depositarla a bordo del buque u otro vehículo que ha de transportarla, en el lugar y tiempo convenidos, momento en el cual se transfieren los riesgos al comprador. El precio incluye el valor de la cosa, más los gastos, impuesto y derechos que se causen.
FOB: “Libre a bordo – puerto de embarque convenido”

Venta FAS: La obligación del vendedor es entregar la mercadería colocándola a un costado del medio de transporte, momento a partir del cual se transfieren los riesgos al comprador. FAS: “Libre al costado del barco – puerto de embarque convenido”. El precio incluye el valor de la cosa, más los gastos, impuestos y derechos que se causen.

Venta CIF: Es aquella en la que el precio de la mercadería comprada incluye el costo, el seguro y el flete. El vendedor tiene la obligación de contratar y pagar el transporte, pagar un seguro y entregar al comprador los documentos correspondientes (carta de porte o conocimiento de embarque y la póliza de seguro).

El comprador está obligado a pagar el precio contra la entrega de los documentos. Los riesgos se transmitirán al comprador, desde el momento en que la cosa objeto del contrato haya sido entregada al porteador. La vigencia del seguro deberá iniciarse desde ese momento.

Venta C y F: Es aquella en la que el precio cotizado sólo incluye el costo y el flete.

- **Contrato de suministro**

Es aquel por medio del cual una parte llamada suministrante, se obliga mediante un precio, a realizar a favor de otra, llamada suministrado, una serie de prestaciones periódicas y continuadas de mercaderías o servicios. Su función es la de asegurar la provisión de un bien o servicio.

Las características son consueña, bilateral, oneroso, principal y de tracto sucesivo. Asimismo los elementos, son personales porque hay un suministrante y un suministrado; reales porque hay una cosa y tiene precio; y formales porque no está sujeto a formalidades especiales.

El plazo se pacta en interés de ambas partes.

- **Contrato estimatorio**

Es aquél por medio del cual un sujeto llamado consignante, entrega a otro llamado consignatario, mercaderías a un precio estimado, para que en un plazo fijado se pague dicho precio o bien se devuelvan las mercaderías. Su función principal es que el minorista obtiene mercaderías sin pagar de inmediato el precio de ellas.

Por otra parte las características son: principal, bilateral, oneroso, de tracto sucesorio y reales. Dentro de los elementos se encuentran que es personal, porque tiene un consignante y un consignatario; son formales porque no está sujeto a formalidad alguna; y son reales porque son cosas y tiene precio.

El contrato estimatorio termina por el transcurso del plazo o cuando el consignatario vende antes las mercaderías.

- **Contrato de depósito mercantil**

Es un contrato por medio del cual el sujeto depositario recibe una cosa que le confía el depositante, con la obligación de custodiarlo y devolverlo cuando se le requiera. Su función es custodiar bienes. Los depósitos recibidos a nombre de dos o más personas, podrán ser devueltos a cualquiera de ellas, aún en caso de muerte de uno o varios de los codepositantes, a menos que se hubiera pactado lo contrario. Atendiendo a la naturaleza del bien depositado y su restitución, el depósito mercantil puede ser: regular, cuando se devuelve el mismo bien que se depositó; e irregular, cuando se devuelve uno distinto al depositado, de la misma especie y calidad, dinero por ejemplo.

Sus características son, es bilateral, oneroso, real, conmutativo, principal y de tracto sucesivo. Por otra parte, los elementos son, personales porque hay un depositante y depositario; son reales porque son mercaderías, dinero, joyas y el precio por él

depósito; son formales, porque existe un simple acuerdo verbal, contrato de adhesión y por escrito, ejemplo los depósitos de los almacenes generales de depósito.

Es su importancia indicar que el contrato de depósito mercantil termina por restitución del objeto depositado y por devolución que hace el depositario. Solamente los almacenes generales de depósito, debidamente autorizados podrán emitir certificados de depósito y bonos de prenda representativos de las mercaderías recibidas. Los depósitos hechos en los almacenes generales de depósito se rigen por su propia ley.

- **Contrato de fideicomiso**

Es aquel contrato por el cual una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. El fideicomisario y el fideicomitente pueden ser la misma persona. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso. Los derechos que el fideicomisario pueda tener en fideicomiso no son embargables, pero sí lo son los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso.

Asimismo, las características son que es un negocio que puede presentarse como un acto unilateral, testamento o como un acto bilateral, contrato; es oneroso, es nominado, es típico, es formal ad solemnitatem, en escritura pública y es de tracto sucesivo. Así como el plazo máximo de un contrato de fideicomiso: 25 años, salvo que se pacte a



favor de un incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, en donde no opera dicho plazo.

Elementos:

- a) **Fideicomitente:** Es la persona que mediante testamento o contrato transfiere bienes para un fin determinado. Debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes. Por los menores, incapaces y ausentes pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial.

- b) **Fiduciario:** A quien se le confían los bienes, únicamente los bancos o instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria.

- c) **Fideicomisario:** Persona que resulta beneficiada con motivo de la ejecución del fideicomiso. El que no pueda heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario.

Derechos y obligaciones del fiduciario:

- a) **Derechos:** Ejercer las acciones propias para ejercer el fideicomiso y cobrar por el servicio.

- b) **Obligaciones:** Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con la voluntad de quien lo instituyo; llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones.

Derechos del fideicomisario:

- a) Exigir el cumplimiento del fideicomiso,
- b) Pedir la remoción del fiduciario.
- c) Impugnar las decisiones del fiduciario.

Clases de fideicomisos:

- a) **Garantía:** Se instituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. En caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario. El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor.
- b) **Administración:** El fiduciario administra los bienes.
- c) **Inversión:** El fideicomitente transfiere bienes destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso.

Extinción del fideicomiso:

- a) Por realizarse el fin para el cual fue constituido.
 - b) Por hacerse imposible su realización.
 - c) Por realizarse la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.
 - d) Por convenio expreso.
 - e) Por revocatoria hecha por el fideicometido.
 - f) Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario.
 - g) Por sentencia judicial.
-
- **Contrato de transporte**
- Es aquel por el cual una persona llamada porteador, se obliga por un precio, a conducir personas o cosas de un lugar a otro que deberán ser entregadas al consignatario. Las acciones derivadas de contrato de transporte prescribirán en 6 meses contados a partir del término del viaje o de la fecha en que el pasajero o las cosas porteadas debieron llegar a su destino. Asimismo las características son, que es consensual, bilateral, oneroso, principal y conmutativo. Las clases de contrato de transporte pueden ser, terrestre, aéreo, marítimo y fluvial, unitario, que actúa solo y acumulativo, porque utiliza los servicios de un tercero.
- Transporte de personas: Tiene por fin conducir al sujeto de un lugar a otro. Esta persona recibe el calificativo de pasajero. Los porteadores son responsables por los

daños y perjuicios que causen los vehículos, salvo si se comprueba que el damnificado dio lugar al daño o perjuicio. El porteador también responderá por los daños que sufran los pasajeros por retraso. En los transportes aéreos serán por cuenta del porteador los gastos de estancia y traslado de viajeros que, por razones de servicios o meteorológicos, se vieran obligados a realizar altos o desviaciones, aun sin su culpa. El porteador entregará al pasajero un boleto o billete.

