

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

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL
TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS**

DORIS YOLANNI JIMÉNEZ PERALTA

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2012

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

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL
TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DORIS YOLANNI JIMÉNEZ PERALTA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre 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
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

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).



Emilio Gutiérrez Cambranes
Abogado y Notario
4aV. A 12-54 Z.14
Tel. 24126108

Guatemala 16 de marzo del año 2012

Licenciado
Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Ciudad Universitaria.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

16 MAR 2012

Emilio Gutiérrez Cambranes

Estimado Licenciado Guzmán:

Con fundamento en la designación recaída en mi persona por medio de la providencia dictada por esa coordinación, me dirijo a usted para rendirle informe sobre la labor que desarrollé como asesor del trabajo de tesis de la bachiller **DORIS YOLANNI JIMÉNEZ PERALTA**, titulado: **ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS**.

Analiqué detenidamente el trabajo de tesis ya referido, el cual se efectuó bajo mi inmediata dirección y supervisión, indicándole a la bachiller Doris Yolanni Jiménez Peralta, aspectos técnicos sobre la elaboración del trabajo, quien en su desarrollo y estudio profundizó temas de suma importancia, como los contratos mercantiles; las instituciones jurídicas del derecho mercantil marítimo y los contratos que se utilizan dentro del derecho marítimo.

Respecto al contenido científico y técnico, considero que la presente tesis constituye una fuente de conocimiento sobre lo relacionado al comercio marítimo guatemalteco y cómo se relaciona con el derecho marítimo internacional, los diferentes términos utilizados por esta rama del derecho mercantil, así como los contratos atípicos que se utilizan en este medio.

La metodología para la elaboración del presente trabajo, se utilizó de forma práctica, realizando la observación y análisis científico, a través del método analítico, que se complementó con el método sintético, inductivo y deductivo, para

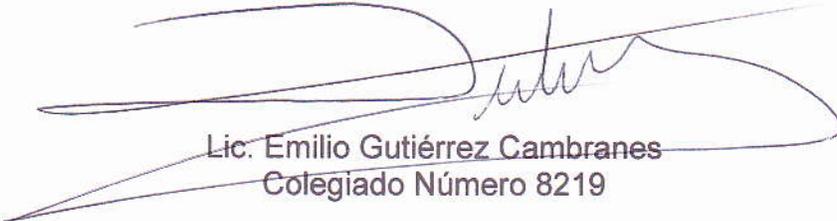


realizar la recopilación y reconstrucción de toda la información recabada de conformidad con su estudio y desarrollo, para concluir que el Régimen Jurídico Nacional e Internacional del transporte marítimo de mercancías necesita ser desarrollado en una ley especial como un tratado internacional por su naturaleza. En cuanto a la redacción del tema investigado es muy clara y es la adecuada al tema de investigación.

Así mismo la bibliografía utilizada es idónea como fundamento doctrinario para el desarrollo del presente tema. Por consiguiente, el presente trabajo de tesis reúne los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Después de hacer algunas correcciones al trabajo, las que fueron consensuadas con la postulante, considero: que la presente tesis llena los requisitos exigidos por el Normativo respectivo, por lo que mi dictamen es **FAVORABLE**. Sin otro particular, me suscribo de usted, como su atento servidor.

Atentamente,



Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Colegiado Número 8219

Dr. Emilio Gutiérrez Cambranes
ABOGADO Y NOTARIO



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) **DIMAS ASENCIO LÓPEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **DORIS YOLANNI JIMÉNEZ PERALTA**, CARNÉ NO. 200311517, intitulado: **"ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS"**

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.





*DJMAS ASENEJO LOPEZ
ABOGADO Y NOTARIO
12 calle y 6ta. Avenida el palmar
San Vicente Pacaya, Escuintla*

San Vicente Pacaya, Escuintla 15 de Abril de 2012

Licenciado
Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Cuidad

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

10 FEB 2012

Licenciado Efraín Guzmán:

Con fundamento en la designación que a mi persona concierne, emitida por esa unidad, me dirijo a usted para rendirle el informe del trabajo como revisor de la tesis presentada por la señorita DORIS YOLANNI JIMÉNEZ PERALTA, con el título ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS, en base a lo siguiente:

Revisé detenidamente el contenido de este trabajo, luego de decidir algunas correcciones y demás indicaciones dadas a la señorita Doris Yolanni Jiménez Peralta, las cuales llevó a cabo y nuevamente presentarme el trabajo ya referido de manera más concreta y corregida.

En esta presentación se analizan temas de suma importancia en el mundo marítimo, aspectos que son expuestos y profundizan sobre el transporte marítimo y los contratos entre transportistas e instituciones que intervienen en este ramo.

En cuanto al contenido científico y técnico, la presente tesis constituye una fuente de conocimiento sobre lo relacionado al comercio marítimo guatemalteco y la relación entre otros países. Los términos utilizados son diversos y utilizados en el derecho de mercancías, así como los contratos atípicos que se conocen en nuestra labor.



Determinamos la metodología para la elaboración de esta tesis, la cual fue utilizada en forma práctica, realizando observaciones y análisis científicos a través del método analítico, el cual se viene complementando del método inductivo y deductivo, para una mejor reconstrucción de la información recabada de acuerdo al estudio y desarrollo, para poder concluir que el Régimen Jurídico Nacional e Internacional del Transporte Marítimo de Mercancías necesita ser desarrollado en leyes o tratados internacionales.

Asimismo puedo referir que la bibliografía utilizada ha sido idónea como fundamento doctrinario para el desarrollo de la presente tesis y en cuanto a los temas investigados. Por consiguiente, me permito expresar que el presente trabajo de tesis reúne los requisitos y apruebo lo establecido conforme el fundamento que se me indica. Reuniendo lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Después de revisar, estudiar y analizar el presente trabajo considero que la presente tesis llena los requisitos exigidos por el Normativo respectivo, por lo que me complace dar mi dictamen FAVORABLE.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente;

Dic. Dimas Asencio López
ABOGADO Y NOTARIO

LICENCIADO DIMAS ASENCIO LÓPEZ

COLEGIADO 5673



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



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante DORIS YOLANNI JIMÉNEZ PERALTA, titulado ANÁLISIS CRÍTICO DEL REGÍMEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr.

A handwritten signature in red ink, appearing to be "BAMO/iyr.", written over a large, stylized red scribble.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme cada día fuerza para salir adelante
- A MI HERMOSA MADRE:** Gracias por no perder la esperanza y confianza en que yo saldría adelante.
- A MI FAMILIA:** Por su apoyo incondicional y sus oraciones para alcanzar este triunfo.
- A MI NOVIO:** Gracias por ser mi amigo y compañero y darme el consejo necesario para cada decisión.
- A MIS CATEDRÁTICOS** Por esa sabiduría y gran enseñanza que dejaron en mi aprendizaje.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; por darme la oportunidad de ser parte de ella y, por haberme brindado a los mejores catedráticos.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1.El derecho mercantil.....	1
1.1. Evolución histórica.....	1
1.1.1. Edad antigua.....	3
1.1.2. Derecho romano.....	5
1.1.3. Edad media.....	6
1.1.4. Época moderna.....	8
1.2. Definición.....	11
1.3. Naturaleza jurídica.....	13
1.4. Características del derecho mercantil.....	16
1.5. Fuentes del derecho mercantil.....	18
1.5.1. La ley.....	18
1.5.2. La costumbre.....	20
1.5.3. La jurisprudencia.....	24
1.5.4. La doctrina.....	24
1.5.5. El contrato.....	25
1.6. El derecho mercantil en el sistema jurídico.....	26
1.7. Sujetos del derecho mercantil.....	28

CAPÍTULO II

2. Contratos mercantiles.....	31
-------------------------------	----



	Pág.
2.1. Definición.....	31
2.2. Forma de los contratos mercantiles.....	32
2.2.1. Distinción entre forma y prueba del contrato.....	34
2.2.2. Contratos formales.....	34
2.3. Características de los contratos mercantiles.....	35
2.3.1. La representación para contratar.....	36
2.3.2. Cláusula compromisoria.....	37
2.3.3. Los contratos por adhesión.....	37
2.3.4. Omisión fiscal.....	40
2.3.5. Libertad de contratación.....	40
2.3.6. Efectos de la cláusula “rebus sic stantibus”.....	41
2.3.7. Contratante definitivo.....	42
2.4. La perfección del contrato mercantil.....	43
2.5. Clasificación de los contratos mercantiles.....	45
2.6. El contrato mercantil y las nuevas tecnologías.....	50

CAPÍTULO III

3. Instituciones jurídicas del derecho mercantil marítimo.....	55
3.1. Régimen jurídico del buque o nave mercante.....	55
3.2. Aspectos relativos al buque que deben ser tomados en cuenta dentro de la nueva legislación.....	57
3.3. Administración marítima.....	62
3.4. Registro marítimo.....	64
3.5. Zona marítimo-terrestre.....	66
3.6. Personas que intervienen en el comercio marítimo.....	68



CAPÍTULO IV

Pág.

4. Contratos del comercio marítimo.	71
4.1. Contrato de construcción de buque	71
4.2. Contrato de arrendamiento de buque.	73
4.3. Contrato de fletamiento y de transporte.	75
4.3.1. Póliza de fletamiento.	76
4.3.2. El conocimiento de embarque.	77
4.4. Contratos de remolque	79
4.5. Análisis crítico del régimen jurídico nacional e internacional del transporte marítimo de mercancías y razones para regular el derecho mercantil marítimo dentro del Código de Comercio.	80
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87



INTRODUCCIÓN

Se realiza el presente análisis crítico, en virtud que actualmente no existe un régimen jurídico en Guatemala que regule todo lo relacionado al comercio marítimo nacional e internacional; especialmente lo que se refiere al transporte marítimo de mercancías, ya que al aprobarse el actual Código de Comercio se derogó el Decreto Gubernativo 2946 que era el que regulaba el comercio marítimo con otros países del mundo.

La hipótesis que se comprobó en este informe se refiere a que, al no existir un código marítimo como tal, sobrevienen una serie de situaciones y circunstancias que por no estar reguladas en ninguna ley afectan las relaciones comerciales marítimas; lo cual deja desprotegidos a los comerciantes que utilizan el transporte de mercancías por vía marítima.

El objetivo de la investigación se logró, puesto que se obtuvo información sistematizada que sirva de base para la elaboración de un código marítimo, que regule el derecho marítimo, el comercio y el transporte de mercancías tanto nacional como internacional, de acuerdo a la realidad actual en Guatemala.

La tesis consta de cuatro capítulos distribuidos así: el primer capítulo, trata todo lo relacionado al derecho mercantil, su evolución histórica, definición, características, naturaleza jurídica y su sistema jurídico; el segundo capítulo, se refiere a todo lo que son los contratos mercantiles, su regulación, clasificación y las nuevas tecnologías; el tercer capítulo, trata todo lo relacionado al derecho mercantil marítimo, contenido, instituciones y



su régimen jurídico; el cuarto capítulo, incluye los contratos del comercio marítimo, las clases o tipos que existen y un análisis crítico del régimen jurídico nacional del transporte marítimo de mercancías, que se propone sirva de base para la reforma del Código de Comercio.

Los métodos utilizados para investigar fueron el analítico, para el estudio de toda la doctrina y legislación sobre el comercio marítimo de mercancías y su transporte; el deductivo para conformar el marco teórico del informe; el inductivo y el sintético que sirvieron para elaborar y elegir los temas más importantes y específicos para redactar la tesis; habiéndose utilizado en la recopilación de material la técnica bibliográfica.

Por todo lo anterior, se espera que la investigación sirva de base e impulso para que los legisladores se propongan la creación de un código marítimo; que integre y unifique el derecho marítimo mercantil de Guatemala, ya que actualmente éste se rige por leyes del comercio común.



CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil

1.1. Evolución histórica

El derecho mercantil, como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. “Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Ciencias como la historia, la sociología o la antropología, nos enseñan que el hombre, en los iniciales estadios de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba de manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de sus actos creadores no tenía más objeto que llenar necesidades de su núcleo familiar o del reducido grupo al que pertenecía.”¹ En otras palabras, producía para su consumo y sin ningún propósito de intercambio.

“Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir el desarrollo de la civilización: la progresiva división del trabajo. Este fenómeno histórico, va a condicionar relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil.”² Por esa división apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor. Así surge el profesional comerciante; y así también la riqueza

¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil I**. Pág. 28

² Gaviria Trujillo, Federico Engel. **El origen de la familia, de la propiedad del Estado**. Pág. 145



que se produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida. Los satisfactores tienen entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto. En principio, ese intercambio era de producto por producto, por medio del trueque. Pero, cuando apareció la moneda como representativa de un valor, se consolidaron las bases para ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.

Según la opinión general, resulta imposible delimitar la materia mercantil en los sistemas jurídicos de la antigüedad, toda vez que estos carecieron de normas que regularan en forma especial al comercio y los comerciantes. “Es cierto y evidente, que los sistemas vigentes en ese estadio histórico, regularon cuando menos en embrión muchas de las instituciones o actos que hoy consideramos como de comercio; pero también lo es que las condiciones políticas, económicas y culturales de la época no hicieron sentir la necesidad de la existencia de una rama especial para regularlos, de tal manera que tales actos constituían una especie indiferenciada en la totalidad de los actos jurídicos.”³ Las normas reguladoras de los actos considerados ahora como de comercio carecían de autonomía y se encontraban dentro del ámbito de las normas jurídicas generales o, cuando más dentro del derecho privado.

