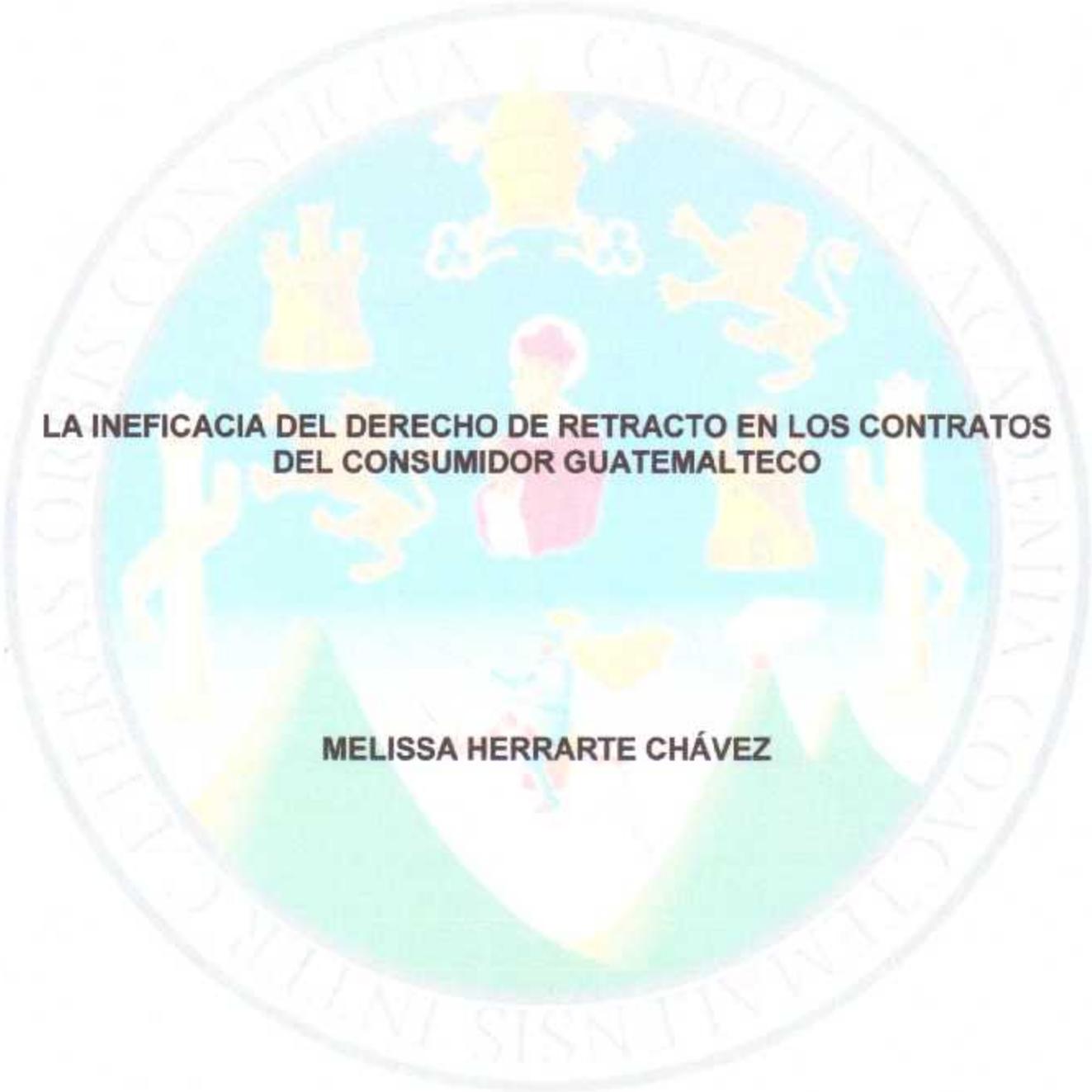


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a large, circular emblem. It features a central shield with a crown on top, surrounded by various heraldic symbols including castles, lions, and a figure. The shield is set against a light blue background. The entire seal is enclosed in a circular border containing the Latin motto "SALUTEM TERRARUM ORBIS COMSPICUA CAROLINAE ACADEMIA CONSTITUIT".

**LA INEFICACIA DEL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS
DEL CONSUMIDOR GUATEMALTECO**

MELISSA HERRARTE CHÁVEZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2013

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

**LA INEFICACIA DEL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS
DEL CONSUMIDOR GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MELISSA HERRARTE CHÁVEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

GUATEMALA, Octubre de 2013.

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

DECANO: Lic. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizaldi
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

Primer Fase:
Presidente (a): Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Secretario (a): Lic. Carlos Ernesto Garrido Colon
Vocal: Lic. Ronald David Ortiz Orantes

Segunda Fase:
Presidente (a): Lic. Carlos Alberto Cáceres
Secretario (a): Licda. Maida Elizabeth López Ochoa
Vocal: Licda. Vilma Karina Rodas Recinos

Razón: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis"
(Artículo 43 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de
Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



Bufete Jurídico Profesional
Lic. Oscar René Estrada Chew
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado. 3562

Guatemala, 11 de Abril de 2013.

DOCTOR
BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
CIUDAD UNIVERSITARIA
SU DESPACHO

Licenciado:

Por este medio me dirijo a usted, deseándole éxitos en sus labores cotidianas y profesionales.

En cumplimiento del dictamen emanado de la Unidad de Tesis de fecha 03 de agosto del año dos mil doce, en la que fui nombrado como **Asesor** del trabajo de tesis de la bachiller **MELISSA HERRARTE CHÁVEZ**, intitulado: "**LA INEFICACIA DEL DERECHO DE RERACTO EN LOS CONTRATOS DEL CONSUMIDOR GUATEMALTECO**", por lo que considero procedente a dictaminar el trabajo de investigación de tesis.