Dentro de los elementos del contrato de transporte de personas: se encuentran los personales que es el porteador (persona individual o jurídica) que se obliga a transportar al pasajero, necesita autorización previa y el pasajero; reales que es el valor del pasaje y formales que sería el boleto.

Transporte de cosas: Denomínase cargador, remitente o consignante al que por cuenta propia o ajena encarga al porteador la conducción de mercaderías. El cargador está obligado a indicar al porteador la dirección del consignatario, el lugar de entrega, número, peso y forma de embalaje. El cargador soportará los daños que resulten de la falta de documentos, de la inexactitud u omisión de las declaraciones que debe formular y de los daños que provengan de defectos ocultos del embalaje. El cargador responderá de los daños ocasionados por vicios ocultos de la cosa. El porteador deberá expedir comprobante de haber recibido la carga, o si éste lo exige, una carta de porte o conocimiento de embarque. El cargador podrá rescindir el contrato antes de comenzar el viaje, previo pago de la mitad del flete y devolución de la carta de porte. El porteador deberá poner las cosas transportadas a disposición del consignatario en el

lugar, en el plazo y con las modalidades indicadas en el contrato. El porteador será responsable de la pérdida total o parcial de los efectos transportados y de los daños que sufran por avería o retraso, a menos que prueba que se debieron a vicio propio de la cosa, a su especial naturaleza y caso fortuito, fuerza mayor. Se presumirá pérdida la carga que el transportador no pueda entregar dentro de los 30 días siguientes a la conclusión del plazo en que debió hacerlo.

Dentro de los elementos del contrato de transporte de cosas se encuentran, los personales, que son el cargador, remitente o consignatario, es la persona que por cuenta propia o ajena contrata con el porteador la conducción de la cosa mercantil. Fletante o transportista, es la persona encargada de la conducción del objeto. Consignante es la persona quien recibe la mercadería; los reales que son la mercadería y el precio; y los formales que son el comprobante de recibo de la mercadería.

- **Contrato de participación**

También conocido como cuentas en participación o negocios en participación, es aquel por el cual un comerciante denominado gestor, se obliga a compartir con una o varias personas llamadas partícipes, que le entregan bienes o servicios, las utilidades o las pérdidas que produzca su empresa como consecuencia de parte o la totalidad de sus negocios. El contrato no está sujeto a formalidad alguna ni a registro, no constituye persona jurídica. El gestor obrará en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes.

Dentro de sus características se encuentran, que es consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y típico.

Asimismo, sus elementos son personales, por el gestor que el comerciante que recibiendo bienes de otro, hace participara a este de las utilidades o perdidas; reales, son los bienes entregados y formales, porque no exige ninguna formalidad.

Régimen legal supletorio que rige los contratos de participación: Se estará a las reglas que sobre información, intervención del socio partícipe, rendición de cuentas, extinción del contrato, existen para la sociedad colectiva.

- **Contrato de hospedaje**

Existe este contrato cuando una persona da albergue a otra mediante una retribución, comprendiéndose o no la alimentación. Dentro de las modalidades del contrato de hospedaje, se encuentran el hospedaje expreso, que se da cuando la persona que proporciona el servicio no tiene un negocio o empresa propia para ello; el hospedaje tácito se da en los hoteles.

Por otra parte, los elementos son personales, el hotelero, el hospedero o fondista, el viajero o huésped; son reales, el precio que paga el huésped y el servicio que se presta; y formales, porque no está sujeto a forma especial.

Dentro de sus características, se encuentran que es bilateral, es consensual, es oneroso, es de tracto sucesivo y es de adhesión.

Dentro de las obligaciones y derechos del hotelero se encuentran:

- a) Colocar los reglamentos de su negocio en lugar visible.
- b) Resarcir los daños que sufra el huésped o sus bienes.
- c) Retener equipaje si el huésped se niega a pagar.
- d) Derecho de vender con intervención notarial, los bienes retenidos al huésped, si 30 días después de terminado el contrato no se presente a liquidar. Del precio que se obtenga se paga la cuenta, los gastos y el saldo se deposita en un banco, cinco años después si el dinero no es retirado se pone a disposición de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

La extinción del contrato de hospedaje se da por el transcurso del plazo convenido, por violación de los reglamentos que lo rigen, por cometer el huésped falta a la moral o hacer escándalos que perturben a los demás huéspedes, por ausencia del huésped por más de 72 horas sin dejar aviso y por qué no se pague la retribución en la forma convenida.

Si el huésped se niega a desocupar la habitación, como no es un contrato de arrendamiento, la ley establece que el hotelero solicita el auxilio de la autoridad (policía) para obligarlo a desocupar sin ningún trámite.

- **Contrato de reaseguro**

Por el contrato de reaseguro, el asegurador traslada a otro asegurador o reasegurador, parte o la totalidad de su propio riesgo. Es el contrato de seguro que una entidad aseguradora contrata a su vez con un ente reasegurador, deben registrarse en la Superintendencia de Bancos de Guatemala, las divergencias se resuelven por Arbitraje. La persona que tenga el carácter de asegurado directo o de beneficiario, no tendrá acción alguna en contra del reasegurador o los reaseguradores.

3.3. Los contratos mercantiles atípicos

3.3.1. Aspectos generales

En los tiempos modernos hemos visto una gran cantidad de cambios, motivados principalmente por la adopción mundial del concepto globalizador, que generan con mayor amplitud y frecuencia, la aparición, entre otras, de: Tecnologías innovadoras, ampliación de mercados, comunicaciones más eficaces y rápidas, que propician inevitables cambios en los estilos de vida de las personas y, consecuentemente, en sus interacciones. Este hecho provoca, a su vez, el nacimiento de una mayor cantidad de vínculos contractuales no previstos en los textos jurídicos tradicionales.

La utilización, por parte del derecho, de nuevas figuras contractuales que regulen esas

relaciones, se hace indispensable, de ahí la utilización cada día más generalizada, de la llamada contratación atípica o innominada.

“La complejidad del mundo actual, la evolución tecnológica, el mayor confort al que en una medida u otra todos aspiramos, el transporte, la información, la cultura, los libros, los viajes, el turismo, etc., todo implica la presencia de una empresa que los produce y los vuelca al mercado masivamente”.¹⁸

No es una invención contemporánea, tiene su origen en el derecho romano donde, en sus primeras manifestaciones, no se le daba mayor importancia, ya que para los romanos de la época, sólo era relevante aquel contrato regulado por la ley. Posteriormente, le dieron un tratamiento más amplio, llegando incluso a aceptar el criterio, de que la ejecución voluntaria del convenio (contrato innominado) por una de las partes, constituía causa suficiente para obligar de forma civil a la otra. En la actualidad el aporte de la globalización en favor de estos contratos, es haber acelerado y masificado su uso.

“Conforme destaca Messineo, el contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que al contrario, está en constante movimiento y evolución (p.ej., de la venta se ha desprendido el suministro; de la locación se ha destacado el arriendo de cosas productivas; del mutuo ha surgido la apertura de crédito, el anticipo y el descuento, etcétera). A las formas tradicionales (y en cierto

¹⁸Farina, Juan Manuel. *Contratos comerciales modernos*. Pág. 2

sentido, arcaicas) de origen romanista, se van agregando figuras contractuales que son el resultado de la vida económica moderna”¹⁹

Hoy se tiende a utilizar de forma generalizada el concepto de “contratos atípicos” en vez de “contratos innominados”, pues modernamente no interesa tanto que los contratos tengan denominación o carezcan de ella, lo relevante es si están o no regulados por ley.