³ <http://www.todoelderecho.com>. **Apuntes de derecho mercantil**. (Guatemala, 3 de julio de 2011).

1.1.1. Edad antigua

“Las civilizaciones más caracterizadas por la historia hubieron de realizar tráfico comercial y fomentaron costumbre para regirlo. Los egipcios, los fenicios, los persas, los chinos, el mismo hombre americano, comerciaron. Pero, el derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser un lejano antecedente de la materia que estudiamos. Hay culturas que sí vale la pena comentar, principiando por la Grecia clásica, se establece en principio que su mayor aporte a la ciencia jurídica es en el terreno de la política; y por lo tanto, la investigación cobra mayor impacto en los derechos que la desarrollan. No obstante, la proximidad de sus ciudades más importantes al mar mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para su economía. Con ello se instituyeron figuras que aún ahora, con diferente ropaje, existen en el derecho mercantil en nuestro tiempo. Por ejemplo, el préstamo a la gruesa ventura era, como el contexto lo sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor a que el navío partiera y regresara exitosamente de su destino. En el fondo, el prestamista corría riesgo de perder un patrimonio prestado si ocurría en alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como antecedente del contrato de seguro. La echazón también se le identifica como aporte griego. Por ella el capitán del buque podría aligerar el peso a la carga del buque, echando las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura.”⁴

⁴ **Ibid.**



En el derecho mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. “También fueron importantes las famosas leyes rodias, las que deben su nombre por haberse originado en la Isla de Rodas; y era un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo.”⁵

Lo anterior denota que este derecho se originó por la actividad del hombre en el mar; y que cuando hubo facilidad para el tráfico terrestre, las instituciones se adaptaron a una nueva vía de comunicación; y señala también cómo el desenvolvimiento material generado por el hombre estimula el cambio constante del derecho mercantil.

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares. Por ello aun en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio; o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones a que aquella actividad da origen.

Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no existió un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil. Es decir, no existió un derecho mercantil como hoy se entiende, sino tan sólo normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

Entre esas normas los autores hacen especial mención de las llamadas leyes rodias (de la isla de Rodas), que en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de

⁵ **Ibid.** Pág. 20



usos sobre el comercio marítimo. Esas leyes han alcanzado fama a través de su incorporación al derecho romano.

1.1.2. Derecho romano

Tampoco puede hablarse de la existencia de un derecho mercantil especial o autónomo en el sistema jurídico de Roma, ciudad que conoció un derecho mercantil como una rama distinta y separada en el tronco único del derecho privado (*ius civile*); entre otras razones, porque a través de la actividad del pretor fue posible adaptar ese derecho a las necesidades del tráfico comercial.

“El derecho romano merece un comentario especial. La cultura romana fue creadora de un sistema de alcances insospechados. La vastedad territorial del imperio permitió la aceleración del tráfico comercial; pero no generó un derecho mercantil autónomo. El *ius civile* era un derecho destinado a nombrar la actividad privada de los ciudadanos, fuera o no de carácter mercantil. Una de sus principales características distintivas era la de ser un derecho esencialmente formalista. Para que los negocios jurídicos cobraran validez se les adornaba con fórmulas sacramentales necesarias para el surgimiento de vínculos jurídicos.”⁶

⁶ www. Ilustrados.com. **Evolución del derecho mercantil.** (Guatemala, 8 de julio de 2011)

1.1.3. Edad media

“Una de las manifestaciones propias de la edad media, sobre todo en lo que respecta a la organización social, es el feudalismo. El titular de un feudo ejercía poder omnímodo en su jurisdicción territorial y todo lo que allí hacía iba en su propio beneficio, lo que incluía también un poder político. Ese poder entraba en conflicto con los intereses de las monarquías. Tradicionalmente la actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían el tráfico comercial porque lo consideraban deshonoroso. Fuera de los feudos, entonces, se formaron las villas o pueblos, en donde se atrincheró la naciente burguesía comerciante. La irrupción de esta clase social en la composición de la sociedad marca una etapa transformadora en todo lo que le rodea y su poder de inducir cambios radica en la riqueza comercial. La importancia de la burguesía no radica en los bienes territoriales, sino en la riqueza monetaria que produce el tráfico comercial. La monarquía encuentra en los comerciantes su mejor aliado. Los estimula en su función y con ello se principia a definir lo que hoy se conoce como derecho mercantil.

Los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas corporaciones. Esas corporaciones se regían por estatutos en los que se recogieron las costumbres que ellos mismos habían venido practicando; de allí que a este derecho también se le llama derecho corporativo o derecho estatutario, como connotación histórica. Los estatutos no sólo contenían reglas de derecho que regulan el comercio, los derechos y obligaciones del comerciante, sino también organizaron una jurisdicción propia para la

solución de sus controversias. Esa jurisdicción estaba a cargo de un funcionario llamado cónsul y es el origen de los tribunales propiamente mercantiles que se dan en algunos países. Como aporte importante de esta etapa se puede señalar la letra del contrato de seguro, inicio del registro mercantil. Pero lo más importante de todo es que el derecho mercantil se transformó en un derecho autónomo del derecho civil, y aun cuando era un derecho para una clase especial, la incidencia de las nuevas convicciones sobre el comercio determinó que el derecho mercantil principiara a caminar por sus propios medios, tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil. Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues, a las necesidades reales de la nueva clase comerciante.”⁷

“El derecho mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la edad media, y es de origen consuetudinario. El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el derecho común era incapaz de regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio. El nacimiento del derecho mercantil como tal, está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase. Las corporaciones perfectamente organizadas, no sólo estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que

⁷ Ibid.

además instituyeron tribunales de mercaderes (jurisdicción consular), que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio. Es así que, en el seno de los gremios y corporaciones, principalmente en las florecientes ciudades medievales italianas, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles, normas de origen consuetudinario, que son aplicadas por los cónsules, órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones.”⁸

Estas normas consuetudinarias, y las decisiones mismas de los tribunales consulares, fueron recopiladas en forma más o menos sistemática, llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la época.

1.1.4. Época moderna

“Se ha insistido en señalar cómo los hechos que marcan el curso de la historia humana influyen en el derecho mercantil. El descubrimiento de América, surte ese efecto; y a su vez, él constituye una consecuencia del expansionismo mercantilista europeo. El descubrimiento no fue un accidente; fue el resultado de las pretensiones de España, Inglaterra, Francia, Holanda, Italia, que buscaban nuevas rutas para nuevos mercados. La principal vía de comunicación siguió siendo el mar y la legislación insistió en seguirse dando para ese tráfico. Aunque durante varios años el derecho mercantil moderno continuó conservando su carácter de ser un derecho de la profesión

⁸ **Ibid.** Pág. 55

comerciante, con la legislación de Napoleón, en 1807, sucedieron dos hechos importantes: en primer lugar, se promulgó un Código propio para el comercio; y en segundo, el derecho mercantil dejó de ser una ley clasista para convertirse en un derecho destinado a regir relaciones objetivas que la ley tipifica como comerciales, siendo irrelevante que el sujeto de las mismas sea o no un comerciante. Nace así la etapa objetiva del derecho mercantil. La revolución industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo período inspiró a no pocos códigos en el mundo moderno. Por otro lado, las doctrinas liberales se desarrollaron en nuevas leyes protectoras de los intereses de la industria y del comercio, apuntalando el funcionamiento del sistema capitalista.

Fue en Francia donde propiamente se comenzó no sólo a comprender y sentir la necesidad reclamada por la actividad del comercio, sino también se satisfizo cumplidamente, asentando la piedra angular sobre la que se ha levantado el edificio del moderno derecho mercantil, el que desde entonces, emancipándose completamente del derecho romano, del derecho común y de los derechos forales, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino que tiende a obtener un carácter de universalidad internacional, llegando su influencia, como es natural, hasta modificar los preceptos del derecho civil de cada pueblo, pues el cotejo de los diversos códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen inflexiblemente a correcciones del derecho civil, que de todas maneras tiene que estar en armonía con el derecho mercantil de cada Estado.

Fue así que partiendo de obras como el Code Merchant francés de 1673, un gran número de Estados redactaron legislaciones similares para regular la materia que compete. Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del derecho mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca. Sobre todo la materia de la legislación comparada adquirió, como era de esperarse, un gran desarrollo, pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que el derecho mercantil, reflejo de las necesidades del comercio, tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas, esa universalidad de principios que exige el cosmopolitismo del tráfico en sus diversas manifestaciones. Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el derecho de las distintas naciones, como sucede en lo relativo a las letras de cambio entre muchos otros aspectos.

Con motivo de la necesidad de uniformar por lo menos ciertos aspectos del derecho mercantil, entre las diversas naciones se comenzaron a celebrar congresos y conferencias entre éstas para llegar a acuerdos y tratados. Siendo la primera de ellas la reunión en Berna en 1878, a la cual le han seguido innumerables intentos a través del tiempo con el fin de lograr la tan deseada obtención de acuerdos que produzcan la uniformidad tan necesaria en materias mercantiles.”⁹

⁹ Ibid.

1.2. Definición

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. También se le puede denominar derecho comercial. La mercantilidad de una relación o de un acto encuentra su fundamento en una noción objetiva, que es el acto de comercio. El derecho mercantil vigente es un derecho de los actos de comercio, de los que lo son intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante (sistema objetivo). Por lo tanto, el derecho mercantil se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y los comerciantes en el ejercicio de su profesión.”¹⁰

En un principio el derecho mercantil regulaba las relaciones de los comerciantes que lleva implícita la actividad mediadora. En este momento se podría afirmar que el derecho mercantil era el derecho del comercio. En la actualidad lo relacionado con la materia mercantil rebasa en mucho los límites de la actividad comercial.

No se puede olvidar que el comercio lleva implícita la idea de cambio o tráfico. En el comercio se producen o se adquieren bienes no con la finalidad principal de consumirlos sino de cambiarlos por otros, siendo necesaria la actividad de intermediación y el fin de lucro.

¹⁰ <http://www.es.wikipedia.org>. **derechomercantil** (Guatemala, 8 de julio de 2011)



Debido a lo complejo del tema, los tratadistas en esta materia han elaborado varias definiciones del derecho mercantil.

De Pina Vara dice: “Gran parte de los negocios y actos regulados en la actualidad por el derecho positivo mercantil no tienen relación con aquel concepto económico de comercio a que nos hemos referido. Son mercantiles simplemente porque la ley los califica como tales, independientemente de que tengan o no carácter comercial desde el punto de vista estrictamente económico”.¹¹ También dice: “El derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión”.¹²

Mantilla Molina, el derecho mercantil es: “El sistema de normas jurídicas que determinan su aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.¹³

Barrera Graft, opina que el derecho mercantil es: “La rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles”.¹⁴

¹¹ De Pina Vara, Rafael. **Derecho mercantil I**. Pág. 18

¹² **Ibid.**

¹³ Mantilla Molina, Roberto. **Introducción al derecho mercantil**. Pág. 55

¹⁴ Barrera Graft, Jorge. **Derecho mercantil**. Pág. 167

Para Cervantes Ahumada la materia del comercio que constituye al derecho mercantil Comprende: “Al comerciante o titular de una empresa mercantil, la empresa y las demás Cosas mercantiles (dinero, mercancía, títulos de crédito, etc.), los actos concretos de la actividad comercial (actos de comercio) y los procedimientos judiciales o administrativos aplicables exclusivamente a los comerciantes (juicios mercantiles, procesos de quiebra, etc.).”¹⁵

Por tal motivo, se puede afirmar que el derecho mercantil es el derecho del comercio, derecho de los comerciantes, derecho de las empresas y de las cosas involucradas en el tráfico mercantil.

1.3. Naturaleza jurídica

Para definir la naturaleza jurídica del derecho mercantil, se analizarán los caracteres generales que determinan los límites dentro de los cuales se erige dicho derecho.

En vista de que se está en presencia de un derecho, los caracteres del mismo se han conformado a través de opiniones de jurisprudencias, quienes con sus aportes teóricos han llegado a configurar el contenido y extensiones del derecho mercantil; y en su totalidad, refleja los intereses y conflictos de la estratificación social. Como se puede ver en esta rama del derecho no es difícil de detectar este reflejo, es en el derecho

¹⁵ Cervantes Ahumada, Raúl. **Boletín de derecho mercantil**. Pág. 5



mercantil, porque está vinculado en la forma más caracterizada con el sistema capitalista. En lo que se refiere a su complejidad de contradicciones, sus crisis, sus renovaciones, se manifiestan en el contenido de sus normas. Algunos autores lo tipifican como el derecho del sistema capitalista.

El derecho mercantil se ha desarrollado con una doctrina liberal, en la que se establece una libertad individual, por lo consiguiente una libertad de comercio.

“Sin embargo, en la primera mitad del siglo XX se practicó la idea de limitar su autonomía de voluntad; esto para la libre contratación y de hacer que el Estado interviniera como sujeto de actividades comerciales.

En algunos casos como en los países socialistas se practicó en forma absoluta, y en otros países regulando la intervención del Estado en ciertos renglones de la economía.