Contenido científico y técnico, y metodología y técnicas de investigación: el autor tuvo empeño y atención en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis el cual tiene amplio contenido científico y técnico, utilizando el debido lenguaje técnico acorde al tema desarrollado; asimismo tuvo la especial atención en cuanto a las correcciones y modificaciones recomendadas por mi persona

Dentro del trabajo de tesis, se realizaron las debidas consultas bibliográficas de autores en el ámbito jurídico, lo cual permitió una práctica realización; en cuanto a técnicas de investigación se utilizaron los métodos deductivo, analítico y sintético así como una forma de redacción correcta.

El tema seleccionado por la autora y el trabajo de investigación realizado reviste de suma importancia, por lo que indico que el trabajo de investigación efectuado por la Bachiller **MELISSA HERRARTE CHÁVEZ**, es un punto relevante en el contenido analítico inserto en todo el presente trabajo de investigación. En mi



Bufete Jurídico Profesional
Lic. Oscar René Estrada Chew
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado. 3562



opinión, el trabajo constituye una contribución científica al estudio del Derecho Mercantil, pues pone de manifiesto la necesidad de formular lineamientos generales y crear medios informativos para brindarle a la población guatemalteca de dichos derechos que todos los ciudadanos tenemos pero desconocemos, para resolver los problemas que surjan por motivo de la contratación expuesta.

Asimismo expongo que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado también el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo, exigidos por el Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, Artículo 32, indicando que en el presente dictamen se determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en el mencionado artículo, verificando el contenido científico y técnico en la elaboración del tema, su método y técnicas de investigación los cuales fueron los indicados, habiendo dado una idea de cómo mejorar la redacción, verificando las conclusiones y las recomendaciones estuvieran buscando el objeto del tema del presente trabajo.

En conclusión y en mi calidad de Asesor, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite de revisión hasta su total aprobación.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente.


LIC. OSCAR RENÉ ESTRADA CHEW
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 3,562



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio 5-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MELISSA HERRARTE CHÁVEZ, titulado LA INEFICACIA DEL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS DEL CONSUMIDOR GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/iyr.


 Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO




Rosario



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por iluminarme a lo largo de estos años y por su infinita sabiduría vertida sobre mí y por permitirme llegar hasta este lugar de conocimiento.
- A MIS PADRES:** Luis Antonio Herrarte Urbina y Vilma Esperanza Chávez Reyes por su apoyo, comprensión, confianza, y guiarme con dedicatoria incondicional hacia una vida correcta con ejemplo propio y correcto.
- A MI HERMANA:** Lluvitza María Herrarte Chávez por formar parte integral de mi vida y su apoyo y entendimiento incondicional.
- A MIS ABUELOS:** Rodolfo Chávez Solís Q.E.P.D., Zoila Esperanza Reyes de Chávez Q.E.P.D. y María Carlota Urbina Paz por formar parte de toda mi vida y su apoyo y entendimiento incondicional que siempre he recibido de cada uno de ellos
- A MIS AMIGOS:** Quienes a lo largo de la vida han aportado su apoyo, su abnegada amistad, su compañía y conocimientos compartidos.
- A:** La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales centro de estudios por contribuir a mi formación académica y de vida.
- A USTED:** Por su presencia.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Aspectos Históricos del Derecho Mercantil.....	1
1.1. Antecedentes del Derecho Mercantil.....	1
1.2. Definición del Derecho Mercantil.....	2
1.3. Antecedentes Históricos del Derecho Mercantil Guatemalteco.....	3
1.4. Postulados del Derecho Mercantil.....	5
1.5. Características del Derecho Mercantil.....	6
1.6. Principios del Derecho Mercantil.....	8
1.7. Fuentes del Derecho Mercantil.....	9
1.7.1. Costumbre.....	9
1.7.2. Jurisprudencia.....	10
1.7.3. Ley.....	11
1.7.4. Doctrina.....	11
1.7.5. Contrato.....	12

CAPÍTULO II

2. Antecedentes Históricos del Consumidor.....	15
2.1. Definición del Consumidor.....	18
2.2. Derechos de los Consumidores.....	19
2.2.1. Derecho de Ser informado.....	21
2.2.2. Derecho a la Protección a la Salud.....	21
2.2.3. Derecho a la seguridad.....	22
2.2.4. Derecho de elección.....	22
2.2.5. Derecho de Retracto.....	22
2.2.6. Derecho de acceso al consumo.....	23



	Pág.
2.2.7. Derecho a la Protección a los intereses económicos.....	23
2.2.8. Derecho de Acceso a la Justicia.....	23
2.2.9. Derecho a la libre elección del bien o servicio.....	23
2.2.10. Derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios que son ofrecidos, los precios de estos, las condiciones de venta y otras características que sean relevantes	23
2.2.11. Derecho a la educación para un consumo responsable.....	23
2.2.12. Derecho a usar un libro de quejas o el medio legalmente autorizado por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor	24
2.3. Obligaciones del Consumidor.....	24
2.4. Protecciones Otorgadas al Consumidor.....	25

CAPÍTULO III

3. Antecedentes Históricos del Comerciante	29
3.1. Definición del Comerciante	31
3.2. Clasificación del Comerciante.....	33
3.3. Obligaciones de los Comerciantes.....	37
3.4. Importancia Económica del Comerciante.....	39

CAPÍTULO IV

4. Aspecto General de la Contratación Mercantil.....	41
4.1. Definición de la Contratación Mercantil	42
4.2. Requisitos de la Contratación Mercantil	45
4.3. Principios de la Contratación Mercantil.....	47
4.4. Formas de Contratar u Obligarse	49
4.5. Características de la Contratación Mercantil.	49
4.6. Clasificación de la Contratación Mercantil.	50