Los contratos atípicos son aquellos nacidos a la vida jurídica motivados por la libertad de contratación y que no están regulados expresa, completa y unitariamente en la ley. Al respecto el autor Gazaini, dijo: “1) si el contrato no cuenta con una expresa regulación completa en la ley, en forma específica o por remisión (aún parcial) será atípico, como ocurre con el contrato estimatorio, y 2) no basta que todos los elementos estén previstos en diversas figuras, para tener al contrato como típico, sino que, para otorgarle esta calificación, la regulación debe ser unitaria y encuadrar todos sus elementos en un sólo contrato típico. En caso contrario, será uno atípico, como por ejemplo, el “alquiler de cajas de seguridad”.²⁰

Puede decirse, que la regulación normativa delega en los sujetos privados (autonomía de la voluntad), la posibilidad de adoptar sus iniciativas contractuales, como una de las mejores soluciones a efecto de que puedan cumplir más eficazmente sus fines y metas, sin tener que recurrir a las figuras contractuales tradicionales que les podrían acarrear mucha rigidez en su cotidianidad. Claro está, tal delegación no es indiscriminada, pues

¹⁹ Mesineo, Jorge Alberto. *Arbitraje comercial internacional en México*. Pág. 526

²⁰ Gazaini, Osvaldo Alfredo. *Formas alternativas para resolución de conflictos*. Pág. 59

tiene que supeditarse a los controles, límites racionales y morales de la misma normativa legal (moral, buenas costumbres, buena fe y del orden público).

Los contratos atípicos, aún y cuando no están regulados de manera expresa por ley, deben tener, además de la tipicidad social, entendida como su identificación en virtud del uso repetido y generalizado, una motivación suficiente que permita considerarlos socialmente importantes y productivos. "...estos contratos no constituyen una creación original de las partes singulares que lo celebran; la costumbre les ha ido otorgando una fisonomía propia, y las partes, al celebrarlos se someten a su disciplina".²¹

Existen circunstancias, en que las partes acuerdan, dentro de un contrato típico, el establecimiento de una o varias cláusulas subordinadas, de carácter atípico. Esta decisión, accesoria, no basta para provocar la pérdida del contrato típico, su fisonomía y carácter, pues no es suficiente para afectar o modificar su causa típica. Por el contrario, es necesario aplicar a dichas cláusulas atípicas, las normas correspondientes al mismo contrato típico al que están subordinadas. No obstante, si existen modificaciones sustanciales, que excedan cierto límite y que provoquen la creación de otro esquema distinto de los existentes y que signifiquen, en consecuencia, una deformación categórica del contrato típico, nos hallaremos entonces ante un contrato atípico.

Doctrinariamente, se han hecho varias clasificaciones para entender la contratación atípica, pero destaca la del autor Juan Manuel Farina, quien hace referencia a dos:

²¹ *Ibíd.* Pág. 303

a) Contratos innominados con tipicidad consuetudinaria (o social), regidos por las normas y criterios dados por los usos, costumbre, jurisprudencia y doctrina jurídica. No se pueden concebir como una creación antojadiza o discrecional de quienes lo celebran, por el contrario, es la propia costumbre la que le ha dado una fisonomía particular, que permite que las partes se sometan a su disciplina y en caso de conflicto, en el supuesto de insuficiencia de documento escrito, el intérprete debe acudir a los usos y costumbres.

b) Contratos innominados sin tipicidad social, en los cuales se aplica el criterio de la analogía, es decir, se acude a la figura contractual de mayor semejanza para su comparación.

El empleo de los usos y costumbres para la interpretación de los contratos atípicos es de gran importancia, pues además de presentar mayor flexibilidad que las propias leyes, constituyen derecho objetivo, al cual nos podemos remitir para su delimitación. Estos dos conceptos se relacionan íntimamente con la denominada “causa” de los contratos atípicos.

En los contratos típicos la “causa” está fijada por ley; por el contrario, en los atípicos, por la costumbre, por las partes o por los usos. Así, se dice, que de la atipicidad de la causa depende la atipicidad del contrato.

Un contrato siempre debe tener una causa, estructuralmente no se concibe sin ella. Ahora, si las partes lo realizan sin una causa, es decir, desviándose de la función



económica y social a la cual está supeditado, se entenderá que es improductivo de efectos, pues va dirigido a una finalidad distinta de la que admite el ordenamiento jurídico. Es por este motivo, que no es suficiente recurrir al nombre que las partes o la práctica asignan al contrato, se debe además investigar y analizar su contenido con el propósito de identificar su causa, la cual nos permitirá delimitar, en qué tipo de contrato nos encontramos (típico o atípico) y seremos capaces de dilucidar cuáles normas son las aplicables en caso de conflicto. Se puede decir que el contrato atípico debe tener una causa o fin merecedor de tutela jurídica; al respecto, el autor Augusto Morelloha dicho que para este tipo de contratos es conveniente disciplinar:

“ciertos principios compartidos que contengan guías flexibles y pautas de interpretación a fin de que haciéndose cargo de sus características diferenciadoras, permitan al operador jurídico una toma de posición más efectiva (realista y segura), durante las fases de desarrollo y ejecución en el tráfico moderno”.²²

A los contratos atípicos (al igual que los típicos) se les aplican, también, los principios de la buena fe y la teoría del abuso del derecho, por lo que el intérprete tiene que investigar cuándo, bajo la apariencia de un contrato atípico, se pretende simular uno típico, pues hay una marcada tendencia a disfrazar contratos, con fines impositivos, o bien, para eludir responsabilidades. No obstante, con el fin de lograr resultados coherentes con este hecho, es necesario crear cláusulas que terminan desnaturalizando la figura del

²²Morello, Augusto. *Contrato y proceso*. Pág. 63

contrato típico elegido, y es ahí donde el intérprete debe poner especial atención a efecto de determinar lo realmente querido por las partes, es decir, la causa del contrato.

Es preciso tener presente que la creación y adopción de nuevas figuras contractuales (atípicas) que faciliten y concuerden con los cambios modernos, es ilimitada, pero deben basarse en los principios constitucionales, normativa vigente, usos y costumbres, que integran el estado de derecho en el que vivimos.

Cabe advertir, que muestran un especial auge en el derecho comercial, pues los constantes cambios han propiciado que los comerciantes hayan tenido que ir adoptando y creando sus propias figuras legales (sobre la base de los usos y costumbres), para regular sus actividades comerciales en todos aquellos casos en que la legislación típica resulta insuficiente o imposibilitada, para solucionar los nuevos problemas suscitados en la intensa actividad comercial.

Los contratos atípicos tienen, básicamente, la misma naturaleza jurídica que los típicos, por lo que son convenciones reconocidas por la ley como creadoras de efectos jurídicos. A ambos se les aplican (principio de seguridad jurídica) los mismos requisitos y principios estipulados para la materia contractual en general, pero difieren, claro está, en su estructura, aplicación y definición particular.