Sin embargo, cuando se pretende que el Estado reduzca su intervención en la economía; particularmente en lo que respecta al comercio, no debe considerarse esa intención como algo global. Si en los países con atraso económico y social existe una sociedad con evidencia de desigualdades no es conveniente convertir al Estado como árbitro de los intereses que expresen la existencia humana. Habrán áreas de la vida humana en donde es necesaria la intervención del Estado; en el caso de la educación,



salud, seguridad y vivienda mínima, pero no se justifica como en el caso de transportar granos básicos, transportar personas u otros productos de primera necesidad”.¹⁶

“Es importante considerar los fines de los comerciantes sean estos individuales o sociales. Tomando en cuenta que es propio de las actividades comerciales un interés con el pensamiento puesto en las ganancias; se hace necesario que exista una legislación que proteja y garantice lo siguiente: Primero, prohibir los monopolios y los privilegios porque no permiten la actividad comercial y la libertad de competencia; segundo, establecer normas imperativas, limitantes de la libertad jurídica del comerciante, con el propósito de proteger al consumidor final.

Además de lo expresado sobre el derecho mercantil, es importante decir que es la rama del derecho que tiende a internacionalizarse, también que se ha desvirtuado su naturaleza jurídica, ya que los que se dedican a cultivarla han sufrido de desesperación científica por la variedad de fenómenos que está sufriendo. Se dice que los intentos separatistas o fraccionarios que se han pretendido en el derecho mercantil; con el fin de crear unidades aisladas son una infinidad conforme a la sistematización legislativa. Como lo es el derecho de sociedades, derecho de seguros, derecho bancario, derecho bursátil, no se cree que esto genere beneficio que pueda ser útil a la ciencia por ser excesiva especialización.

¹⁶ **Ibid.**



Cualquier jurista, jurisconsulto, juez o profesor del derecho que pretenda ser perito en un derecho como el mercantil, se siente científicamente insatisfecho por reducirse el conocimiento a un sector que le hiciera olvidar que existe una interrelación entre las diversas ramas del derecho.

Por lo anteriormente expresado del derecho mercantil, su naturaleza jurídica se compenetra en lo referente a la actividad comercial".¹⁷

1.4. Características del derecho mercantil

- a) Es un derecho individualista, al ser una parte del derecho privado regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.
- b) Es un derecho consuetudinario, derecho que a pesar de estar codificado se basa en la tradición.
- c) Es un derecho progresivo, al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.

¹⁷ Ibid.

- d) Es un derecho global/internacionalizado, las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que este derecho ha tenido que internacionalizarse. Para lo cual diversos organismos trabajan para su normativización internacional. Por ejemplo: Uncitral de las Naciones Unidas, Unidrot, la Cámara de Comercio Internacional de París que desarrolla los Incoterms (cláusulas que con carácter internacional se aplican a las transacciones internacionales), la Asociación Legal Internacional y el Comité Marítimo Internacional.
- e) La tendencia a la socialización o estatificación del comercio. En la época del liberalismo el Estado no intervenía en la vida comercial, se consideraba como principal objeto del derecho mercantil, el fin de lucro; en la actualidad y a veces con cierta frecuencia, la actividad comercial, adquiere en mayor grado la naturaleza de función social. Por ejemplo: el Estado mexicano interviene en la vida comercial, en ocasiones ejerce el comercio a través de organismos públicos especializados; también fija precios y establece cuotas de producción, siendo preponderante el servicio social y el interés público. Por tal motivo, no se puede considerar que en la actualidad en la actividad económica el lucro sea la base del derecho mercantil.
- f) Fecundidad en la creación de instrumentos jurídicos. En el transcurso de la historia el derecho mercantil ha sido constante creador de instrumentos relacionados con la materia. Por ejemplo: los títulos de crédito, las personalidades



de las sociedades mercantiles, el crédito, en especial y últimamente las tarjetas de crédito, etc.

- g) Celeridad. En la vida mercantil siempre se ha requerido de rapidez sobre todo para la gravitación de juicios. En la actualidad los códigos no responden como se quisiera a dicha necesidad. Es conveniente hacer importantes cambios al respecto.

1.5. Fuentes del derecho mercantil

1.5.1. La ley

La ley es la principal fuente formal del derecho mercantil y en el sistema guatemalteco, elaborarla corresponde al Congreso de la República.

En consecuencia, se entiende por norma mercantil, toda aquella disposición obligatoria de carácter general y abstracto emanada del Congreso de la República y provista de una sanción soberana que regula la materia delimitada como mercantil.

Ahora bien, la legislación mercantil en Guatemala se encuentra sumamente dispersa, toda vez que, por una parte, muchas de las materias que originalmente se encontraban reglamentadas en el Código de Comercio, se han segregado de él en virtud de leyes



derogatorias; y por la otra, se han expedido múltiples ordenamientos que han venido a regular materias no comprendidas antes en dicho Código; de aquí que pueda decirse que la legislación mercantil se encuentra integrada por el Código de Comercio y por las leyes derogatorias y complementarias de él.

Por lo que toca a leyes complementarias es posible citar (por dar un par de ejemplos) la Ley de Derechos de Autor, la Ley General de Almacenes de Depósitos.

La ley mercantil de carácter general, es el Código de Comercio, el cual integra los aspectos generales del derecho mercantil, y dentro de su mismo cuerpo, el derecho sustantivo y adjetivo; pero además se encuentra apoyado por una serie de leyes y reglamentos que regulan materias específicas a las cuales se les llama leyes especiales del derecho mercantil.

“La contemplación del campo legislativo mercantil descubre un fenómeno interesante: la abundancia de leyes especiales, que contrasta con la escasez de estas leyes en el derecho civil, como si en el derecho mercantil la tarea codificadora hubiese sido mucho más restringida. Pero esta no es la razón, la razón está en que la insuficiencia de los códigos para regir todas las relaciones sociales cuyo ámbito abarcan, se muestra más claramente en derecho mercantil. Los nuevos hechos, necesitados de nueva ordenación jurídica, se producen más rápidamente y en mayor número en la vida mercantil. Los Códigos de Comercio nacen para quedar pronto anticuados y es preciso



recurrir a una legislación casuista y complementaria, que la vida civil, desarrollada a un nivel más lento, no reclama con pareja urgencia.”¹⁸

Estos hechos son los que han dado lugar a la promulgación de múltiples leyes especiales, que han venido a modificar o a completar la regulación contenida en el Código de Comercio.

1.5.2. La costumbre

Sin lugar a dudas y según se ha asentado, en los sistemas de derecho escrito, la costumbre ocupa un papel secundario o limitado en cuanto a la productividad de normas jurídicas, en relación con la ley; aunque se le reconoce a aquella el carácter de fuente formal autónoma e independiente de ésta.

“Ahora bien, en forma tradicional y unánime se reconoce que son dos los elementos constitutivos de la costumbre, de los cuales uno es materia u objetivo (inveterata consuetudo) y el otro psicológico (opinio iuris atque necessitatis), y se define como la repetición constante y generalizada de un hecho, con la convicción de que ese actuar es jurídicamente obligatorio.

¹⁸ **Ibid**

Para la legislación guatemalteca, el efecto de colmar algunas lagunas o en prevención de ellas, con alguna frecuencia remite a la costumbre y a los usos (de ahí que convenga determinar si se trata de conceptos iguales o diversos)

La costumbre, tiene fuerza para crear normas jurídicas mientras que el uso desempeña una función más modesta, que consiste en suministrar contenido a las normas legales que lo invocan, además la costumbre, en cuanto que constituye una norma jurídica, no está sujeta a prueba, mientras que el uso, por integrar solamente un elemento de hecho, precisa probanza.

Es decir, por una parte, la costumbre constituye una fuente de derecho paralela a la ley (aunque de menor importancia) y por la otra que es frecuente que la ley, ante la presencia de lagunas o en prevención de ellas, haga referencia a elementos del hecho que vienen a desempeñar una función integradora o supletoria, es decir, haga referencia a los usos”.¹⁹

Sin embargo, cabe advertir que los legisladores guatemaltecos, al referirse a los usos en sentido técnico, emplean en forma indiscriminada este vocablo, pues según parece los consideran como sinónimos, de ahí que el intérprete deba tener cuidado al distinguir la costumbre verdadera y real, del uso, o elemento objetivo, cuya función es integradora o supletoria.

¹⁹ **Ibid.** Pág .23

1.5.2.1. Relaciones entre la ley y la costumbre

En relación con la función que la costumbre desempeña frente a la ley, se distinguen: “Tres especies de costumbres, cuya validez conviene analizar: la consuetudo secundum legem, la consuetudo praeter legem, y la consuetudo contra legem.

La primera de estas especies, o sea la consuetudo secundum legem, no da origen a problemas, toda vez que, por tratarse de una costumbre conforme a la ley, su aplicación y validez queda fuera de toda duda.

Con respecto a la consuetudo praeter legem, o sea, la costumbre que complementa a la ley colmando lagunas, precisa el sentido de ella en los casos dudosos, o regula instituciones desconocidas, se considera que su aplicación tampoco presenta problemas, pues se atribuye a la costumbre el carácter de fuente formal y autónoma del derecho, de tal manera que la norma consuetudinaria nace al lado de la ley y con igual jerarquía que ésta.

Por el contrario, la consuetudo contra legem implica problemas de extrema delicadeza, tanto si se trata de una costumbre visiblemente contraria a las disposiciones de derecho escrito y tienda a derogarlas (consuetudo abrogatoria), como cuando se trata de anular una disposición por desuso (desuetudo).



La legislación de Guatemala dice que una consuetudinaria sólo puede formarse, si el comportamiento destinado a regular está constituido por actos lícitos o conformes al orden público, de tal manera que toda práctica en desacuerdo con una norma escrita constituye un ilícito y no puede, por ende, dar lugar a la formación de una costumbre. En virtud del principio según el cual contra la observancia de la ley no se admite desuso, costumbre o práctica en contrario.

Sin embargo, la realidad cotidiana indica lo contrario, tal es el caso de los menores, carentes de capacidad de ejercicio, que a diario realizan por sí mismos actos jurídicos patrimoniales de poca monta u operaciones de crédito en pequeña escala, tan simples como la compraventa de un periódico, contratos de transporte, etc., actos y operaciones que de conformidad con la ley civil, obviamente resultan nulos, pero que por el reducido monto de ellos o la condición social del menor, la costumbre los admite como válidos, de tal manera que no se estiman anulables.

En resumen y en aplicación de lo dicho al derecho mercantil, se afirma que, aunque históricamente gran parte de las normas comerciales encuentran su origen en la costumbre, en la actualidad la importancia de esta fuente ha disminuido sensiblemente, dada la cada día más frecuente intervención del legislador en materia de comercio y la posibilidad de dictar normas que se ajusten en forma eficaz y rápida a las circunstancias siempre cambiantes del comercio. Sin embargo, esto no quiere decir que no existan algunas costumbres comerciales que regulen casos imprevistos por el legislador y otros de costumbres contrarias a disposiciones taxativas (o sea, aquéllas que obligan a los

particulares en todos los casos independientemente de su voluntad) escritas, que traen como consecuencia su derogación”.²⁰

1.5.3. La jurisprudencia

Conforme el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia no es fuente de derecho. La estructura constitucional del Estado de Guatemala, establece que la ley sólo puede producirse en el Organismo Legislativo. Por otro lado, cuando el Código Procesal Civil y Mercantil establece los efectos de cinco fallos reiterados en juicios ordinarios sometidos a casación, no significa que se estén creando nuevas normas de observancia obligatoria. La función que la jurisprudencia tiene encomendada en el país, es adecuar correctamente la norma al caso concreto; es interpretar el derecho vigente y preexistente, pensando lo ya pensado. Otro sería el caso si fuera una jurisprudencia sociológica o jurisprudencia de intereses, en la que el juez sí crea derecho, tal como sucede en el derecho norteamericano.

1.5.4. La doctrina

A la doctrina no pocos autores le niegan calidad de fuentes del derecho. Sin embargo, en el derecho mercantil sucede algo especial. Por el lento proceso legislativo, es indudable que la doctrina planteada por los científicos del derecho va adelante del derecho vigente. “La doctrina corre pareja con la práctica, lo que no sucede con la ley.

²⁰ **Ibid.**



Entonces, para que este derecho sea viable fácticamente, los principios del derecho mercantil, que son doctrinarios, vienen a ser una fuente coadyuvante en la interpretación del contexto legal, por disposición del Artículo uno del Código de Comercio. Pero, no debe considerársele una fuente aislada y que produzca efectos ella sola. Se cree que la doctrina puede funcionar como los usos; coadyuvar al esclarecimiento del derecho vigente, con la diferencia de que, por su solidez científica, juega un papel preponderante en el conocimiento de los problemas que tienen que resolverse dentro del contexto del derecho mercantil”.²¹

1.5.5. El contrato

“El contrato ha sido considerado como fuente del derecho sobre todo en el campo del derecho privado. Olvidando un poco la teoría kelseniana, en donde la única fuente del derecho es la ley, se puede considerar que el contrato es fuente del derecho mercantil en la medida en que recoge convenciones de los particulares, provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad. Si se observa detenidamente algunos ejemplos de contratos formularios que se dan en la práctica comercial, se encuentra que muchos de ellos contienen una serie de convenios propios de cierto tipo de negocios o bien regulan características del comercio local, nacional o internacional. Si en algún campo del derecho privado se dan modalidades muy especiales al celebrar un contrato, es en el terreno mercantil y por ello podríamos considerarlo como una fuente. Sin embargo, recordemos que el contrato ha sido definido como ley entre las partes; y en ese sentido

²¹ **Ibid.**

derecho civil, el procesal del trabajo, etc.: sujeto jurídico, relación, objeto, capacidad, etc. Todas estas ramas del derecho no son sino partes integrantes de un mismo todo, la pirámide de normas del acertado tropo kelsiano; entre todas las normas que la forman existe una íntima interdependencia, todas derivan de un mismo principio único la Constitución originaria. Evidentemente a la unidad coherente del derecho positivo de un Estado cualquiera, ha de corresponder la unidad de la ciencia que estudia. Hay pues una sola ciencia del derecho positivo, y no hay una ciencia del derecho mercantil o del procesal, del penal, etc., no son sino capítulos de la aludida ciencia única, formados por razones didácticas, históricas o de división del trabajo.