	Pág.
4.6.1. Unilaterales y Bilaterales.....	51
4.6.2. Consensuales, reales y formales.....	51
4.6.3. Principales y Accesorios.....	51
4.6.4. Onerosos y gratuitos.....	51
4.6.5. Conmutativos y aleatorios.....	52
4.6.6. Condicionales y absolutos.....	52
4.6.7. Adhesión y de igual a igual.....	53
4.6.8. Instantáneos y de Tracto sucesivo.....	53
4.6.9. Típicos y atípicos.....	53
4.6.10. Cambio.....	54
4.6.11. De Colaboración.....	54
4.6.12. De conservación.....	54
4.6.13. De crédito.....	55
4.6.14. De prevención de riesgo.....	55
4.6.15. De Garantía.....	55
4.7. Obligaciones Mercantiles derivadas con la contratación.....	55
4.8. Cumplimiento de las Obligaciones Mercantiles.....	57

CAPÍTULO V

5. Antecedentes Históricos del Derecho de Retracto.....	59
5.1. Regulación Legal del Derecho de Retracto en Guatemala.....	61
5.2. Definiciones del Derecho de Retracto.....	63
5.3. Alcances y Efectos.....	64
5.4. Diferencias con Otras figuras jurídicas.....	67
5.4.1. Con la Rescisión de Contratos.....	68
5.4.2. Con la Revalidación de Contratos.....	71
5.4.3. Con las Resolución de Contratos.....	72
5.5. Ineficacia del Derecho de Retracto al adquirir cualquier bien o servicio, por no cumplirse en la realidad Guatemalteca.....	75



Pág.

5.6. Como se establece el Derecho de Retracto y su cumplimiento en el Derecho Comparado.....	77
5.7. Diferencias entre el Derecho de Retracto en la Legislación Guatemalteca con el Derecho Comparado.....	79
5.7.1. Legislación Peruana	79
5.7.2. Legislación Mexicana	82
5.7.3. Legislación Española	82
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87



INTRODUCCIÓN

La presente investigación abordará sobre la problemática que se deriva de la ineficacia en el Derecho de Retracto contenido en la Ley Protectora del Consumidor y Usuario, con relación a la negativa por parte de los proveedores para cumplir con dicho derecho que está regulado en dicho cuerpo legal, y que por ende existe una ineficacia legal, ya que es de suma importancia establecer que el consumidor o usuario gozan de varios derechos que por ley le son otorgados al momento de celebrar un contrato, ya sea verbal o por escrito. Dicha ineficacia es base fundamental para la inexistencia de la protección de dicho derechos por parte del Estado al consumidor. Es debido a ellos que en la presente investigación se profundizara si en Guatemala se cumple o no con dicho derecho para partir con la investigación y lograr determinar con mayor precisión cuál es el origen del problema y en base a ellos proponer una adecuada modalidad para resolver dicho problema.

Los objetivos de la presente investigación son precisamente determinar si el derecho de retracto, analizar el criterio que toma la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor al momento que se le presentan dichas problemáticas que resultan de los inconvenientes que tienen los consumidores con los proveedores al momento de una negativa, en cuanto al derecho, confrontar si en la legitimación que de dicho derecho y velar por su cumplimiento y precisar los efectos que se deriven de la problemática.

La presente investigación se encuentra contenida en cinco capítulos, en el primero de ellos, trata de los aspectos generales del Derecho Mercantil, como antecedentes, definiciones, postulados, características, principios y fuentes del mismo Derecho Mercantil; en el segundo capítulo, se presentan todos los aspectos generales y bases del consumidor y es más importante los derecho que le son inherentes como tal; en el tercer capítulo, se presentan los antecedentes del comerciante así como las obligaciones del mismo como tal y su importancia en los contratos mercantiles; en el cuarto capítulo se



refiere y se trata de profundizar en los aspectos de la contratación mercantil, todos los aspectos que tomaran como base para la investigación para determinar los aspectos de la contratación mercantil y sus efectos; y en el quinto capítulo se precisan los elementos y antecedentes del Derecho de retrato, en todo cuanto a su regulación, sus efectos y las diferencias que surgen con el derecho comparado y llegar a la conclusión si el mismo se cumple en Guatemala.

Los métodos utilizados en la investigación se encuentra el analítico, en base al cual se determinan las notas esenciales de los derechos inherentes contenido en la ley de protección al consumidor y usuario, a la vez que el del derecho de retracto; de igual forma se utiliza el método deductivo, bajo el cual se presentan como generales las categorías de los derechos reales y personales y como particular el derecho de retracto; de igual forma dentro de las técnicas que se utilizan se encuentra la técnica documental, en base a la cual se recopiló información doctrinaria sobre el derecho de retracto y demás temas abordados, haciendo uso de la técnica de análisis de documentos se estudiaron los documentos recopilados y obtenido de ellos la información adecuada para la consecución del fin de la presente investigación.

De modo que por el uso debido de los métodos y técnicas referidas, y la exposición y análisis lógico y analítico de los diversos temas, es que se logran alcanzar planteamientos de gran utilidad para el desarrollo dogmático de la ciencia jurídica guatemalteca en relación con el derecho de retracto en el ramo mercantil.



CAPÍTULO I

1. Aspectos Históricos del Derecho Mercantil

Como un inicio a esta investigación creo conveniente que se desarrolle el tema del origen del Derecho Mercantil, se dice que el derecho mercantil es una disciplina nueva en comparación con otras ramas del derecho, esto según acontecimientos históricos, muy precisos, que nos relatan cómo el derecho mercantil fue evolucionando a través del tiempo en la civilización. En la cual, el hombre usaba lo que la naturaleza le proveía solamente para su consumo y el de su familia y no fue hasta su desarrollo intelectual que pensó en el intercambio de productos.

Un acontecimiento histórico que marca el desarrollo de la civilización es la división del trabajo, implementado por Federico Engels en su obra el origen de la familia, la propiedad y el Estado, a partir de esta división es en donde el derecho mercantil surge con mucho auge así también como el comercio creándose la figura del mercader, quien era la persona que hacía circular las mercancías, igualmente surge el comerciante, y el producto elaborado para el consumidor final se llamó mercancía o mercadería.