3.3.2. Concepto

Según Diez-Picazo, afirma que “contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no sólo del derecho civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento es contemplado desde la perspectiva como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. El derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de la persona.”²³

Según Néstor De Buen Lozano considera que el contrato “ es un acuerdo espontáneo de voluntades, que persiguen fines distintos, adecuados a la ley y a las buenas costumbres, generalmente consensual y excepcionalmente formal, para la creación y transmisión inmediata, diferida y condicionada, temporal o permanentemente, de derechos y obligaciones de contenido patrimonial.”²⁴

Para el tratadista Manuel Ossorio en su diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales define los contratos atípicos de la siguiente manera: “el que no se ajusta a ninguno de los tipos, establecidos caso en el cual se está ante un contrato innominado o

²³ Diez Picazo. **Fundamento del derecho civil patrimonial**. Pág. 121

²⁴ De buen lozano, Nestor. **La decadencia del contrato**. Pág. 167

aquel que combina las formas diversas de los existentes regulados, situación que se conoce como contrato múltiple”²⁵

Para Guillermo Cabanellas en contrato atípico es “el que no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos en cuyo caso está ante un contrato innominado”²⁶

El contrato atípico es aquel que no se encuentra establecido específicamente dentro del ordenamiento jurídico vigente, pero si legitimado por el mismo.

3.4. Clasificación

3.4.1. Contrato atípico de transferencia de tecnología -know-how

En un sentido amplio, mediante el contrato de transferencia de tecnología (también denominado de asistencia técnica o de licencia de know-how) una empresa transfiere a otra ciertos procedimientos de fabricación, transformación y conservación o bien la asistencia técnica o los conocimientos tecnológicos para una mejor utilización de tales prestaciones en su proceso productivo.

Como el contrato de ingeniería, este contrato tiene por finalidad, la mejora de los procesos productivos, administrativos, financieros de la empresa cliente, los contratos de transferencia de tecnología tienen autonomía propia, por lo que pueden celebrarse

²⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. Pág. 233

²⁶ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 500



independientemente, sin conexión con ningún otro contrato, aunque aparecen en ocasiones como parte integrante de otros más complejos, como los citados contratos de ingeniería.

El contrato de know-how pese a semejanzas con algunas figuras como la denominada licencia de patentes, el contrato de compra venta y el contrato de asistencia técnica, no debe de confundirse, con estas por ejemplo, se diferencia del primero en que no tiene carácter público que permite el registro, es un secreto; del segundo el dador no vende los conocimientos, autoriza su utilización y del tercero por el carácter de confidencialidad no existe, asistencia técnica.

En cuanto a las obligaciones que genera este contrato, son de medio: la autorización de explotación y la puesta a disposición; en cambio, los de resultado que se garantizan son los técnicos que para este fin se determina: el tiempo de comprobación de resultados y los criterios o sistemas de comprobación.

Este contrato tiene las siguientes características, es atípico, consensual, se perfecciona por el acuerdo entre las partes, es sinalagmático, bilateral por existir contraprestaciones entre las partes.

Elementos que caracterizan al know-how

- a) **Práctico:** o sea útil, funcional, beneficioso, aprovechable, real.



- b) Probado: que los procedimientos hayan sido ensayados, demostrados y comprobados, a la vez seguros y acreditados.
- c) Original: que sea nuevo, peculiar, interesante. Es esta característica lo que lo hace confidencial durante la vida del contrato y luego de su terminación.
- d) Específico: que sea un conjunto de técnicas, procedimientos y métodos definidos e individualizados e identificados en forma concreta.
- e) Generalmente no patentados y secreto: en el sentido que no es comúnmente conocido.
- f) Reproducible: o fácilmente transmisible oralmente en sesiones de entrenamiento o por escrito en los contratos y/o manuales.
- g) Sustancial: por el hecho de que el mismo incluya una información importante para la venta de los productos o la prestación de los servicios, para la presentación de los productos, las relaciones con la clientela y en general la gestión operativa y administrativa.

3.4.2. Contrato atípico -joint-venture-

Es aquel por el cual el conjunto de sujetos de derecho nacionales o internacionales-



realizan aportes de las más diversas especies, que no implicarán la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio común, pudiendo ser este desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará dentro de un lapso limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos.

La idea general es la de una empresa o proyecto con participación de dos o mas personas, física o jurídica, y cuya finalidad es realizar una operación de negocio distinta y generalmente complementaria, de la que desempeñan las empresas constituyentes, bajo cuya gestión está el control de la nueva empresa.

3.4.3. El contrato atípico de leasing

Es conocido también como arrendamiento financiero, locación financiera o arrendamiento con opción a compra. Dentro de las modalidades del contrato de leasing se encuentran.

a) Leasing operativo

En esta modalidad, el propietario fabricante o proveedor de un bien lo transfiere a otro para utilizarlo en su actividad económica.

En este caso, el locador es al mismo tiempo el fabricante o proveedor de los bienes. En caso de no ser así, el contrato sería de renting, el cual es un típico contrato de arrendamiento en el que el locador ni fabrica ni provee el bien.

b) Leasing financiero

En este contrato, un sujeto llamado dador (dador del financiamiento) proporciona dinero para comprar un bien que necesita el tomador (tomador del financiamiento y del bien por adquirir), adquiriéndolo directamente del proveedor y pagándole el valor del mismo.

Dentro de sus elementos se encuentran que es dador, por la persona que da el financiamiento; y tomador, por el sujeto beneficiario del financiamiento y usuariodel bien por adquirir.

Como características el tomador o usuario debe tener siempre el derecho a optar por la compra de los mismos, salvo pacto en contrario. El plazo del contrato se negocia en razón de la vida útil del bien adquirido y es común que sea forzoso. El tomador o usuario asume los riesgos y soporta los vicios del objeto adquirido.

Por otra parte, dentro de las etapas del contrato de leasing financiero se encuentra la etapa de administración, ya que lo importante es la utilización del bien adquirido con el financiamiento; otra etapa es la de disposición, pues vencido el plazo, el tomador decide adquirir el bien, ejercitando el derecho a la opción de compra.

Diferencia del leasing financiero con el arrendamiento

En el contrato de arrendamiento: la intención de las partes es la de permitir el uso de un bien y en razón de ello se pacta la renta. La opción de compra es una preferencia de adquisición, en que las rentas no tienen nada que ver en el precio. Si no se hace uso del derecho de opción y el bien es vendido a tercero, el locatario no tiene derecho a que se le entregue parte del precio vendido. En el contrato de leasing la intención de las partes es negociar un crédito sujeto a las reglas del mercado financiero, lo que influye en las rentas periódicas que debe pagar por el uso del bien. La opción debe ser parte del contrato, el precio de la posible venta se pacta desde la celebración del contrato y será siempre un valor residual que se calcula tomando en cuenta el deterioro que sufre el bien. Si no se ejerce la opción y los bienes vendidos a tercero, tendrá derecho a una parte del precio.

3.4.4. El contrato de factoring

Es una sociedad financiera cuya función social consiste en comprar deudas comerciales a la vista o exigibles a corto plazo, negociarlas y prestar un conjunto de servicios comerciales y financieros a su clientela vendedora de bienes o servicios, con arreglo a un contrato previo establecido para cierta duración que vincula al factor con su cliente.

Es un convenio de efectos permanentes establecido entre el contratante, según el cual aquel se compromete a transferir al factor todas o parte de las facturas que posee de terceros deudores y notificarles esa transmisión; como contrapartida el factor se encarga

de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor y de pagar el importe, por anticipado, a la fecha fija o mediante deducción de sus gastos de intervención.

- **Sujetos del Contrato**

a) Factor, que es la sociedad factoring.

b) El cliente o sea el titular de los créditos transferidos al factor.