El comercio entre diversas naciones ha tenido y sigue teniendo, gran importancia económica y cultural: ha sido estímulo para grandes hazañas como el descubrimiento de América, y también de guerras infames como lo fue en el siglo pasado, la guerra del opio.

En el terreno jurídico, ha originado instituciones como la letra de cambio: en el comercio internacional cobran extraordinaria importancia contratos como el de transporte y el de seguro marítimo.

Por su naturaleza misma ha tenido que encarar el problema de la diversidad de los regímenes jurídicos de las naciones entre las cuales se efectúa el tráfico. Existe un grupo de normas jurídicas que pretende resolver los problemas respectivos: constituyen una rama, o por lo menos una parte de la rama del derecho llamada en los países del

common law que son normas de conflictos de leyes, que se encuentran dentro del derecho internacional privado.

Este conjunto de normas tiene carácter de derecho interno de cada país, estos pueden ser diferentes en cada uno de los países entre los cuales se realiza el comercio; por lo tanto, llegan a suscitar algunos problemas y se tiende a celebrar convenciones internacionales, que armonicen las normas del conflicto de leyes.

Mejor que resolver un problema, es evitarlo. No habrá conflicto de leyes entre los países que adopten un mismo régimen jurídico”.²³

1.7. Sujetos del derecho mercantil

Los sujetos del derecho mercantil son los sujetos que realizan accidentalmente actos de comercio. Toda persona que tiene capacidad de ejercicio de derecho civil la tiene también para realizar por sí misma actos de comercio. Sin embargo, algunos de estos actos no pueden celebrarse válidamente sino por personas que reúnan determinados requisitos. Sólo las sociedades anónimas pueden emitir los títulos valor llamados obligaciones; el carácter de asegurador sólo puede ser asumido por sociedades autorizadas por el Estado.

Pero en todo caso en que no exista una disposición legal expresa en contrario, los actos

²³ Ibid

de comercio pueden ser celebrados por cualquier persona física no incapacitada civilmente. Existen actos absolutamente mercantiles que pueden ser celebrados en nombre de un incapaz, por sus representantes legales.

Un análisis demuestra que las personas morales no comerciales pueden realizar actos de comercio incluso aquellos cuya mercantilidad depende de la intención, siempre que lo contrario no resulte de la ley o acto constitutivo que regula el funcionamiento de la persona moral de la que se trata, o que su realización no sea incompatible con los fines de la propia persona moral.

La primera capacidad para ser comerciante, la tiene como regla general, cualquier persona, sin que a ella obsten las incompatibilidades y prohibiciones que la ley establece tomando en consideración la persona misma del presunto comerciante, ni las restricciones que las leyes especiales imponen para determinados ramos de la actividad mercantil. En cuanto a la capacidad para ejercer el comercio, es preciso distinguirla situación del mayor de edad que no ha sido declarado en estado de interdicción.

Las personas morales organizadas conforme a algún tipo de sociedades mercantiles tienen la consideración legal de comerciantes, cualquiera que sean las actividades a que se dediquen, e independientemente de la nacionalidad que a las propias sociedades se atribuya. La doctrina llama sociedades de economía mixta a aquéllas en que el Estado tiene participación, ya sea en el capital, o en la administración.



Basándose en que constitucionalmente sólo el Estado impartirá educación primaria, secundaria y normal, y que los particulares podrán hacerlo únicamente con la autorización de aquél, como un servicio público descentralizado por colaboración, el que prestan las instituciones dedicadas a la enseñanza en los grados señalados.

Como tales instituciones están organizadas, en gran número de casos, como negociaciones mercantiles, habrá de considerárselas como comerciantes que prestan un servicio público.

En Guatemala el derecho mercantil doctrinariamente se considera no formalista, sin embargo, la realidad es diferente, porque para cada transacción comercial, es necesario apearse estrictamente a lo regulado en la ley, siendo muchas veces necesario la intervención de un notario, para que éste de fe pública de los actos comerciales celebrados entre las partes; es por eso que el derecho mercantil guatemalteco podría decirse es un derecho mercantil mixto, porque muchas de las transacciones comerciales se hacen con la intervención del notario y otras transacciones mercantiles no necesitan de ningún requisito formalista para que se lleven a cabo.



CAPÍTULO II

2. Contratos mercantiles

2.1 Definición

“Cuando se habla de contrato mercantil, la cuestión no está en el sustantivo mercantil. Se parte del concepto de contrato acuñado en el derecho civil, y por tanto se establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.”²⁴

“Un contrato mercantil es un acuerdo que tiene carácter comercial, el cual es celebrado entre dos o más personas, del cual se derivan uno o más derechos u obligaciones. Para que un contrato sea calificado de mercantil, debe versar sobre actos de comercio, definidos según la legislación aplicable.

Prescindiendo del criterio automático de la inclusión en el Código de Comercio se quiere definir el contrato mercantil atendiendo a su naturaleza específica, diríamos que es el contrato que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil. Contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes. Por ello, la realidad económica del contrato mercantil subsiste aun en aquellos ordenamientos legislativos, como es el italiano, donde ha desaparecido el Código de Comercio como Código independiente. El hecho de ser los contratos mercantiles contratos de empresa explica muchas de las características económicas de esos contratos que la técnica del derecho

²⁴ Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil** Pág. 12

mercantil ha recogido, aunque no en la medida que fuera deseable. Por esta razón hay que distinguir como problemas distintos, de un lado, el problema técnico jurídico de los requisitos legales que convierten un contrato en contrato mercantil y de otro, las características que en la realidad del tráfico distinguen a los contratos mercantiles y determinan su especial regulación jurídica.

En el segundo aspecto, los contratos mercantiles se distinguen por las notas de la rapidez y del rigor. Rapidez en la conclusión exige ausencia de formalismo. La mayoría de los contratos mercantiles se pactan sin formalidad alguna, generalmente por carta, por telegrama o por teléfono, si es entre ausentes. Los contratos formales son, como se verá más adelante, una excepción. La libertad de forma es la regla general. La rapidez se refiere también a la ejecución del contrato”.²⁵

2.2. Forma de los contratos mercantiles

“La forma es el modo de presentarse el negocio frente a los demás en la vida de relación, su forma externa. En este sentido, todos los contratos serían formales, porque todos necesitan de una cierta forma, oral o escrita, para darse a conocer en la vida de relación. La distinción entre contrato formal y no formal se funda más bien en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma. Cuando la ley niega esa autonomía e impone al contrato una determinada forma, se dice que el contrato es formal. Cuando, por el contrario, deja a

²⁵ **Ibid.**

los interesados en libertad respecto de la forma, se dice que el contrato no es formal. De aquí que la distinción de que se trata se convierta en la de contratos con forma libre y contratos con forma impuesta.

Estas ideas aclaran el verdadero significado que tiene el principio llamado de libertad de forma de los contratos. Este principio no quiere decir que la declaración se pueda emitir sin observar forma alguna, porque si así fuere se diría una cosa privada de significación. Con esa frase se quiere decir que el declarante tiene libertad de elección de la forma, sobrentendiéndose que, en todo caso, es indispensable al menos la forma verbal. Así entendido el principio de libertad de forma, es cierto que el derecho contractual moderno, alma del contrato, puede manifestarse en cualquier forma (oral, escrita simplemente o escrita en forma solemne) y no por ello deja de producir los efectos inherentes al contrato en cuestión.

Las exigencias de la buena fe y de la rapidez propias de la contratación mercantil, justifican la validez en nuestro derecho del principio de la libertad de forma: basta la palabra oral para crear una obligación mercantil".²⁶

²⁶ **Ibid.**



2.2.1. Distinción entre forma y prueba del contrato

Aunque el Código de Comercio, trata indistintamente de la forma y de la prueba de los contratos mercantiles, son cosas esencialmente distintas, de las cuales la primera regula la génesis, ejercicio y extinción de los derechos, en tanto que la segunda trata exclusivamente de su demostración en juicio. La forma se refiere al requisito insustituible para que el acto exista o produzca los efectos que le son naturales. La prueba mira al medio sustituible para que pueda demostrarse que el acto existe.

“Forma y prueba, están ligadas por estrecha relación, donde se exija una forma determinada para la existencia de un contrato, éste no podrá ser probado más que con tal forma, porque si pudiese ser probado por otros medios, no sería cierto que no podía existir sin aquella forma. Al contrario, si se admite la prueba libre de un contrato, implícitamente se deduce que ese contrato no es formal”.²⁷

2.2.2. Contratos formales

“En derecho mercantil, las excepciones al principio de libertad de forma, atienden varias finalidades: prevenir contra precipitaciones, dar seguridad sobre el momento de la perfección del contrato separándola de los tratos preliminares, dar mayor fijeza al contenido del contrato, hacerlo oponible frente a terceros, etcétera”.²⁸

²⁷ Cervantes Ahumada. **Ob.Cit.** Pág. 159

²⁸ **Ibid.**

2.3. Características de los contratos mercantiles

Al hablar de las fuentes del derecho mercantil, se dice que el contrato es considerado como fuente del derecho, aunque no de carácter general, porque es ley únicamente entre las partes que lo celebran. “El contrato, como acto jurídico, constituye el medio para que se de el movimiento en el tráfico comercial y aun cuando las obligaciones mercantiles no necesariamente devienen de él sigue siendo una categoría para el surgimiento de obligaciones de origen contractual.

Es un contrato regulado en el derecho mercantil. Hay que tener en cuenta que un mismo contrato puede tener regulaciones diferentes según si se califica como civil o mercantil. Por ejemplo, las condiciones de una compraventa pueden ser diferentes.

Es un contrato privado en el que las partes deben ser particulares. En el momento en que en un contrato una parte sea un organismo público, el contrato será un contrato público y no mercantil.

No obstante un ente público (un ayuntamiento, una comunidad autónoma, el Estado), puede actuar como un particular, o sea, desprovisto de potestades y firmar un contrato mercantil con un particular. En tal caso el contrato se rige por las normas del derecho mercantil (derecho privado) y no por el derecho público.

La teoría general del contrato no difiere diametralmente entre el campo civil y el mercantil de manera que los conceptos fundamentales son aplicables a este tema. Por ese motivo es que los autores no desarrollan una teoría general del contrato mercantil, lo que se hace es señalar aquellas características especiales de los contratos mercantiles que existen para adaptar la forma a un conjunto de relaciones objetivas que, como antes hemos señalado, se producen en masa, con celeridad, con reducidos formalismos, los que casi no se observan en la contratación civil”.²⁹

Al tratar de establecer las especialidades que el derecho guatemalteco les asigna a los contratos mercantiles o a las formas de mismo contexto en la ley; antes, es necesario analizar el Artículo 1517 del Código Civil, que regula: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

2.3.1. La representación para contratar

En el derecho mercantil funciona lo que se llama la representación aparente, o sea que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil, de manera que no resulta difícil entender esta característica de la contratación mercantil: un agente vendedor llega a una tienda y realiza un negocio de suministro de mercadería en nombre de su principal, éste envía la primera remesa o realiza otro acto que denota el conocimiento que tiene de lo que en su nombre realiza el agente viajero. Si el principal comerciante quisiera

²⁹ **Ibid.** Pág. 177



incumplir sus obligaciones de suministro, alegando que el agente viajero no tenía mandato para representarlo, su argumento carecería de fundamento porque en ese caso se dio la representación aparente, o sea, representar a otro sin mayores formalidades, siempre y cuando, expresa o tácitamente, se dé la confirmación por parte del representado. Esta particularidad en el surgimiento del contrato mercantil se encuentra en el Artículo 670 del Código de Comercio.

2.3.2. Cláusula compromisoria

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

2.3.3. Los contratos por adhesión

“El llamado contrato por adhesión ha sido discutido profundamente en la doctrina, tanto por la forma en que se da el negocio como en lo referente a su conveniencia para contener auténticas manifestaciones de voluntad. Se le critica, fundamentalmente, el hecho de colocar al consumidor en una posición de desventaja frente al que le ofrece un bien o un servicio. Sin embargo, quienes lo defienden consideran que es el medio



más adecuado para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades. Por eso se ha considerado que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil, aunque no es extraño a las relaciones civiles, aun cuando se le revista de procedimientos diferentes. Por ejemplo, cuando se venden inmuebles por medio de compañías lotificadoras o constructoras, el comprador está en la imposibilidad de discutir los términos en que se le vende y por ello es un contrato por adhesión. En el campo comercial esta forma de contratar es lo más corriente. Por eso es que el Código de Comercio establece algunas reglas, tímidas por cierto, para interpretar los contratos por adhesión, con el objeto de proteger al contratante que recibe la oferta de contrato. Estos contratos, llamados en forma más técnica contratos por adhesión, son producto de la negociación en masa, son elaborados en serie, según la ley de los grandes números, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo. Cómo puede lograrse que esos contratos por adhesión no sean contrarios a los intereses de la masa consumidora. Que el Estado tuviera un órgano que revisara previamente los formularios, machotes o pólizas, antes de que se usaran con el público, tal como está previsto en el Código Civil para los formularios de la empresa que presta servicios públicos, previsión que debió ser para todo contrato por adhesión”.³⁰

En cuanto al Código de Comercio se refiere, se deben distinguir dos situaciones que disciplinan el contrato por adhesión:

³⁰ Ibid.