1.1. Antecedentes del Derecho Mercantil

Considero conveniente desarrollar cuales fueron los orígenes históricos de derecho mercantil, y explicando cada uno de dichos antecedentes, en la Grecia clásica, se desarrolla el comercio aceleradamente por su cercanía con el mar

mediterráneo, aprovechando de esta manera el mar para trasladar las mercancías de un lugar a otro, y esto originó que la fuerza económica de aquel entonces fuera el comercio, esto dio origen a varias figuras que aun hoy en día se conocen en la legislación tales como la echazón, en donde el capitán del barco podía echar la mercancía al mar para alivianar el peso de la embarcación y evitar el encallamiento, sin tener responsabilidad, en el derecho mercantil moderno se le conoce como avería gruesa. También importante aporte fueron las Leyes Rodias, que surgieron en la Isla de Rodas, y que no eran más que un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo, lo anterior denota la importancia de la navegación como medio de transporte de mercaderías y como ayuda al desarrollo del comercio.

1.2. Definición del Derecho Mercantil

A continuación, con el fin de desarrollar una noción más certera acerca del derecho mercantil, se analizarán los conceptos y definiciones que algunos autores proporcionan sobre la materia. "El derecho mercantil es una rama del derecho privado que tiene por objeto regular las relaciones entre los comerciantes y aquellas personas que sin ser comerciantes ejecutan actos de comercio".¹

"El derecho mercantil es aquel que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de las industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes

¹ - Villegas Lara, Rene. Derecho mercantil guatemalteco. Pág. 145



(actos de comercio impropios), que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones".²

Podemos definir al derecho mercantil, como 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.

Como consecuencia se podría decir que el derecho mercantil es la rama del Derecho Privado que va a regular las relaciones nacidas del comercio y de los actos del mismo, así como las obligaciones que son impuestas a las personas que se consideran comerciantes

1.3. Antecedentes Históricos del Derecho Mercantil Guatemalteco

Los antecedentes históricos del derecho mercantil en Guatemala empiezan en la época de la colonia, ya que aquí se regía por sus relaciones jurídicas por las Leyes de Indias, las Leyes de Castilla, las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao, estas regulaban el comercio. "El 11 de diciembre de 1793 se creó el consulado de comercio en Guatemala, la cédula que creó el consulado separó la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a los jueces el conocimiento de los negocios de comercio, claro está cuidando más los intereses

² Ramírez Valenzuela Alejandro. Introducción al derecho mercantil y fiscal. Pág. 8.



de la corona española que la de los comerciantes”.³

En la economía del Estado español esta se regía por dos principios los cuales eran: el exclusivismo colonial y la teoría de los metales preciosos. En el año de 1821, con la independencia de Centro América aún siguen vigentes algunas leyes de España, pero en el Gobierno de Mariano Gálvez, se resustituyeron las leyes españolas por los Códigos de Livingston, que eran un conjunto de normas elaboradas por Eduardo Livingston las cuales eran disposiciones que regían al comercio. Sin embargo con el Gobierno de Rafael Carrera se estancaron los avances legislativos en cuanto a esta normativa ya que retrocedió a las leyes españolas y se prolongó todo el periodo de gobierno hasta en el año de 1871, cuando se dio la renovación legislativa impulsada por la revolución, en el año de 1877, se promulgaron los nuevos códigos de Guatemala en el que se incluyó un nuevo código de comercio con una ley especial de enjuiciamiento mercantil, y se emitió como Decreto Gubernativo número 191 de fecha 20 de julio de 1877.

“Luego en 1942, se promulgó un nuevo código de comercio contenido en el Decreto 2946 del Presidente de la República de Guatemala en la que se reúne en un mismo cuerpo una serie de leyes y convenciones internacionales en materia de letra de cambio, pagaré y cheque”.⁴

En el año de 1970, se promulgó el Decreto 2-70 del Congreso de la República de

³ Ob. Cit. Villegas Lara, René. Pág. 261.

⁴ Garrigós, Joaquín. Instituciones de derecho mercantil. Pág. 319

Guatemala el cual contiene el actual código de comercio, en el cual se desarrollan postulados modernos acerca del comercio en general, y se incorporaron las instituciones del derecho mercantil totalmente nuevas que se van adaptándose a las necesidades del derecho del comercio actual, en dicho decreto se tomaron en cuenta otros códigos de Centro América con la idea de se lograra unificar la legislación para lo que sería el llamado mercado común centroamericano. Es importante señalar que en la creación del Registro Mercantil, en este se incorporó la factura cambiaria, en cuanto a la contratación se traslada el contrato de fideicomiso, y los que se refieren a radiodifusión de la representación escénica, además la expresión legal del derecho mercantil guatemalteco no se limita al actual código de comercio, sino también a una serie de leyes conexas del ordenamiento jurídico del país.

1.4. Postulados del Derecho Mercantil

En la mitad del siglo pasado las bases capitalistas abrogaron por que se limitara la autonomía del derecho mercantil, las característica de esta rama del derecho y base de la contratación civil, debido a que en las doctrinas liberalistas, la idea era que el Estado interviniera en todas contrataciones mercantiles, en los Estados socialistas esto se logró de una manera absoluta por lo que se pensó en un derecho administrativo mercantil, y que por consiguiente el derecho mercantil actual estaba condenado a desaparecer, pero fue hasta la desintegración del bloque de los países socialistas, que se pudo sintetizar la actividad comercial y sujetarse a las leyes y las costumbres con base a los siguientes postulados:



- Retirar al estado de sujeto comerciante.
- Que en el desarrollo del comercio no haya monopolios ni privilegios.
- Adaptar la legislación nacional a la práctica de una economía mundial globalizada.