Diferencia con el contrato de descuento

En el contrato de factoring, el cliente que transfiere los créditos debe quedar desligado de garantizar el pago, por regla.

En este contrato, se opera generalmente sobre facturas, o bien sobre un título que a la vez es factura, la factura cambiaria.

Está concebida para absorber una masa de facturas y se puede trasladar periódicamente, facturas durante el plazo del contrato. En el contrato de descuento, el desligarse de garantizar el pago es una excepción. Es un negocio regularmente sobre créditos que constan en títulos de crédito o en libros. Puede negociarse sobre un título de crédito.

3.4.5. Contrato de un derwriting

Es una operación por la cual un banco o una sociedad financiera otorga pre financiamiento a la sociedad emisora sobre la suma que representa el total o parte de los valores a emitir: acciones o debentures, pagando un precio menor al valor nominal de cada documento, los cuales colocará posteriormente por un precio mayor.

Diferencia con el contrato de suscripción de valores

El contrato de un derwriting, no es un negocio realizado en la bolsa. Quien da el financiamiento puede ser un banco, una sociedad financiera o cualquier sujeto económicamente solvente. El pre financiamiento es sobre títulos valores por emitir.

Sujetos, objeto y forma del contrato

Sujetos:

- a. La entidad que da el pre financiamiento, adquiere los títulos valores a emitir con la finalidad de colocarlos posteriormente.
- b. La sociedad anónima que recibe el pre financiamiento, contrayendo la obligación de emitir los valores objeto del contrato.

Objeto:

El pre financiamiento que se otorga y los títulos que se emiten.

Forma del contrato:

Es libre por regla general.

- Modalidades del contrato

- a. En firme. Cuando el ente que otorga el pre financiamiento los coloca, en el entendido de que se convierte en socio temporal de la sociedad emisora.
- b. No en firme. Cuando el ente financiero, se obliga a colocar los títulos pero por cuenta del emisor y los títulos no colocados son devueltos a la entidad emisora.

3.4.6. El contrato atípico de franquicia:

Contrato mediante el cual un comerciante, denominado franquiciante, permite a otro, denominado franquiciado, la comercialización de un producto o un servicio que constituye la actividad propia de su empresa, debiéndose seguir las mismas pautas que se observan en la empresa franquiciante en cuanto a calidad, presentación del producto

o servicio su publicidad, etc., de modo que el consumidor estará recibiendo un bien, por medio del franquiciado, como si se lo estuviera proveyendo el franquiciante.

- **Características**

Es una relación continuada de transferencia de tecnología entre el franquiciante hacia el franquiciado para la comercialización del producto o prestación del servicio. El franquiciante, a cambio recibe el pago de una cuota inicial y se queda recibiendo regalías periódicas. La franquicia implica licencia de uso de la marca que distingue su producto o servicio. El franquiciante mantiene una relación constante sobre las actuaciones del franquiciado en la ejecución del contrato para controlar el cumplimiento de los requerimientos propios del contrato.

Clases:

- a. Franquicia piloto: Aquella en que se establece una empresa intermediaria encargada de controlar a los franquiciados que en una zona hayan celebrado contratos de franquicia.
- b. Franquicia directa: Aquella que se celebra entre el franquiciante y franquiciado, y es la que se ha tratado.

- c. Franquicia tecnológica: Aquella en que a partir del efecto propio del contrato, el franquiciado desarrolla su propia tecnología.

3.5. Formas de celebración

Teorías de la contratación atípica

La doctrina ha formulado algunas teorías básicas acerca del criterio para determinar la forma de interpretación e integración, para regular un contrato atípico. De acuerdo al tratadista Jaime Arrubia Paucar, existen cuatro teorías:

a) Teoría de la absorción o de la observación (lotmart)

“En los contratos atípicos deben observarse y determinarse cuál es la prestación determinante o preponderante y una vez identificada, debe aplicársele el régimen jurídico del contrato típico al que pertenezca tal prestación. El negocio atípico pasa a ser absorbido, en cuanto a su disciplina, por el convenio típico el cual pertenece la prestación fundamental”.²⁷

El problema de esta teoría, es que no resuelve realmente el problema de la interpretación de los contratos atípicos, ya que por lo general no es posible determinar

²⁷ArrublaPaucar, Jaime Alberto. Los contratos mercantiles. Pág. 65

cuál es la prestación o elemento preponderante; asimismo, restringe la disciplina o la idea de la contratación atípica a una figura ya existente e inútil para los contratantes.

b) Teoría de la combinación (Hoeniger, Cariota-Ferrara)

“Cuando un contrato atípico se compone de diferentes prestaciones que, miradas aisladamente, pertenecen a varios contratos o figuras típicas, se debe regular, aplicando las normas correspondientes a las figuras típicas con que se identifica cada prestación, ocurre por tanto una desmembración del contrato atípico para efectos de poder establecer la variedad de normas que lo regularan”.²⁸

En esta teoría el contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, por lo que las normas aplicables serán las que resulten de la combinación de dichas normas de tipos contractuales. El contrato atípico debe desmenuzarse y encuadrar todas las prestaciones en un contrato típico; lo negativo de esta teoría es que un contrato atípico no es un agregado o mezcla de diversos contratos típicos, sino tiene una unidad, fin propio y único por lo que es un contrato único.

c) Teoría de la analogía. (Messineo)

Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico, son las que recoge el

²⁸ *Ibíd.* Pág. 68

contrato típico con el que tenga mayor analogía. Hay que tener claro que el contrato atípico es un contrato diferente, y no análogo o a fin de un contrato típico, y por otro lado es muy difícil determinar cuál es la similitud o afinidad con el contrato típico. “Las reglas que deben regular el contrato atípico son aquellas que regulan el contrato contractual típico más parecido o semejante”.²⁹

d) Teoría del interés o fin dominante. (enneccerus)

“Según los partidarios de esta teoría, no se debe insistir en la aplicación de normas de un contrato típico, puesto que dicho contrato no colmaba el interés perseguido por las partes con su convención, se proponen por tanto acudir a las normas de la teoría general de las obligaciones y de los contrato para regular la convención atípica”.³⁰

Dependiendo del caso se debe observar los intereses de las partes que tienen en un determinado contrato atípico. Si el fin que persiguen las partes no puede alcanzarse en un contrato típico, no debe insistirse en usar las reglas supletorias de éste para que sean aplicadas en el contrato atípico, debe recurrirse a las normas generales de la obligación y de los contratos.

Las doctrinas nos da ciertas bases para regular el contrato atípico, aunque la solución realmente es positiva, observando la legislación nacional e internacional; ya que al no existir una ley exactamente aplicable al caso controvertido o materia de contratación, se

²⁹ Ibidem. Pág. 69

³⁰ Ibidem. Pág. 70



aplicaran leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto las reglas generales del derecho.



CAPÍTULO IV

4. Propuesta de inclusión y análisis de comparación del contrato de franquicia con el Código de Comercio en Guatemala.

La aplicación y contratación en Guatemala desde hace algún tiempo con respecto al contrato de franquicia ha sido fundamental ya que el mismo se ha celebrado aplicando las normas supletorias del derecho civil y especialmente del derecho de obligaciones y contratos. Por su importancia y su aplicación en Guatemala el contrato de franquicia debe ser incorporado a la legislación mercantil guatemalteca tomando en cuenta el desarrollo de dicho contrato en el comercio guatemalteco principalmente en la rama de hotelería, restaurantes y otros.