- a) Contratos mediante formularios (Artículo. 672). En los contratos estandarizados mediante formularios, su interpretación se rige por las siguientes reglas:
- I) Se interpretan, en caso de duda, en sentido menos favorable de quien preparó el formulario.
 - II) Cualquier renuncia de derechos tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos más grandes o diferentes al resto del documento, y,
 - III) Las cláusulas adicionales prevalecen sobre las generales, aunque éstas no hayan sido dejadas sin efecto.
- b) Contratos mediante pólizas (Artículo 673). Hay contratos que se celebran mediante pólizas (el seguro), mediante facturas (una compraventa), mediante órdenes o pedidos (el suministro). En estos contratos puede suceder que los términos en que se contrató, difieran de los que dice el documento. Para ello se puede pedir la rectificación dentro de los quince días siguientes a aquél en que se recibe el documento, de lo contrario, se consideran aceptadas las condiciones consignadas. Asimismo, si la persona contra quien se reclama no contesta dentro de quince días, se considera aceptada la rectificación. En estos dos casos debe tenerse al silencio como tácita manifestación de voluntad. A estas formas de contratar también se les aplican las reglas de interpretación antes dichas.



2.3.4. Omisión fiscal

Los actos jurídicos, sobre todo los que se refieren al tráfico patrimonial, están sujetos a cargas impositivas a favor del Estado. El hecho de que los sujetos contratantes fueran omisos en la tributación fiscal, puede ocasionar que esos actos adolezcan de ineficacia. Sin embargo, como el tráfico mercantil puede verse afectado en la buena fe comercial, cuando los sujetos omiten tributar con respecto a sus contratos y obligaciones, la ley establece que ello no produce la ineficacia de los actos o contratos mercantiles, como tampoco los libera de pagar los impuestos omitidos. En esos casos, además de pagar la carga tributaria, se responderá de las multas que se imponen como consecuencia de disposiciones del derecho tributario (Artículo 680 del Código de Comercio).

2.3.5. Libertad de contratación

“El contrato ha sido considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, entendida ésta como el desideratum de las personas para hacer o no hacer lo que la ley permite. Ninguna persona está obligada a celebrar contrato. En este sentido el Artículo 681 del Código de Comercio establece que a nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho. Lo que a mi juicio pretende la ley, es lo siguiente: si una persona habilita una empresa fabril o de intermediación para decidir si contrata o no con una persona determinada. Ahora bien, se dan casos en que por prejuicios de variada índole un comerciante puede decidir que no contrata o negocia con sujetos de determinada religión, raza o situación económica.

Podría fundamentarse esa conducta en la libertad de contratación. No, porque ello sería un acto ilícito y un abuso de derecho. Además, recordemos que pueden darse comercios únicos para proveer un bien o un servicio –un monopolio-, colocados en posición de privilegio. El comerciante en tal caso, cometería un abuso de derecho si se negara a contratar, porque como bien lo dice el dictamen del anteproyecto del Código de Comercio si el consumidor no tiene la facultad de elegir proveedor, éste tampoco debe poder elegir su clientela”.³¹

2.3.6. Efectos de la cláusula “rebus sic stantibus”

“Esta cláusula contractual, conocida como Teoría de la Imprevisión quiere decir que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas –revés- se mantengan –stantibus- en las mismas condiciones o situaciones iniciales. A este respecto, y sin que varíe mucho de lo que establece la doctrina y el Código Civil (Artículo 1330), el Código de Comercio establece en su Artículo 688 que el deudor puede demandar la terminación del contrato únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la prestación. Una terminación que se diera por esas circunstancias no afectaría las obligaciones ya cumplidas ni aquéllas en las que ya se ha incurrido en mora. O sea, que trata únicamente de obligaciones pendientes. El Artículo 688 a que nos referimos tiene una defectuosa redacción, porque no era necesario decir en qué

³¹ **Ibid.**

clase de contratos puede operar la cláusula de la imprevisión, ya que es natural que únicamente puede serlo en los contratos sucesivos y no en los instantáneos”.³²

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

2.3.7. Contratante definitivo

El Artículo 692 del Código de Comercio trae una particularidad del contrato mercantil, y que puede darse debido al poco formalismo del tráfico comercial. Cuando se celebra un contrato se debe saber de antemano quiénes son las personas que lo van a concertar. Al fin y al cabo, el mismo concepto de contrato que da el Código Civil así lo insinúa. Pero, en el mundo del comercio puede suceder otra cosa: una persona contrata con otra un determinado negocio, pero una de ellas lo hace como representante aparente, reservándose la facultad de designar dentro de un plazo no superior a tres días, quien será la persona que resultará como contratante definitivo. Esta designación, para que surta efectos y vincule al designado. Depende de que

³² Ibid.



efectivamente éste acepte el contrato en forma personal o por medio de representante debidamente acreditado. Qué sucedería si el designado no se vincula al contrato. Que el contratante original deviene en contratante nato. Donde más se configura este caso es en el contrato de transporte de cosas, cuando la documentación permite sustituir al consignatario.

2.4. La perfección del contrato mercantil

“La coincidencia entre la propuesta y la aceptación perfecciona el contrato. No basta con que las dos declaraciones de voluntad se entrecrucen, es preciso que armonicen entre sí, que se complementen, de suerte que, aun teniendo cada contratante un deseo diverso (el comprador, comprar; el vendedor vender; el prestatario, recibir dinero; el prestador, entregarlo, etc.), la realización de ese deseo permita al otro contratante satisfacer el suyo (el comprador compra porque el vendedor vende, el prestatario recibe el dinero porque el prestador lo entrega). De donde se sigue que ambos contratantes coinciden en la misma finalidad: la conclusión del contrato propuesto. Al querer la misma cosa, su voluntad tiene el mismo contenido. El consentimiento es lo que da el ser al contrato y el consentimiento se forma o se manifiesta.

La doctrina tradicional, al tratar de la perfección del contrato, distinguía la hipótesis del contrato entre presentes del supuesto del contrato entre ausentes. En el primer caso no había dificultad para determinar el momento de la perfección del contrato, ya que ambas declaraciones de voluntad, la oferta y la aceptación, suelen producirse sin

solución de continuidad, siendo casi simultáneas. En el segundo caso, dado que las declaraciones de voluntad no son simultáneas, hay que decidir cuál es el momento en que debe considerarse perfecto el contrato; es decir, el momento en que se opera el encuentro de las declaraciones de voluntad. La ley ha de escoger uno entre los varios momentos por los que atraviesa la aceptación desde que se emite por el aceptante hasta que llega a noticia del proponente. La importancia práctica de la cuestión reside en que a medida que se retrase el momento de la perfección, se deja más tiempo al proponente para retirar su propuesta.

Sobre este punto hay, como se sabe dos teorías extremas y dos teorías intermedias. Las teorías extremas son la llamada de la declaración y la llamada doctrina del conocimiento. La primera está inspirada en el deseo de acelerar en lo posible la perfección del contrato. Por ello considera suficiente el hecho de la contestación aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada. En cambio, conforme a la segunda teoría, la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento. Por el contrario, según la teoría intermedia de la expedición, no basta con que se conteste aceptando la propuesta, sino que es preciso que esta contestación se deposite en el correo, mientras que según la teoría intermedia de la recepción no es necesario que esta aceptación llegue a conocimiento del oferente, sino que basta el mero hecho de haberla recibido.

En realidad, no es la ausencia o la presencia de los contratantes sino el medio de comunicación que estos empleen, el criterio acertado de base para la distinción”.³³

2.5. Clasificación de los contratos mercantiles

Dentro de la clasificación de los contratos mercantiles está la siguiente:

- a) Contratos bilaterales unilaterales: Contratos bilaterales son aquellos en que las partes se obligan en forma recíproca y unilaterales aquellos en que la obligación recae únicamente en una de las partes contratantes.
- b) Onerosos y gratuitos: Contrato oneroso es aquél en que la prestación de una de las partes tiene como contrapartida otra prestación; y el contrato gratuito es aquél en el cual no se da ninguna prestación por una de las partes; mientras que la otra parte adquiere un favor o servicio.

El ordenamiento jurídico contempla el contrato como un negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral, cuyo efecto consiste en constituir, modificar, o extinguir una relación jurídica patrimonial. El contrato, se configura como el primero y más importante instrumento que sirve para la circulación mercantil de bienes y prestación de servicios, constituyéndose en pilar básico del orden económico, pues a través de él se realiza la función de intercambio de bienes y servicios.

³³ Szekely, Alberto. **Derecho marítimo**. Pág. 12



El Código de Comercio proclama una concepción objetiva del derecho mercantil regulando que los actos de comercio lo son independientemente de que sean o no comerciantes los que los realicen.

No obstante, del articulado del Código de Comercio, se puede extraer un criterio subjetivo en la regulación de la mayoría de los contratos que el propio Código contempla, para los que exige como requisito indispensable para que sean apreciados como mercantiles el hecho de que participe al menos un comerciante. "Por otro lado, algunos autores prefieren hablar del contrato mercantil como acto de empresa, distinguiendo el contrato mercantil del civil por la pertenencia o no del acuerdo, a la actividad económica constitutiva de empresa.

Los contratos mercantiles se rigen por reglas generales del Código Civil en todo lo que no se halla expresamente regulado en el Código de Comercio o en leyes especiales en todo lo referente a: requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación, extinción y capacidad de los contratantes (consentimiento). No obstante, el Código de Comercio determina reglas especiales aplicables a los contratos mercantiles relativas a su perfección, forma, prueba, interpretación y régimen de las obligaciones contractuales.

A su vez, el intervencionismo estatal en ocasiones exige requisitos de forma rígidos en aras a la protección de terceros, dando lugar en muchas ocasiones a leyes especiales (por ejemplo, sector seguros, transportes, etc.).



Debe tenerse en cuenta que únicamente en determinados casos contemplados por el Código de Comercio, se exige la forma escrita de los contratos como requisito de su validez y existencia. Para que exista contrato deben concurrir los requisitos del consentimiento de los contratantes sobre el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca. A su vez, en determinados supuestos, se precisa la concurrencia de ciertos requisitos de forma. No obstante, siempre es importante formalizar por escrito aquellos acuerdos que se deriven de operaciones comerciales, a los efectos de acreditar fidedignamente la existencia del contrato, así como cada una de las estipulaciones, obligaciones, condiciones, plazos de pago, importes a abonar por el deudor y las penalizaciones económicas aplicables en caso de incumplimiento del acuerdo.

El principio general de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar, contemplado en el ordenamiento mercantil guatemalteco, otorga mucha flexibilidad a la hora de redactar el contenido de los contratos. La Ley dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. A tal efecto, hay que considerar que si el contrato reúne los requisitos legalmente exigidos, el deudor quedará obligado a asumir lo pactado, sin posibilidad de dar marcha atrás a los acuerdos asumidos.

Desde una perspectiva eminentemente preventiva, el contrato es el documento que permite garantizar y proteger jurídicamente los intereses de acreedor. El deudor se

obliga al pago del importe que del mismo pueda derivarse. El contrato, es una de las formas más seguras para reclamar el pago a un moroso. Este documento, no sólo impide que el deudor niegue la realidad de la deuda, sino que en caso de incumplimiento de sus obligaciones, posibilita que el acreedor entable aquellas acciones judiciales que resulten procedentes a los efectos de hacer valer su legítimo derecho al cobro de la cantidad pactada.

Es imprescindible la delimitación clara de la fecha de entrada en vigor y la duración de un contrato, así como las revisiones establecidas. Hay que tener en cuenta que cualquier modificación contractual, debe hacerse constar siempre por escrito, dejando claro que la anulación de una cláusula no implica la nulidad de todo el contrato.

El contrato debe describir con absoluta claridad el tipo de relación que se establece, lo que facilitará la delimitación de los derechos y obligaciones de cada parte. Es necesario definir detalladamente el objeto del contrato o los servicios que también pueden constituirse como tales, y a su vez, concretar si se podrán incorporar en un futuro al contrato original, nuevos servicios que puedan ir apareciendo o suprimiendo otros que ya estén incluidos originariamente.

Las condiciones de pago deben estar bien determinadas en el redactado del contrato de forma clara y precisa. Por otro lado, es imprescindible identificar con toda claridad la persona que actúa en nombre y representación de cada una de las partes, especificando bien su identidad así como su capacidad, y en su caso, reseñar las



escrituras de apoderamiento notarial que acrediten las representaciones legales de cada persona interviniente.

Como se ve, pueden ser muchos los puntos y matices a tener en cuenta en la redacción de un contrato. Si no se perciben concreta y debidamente, debilitarán la eficacia de la relación y podrían llegar a ser causa de problemas.

Actualmente, no hay que descuidar el hecho de que el desarrollo tecnológico, económico y social, está implementado en el ejercicio del comercio, el uso de Internet. Las nuevas tecnologías de la comunicación, vienen condicionando desde hace poco tiempo, el modo como se efectúan las operaciones comerciales. A efectos jurídicos, internet es sólo un medio a través del cual, demandantes y oferentes de bienes y servicios se encuentran y alcanzan acuerdos comerciales. Comerciar en la red puede facilitar la expansión de un negocio, ampliando exponencialmente la cartera de clientes y la oferta de bienes y servicios.