Con esto se pretende que se reduzca la intervención del Estado en las relaciones comerciales pero siempre garantizando que exista una libertad individual de el comerciante, y que se logre una protección al comercio en general, no es que se quiera anular al Estado de la actividad comercial, sino que se busca que este intervenga lo menos posible y que sólo a través de las regulaciones legales este proteja y garantice la libre actividad comercial, siempre prohibiendo por ejemplo que se creen las sociedades mercantiles inadecuadas o de ilícito comercio siempre buscando proteger también al consumidor.

1.5. Características del Derecho Mercantil

Según la materia que se trata, hay características de cada rama del derecho, y el derecho mercantil exige para su mejor desarrollo rapidez, poco formalismo en las transacciones nacionales como internacionales.

a) Tiende a ser internacional: Esta característica es eminentemente importante en la actualidad por el fenómeno de la globalización económica de los países más desarrollados, y ahora con la firma del tratado de libre comercio, entre Estados



Unidos y los países que ya se han adherido a él, pues ahora la mayoría de los productos ya no son solamente para un mercado local sino que se venden a nivel internacional, y siempre el derecho mercantil al ser internacional protege los intereses del comerciante en general.

b) Posibilita la seguridad del tráfico jurídico: El derecho mercantil le da certeza jurídica a la contratación mercantil a pesar de ser poco formalista, debido a que el comercio se mueve aceleradamente no se puede exigir un sin número de formalidades, entonces se respalda en los principios de la verdad sabida, la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes ha pactado al momento de la contratación mercantil.

c) Es poco formalista: Esta característica de poca formalidad no significa que no se tengan que respetar ciertos lineamientos y que la contratación mercantil no esté reglamentada, sólo si hacemos una comparación con el derecho civil por ejemplo, para acreditar la representación exige una escritura de mandato, en cambio el derecho mercantil permite celebrar ciertos contratos sin acreditar representación alguna por ejemplo el contrato de transporte, en el que el chofer del autobús le da su boleto, la persona paga, y se celebró un contrato mercantil sin mayores formalismos.

d) Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar: Esta característica está íntimamente relacionada con la poca formalidad del derecho mercantil, pues los

negocios en el ámbito mercantil debe ser rápidos y libres, esto significa que los contratos atípicos, pueden celebrarse con libertad en cualquier momento por los contratantes, y ningún juez puede excusarse de conocer los conflictos que surjan de este contrato por no estar nominado en la ley.

e) Adaptabilidad: "en el tráfico comercial significa que el comercio cambia constantemente que no es estático, claro está el derecho mercantil debe ir de la mano con los cambios que sufre el comercio tanto interno como externo por lo que se va adaptando a la realidad y a los fenómenos que se susciten dentro del ámbito mercantil".⁵

1.6. Principios del Derecho Mercantil

En el estudio que desarrollé del derecho mercantil he podido comprender que tanto hay características como principios que deben interactuar para una mejor interpretación del derecho en cuanto a las transacciones mercantiles que se desarrollan al día a día , siendo los principios base importante dentro del tema que se está tratando, me permito enumerarlos a continuación:

- La buena fe
- La verdad sabida
- Toda prestación se presume onerosa
- Intención de lucro

⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho mercantil. Pág. 284.

- Ante la duda se debe resolver del modo más favorable para la segura circulación.

1.7. Fuentes del Derecho Mercantil

Empezaré definiendo la palabra fuente que significa el origen de donde nace, o cual ha sido el surgimiento, que lo fundamental, se estudiará únicamente las fuentes formales del derecho mercantil, que son:

- a) La costumbre,
- b) La jurisprudencia
- c) La ley
- d) La doctrina, y
- e) el contrato.

- a) La costumbre.

Según Manuel Ossorio, "es la repetición de actos de la misma especie, la que establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos en la ley; esta costumbre se denomina sin ley o fuera de ley y está llamada a llenar lagunas legales, y representa en este aspecto una de las fuentes del derecho".⁶

En la legislación guatemalteca el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial le da a la costumbre la categoría de fuente formal del derecho, y por lo mismo al uso de la misma en defecto de ley aplicable al caso concreto y siempre y cuando no sea

⁶ Ossorio Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. Pág. 200.

contraria, a la moral, y al orden público. Los usos sean locales o internacionales pueden servir para normar una situación mercantil que la ley no contempla, y en el mismo cuerpo legal se regula la forma de interpretación de la ley en el Artículo 10.

b) La Jurisprudencia.

Como fuente complementaria del derecho está regulada en la Ley del Organismo Judicial, en el Artículo 2, para Manuel Ossorio jurisprudencia es la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a casos concretos sometidos a su jurisdicción, así pues la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial sobre una materia determinada. Sin embargo en algunos países en donde los tribunales no cuentan con el recurso de casación se considera que no todos los fallos judiciales sientan jurisprudencia; dichos tribunales de casación, que constituyen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial, y cuya doctrina es de obligatorio acatamiento, para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción, de este modo se afianza la certeza jurídica porque donde la casación no existe cada tribunal o juez tiene libertad para sentenciar conforme a su criterio.

En la legislación guatemalteca específicamente en el Artículo 626 del Código Procesal Civil y Mercantil se regula la jurisprudencia, textualmente la norma regula en el tercer párrafo si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse por lo menos cinco fallos uniformes del tribunal de casación, de acuerdo con lo anterior cuando se producen cinco fallos reiterados en juicios sometidos a conocimiento de



la corte suprema de justicia por medio del recurso de casación se genera doctrina legal que puede citarse como fundamento de pretensiones similares.

c) La ley.

La ley como fuente de derecho mercantil nace desde la Constitución Política de la República de Guatemala específicamente, pues como ley suprema regula lo relacionado al comercio, en su Artículo 43 establece se reconoce la libertad de industria, comercio y trabajo salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes. Dichos preceptos constitucionales son desarrollados en el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala y demás leyes y reglamentos que norman la actividad de los comerciantes, las cosas y los negocios mercantiles.

d) La doctrina.