4.1. Aspectos generales de los auxiliares de los comerciantes

La función del sujeto auxiliar del comerciante es importante porque permite la fluidez de la industria, de la intermediación, de la prestación de servicios, de la banca, del seguro, etcétera, que de otra manera requerirían la presencia constante del titular de la empresa. El carácter esencial de la función del auxiliar de comercio es no ejercer en nombre propio, de manera que no es él, el sujeto de la imputación proveniente de los actos en que interviene, porque ellos revierten en el comerciante a quien representó o por quien actuó el auxiliar.



- **Factor**

El Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la Republica de Guatemala en el Artículo. 263: Factores. Son factores, quienes sin ser comerciantes tienen la dirección de una empresa o de un establecimiento. El factor en esencia, representa al comerciante propietario de la empresa o establecimiento. El factor se constituye mediante mandato con representación otorgado por el comerciante, por nombramiento o por contrato de trabajo escrito, documentos que deberán inscribirse en el Registro Mercantil General de la Republica de Guatemala.

El factor siempre estará facultado por ministerio de la ley para realizar todas las operaciones y para celebrar los contratos corrientes relacionados con el objeto de la empresa o del establecimiento que dirija. Necesitará facultad especial para enajenar o gravar bienes inmuebles de la empresa, contratar préstamos y representar judicialmente al comerciante.

Si fueren varios los factores se presumirá que pueden actuar separadamente. Los factores no pueden delegar en otros los encargos que recibieren de sus principales sin consentimiento de ellos. Responderán al principal por los daños y perjuicios que les causen por haber precedido con dolo, culpa o en infracción de ley.



- **Dependientes**

El Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la Republica de Guatemala en el Artículo 273. Dependientes. Son dependientes quienes desempeñan constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico de una empresa o establecimiento, por cuenta y en nombre del propietario de éstos. El dependiente es un empleado subalterno del principal, con quien le liga, generalmente, un contrato de trabajo verbal o escrito.

Están los dependientes encargados de atender al público dentro del establecimiento, quienes están facultados para realizar las operaciones que estuvieren a su cargo y para percibir en el establecimiento los ingresos por venta y servicios que efectúen.

También existen los dependientes viajeros, quienes se consideran autorizados para operar a nombre y por cuenta de los principales y para recibir el precio de las mercaderías que vendan.

Los dependientes no pueden delegar en otros los encargos que recibieren de sus principales sin consentimiento de ellos. Tampoco pueden derogar o modificar las condiciones generales de contratación o las cláusulas impresas en formularios de la empresa, ni exigir el precio de mercadería de las cuales no hagan la entrega o remesa ni conceder prórrogas o descuentos que no sean los acostumbrados por la empresa, a

menos que estén autorizados. Responderán al principal por los daños y perjuicios que les causen por haber precedido con dolo, culpa o en infracción de ley.

- **Agentes de comercio**

Son agentes de comercio las personas que actúen de modo permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquellos. Pueden ser: 1. Dependientes, si actúan por orden y cuenta del principal, forman parte de la empresa y están ligados a éste por una relación de carácter laboral. Estos agentes cumplen su encargo de conformidad con las instrucciones del principal. 2. Independientes, si actúan por medio de su propia empresa y están ligados con el principal por un contrato mercantil: contrato de agencia. Las relaciones entre ellos se regirán por lo convenido entre ambas partes, respetando siempre las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala.

Dentro del apartado de agentes de comercio en el Código de Comercio de Guatemala, encontramos a los distribuidores o representantes: Quienes por cuenta propia venden, distribuyen, promueven, expenden o colocan bienes o servicios de un comerciante individual o social, nacional o extranjero, con quien están ligados por un contrato de distribución o representación.

Salvo pacto en contrario, los agentes de comercio pueden dedicarse a cualquier otra clase de actividades y negocios y aún actuar por cuenta de otros principales, cuyos



productos o servicios no compitan entre sí. El principal puede valerse simultáneamente de varios agentes, distribuidores o representantes en la misma zona, salvo cuando que sean agentes exclusivos para una zona determinada.

El agente sólo podrá celebrar contratos a nombre del principal, hacer cobros, conceder descuentos, quitas o plazas y variar las condiciones de los contratos o formularios impresos del principal, si estuviera autorizado expresamente para ello. El agente deberá transmitir al principal copias fieles de los pedidos y ofertas que reciba y de los contratos que celebre, si estuviera facultado para celebrarlos, en cuyo caso queda obligado el principal frente a terceros en los contratos celebrados y los pedidos y ofertas convenidas.

El agente tiene derecho a una comisión sobre la cuantía el negocio que se realice por su intervención, salvo pacto en contrario. El contrato de agencia independiente terminará por mutuo consentimiento entre las partes, por vencimiento del plazo, si lo hubiere, por decisión del agente, por medio de un aviso con 3 meses de anticipación, por decisión del principal y por justa causa.

- **Corredores**

Es el que en forma independiente y habitual, se dedica a poder en contacto a los interesados en la conclusión de un negocio, sin estar ligado a ninguna de las partes por relación de colaboración, dependencia o representación. Estos deben estar registrados



en el Registro Mercantil General de la Republica de Guatemala. Solamente los corredores autorizados tendrán derecho a corretaje por sus servicios.

Los corredores deben llevar los siguientes libros: a) libro de registro encuadernado y foliado en donde asentará todos los negocios ejecutados por su mediación, b) libro en donde consigna los nombres y domicilio de los contratantes, la materia del negocio y las condiciones en que se hubiere celebrado. Los libros deben ser autorizados por el Registro Mercantil General de la Republica de Guatemala.

Algunas obligaciones del corredor: responder de la identidad de las personas que contrataren por su mediación, ejecutar por sí mismos las negociaciones que se les encomendaren, expedir a costa de los interesados certificación de los asientos correspondientes a los negocios que haya intervenido, guardar secreto en todo lo que concierne a los negocios que se les encargue. Las partes interesadas en la conclusión del negocio se obligan a pagar al corredor el corretaje si el negocio concluye por efecto de su intervención, a esto es lo que se llama contrato de corretaje.

- **Bolsa de valores**

Derogado por el Artículo 105 del decreto número 34-96.

- **Comisionistas**

Es el que por cuenta ajena realiza actividades mercantiles si el comisionista actúa como tal debe de obtener patente. Para desempeñar su comisión necesita un mandato, ya sea en escritura pública, verbal o escrito. El comisionista puede obrar en nombre propio, aunque trate por cuenta de otro, de consiguiente no tiene obligación de manifestar quién es la persona por cuya cuenta contrata; pero queda obligado directamente hacia las personas con quienes contrata, como si el negocio fuese propio.

La comisión deberá ser desempeñada personalmente por el comisionista, quien no podrá delegar su cometido sin estar autorizado para ello; deberá informar al comitente de la marcha de su comisión y rendirle cuenta de su gestión. Como consecuencia de la comisión, el comisionista tiene derecho a una remuneración por parte del comitente, la que se fija al entablar la relación jurídica que la constituye; en caso contrario, se determinará conforme a lo usos de la plaza donde se realiza la comisión. Asimismo, tiene derecho el comisionista al reembolso de los gastos en que incurra por el desempeño de la comisión.

La comisión termina por muerte o inhabilitación del comisionista, por muerte o inhabilitación del comitente no termina la comisión.