Por último, cabe indicar que dentro de libertad para contratar que tienen las partes, y en la esfera de los límites anteriormente comentados relativos a la ley, la moral y el orden público, puede resultar conveniente contemplar la posibilidad de establecer ciertas cláusulas adicionales a los contratos, que como medida disuasoria frente a futuros impagos, se pacten unas condiciones que resulten disuasorias frente a futuros impagos. Tales cláusulas pueden ser las relativas a intereses moratorios (que incluso pueden ser superiores al interés legal), con el objeto de reforzar el derecho del acreedor a reclamar



los intereses de demora a partir del día en el que se produzca el impago. O cláusulas penales que establezcan el pago de unas sumas adicionales al principal pactado, o de reserva de dominio en aquellos casos de venta a plazos de bienes muebles, estableciendo que la transmisión de la propiedad del bien no se producirá hasta que el comprador no abone la totalidad del precio convenido”.³⁴

2.6. El contrato mercantil y las nuevas tecnologías

Internet se muestra como la alternativa al comercio tradicional, por lo que es importante conocer aquellas particularidades legales aplicables a dicho medio de comunicación al objeto de aprovechar las posibilidades que las nuevas tecnologías de la comunicación ofrecen al mundo empresarial.

Servicios de la sociedad de la información: la contratación de bienes y servicios por vía telemática, la gestión de compras en la red, por grupos de personas, el envío de comunicaciones comerciales, el suministro de información por vía telemática, el suministro, recepción, y distribución de video y otro tipo de contenidos previos y la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.

La ley da plena validez y eficacia jurídica al consentimiento prestado por vía electrónica. Sólo exige que exista consentimiento, y sin necesidad que haya un acuerdo previo

³⁴ **Ibid.** Pag. 16



entre las partes sobre la utilización de medios electrónicos para ello. Si la ley exige la forma escrita para la validez de los contratos, el soporte electrónico es equivalente, pues se considera prueba documental admisible en juicio. Se excluye el derecho de familia y de sucesiones.

“Para poder contratar a través de la red, el Real Decreto 1906/1999, de España de fecha 17 de diciembre, regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, establece que en un plazo de tres días naturales, previos a la celebración del contrato, se debe facilitar al comprador toda la información relativa a las cláusulas del contrato. Normalmente, la práctica habitual es exponer de forma permanente en la red a disposición de los interesados las cláusulas contractuales a fin de poder ser consultadas directamente por los potenciales demandantes de productos y servicios.

A su vez, la ley contempla que una vez el comprador acepta suscribir el contrato, el empresario habrá de enviar al cliente un justificante de la operación por escrito o en cualquier otro soporte duradero, en el cual deberán constar todos los términos de la compraventa. De igual forma, se reconoce al consumidor un derecho a resolver el contrato en un plazo de siete días hábiles desde la recepción del producto o la prestación del servicio, sin incurrir por ello en ningún tipo de penalización.

En el supuesto que el comprador no resuelva el contrato e incumpla su obligación de pago por el material servido, el vendedor podrá ejercer las correspondientes acciones legales. El vendedor deberá probar la existencia y contenido de la información



requerida por la legislación en su página de internet, así como la entrega del material servido al comprador. En caso de incumplimiento contractual por parte del comprador, el empresario podrá acudir a los tribunales, interponiendo las pertinentes acciones legales.

En relación a la contratación a través de internet y a los efectos de prueba, se contemplan tres supuestos:

- a) La prueba mediante firma electrónica: Medio probatorio a disposición del empresario que le permite acreditar el contenido específico de la contratación y sus correspondientes circunstancias (importes, hora, destino, productos, servicios contratados etc.). La firma electrónica es una herramienta de software de encriptación que imprime veracidad a lo firmado con ella. A su vez, dicho tipo de firma permite acreditar quien intervino en la contratación, el momento en el que se produjo, y cualquier intento no autorizado de modificación del mensaje, evitando que alguien no autorizado, pudiese acceder al contenido de la transacción. Existen varios tipos de firma electrónica, siendo una de las más prácticas la denominada como certificados de servidor, que consistiría en tener instalado en el servidor en el que tengamos alojada la página, dicho mecanismo informático. Legalmente, la firma electrónica es equiparable a la firma manuscrita tradicional.

- b) La prueba mediante notario: Aunque este medio de prueba no viene regulado en la ley para el comercio electrónico, es posible acudir a un notario y solicitarle que

periódicamente y sin previo aviso, entre en la página de internet, y refleje en un acta cuál es el contenido concreto de los contratos que tenemos alojados en ella. A la hora de algún eventual litigio que pudiera surgir, se podrían aportar dichas actas, que en principio acreditarían que el contenido de dichos documentos reflejados en dichas actas es el que realmente estaba en la página de internet.

- c) La prueba mediante el registro de las cláusulas: El registro de las condiciones generales de la contratación, es un órgano administrativo del Ministerio de Justicia, constituyendo una sección del llamado Registro de Bienes Muebles. Está integrado por registros provinciales y un único central, llevando a cabo dichas inscripciones los registradores de la propiedad y de los registros mercantiles. En este Registro se pueden inscribir las cláusulas de los contratos alojados en la página de internet (siempre que sean condiciones generales). Su inscripción es voluntaria, pero hay que tener en cuenta que en el supuesto queda la obligación a tener que acreditar en juicio, el clausulado del contrato, la inscripción de su contenido en este Registro será suficiente y bastante a todos los efectos.

Para realizar la inscripción, habrá de solicitarse primero al Registrador de que se trate, y una vez éste acceda a la misma nos asignará un número identificativo, el cual podrá reseñarse en la página de internet junto con los contratos, imprimiendo mayor seriedad a la imagen del negocio³⁵.

³⁵ www.lssi.es. **Sociedad de la información y de comercio electrónico. Contratos online.** (Guatemala, 25 de junio de 2011).



En Guatemala el comercio a través de la red, es poco inusual ya que solamente un porcentaje de guatemaltecos tienen acceso a internet y aquellos que tienen acceso no confían en la compra y venta de servicios y bienes por ese medio; debido a que en la mayoría de las transacciones mercantiles a través de la red se necesita utilizar una tarjeta de crédito, y esto genera desconfianza para la mayoría de los guatemaltecos que tienen acceso a internet; ya que en la sociedad se da mucho la clonación de tarjetas de crédito.

Debido a la situación que el país vive, en relación a la impunidad de hechos delictivos y la falta de medidas de protección de los sistemas bancarios para detectar la posible clonación de tarjetas de crédito; los bancos del sistema han creado la figura de tarjeta de crédito electrónica, esto simplemente es un código que se inserta al momento de querer comprar un artículo en alguna página en internet. Esta tarjeta de crédito cibernética funciona como un prepago, por lo tanto no es muy fácil su adquisición ya que hay que acercarse a una agencia bancaria para hacer la compra de ésta y acreditarle cierta cantidad de dinero; no obstante, para la mayoría de la población es tediosa la adquisición de ésta y por ese mismo motivo muchas veces es preferible no adquirir los servicios y bienes a través de la internet.



CAPÍTULO III

3. Instituciones jurídicas del derecho mercantil marítimo

Siendo la institución un conjunto de reglas impuestas por el Estado, para definir y regular diferentes ámbitos, que forman un todo y al cual deben ajustarse todas las subramas del derecho; el derecho mercantil marítimo tiene sus propias instituciones, de las cuales se hará un breve análisis, indicando las que han sido incluidas dentro de la normativa guatemalteca y las que sería recomendable incluir como el régimen jurídico del buque, la tripulación, la administración marítima, el registro marítimo, ausente actualmente en Guatemala, la zona marítima terrestre, y aspectos relativos con las personas que intervienen en el comercio marítimo.

3.1. Régimen jurídico del buque o nave mercante

En Guatemala, conforme al Artículo 827 del Libro III, del Decreto 1946: “La palabra nave, comprende el casco y la quilla, los aparejos y accesorios de toda embarcación principal, sea cual fuere su denominación y magnitud, sea de vela, remo o vapor”.

Este artículo contempla naves impulsadas por fuerzas que hoy, salvo esparcimiento, ya no existen, incluyendo las de vapor, pues la fuerza que hoy se utiliza se obtiene de otras fuentes de energía, incluyendo la atómica.



La nave o buque es de naturaleza mueble, según lo contempla el Artículo 829 del Libro III del Decreto 1946, encontrándose en armonía con el Código Civil guatemalteco, Decreto Ley 106. Así en la ley civil el régimen legal del buque, como bien objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad está sujeto a los artículos 1125, inciso 7, 1185, 1207 y 1215. En estos artículos el término nave es utilizado únicamente para los aviones y en los mismos está previsto que la propiedad se formaliza en escritura pública y se complementa con la matrícula que está sujeta a disposiciones de naturaleza administrativa.

El concepto de buque, bajo diversas denominaciones y siempre unido a los progresos de la técnica de navegación, se va desarrollando a lo largo de la historia para dar respuesta a las cuestiones jurídicas que plantea, como punto de referencia y concepto básico del derecho marítimo.

El derecho romano conoció la famosa definición de Ulpiano sobre la nave y esta terminología es empleada también en la recepción de las Leyes Rodias marítimas y por el derecho bizantino.

En la Edad Media se regula la nave y su Estatuto jurídico, dentro de España, en el Libro del Consulado del Mar en las propias Partidas, donde se contiene la célebre analogía.



En el diccionario de Joaquín Escriche el término buque se define como: “Todo género de embarcación, considerado el casco por sí solo, con inmediata referencia a la voz nave o navío, que se toma generalmente por toda embarcación capaz de navegar en alta mar”.³⁶

El diccionario de la Real Academia define el buque como: “ Barco con cubierta, que por su tamaño, solidez y fuerza es adecuado para navegaciones o empresas marítimas de importancia”.³⁷

Desde este punto de vista, recogiendo las características de unidad, flotabilidad, navegabilidad y destino, se puede dar un concepto de buque, definiéndolo, de forma amplia, como toda unidad flotante apta como medio de transporte en el agua destinada a la navegación.

3.2. Aspectos relativos al buque que deben ser tomados en cuenta dentro de la nueva legislación

Individualización del buque

Comprende los elementos que identifican al buque como bien mueble: nombre, lugar, matriculación, tonelaje y la nacionalidad que determina la bandera que enarbola.

³⁶ Scialoja, Antonio. *Sistema internacional de navegación*. Pág. 32

³⁷ **Ibid.**



La nacionalidad del buque

“Fue considerada en tiempos pasados como un elemento subjetivo del buque de gran importancia, por el cual el barco gozaba de protección estatal y en función del cual se aplicaba la ley del Estado de esa bandera en el buque, mientras estuviera éste en aguas internacionales. Modernamente, con la proliferación de las banderas de conveniencia, la nacionalidad del buque carece prácticamente de significado. En el ámbito internacional, el otorgamiento de la nacionalidad del buque se regula por el Convenio de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay) del 10 de diciembre de 1982.

En el estado actual de la legislación, los buques, como cosa mueble, no se inscriben en el Registro Mercantil, sino en el Registro General de la Propiedad. El Código de Comercio no estipula nada al respecto. Por otro lado, a los buques se les reconoce la naturaleza de guatemaltecas, cuando han sido matriculadas en el país de acuerdo con las disposiciones aplicables. Pero, ese gentilicio no alude a la nacionalidad guatemalteca a que se refiere el texto constitucional y del cual están investidas las personas individuales originarias o naturalizadas en Guatemala; pues ello no es posible conforme a disposiciones de dicho texto, ya que la nacionalidad en el ordenamiento jurídico, como vínculo socio político que une a la persona con el Estado de Guatemala, es un atributo específico de la persona individual. Ni las personas jurídicas ni las cosas pueden tener nacionalidad. De tal manera, al decir que un buque navega con bandera



guatemalteca, significa únicamente que su matrícula originaria la obtuvo en Guatemala y de allí devienen otras consecuencias”.³⁸

Publicidad del buque

El buque como bien mueble, está sujeto a la publicidad registral. La inscripción de propiedad sobre el buque se hace con base en la escritura que prueba el derecho y certificación de la matrícula extendida conforme a la ley.

El Registro Marítimo es una exigencia del derecho marítimo y en él se registrarían las empresas navieras, las embarcaciones o barcos mercantes, los actos o negocios jurídicos realizados en relación a empresas y barcos y cualquier otro acto con efectos jurídicos.

Actualmente, en Guatemala, el registro de un barco, conforme al Código Civil, se obtiene con el testimonio de la escritura pública en que consta el acto o contrato y con matrícula, documento que no lo extiende una autoridad registral, sino una autoridad administrativa. Aspecto tal, que debe ser tomado en cuenta pues lo ideal es que todo trámite sea realizado por instituciones y personal capacitado y versado en la materia, a manera de descentralizar y agilizar los respectivos registros.

³⁸ **Ibid.** Pág. 49



Adquisición de la propiedad del buque

Como cualquier otro bien que esté dentro del comercio de los hombres, el buque es objeto de adquisición de propiedad, por los modos conocidos en la actividad negocial. Ya sea por actos intervivos o por causa de muerte.