La doctrina como fuente de derecho es el conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del derecho que explican y fijan el sentido a las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas, tienen importancia como fuente mediata de derecho pues el prestigio y la autoridad de destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes. La doctrina debe ir de la mano con la ley y con la práctica en teoría, pero en la práctica no es así, siempre el lento proceso legislativo se va quedando atrasado en cuanto a celeridad del derecho mercantil, entonces los principios que antes mencionamos, nos sirven como coadyuvantes



en la interpretación de los contextos legales, por lo anterior se deduce que la doctrina puede funcionar como la costumbre, solo que con mayor fundamentación por los conocimientos científicos que aporta jugando un papel preponderante dentro del contexto del derecho mercantil.

e) El contrato.

Olvidando por un momento la teoría kelsiana en donde la única fuente del derecho es la ley y pasemos a considerar el contrato como fuente de derecho mercantil, porque como ya dijimos la fuente es donde nace la obligación o donde surge la norma. El contrato genera obligaciones pero solamente para las partes contratantes, específicamente, o sea que en sentido estricto sería una fuente particular, según Manuel Osorio "existe contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".⁷

Garriges Joaquín lo define como "el acuerdo de voluntades entre dos o más personas con el objeto de crear entre ellas un vínculo de obligaciones y también es un documento escrito destinado a probar una convención, los contratos han de ser celebrados entre personas capaces, y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres".⁸

El contrato en todo lo relativo al Derecho Mercantil será desarrollado en el Capítulo cuarto del presente plan, y se desarrollarán todos los aspectos especiales del

⁷ Ob. Cit. Osorio Manuel. Pág. 318.

⁸ Ob Cit. Garriges Joaquín. Pág. 15.



Contrato, en cuanto a las actividades comerciales que se desarrollan dentro del Derecho mercantil guatemalteco.

CAPÍTULO II

2. Antecedentes históricos del Consumidor

A través de la historia los derechos del consumidor es un tema delicado que le pertenece a las entidades internacionales tanto jurídicas como políticas, en la actualidad en su tema muy importante para todo el ámbito universal. Podemos decir que una de las primeras actividades que se tiene como antecedentes sobre la protección al consumidor se encuentra en el continente europeo, ya que en el continente europeo por su desarrollo se buscaba de manera continua la obtención de mejores condiciones para todas las personas que adquirirían bienes y servicios, en cualquier sentido. Se dice que en las décadas de 1830 y de 1840 se forman distintas cooperativas que manifestaban las necesidades de los consumidores y buscaban el modo de una protección de sus derechos. En Alemania, así como en Inglaterra, se crean muchas asociaciones que tenían como fin la protección para los consumidores, y a partir de este año en adelante en todo el mundo se busca la protección para los consumidores, siguiendo el ejemplo de dichos países.

En 1872, nace en Inglaterra el Ministerio de Consumo, que tenía como una de sus principales obligaciones velar por los consumidores, así también en 1876 en Portugal se establece por primera vez en su Constitución, que al Estado le corresponde proteger al Consumidor. Luego en América, empezando con México, después de la Segunda Guerra Mundial, se empezó a observar que en la política económica del país iban en crecimiento las empresas internacionales, aparatos

electrónicos, farmacéuticas, etc. Se podía notar que en los hogares mexicanos se convirtieron en consumidores voraces; debido que se dio un crecimiento en la oferta y la demanda, pero la situación del mercado de México estuvo planeada para que hubiera un despojo del patrimonio de los consumidores, no como se hacía en Europa en donde se dio la verdadera protección a los consumidores.

Sin embargo, en países como Chile, que es un país de América Latina que tiene más desarrollo en el tema de la Protección del Consumidor y tiene como antecedentes histórico que datan desde la Colonia protegiendo este tipo de derechos, se podía fijar que en la época del Cabildo se fijaban los precios en su sentido máximo a todos los productos esenciales. Y ya durante el siglo XX, fue cuando fue creado el Comisariato General de Subsistencias y Precios que estableció como protección una serie de sanciones penales, que consistían en una serie de multas que eran aplicables a todos los particulares que infringieran las disposiciones que regulaban tanto la industria como en el comercio, dichas multas constituyeron una manifestación positiva en la historia, que en la Doctrina obtiene el nombre de "Disciplina del Mercado en Chile".

En Guatemala, como antecedentes históricos se tiene el Decreto Ley 1-85 que fue emitido el 14 de enero de 1985, que tiene como nombre Ley de Protección al Consumidor. Lo que se buscaba con dicha ley como fin primordial era el poder para controlar el alza desenfrenada que existía en el país, en ese momento, de precios de los productos y servicios esenciales para toda la población

guatemalteca. Se creó asimismo también, su reglamento constituido mediante Acuerdo Gubernativo 48-85 y derivado de esto se creó la Ley de Abastecimiento y Control de Precios de los Productos Esenciales, Decreto número 58-87 del Congreso de la República, dicha ley tiene como objetivo principal controlar los precios de todos los productos esenciales de la República, ya que existía una alza en los mismos creando un problema para la población guatemalteca. En el año de 1985 se crea la Asociación Liga del Consumidor, que es una entidad perteneciente a la iniciativa privada, que tiene como fin asociar a todos los consumidores y su protección. Y en el año 1995, se establece la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, como una dependencia del Ministerio de Economía, mediante Acuerdo Gubernativo 425-95, que regulaba toda la actividad relacionada con los proveedores y los consumidores y las protecciones de los mismos y estableciendo los derechos y obligaciones de los mismos, hasta este año se protegen de manera directa los derechos de los consumidores, a la vez la misma Dirección le establece cuáles son sus obligaciones y los lineamientos que debe de seguir al momento de contratar algún bien o servicio.