4.2. Aspectos generales de la franquicia

Una franquicia es la licencia de uso de marca, en donde se transmiten conocimientos técnicos y se proporciona asistencia técnica, en la cual la persona adquirente tiene la concesión para producir y/o vender bienes y/o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos del titular, tendiente a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que este distingue.

Para la autora Ximena Holguin una franquicia implica: “una relación comercial y de negocios entre dos partes: por una, el empresario que desarrollo métodos de producción y administración y propuso una estrategia de publicidad y de consolidación de una imagen corporativa; y por otra, el empresario independiente que acepta utilizar al máximo esos conocimientos técnicos y métodos, y compartir esa publicidad. En si una franquicia es un sistema de independiente, que desea participar y aprovechar dichos métodos.”³¹

Para el autor Enrique González Calvillo la Franquicia es: “un formato de negocios dirigido a la comercialización de productos y servicios, en el cual una persona o empresa denominada franquiciante u otorgante, concede a otra denominada franquiciado o tomador, el derecho a utilizar una marca o nombre comercial por un tiempo determinado; le transfiere los conocimientos técnicos necesarios que le permitan

³¹Holguin, Ximena. *El sistema de franquicias*. Pág. 97

desarrollar un patrón establecido y controlado por el franquiciante, permitiéndole comercializar determinados bienes y/o servicios, con métodos administrativos uniformes y comunes para ambos.”³²

Enrique Carlos Díez de Castro y José Luis Galán González, en su obra "Práctica de la franquicia" la franquicia es: “un sistema de cooperación entre empresas diferentes, pero ligadas por un contrato, en virtud de la cual una de ellas (la franquiciante) otorga a otra u otras, denominadas franquiciadas, a cambio de una contraprestaciones (pagos), el derecho a explotar una marca y/o una fórmula comercial materializada en unos signos distinguidos, asegurándose al mismo tiempo la ayuda técnica y los servicios regulares necesarios destinados a facilitar dicha explotación.”³³

Según el autor español, Alonso Prieto, en su obra "Una franquicia para mi nuevo negocio", la franquicia es: “como un sistema de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: De una parte el franquiciador, verdadero titular de los derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor y aún know-how caracterizado por una serie de productos y/o servicios, presentado de un modo original y específico, y explotados según técnicas previamente y de rentabilidad probadas.”³⁴

³² González Calvillo, Enrique. *La experiencia de las franquicias*. Pág. 114

³³ Enrique Carlos Díez de Castro, José Luis Galán González. *Práctica de la franquicia*. Pág. 125.

³⁴ Prieto Alonso, Mariano, *Una franquicia para mi nuevo negocio: todo lo que necesita conocer para ser franquiciado*. Pág. 85

El contrato existe desde que uno o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral, ni a la buena fe guardada y a las costumbre.

El contrato de franquicia es el contrato por el cual un sujeto al que denominamos franquiciante le permite el uso de su marca, logo, y sistema organizacional, a otro denominado franquiciado a cambio del pago de una remuneración, que por lo general depende de las operaciones realizadas por el mismo.

Es decir este modelo de contrato es perfecto para quienes quieran iniciar una actividad con bajos riesgos económicos, debido a que la empresa ya se encuentra posicionada e identificada en la mente de los consumidores. En otras palabras montando un negocio de franquicia, podrá dedicarse al funcionamiento diario de su negocio, mientras que el franquiciante se preocupará de investigar nuevos productos, suministrarle regularmente la mercancía, hacer campañas de publicidad y otras cosas imprescindibles para el buen funcionamiento del negocio.

De acuerdo a la actividad se pueden diferenciar tres modelos distintos de franquicias:

- a) **Franquicia de producción:** en este caso el sujeto franquiciado utiliza la marca y el sistema organizacional del franquiciante y fabrica bajo esta. Un caso concreto

e ilustrativo de este es la famosa cadena de comidas rápidas estadounidense identificada con la m.

b) Franquicia de distribución o comercialización: en este caso el sujeto franquiciado utiliza la marca y el sistema organizacional del franquiciante para la distribución o comercialización de productos. Por ejemplo las estaciones de servicios.

c) Franquicia de servicios: bajo este modelo el franquiciado utiliza la marca y el sistema organizacional del franquiciante y presta servicios bajo la misma.

4.3. Análisis de las disposiciones legales utilizadas en el contrato de franquicia

Una vez realizado el análisis de la normativa jurídica guatemalteca, se estableció que en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, no aparece ninguna disposición legal vigente respecto a la franquicia, por lo que se hace necesaria su inminente regulación tomando como base, la suscripción de un contrato de franquicia en Guatemala, ya que es considerado en la actualidad, como un contrato atípico, por las razones antes indicadas, y al momento de celebrarlo las partes quedan vinculadas, en derechos y obligaciones, así como en la extinción del mismo. Sin embargo, constitucionalmente es permitido, la realización de este tipo de contratos, ya que el Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, determina que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, no está

obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco, podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.

Ahora bien, por no tener una regulación específica en la ley, se debe utilizar los principios de libertad de contratación y la autonomía de la voluntad de las partes, así como las disposiciones generales, en materia de contratos, y especialmente las referentes a aquellos que puedan ser encuadrados como atípicos. Para el efecto, el Código Civil de Guatemala contenido en el Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno, regula en el Artículo 1256 que, cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico los interesados pueden usar la que juzguen conveniente. Dicho Artículo es la base fundamental para poder realizar un contrato de franquicia, ya que la ley deja abierta la puerta que para las negociaciones que no tengan especificadas normas, podrán hacerlo de la manera que juzguen pertinente. Es por ello, que el Artículo 1517, del mismo Código citado, indica que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

4.4. Normas internacionales relativas a los contratos de franquicia

En Venezuela, el contrato de franquicia es un contrato atípico, ya que aun cuando se le menciona por su nombre en algunos textos legales, no se establece una regulación específica del modo en que las partes quedan vinculadas, derechos, obligaciones y extinción del contrato.

Es de la esencia misma del contrato de franquicia, que dentro de su estructura se distingan diversos contratos: acuerdos de distribución, licencias de uso de marcas, acuerdo de confidencialidad. De allí que el contrato de franquicia sea regulado, principalmente por las disposiciones del Código Civil, es decir, por el derecho común. Sin embargo, dado que por las peculiaridades del contrato usualmente se presentan restricciones a la competencia, esto conlleva que se le apliquen las normas de la "Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia" (Ley de PROCOMPETENCIA) y de los "Lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia" pero esta regulación de la normativa de competencia es externa al contrato, atendiendo a los efectos anticompetitivos. Una vez establecido el marco legal vigente sobre la materia, se hace especial relevancia al aspecto de la ley aplicable o a la escogencia de la ley.

La mayoría de los contratos de franquicia son contratos normalizados o de adhesión, en los cuales se presentan unas cláusulas tipo que deben ser aceptadas por el futuro franquiciado en caso que desee entrar a formar parte de la red o sistema. En algunos casos puede haber discusión sobre el contrato, pero usualmente se encuentran diseñados para que sean aceptados o no por el posible franquiciado.