“En la doctrina y en otras legislaciones está prevista la llamada hipoteca naval, que sería la garantía hipotecaria que afecta al buque en el cumplimiento de las obligaciones. Pero en nuestra legislación mercantil y civil no está regulada esta figura, sobre todo porque la naturaleza del buque es la de ser un bien mueble y la hipoteca en Guatemala, únicamente grava los bienes inmuebles. En cambio en el Proyecto del Código Marítimo Centroamericano, si se trata el tema de la hipoteca naval. La única garantía que aparece en Libro III, sobre todo para asegurar las obligaciones del préstamo a la gruesa ventura, es la fianza”.³⁹

Buques de pasajeros

Los buques de pasajeros naturalmente deben observar precauciones adicionales. El Código de Comercio de España define los buques de pasajeros: Como aquellos que transportan más de doce personas.

³⁹ Rodríguez, Rodrigo. *Abordaje marítimo y litigación internacional*. Pág. 56.

En España, estos buques sufren una visita anual por parte de los inspectores para determinar cuántos pasajeros les está consentido al buque a la vez. Además, ninguna parte del buque debe estar sobrecargada de gente y en el caso de buques de cabotaje, sin camarotes para pasajeros, deben proporcionarse alojamientos adecuados.

En Guatemala, no existe una regulación legal especial para los buques de pasajeros, por lo que es necesario tomar este aspecto en cuenta e incluirlo dentro del actual Código de Comercio, como un nuevo capítulo dentro del libro a incluir.

Seguridad de la tripulación

Si se consideran los avances que en los últimos años se han efectuado con relación a las fábricas y almacenes; se evidencia que se ha hecho poco para los hombres de mar. Esto es particularmente cierto si se recuerda que mientras las fábricas y los almacenes son solamente lugares donde los trabajadores y empleados trabajan, los marineros por el contrario; tienen en el buque, tanto el lugar de trabajo, como de vivienda.

En Guatemala, las condiciones de vida de la tripulación se encontraban vagamente reguladas en los Artículos del 936 al 971 del Libro III del Decreto Gubernativo 2946; mismo que es necesario ampliar para regular de manera más específica las condiciones mínimas que deben imperar en todo buque con respecto a la tripulación que en él labora. Pues al comparar la legislación con la de otros países más avanzados en cuanto a la legislación del comercio por mar, puede observarse, que hay muchos aspectos

necesarios y que fueron olvidados por el legislador en la época en la cual fue elaborada dicha normativa; principalmente en lo que se refiere a espacios, condiciones mínimas de higiene, abastecimiento de agua e insumos.

3.3. Administración marítima

Es una organización formada por diversos entes de la administración pública en los diferentes países del mundo, en cuanto despliegan su actividad en las cuestiones relacionadas con el ámbito marítimo.

Desde un punto de vista objetivo, se puede considerar también como la actividad desplegada por el poder ejecutivo al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y el fomento de los intereses públicos, así como al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado, todo ello en cuanto se relacione con el dominio marítimo.

Intentando sistematizar el estudio de las competencias por referencia a la administración pública guatemalteca, que las tiene atribuidas, puede hacerse la siguiente distinción:

Administración del Estado

La administración del Estado a través de sus órganos, ejercita por atribución de la ley las más importantes funciones en la gestión y utilización de los bienes de dominio público marítimo.

Dentro de la administración del Estado, la distribución de competencias está sujeta a continua evolución y son frecuentes las redistribuciones de competencia y la asignación de los órganos encargados de ejercerlas a uno u otro ministerio. Incluso han existido proyectos de crear un ministerio específico para los asuntos marítimos.

Administración local

Corresponde a las autoridades, además de las competencias urbanísticas con incidencia en el espacio marítimo-terrestre derivadas de la legislación urbanística; informar las solicitudes de reserva, adscripciones, autorizaciones y concesiones para la ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre; explotar, en su caso, los servicios de temporada en las playas y mantener las playas y los lugares públicos de baño en las debidas condiciones de limpieza, higiene y salubridad; así como vigilar la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas.

Administración autónoma

Según la Constitución Política española, las comunidades autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias relacionadas con la administración marítima: Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; puertos de refugio, deportivos y en general los que no desarrollen actividades comerciales; gestión en materia de protección del medio ambiente; la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura; así como las competencias atribuidas por el Estado en materia de ordenación pesquera y la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.

En el caso guatemalteco, la administración marítima se encuentra prácticamente concentrada en el Gobierno central a través de sus ministerios y viceministerios competentes; por lo que sería recomendable descentralizar dicha actividad, tomando en cuenta a las administraciones locales y los intereses de los particulares, pues a mayor descentralización mayor eficacia y eficiencia.

3.4. Registro marítimo

En España el Artículo 75 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, del 24 de noviembre de 1992, establece: "El Registro de Buques y Empresas Navieras como registro público de carácter administrativo dependiente de la Dirección General de la Marina Mercante, tiene por objeto la inscripción de los buques abanderados en España y de las empresas navieras españolas.

Determina así mismo dicho artículo que en la inscripción de los buques se hará constar, en efecto de su identificación: Todas sus circunstancias esenciales y sus modificaciones así como los actos y contratos por los que se adquiere o transmite su propiedad, los de constitución de hipotecas o imposición de derechos reales y cualquier otro extremo que se determine legal o reglamentariamente. Mientras que en la inscripción de las empresas navieras se hará constar: El acto constitutivo y sus modificaciones, el nombramiento y el cese de sus administradores, los buques de su propiedad o que exploten y cualquier otra circunstancia que se determine legal o reglamentariamente”.⁴⁰

El objetivo de la creación de este Registro especial es mejorar la competitividad de las empresas navieras inscritas en él; aplicándoles una serie de medidas liberalizadoras, homologables a las existentes en Registros similares de países miembros de la Unión Europea.

En la actualidad, en Guatemala los buques, como cosa mueble, no se inscriben en el Registro Mercantil, sino en el Registro General de la Propiedad. El Código de Comercio no estipula nada al respecto. Por otro lado, a los buques se les reconoce la naturaleza de guatemaltecas, cuando han sido matriculadas en el país de acuerdo con disposiciones aplicables.

Es por ello que, se hace urgente la necesidad de crear un registro marítimo, a fin de que los buques, por su especialidad intrínseca, sean inscritos atendiendo a sus

⁴⁰ **Ibid.**

características de internacionalidad, por personal especializado en la materia y con procedimientos preestablecidos a fin de dar agilidad y certeza jurídica al trámite, con las consecuencias y ventajas, tanto para el aparato estatal como para los particulares involucrados.

3.5. Zona marítimo-terrestre

La zona marítimo-terrestre, es uno de los bienes de dominio público reconocidos como tal expresamente en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 121. “Bienes del Estado. Son bienes del estado: Las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de su territorio, los lagos, ríos navegables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite internacional de la República, las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento hidroeléctrico, las aguas subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y término que fije la ley”

“Artículo 122. Reservas territoriales del Estado. El Estado se reserva el dominio de una faja terrestre de tres kilómetros a lo largo de los océanos, contados a partir de la línea superior de las mareas; de doscientos metros alrededor de las orillas de los lagos; de cien metros a cada lado de las riberas de los ríos navegables; de cincuenta metros alrededor de las fuentes y manantiales donde nazcan las aguas que surtan a las poblaciones”



La ribera del mar, formada por la zona marítimo-terrestre, las playas y algún elemento más, como acantilados, es de dominio público, por ser la más valiosa y frágil de la costa y tiene un régimen de utilización muy estricto. Está permitido el acceso público y gratuito para usos comunes: paseo, estancia, baño y las actividades e instalaciones que por su naturaleza no puedan tener otra ubicación; sólo podrán llevarse a cabo mediante la correspondiente autorización o concesión. Está prohibido el uso residencial de todo tipo, el estacionamiento y circulación de vehículos y las acampadas.

En España, si bien el dominio público marítimo-terrestre se considera de titularidad estatal, ello no impide que otras administraciones ostenten competencias sobre el mismo; así por ejemplo corresponde a los entes locales explotar los servicios de temporada en las playas y mantener éstas en la debidas condiciones de limpieza higiene y salubridad. A las comunidades autónomas, a tenor de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 149-1991, les corresponde otorgar las autorizaciones correspondientes en las zonas de servidumbre.

Al encontrarse constitucionalmente regulada la zona marítimo-terrestre debe ser regulada ampliamente dentro de la legislación ordinaria; en este caso dentro del Código de Comercio en el apartado de derecho mercantil marítimo.

3.6. Personas que intervienen en el comercio marítimo

En general, este apartado hace referencia a todas aquellas personas individuales o jurídicas capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, y que de alguna manera se encuentran relacionadas con ocasión de las actividades comerciales que tienen como vía el mar.

Naviero

González Huebra, en relación al Código de Comercio español de 1829, indica que naviero es: "La persona bajo cuyo nombre y responsabilidad gira la expedición de la nave mercante o sea, la que la expide armada, aparejada y equipada, a la que se da también el nombre de armador".⁴¹

Mucho más adelante, Goicoechea en su Tratado, obra maestra de entre las de los maritimistas prácticos, "partía de la distinción entre propietario, armador y naviero"²² Normalmente se identifican los dos primeros o los tres.

A manera de resumen, se ratifica la idea empresarial mostrada en un principio. Es la persona individual o jurídica que se dedica a explotar un buque que destina al transporte de personas o mercaderías. Actualmente y dado el volumen y costo de los

⁴¹ González, Huebra. *Los orígenes de la modernidad en Salamanca*. Pág. 65



buques, el naviero suele ser una sociedad anónima de grandes capitales como para transportar hasta puertos muy lejanos del lugar de donde parten.

Debido a la antigüedad de la ley, el concepto naviero coincide poco con el que la doctrina mercantil regula acerca de este sujeto. El Artículo 865 del Decreto 2946 establece: "Llámanse naviero o armador a quien se dedica al servicio de transportación". Pareciendo que se trata del mismo sujeto. Pero, conforme a la doctrina, el naviero, que puede ser propietario o no del buque que utiliza para el transporte, es el sujeto que, como comerciante que presta un servicio, transporta mercaderías o personas en un buque, celebrando el originalmente llamado contrato de fletamento y que hoy es el contrato de transporte de cosas o personas tipificado en el Código de Comercio.

La legislación guatemalteca es muy escasa en relación al derecho mercantil marítimo; sin embargo, a pesar de ser un tema de suma importancia en las relaciones mercantiles de Guatemala con los países del mundo; no existe una ley que regule cada situación que pueda surgir de las interacciones comerciales; dejando desprotegidos a aquellos guatemaltecos que utilizan la vía marítima como medio de transporte para sus mercancías tanto para la exportación como la importación de las mismas.

Guatemala respecto a otras legislaciones en materia de derecho marítimo mercantil, tiene una deficiencia grande; dejando un enorme vacío y activando la desconfianza de empresarios de invertir o de hacer negocios con Guatemala, debido a la falta de



legislación al respecto, o en otros casos aprovechándose del vacío legal para importar y exportar mercancías ilegales.

La inexistencia de un cuerpo legal que regule el transporte marítimo de mercancías a nivel nacional, empuja a los guatemaltecos a que realicen negocios quedando en manos de legislaciones extranjeras que no los protegen; ya que estos solamente protegen a los productos y empresarios de su país.

CAPÍTULO IV

4. Contratos del comercio marítimo

Los contratos que se celebran con ocasión del comercio por mar, tienen mucha similitud con los que se negocian en tierra. Incluso los nombres son parecidos. En el presente capítulo se expondrán aspectos relacionados con los contratos de: construcción de buque, de arrendamiento de buque, de fletamento y de transporte, de remolque, de compraventa de buques y la hipoteca naval.

Además, ha de destacarse que en Guatemala no se toma en cuenta el contrato de seguro marítimo, pues ya se encuentra regulado en el contrato de seguro de transporte; pero en el presente apartado se hará un breve análisis del mismo y de la legislación comparada pertinente, a manera de resaltar los aspectos que habrían de mejorarse en la propuesta legislativa, referente a la unificación del derecho mercantil marítimo tomando en cuenta sus diferentes instituciones y contratos.

4.1. Contrato de construcción de buque

Un buque puede ser construido por economía o construcción a forfait, por empresa o precio alzado. En el primer caso, la persona interesada en adquirir el buque, proporciona al constructor todos los materiales necesarios para la construcción. En



cambio, en la modalidad a forfait, el astillero pone todos los materiales para construir el buque que se le ha encargado.

En la doctrina francesa se ha estimado que este contrato es una compra venta de cosa futura. Sin embargo tiene más similitud con el contrato de obra. Como dice Rodrigo Urí, en rigor sólo cabe hablar de contrato de construcción en este último caso, definiéndolo como: "Aquél por el que una persona se obliga mediante un precio, a la construcción de un buque por cuenta de otra y a la entrega de éste del buque construido.

El contrato genera para el constructor la obligación de realizar la obra con arreglo a los planos, normas técnicas pactadas y disposiciones legales de aplicación y en los plazos convenidos, así como de entregar el buque en la forma y el tiempo acordado y la de garantizar su navegabilidad, asumiendo la obligación de garantía por vicios o defectos ocultos.

Las obligaciones del comitente consisten en recibir el buque en las condiciones establecidas, bien por partes terminadas (si así se convino, como ocurre de manera habitual) o al final de su construcción, así como el pago del precio, el cual normalmente se financia con arreglo al crédito naval.