Luego, el 18 de febrero de 2003, se emite la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, mediante Decreto Número 6-2003, del Congreso de la República, y el mismo año también se crea el reglamento que es el Acuerdo Gubernativo número 777-2003. El objeto primordial de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, es buscar, promover, divulgar y defender los derechos del consumidor y usuario, así como establecer las sanciones y los procedimientos que pueden ser aplicables

a dicho tema.

Se podía observar que los asuntos económicos en las diferentes sociedades y a través del tiempo van en busca de obedecer lealmente al consumidor, así también buscar cómo protegerlo y evitarle la alza de los precios para los servicios comunes y cotidianos. Actualmente, la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor de Guatemala, confirma y establece que: "El poder del consumidor, es su decisión de compra." Y debido a esto dicha Dirección le va a conferir derechos al momento de contratar o comprar y le establecerá obligaciones que deberán realizar los consumidores guatemaltecos al momento de contratar/comprar.

2.1. Definición de Consumidor

Una de las definiciones más importante de la presente investigación sobre que es el Consumidor, y en el Diccionario Jurídico Espasa expresa que como consumidor, "puede entenderse por, el destinatario de bienes y servicios. En este sentido, evidentemente, consumidores son la totalidad de la población de un país."⁹ De dicha definición, se puede establecer que consumidor es toda aquella persona que va a adquirir un bien o servicio, y hará uso del mismo en cualquier ámbito que sea, y en el modo que el bien o servicio deberá ser usado.

También para nuestra investigación definiremos según el Autor Guillermo Cabanellas, define al consumidor como: "genéricamente cualquiera que consume, en las distintas acepciones verbales de consumir (extinguir, acabar, destruir y

⁹ Diccionario Jurídico. Espasa. Pág. 401.

aniquilar)¹⁰ Definición que es utilizada en día a día de la sociedad, ya que es cualquier persona que consume, en la realidad guatemalteca todos consumimos día a día, en los distintos aspectos de nuestra vida, el ser humano siempre vive consumiendo, ya sean bienes o servicios o cualquier cosa que sea de su utilidad en la vida cotidiana.

En el transcurso de la investigación logré formar una definición de lo que se entiende por el consumidor a lo cual puedo definir como a todo aquel individuo que requiere satisfacer cierta necesidad a través de la compra y la obtención de determinados productos, para lo cual deba llevar a cabo algún tipo de operaciones económicas. Dichas operaciones pueden ser muy básica y simples o extremadamente complejas e involucrar a corporaciones de gran tamaño. Para que exista un consumidor, siempre que tiene que hacer otro entre que provea el servicio o el proveedor y un producto u objeto por el cual se establece la operación.

2.2 Derechos de los Consumidores

Ya basados en la Definición, puedo establecer que el derecho de los consumidores es el Conjunto de normas capaces de constituir una rama del derecho que tiene por objeto la tutela de quienes contratan para la adquisición de bienes y servicios destinados, en principio, a las necesidades personales de cada individuo. A este derecho se le tiene que dar mucha importancia ya que lo que se propicia es que se consagre el Derecho de Consumo. Este Derecho de Consumo,

¹⁰ Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, pag 89

está estructurado de manera que las relaciones entre los contratantes, los derechos y los deberes, así tanto como las obligaciones que se deriven entre los proveedores o prestadores y consumidores para que sean respetadas, para lograr un equilibrio sano en el mercado.

Según José Antonio García Cruces establece que "El derecho del consumidor y del usuario, viene a otorgar al derecho comercial su dimensión exacta en la hora actual, como que determina las obligaciones, deberes, derechos, facultades de quienes intervienen en las relaciones jurídicas emergentes de las contrataciones sobre bienes y servicios ofrecidos y volcados al mercado. Hasta hace unas décadas se había concebido al derecho comercial como el derecho de la empresa, olvidando que la empresa existe, vive y actúa para llegar hasta el consumidor y usuario final. Por eso, aquellos autores, guiados por una visión unilateral del derecho mercantil, olvidaron o consideraron extraños a él los derechos de quienes necesariamente dan razón de ser a la actividad mercantil y por su parte, al derecho comercial"¹¹

Según Juan Manuel Farin, se entiende por el derecho del consumidor al "conjunto orgánico de normas capaces de constituir una rama del derecho que tiene por objeto la tutela de quienes contratan para la adquisición de bienes y servicios destinados, en principio, a las necesidades personales."¹²

¹¹ García Cruces González, José Antonio. Derecho comunitario y derecho de consumo. Pág. 80

¹² Juan Manuel Farin, Contratos Mercantiles Modernos, pág. 249. Editorial Astrea.



Los derechos de los consumidores son todos aquellos pilares sobre los cuales se sostiene la estructura de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Pero con el paso del tiempo y las modernas relaciones que existen en el consumo, los derechos del consumidor deben de interpretarse y adecuarse en forma amplia y desarrollada con el objetivo de buscar estabilidad en todos los mecanismos existentes del comercio. Las actividades del consumidor deben de ser de manera dinámica, ya que son actos en continuo crecimiento, renovación e innovación y debe concebirse con imaginativas ideas creadas para el futuro.

Por lo anterior, me tomare la libertad de enumerar los Derecho del Consumidor, que están establecidos en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, que desarrollare para el presente trabajo.

2.2.1 Derecho de ser informado:

Es un derecho esencial que representa la columna vertebral de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Este Derecho se basa en que se debe de suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los productos o servicios.

2.2.2. Derecho a la protección de la salud:

Las cosas y servicios deben ser suministradas de tal forma que utilizados en condiciones normales o previsibles de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. Lo que se

busca con este derecho es que se eviten situaciones de riesgo en los consumidores.

2.2.3. Derecho a la seguridad:

Con este derecho se tiene el fin de proteger y garantizar todo producto o servicio que sea ofrecido en el mercado, ya sea tanto para el uso o como para el consumo y que este exento de riesgos de seguridad, la salud o la vida de los consumidores y además que no signifiquen un daño para el medio ambiente.