Así bien y volviendo al punto de la escogencia de la ley, la ley aplicable será escogida por el franquiciante, quien en principio, suele establecer como ley aplicable la de su domicilio. Debemos diferenciar aquí entre las franquicias nacionales y las extranjeras. Evidentemente, los contratos de las franquicias nacionales que van a ser usados dentro



del territorio, deben ser redactados atendiendo a las disposiciones nacionales vigentes. Por lo que respecta a las franquicias extranjeras, los contratos deben ser necesariamente revisados antes de su implementación en el ámbito nacional, para garantizar que los mismos no violan o contradicen leyes internas.

Necesariamente la escogencia de la ley extranjera, conlleva usualmente que el domicilio para la resolución de los conflictos sea el domicilio del franquiciante, el cual suele ser el mismo de la ley aplicable. Como franquiciado, lo más importante respecto a este punto es que el franquiciado busque asesoría especializada para conocer bien el contrato, y entender claramente las obligaciones, riesgos y limitaciones del contrato. No solo es importante conocer la parte operacional, es necesario comprender las implicaciones legales, para que el franquiciado pueda medir con exactitud el riesgo de su inversión.

América del sur es un receptor importante del sistema de franquicias y registra un gran potencial de crecimiento. Un total de seis países: Argentina, Chile, Brasil, Colombia, Venezuela y México, engloban más de 60 mil puntos de venta propios o franquiciados y una facturación cercana a 30 mil millones de dólares. De un total de casi 2.000 centrales, 74% de ellas se encuentran divididas entre dos países, Brasil y México, lo que se traduce en diferenciar mercados ya consolidados frente a mercados en desarrollo.

Si nos centramos en el número de establecimientos integrados, tanto propios como franquiciados, del total, más de 92%, se encuentra en Brasil y México. En estos países la media de establecimientos por marca es mucho mayor que en el resto, lo que

demuestra que el potencial de crecimiento tanto en nuevas marcas como en establecimientos es realmente interesante tanto para las empresas franquiciadoras en dichos mercados, como para empresas franquiciadoras europeas y americanas consolidadas en sus respectivos mercados de origen.

4.5. Efectos jurídicos y comerciales de la celebración del contrato de franquicia

En Guatemala la forma de celebrar los contratos se encuentra expresamente establecida en la legislación guatemalteca en el Artículo 1,574 del Código Civil, Decreto-Ley 106, regula lo siguiente: Toda persona puede contratar y obligarse: “Por escritura pública, por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia, y verbalmente.”

Aunque la forma escrita del contrato de franquicia tiene, un alcance respecto a la existencia del mismo y su contenido, pues con la misma se facilita la prueba de los extremos en que se produce el negocio.



CONCLUSIONES

1. El contrato de franquicia forma parte del moderno sistema de comercialización, utilizado actualmente y con mucha frecuencia en la actividad mercantil, como los contratos regulados, en el Código Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la Republica de Guatemala.
2. Las implicaciones legales y los alcances del contrato de franquicia dependen de la forma de adecuación del mismo, haciendo énfasis en la importancia de plasmar a cabalidad todos los derechos, obligaciones y efectos que tiene el contrato, ya que el mismo determinara todo lo específico a la funcionalidad de la franquicia.
3. Por ser el contrato de franquicia un sistema moderno y frecuente, utilizado en el ámbito de la negociación mercantil tanto nacional como extranjera, merece y demanda que se fundamente y tipifique legalmente, para operacionalizar y sistematizar el aspecto legal de las franquicias y establecer los lineamientos y directrices para su funcionalidad.
4. El contrato de franquicia es una eficaz y eficiente forma de negociación en Guatemala, ya que a través de dicho contrato, se busca la expansión de nuevos mercados lo que genera para el país desarrollo económico y social.



5. Desde hace mucho tiempo se ha observado que la franquicia en Guatemala, representa un verdadero negocio que es una de las fuentes generadoras de divisas, aunque no este regulado en materia comercial vigente.



RECOMENDACIONES

1. Se debe difundir información adecuada para que todos los empresarios sepan implementar una franquicia a nivel local, reforzando la información a través de cámaras gremiales, como la Cámara de Comercio de Guatemala, o la Asociación Guatemalteca de Franquicias, para que informen y determinen los lineamientos a seguir para los comerciantes interesados en constituir negocios por medio de la celebración de franquicia.
2. El Congreso de la Republica de Guatemala, debe de normar con exactitud los derechos y obligaciones de las partes contratantes, ya que por la complejidad del mismo puede que éste no contenga en su totalidad dichos aspectos, por lo que es necesaria la implementación adecuada de un contrato de franquicia hotelera con la finalidad de crear un contrato tipo de dicha actividad económica.
3. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, fundamente y tipifique legalmente, el contrato atípico de franquicia para contribuir a la correcta contratación mercantil, tanto nacional como extranjera en dichos negocios, considerando su debida aplicación y sistematización, para establecer los lineamientos y directrices para su funcionalidad.
4. El Congreso de la República de Guatemala, debe de tener en cuenta que el contrato atípico de franquicia, es una forma de negociación en Guatemala, que



produce réditos económicos, laborales y de expansión de nuevos mercados, lo que generan para el país un desarrollo económico y social, importantes.

5. El Congreso de la República de Guatemala, debe incluir dentro de la legislación mercantil vigente el contrato de franquicia, y se den las directrices necesarias para la realización e implementación, de estrategias de inversión y comercialización de estos negocios, en beneficio del estado de Guatemala.



BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS-SCHREIBER, Max Pezet. **Contratos modernos**. Lima, Perú: Gaceta Jurídica editores, 1999.
- BARRENECHEA, Jon. e IRIARTE, Ainoa. **Los contratos más utilizados en la empresa**. España: Ediciones Deusto, 2005.
- CABALLERO, Gaspar. **Los consorcios públicos y privados**. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1985.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: 1977.
- FARINA, Juan. **Contratos comerciales modernos**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1993.
- GUTIÉRREZ, Luis. **Apuntes de derecho mercantil**. Tegucigalpa, Honduras: Imprenta López, 1971.
- GHERSI, Carlos. **Contratos civiles y comerciales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1994.
- KIRKLAND, Edward. **Historia económica de los Estados Unidos**. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.
- MONTILLA, Rafael. **Derecho mercantil**. México: Editorial Porrúa, 1963.
- OTAEGUI, Julio. **De los contratos de colaboración empresarial**. Revista de derecho comercial y de obligaciones. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1983.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 2000.



PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Editorial Aries, 1998.

PUENTE, Antonio y CALVO, Octavio. **Derecho mercantil**. México: Editorial Banca y Comercio, 1950.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. México: Editorial Porrúa, 1980.

ROCCO, Alfredo. **Principios de derecho mercantil**. México: Editorial Banca y Comercio, 1966.

STANCANELLI, Néstor. **Los consorcios en el derecho administrativo**. Madrid: Editorial Bosch, 1972.

SUPINO, David. **Derecho mercantil**. Madrid: Editorial La España Moderna. 1965.

URIA Rodrigo. **Derecho mercantil**. Madrid: Editorial Silverio, 1962.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Editorial Universitaria, 2000.

VÁSQUEZ, Edmundo. **Instituciones del derecho mercantil**. Guatemala: Editorial Serviprensa, 1978.

VIVANTE, Cesar. **Tratado de Derecho Mercantil**. Madrid: Editorial Reus, 1932.

VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. México: Editora Nacional, 1956.

ZALDIVAR, Enrique y RAGAZZI, Guillermo. **Contratos de colaboración empresarial**. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1986.



LEGISLACIÓN:

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

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

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