En cuanto a la adquisición de la propiedad, hay que distinguir los casos en que el comitente ha proporcionado los materiales al constructor, en los cuales aquél adquiere originariamente la propiedad, mientras que, en los casos en que el constructor pone él



mismo los materiales, la adquisición originaria tiene lugar a favor de éste y deberá entregar la propiedad al comitente mediante escritura pública, pero cuando la adquisición del buque tenga lugar en astillero por contrato de construcción se considerará como título de propiedad del buque la escritura pública de entrega del mismo, que deberá otorgar el constructor a favor del dueño.

En Guatemala, el contrato de construcción del buque no se encuentra especialmente regulado, esto atendiendo a que el país no es fabricante de buques; por lo que en una posterior regulación deberán tomarse en cuenta los progresos que en esa materia se produzcan en el ámbito nacional.

4.2. Contrato de arrendamiento de buque

Es el contrato por medio del cual el propietario se obliga a conferir al arrendatario, por el pago de una renta, el uso y control del buque, sin tripulación y sin abastecerlo para la navegación.

Este concepto, tomado de la Ley de Navegación de Suiza, demuestra que el concepto de arrendamiento que el Código Civil guatemalteco contiene, es aplicable al arrendamiento del buque y su regulación no habrá de apartarse de la normativa común, más que en razón de la singularidad de la cosa arrendada; el buque es caracterizado como cosa mueble, compuesta, registrable y susceptible de utilización de orden a la



explotación comercial, mediante la actuación de una serie de elementos personales y siempre cumpliendo un conjunto de disposiciones de carácter administrativo.

Esencialmente, el contrato de arrendamiento se refiere a un casco limpio o desnudo aunque algunos autores también incluyen como modalidad del arrendamiento el buque armado y equipado.

Las obligaciones de las partes son: para el arrendador, la entrega del buque en el lugar y tiempo convenido, con los accesorios y documentación, manteniéndolo en estado de navegabilidad hasta dicha entrega y garantizando el uso o goce pacífico del mismo al arrendatario. Éste, por su parte, debe recibir el buque en el lugar y tiempo previsto, destinarlo al uso convenido o al que por su naturaleza debe prestar, pagar el precio en la forma y plazo estipulados y finalmente, devolver el buque al término del contrato en el lugar pactado, en el mismo estado en que lo recibió, con excepción de las averías producidas por fuerza mayor y de los supuestos de depreciación por su normal uso.

En orden a la responsabilidad habrá de observarse el origen, causa o motivo por la que se irroga, en razón a que debe achacarse al arrendador o al arrendatario.

Atendiendo al análisis anterior, es recomendable que al unificar la legislación concerniente al derecho marítimo mercantil, se incluya el contrato de arrendamiento del buque, tomando en cuenta sus características especiales, que lo distinguen del



contrato de arrendamiento general, contemplado en la Ley Civil atendiendo al principio de especialidad de la ley.

4.3. Contrato de fletamiento y de transporte

El término fletamento sirve para designar un contrato que permite que el naviero se obligue a prestar un servicio de navegación, conservando la posesión, dirección y responsabilidad del viaje. Este fletamento se da por medio del negocio de transporte, ya sea de cosas o personas.

Al analizar el contrato de transporte contenido en el Código de Comercio, se concluye que esta figura es aplicable a las tres vías posibles de transportar: por tierra, por aire y por agua. En el caso del transporte por agua, que podría ser utilizando ríos, canales, lagos o el mar, el contrato es siempre de transporte, sólo que, si se da en el mar se le denomina transporte marítimo.

Es por ello que en el presente caso, al encontrarse regulado de una forma genérica, deberá dentro de la propuesta legislativa redactarse un apartado concerniente específicamente a este contrato; pues representa una buena fuente de ingresos para los comerciantes marítimos y para el país en general; por lo que valdría la pena el regularlo de una manera especial atendiendo a las necesidades del mercado actual.



4.3.1. Póliza de fletamiento

El fletamento es un contrato consensual que no precisa formalidades para su perfección. Sin embargo, tradicionalmente se ha verificado siempre por escrito en su origen en libros del buque y luego en documentos específicos como las cartas-partidas, firmadas por duplicado y antecedente de las modernas pólizas de fletamento.

Internacionalmente existen distintas pólizas como: “La Medcon (para carbón y otras mercancías, usada en el Báltico y también en algunos puertos sudamericanos); Centrocon (de grano y cereales), típica del Río de Plata, también usada en plantamiento de algodón, azúcar y madera; Carbonastur, para el carbón asturiano; African Phos (de fosfatos del norte de África) y sobre todas, la póliza Gencon, que constituye el tipo básico, utilizada con carácter general y analizada ampliamente por la doctrina”.⁴²

En el ordenamiento jurídico de Guatemala, coexisten la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque; con una tendencia común a la realización del transporte pero con finalidad específica distinta; mientras, la póliza de fletamento es expresión típica del contrato de fletamento y de sus condiciones; el conocimiento de embarque revela meramente la recepción de la mercancía y la consiguiente obligación de entregarla en el punto de destino.

⁴² Rodríguez, Rodrigo. **Ob Cit.** Pág. 60

4.3.2. El conocimiento de embarque

El contrato de transporte marítimo de mercancías es consensual, pero normalmente se documenta por medio de un conocimiento de embarque; que cumple las siguientes funciones:

- a) Ser documento probatorio de la realización del cargamento en el buque de su entidad
- b) Prueba al contrato mismo y las condiciones que en él se hayan estipulado.
- c) Ser título de tradición o representativo:
 - Título valor que incorpora el derecho a la entrega de las mercancías en el puerto de destino y que las representan permitiendo a su poseedor legítimo la posesión inmediata de las mercancías y en consecuencia; la disposición de las mismas mediante la disposición del título.
 - El contenido del documento integra los siguientes extremos: elementos personales del contrato, delimitación del viaje y descripción de las mercancías; es decir, la cantidad, calidad, número de bultos y marca de las mercancías.
 - Condiciones generales que regulan el contrato de transporte, pero que sólo son válidos si no están en contradicción con normas imperativas.

Además, es importante resaltar que la Ley Internacional de Transporte Marítimo del 22 de diciembre de 1949; establece un régimen de responsabilidad por medio de normas de ius cogens, por cuya virtud son nulas e ineficaces todas aquellas cláusulas que exoneren al porteador de la responsabilidad legal o la atenúen; se establece como principio general la responsabilidad del porteador por las pérdidas, averías o daños sufridos por las mercancías, salvo en los casos de exoneración previstos en la propia ley y la responsabilidad del capitán frente al naviero y de éste frente a los terceros que hubieran contratado con él los daños causados.

En Guatemala, el conocimiento de embarque se encuentra regulado en los Artículos 588 al 590 del Código de Comercio vigente, en el Libro III de las cosas mercantiles, dentro de los títulos de crédito; aunque realmente sea un título representativo de las mercaderías transportadas.

Al regular nuevamente este documento, sería recomendable incluirlo dentro del libro del comercio marítimo, pues está más relacionado con éste que con los títulos de crédito; tomando en cuenta los aspectos regulados como cláusulas obligatorias en la Ley Internacional de Transporte Marítimo a manera de proteger a las partes contratantes y de proporcionar seguridad jurídica; terminando así con la ambigüedad que permiten estos títulos en la actualidad con la legislación vigente para Guatemala.

4.4. Contratos de remolque

Según el autor Raúl Cervantes Ahumada el contrato de remolque es: “Aquél por el cual una embarcación o buque de características especiales, sirve para que, con su fuerza, otro buque sea trasladado de un lugar a otro, aunque lo remolcado no necesariamente es un buque, puede ser otra cosa que necesite fuerza para desplazarse en el agua. Así existen tres tipos de remolque: a) portuario, b) de salvamento y c) de fletamento.

- a) Portuario: Es el servicio que se utiliza en zonas portuarias o canales para que un buque navegue sin utilizar sus fuentes de propulsión. Es el caso de los remolcadores que ayudan a que los buques surquen el Canal de Panamá.
- b) De salvamento: Es aquél por medio del cual el servicio de remolque pone a disposición de un buque que se encuentre afrontando diversos peligros, su fuerza remolcadora a efecto de llevarlo a destino seguro.
- c) De fletamento: Consiste en el servicio por el cual un buque remolcador sirve para tirar un tren de chalanes que van cargados de mercaderías de un lugar a otro. Los chalanes son las embarcaciones que transportan mercaderías en aguas poco profundas”.⁴³

⁴³ Ibid.

4.5. Análisis crítico del régimen jurídico nacional e internacional del transporte marítimo de mercancías y razones para regular el derecho mercantil marítimo dentro del Código de Comercio

A más de treinta años de que el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala derogó el Decreto Gubernativo 2946; se hace indispensable realizar una nueva propuesta legislativa que regule lo relativo al derecho mercantil marítimo, acorde a la realidad nacional actual y al comercio internacional.

Dicho Decreto fue emitido para la navegación en una época en la que los buques se desplazaban por el impulso que les daba el viento; además, muchos contratos de los que allí se regulaban han sido sustituidos por otros más acordes a la realidad actual. Siendo así que los supuestos jurídicos normados en ese cuerpo jurídico, ya no responden a las situaciones jurídicas de la actualidad.

El principal objetivo para formular la estrategia marítima nace de la necesidad de ordenar, organizar e integrar las actividades que se desarrollan en torno al sector marítimo; además de incorporar las actividades que modernamente se realizan en el comercio marítimo. La estrategia marítima debe enmarcarse en dos grandes objetivos que busquen promover la competitividad por un lado y el desarrollo económico nacional y social por el otro.



Por último, cabe resaltar que las principales necesidades legislativas por resolver en cuanto al derecho marítimo mercantil guatemalteco se resumen en una actualización y unificación de su normativa; y siendo el Código de Comercio el cuerpo legal en el que se regulan las relaciones y actos comerciales; es el idóneo para que se incluya allí dicha normativa; pues es un hecho ya comprobado y ampliamente analizado que el Libro III del Decreto Gubernativo 2946 ha caído por completo en el abandono y a la fecha es una ley vigente mas no positiva.





CONCLUSIONES

1. En Guatemala el derecho mercantil no ha sido actualizado y muchas negociaciones todavía se realizan de acuerdo a la tradición, incluso el Código de Comercio ya tiene más de cuarenta años de haber sido aprobado.
2. En el caso de la administración marítima nacional y el comercio marítimo internacional, las reglas que lo regulan no se encuentran codificadas en ninguna ley.
3. El transporte de mercancías vía marítima tanto nacional como internacional, actualmente no está regulado, por lo que estas actividades las realizan los comerciantes cumpliendo con normas de derecho internacional.
4. No existe un registro legal ni físico que haga constar la cantidad de buques o empresas navieras que funcionan en Guatemala, lo que da lugar a que muchos trabajen en forma ilegal.
5. Al no existir legislación nacional que regule el transporte marítimo de mercancías, el Estado deja de percibir impuestos aduanales por importación y exportación de mercaderías.





RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala, tiene que aprobar un nuevo Código de Comercio de acuerdo a la realidad actual y según las nuevas formas del comercio electrónico.
2. Tanto la administración como el comercio marítimo nacional e internacional deben estar a cargo de una dirección marítima específica, la cual deberá vigilar su funcionamiento legal y sus formas de operar.
3. Se tiene que elaborar y aprobar un Código Marítimo que regule todo lo referente al transporte y comercio de mercancías por el mar, para seguridad de los comerciantes que se dedican a esta actividad.
4. La inscripción de buques, barcos, yates y todo tipo de transporte de mercaderías y de personas debe ser obligatorio, para el efecto el Registro de la Propiedad tendrá que organizar y administrar este registro.
5. Con la creación de un Código Marítimo, de un Registro de Transporte Marítimo y de una Dirección Marítima; se podrá tener un mejor control del transporte de mercancías y de personas vía marítima y a la vez un control fiscal en beneficio del Estado de Guatemala.





BIBLIOGRAFÍA

- BARRERA GRAFT, Jorge. **Derecho mercantil**. Barcelona, España: Ed. Labor, S.A., 1959.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Boletín de derecho mercantil**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1975.
- DE PINA VARA, Rafael. **Derecho mercantil I**. 2da. ed. España: Ed. Porrúa, 1999.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. República de Argentina: Ed. Porrúa, S.A., 1998.
- GAVIRIA TRUJILLO, Federico Engel. **El origen de la familia, de la propiedad del Estado**. Colombia: Ed. Cañaveral, 1988.
- GONZÁLEZ, Huebra. **Los orígenes de la modernidad en Salamanca**. México: (s.e.), 1969.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. **Introducción al derecho mercantil**. República de Colombia: Ed. El Libro, 1990.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias, jurídicas, políticas y sociales**. 26 ed. Argentina: Ed. Heliasta, 1999.
- RODRÍGUEZ, Rodrigo. **Abordaje marítimo y litigación internacional**. 22 ed. México: Ed. Porrúa, 1996.
- SCIALOJA, Antonio. **Sistema internacional de navegación**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bosch, 1950.
- SZEKELY, Alberto. **Derecho marítimo**. México: Ed. UNAM, 1991.



VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil I**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.

www.es.wikipedia.org**Derechomercantil**, (Guatemala, 8 de julio de 2011).

www.lssi.es. **Sociedad de la información y de comercio electrónico**. Contratos online. (Guatemala, 25 de junio de 2011).

www.illustrados.com. **Evolución del derecho mercantil**, (Guatemala, 8 de julio de 2011).

www.todoelderecho.com. **Apuntes de derecho mercantil**, (Guatemala, 3 de julio de 2011).

Legislación:

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

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.

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