2.2.4. Derecho de elección:

Este derecho consiste en la libertad individual que tiene el consumidor o el usuario para acceder a una variedad de productos o servicios para elegir cuál de ellos le convenga a sus deseos y necesidades a precios competitivos. Para lo cual es necesario asegurar la existencia de una libre competencia que permite una oferta a precios competitivos.

2.2.5. Derecho de retracto:

Este es el derecho más importante para nuestra investigación, es un derecho nuevo, es conocido en el Derecho Romano, como el "pactum displicentia". Es una especie de compra sujeta a la aprobación del adquirente, quien no solo manifiesta su inconformidad con respecto a la cosa que le fue vendida sino también recupera el precio que este pago por

ella. Es una potestad que tiene el consumidor para poder ejercer su derecho de aceptar o cancelar la compra.

2.2.6. Derecho de acceso al consumo:

Es el derecho a no ser separado de manera abusiva por parte de los proveedores de bienes y servicios de la relación de consumo.

2.2.7. Derecho a la protección de los intereses económicos:

Se deben proteger los intereses tanto económicos como sociales del consumidor, tanto como la exigencia de calidad y eficiencia de los productos y servicios, hasta la existencia de organismos administrativos y judiciales que se apliquen la verdadera justicia contractual y los mecanismos para poder resarcir los daños que le son causados.

2.2.8. Derecho de acceso a la justicia:

El consumidor tiene el derecho de ser resarcido por los perjuicios económicos y morales que padezca o sufra caso de infracción a sus derechos.

2.2.9. Derecho a la libre elección del bien o servicio:

Esto aplica el deber que tiene el consumidor de celebrar sus operaciones de consumo con el comercio formal y el debidamente establecido.

2.2.10. Derecho a una información veraz y oportuna:

Sobre los bienes y servicios que son ofrecidos, los precios de estos, las condiciones de ventas y otras características que sean relevantes: este derecho es el deber de informar a los consumidores y a los usuarios en forma responsable.

2.2.11. Derecho a la educación para un consumo responsable:

Este es un deber del consumidor de buscar los medios posibles para obtener esta información educativa.

2.2.12. Usar un libro de quejas:

El medio legalmente autorizado por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor para dejar registro de su inconformidad con respecto a un bien adquirido o un servicio contratado.¹³

2.3 Obligaciones del Consumidor

Por parte del consumidor este entra las siguientes Obligaciones, que deberá cumplir de manera expresa. De todas las obligaciones que tienen los consumidores, a mi creer la más importante es pagar los bienes y servicios que este contrata o adquiere, ya que hay un acuerdo de voluntad, el consumidor, quiere el bien o servicio por ende debe pagarlo. Como obligaciones subsiguientes podrian estar el utilizar el bien o servicio en observancia a su uso normal y de conformidad con las especificaciones proporcionadas por el proveedor y cumplir

¹³ http://www.diacono.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=44&Itemid=55

con todas las condiciones que se pactan al momento de contratar, también los consumidores tienen como obligación prevenir la contaminación ambiental que se crea mediante el consumo de los bienes y servicios que este contrata siempre guardando el bien común y el principio de salud pública. También debe el consumidor usar de manera legal y de la manera que se contrata el bien o servicio siempre guardando los principios de la buena fe guardada y de la verdad sabida.

Dichas Obligaciones, están contempladas en la Ley, y en la realidad guatemalteca para beneficio de los guatemaltecos, estas obligaciones así también como los derechos y protecciones están publicados en la pagina actual de la Dirección de Protección al Consumidor, y llego a la conclusión que las obligaciones contenidas en la Ley si son cumplidas por la mayoría de consumidores.

2.4 Protecciones otorgadas al consumidor

Este tema de la protección al consumidor adquirió una gran importancia en el año de 1985 cuando se emitió la primera ley, que tenía como objetivo desarrollar, por parte del Estado la defensa de los derechos e intereses a los consumidores, en un marco de política económica justa. Como consecuencia, su objetivo primordial era el de controlar y evitar los precios de los productos y servicios esenciales para la población del país y establecer cuales son los delitos económicos y las debidas sanciones correspondientes, en el caso del incumplimiento por parte de los proveedores, de los preceptos y la normativa que dicha Ley contempla.

Esta situación se dio en un ambiente internacional propicio, ya que las Naciones Unidas, en donde definieron el quehacer de los gobiernos en cuanto a la



protección de los derechos de los consumidores, Guatemala, como país miembro de las Naciones Unidas, adquirió el compromiso de aplicar y cumplir las directrices emanadas en este sentido por dicha Organización, de esa cuenta se promulgaron la Ley y el Reglamento antes indicados. La Legislación de 1985 era de aplicación para toda persona tanto individual como jurídica que en sus actividades comerciales cometiera actos de especulación, acaparamiento, alza, inmoderada de precios, variación de pesos, medidas y calidad de los bienes y servicios, no anunciados, los cuales eran tipificados como delitos económicos.

No es sino hasta el año 1986, cuando se inicia un esfuerzo formal para hacer efectiva la obligación del Estado en este campo, con la vigencia a partir del 14 de enero de 1986, de la actual Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 119, Obligaciones del Estado, el cual señala que son fundamentales para el Estado, entre otras la defensa de consumidores y usuarios, para la preservación de la calidad de los productos de consumo tanto interno como externo de manera que se pueda garantizar la salud, seguridad, y los intereses económicos de los consumidores.

En cuanto a los relacionado con la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, esta fue creada como una Dependencia del Ministerio de Economía, el 4 de septiembre de 1995, para establecer el control de los precios de los productos básicos y se estableció su competencia en cuanto a poder orientar, asistir e informar a los consumidores lo relativo a la calidad, cantidad, peso y



demás características de los productos y servicios que constituyen la oferta que media en el mercado.

En el reglamento de la DIACO, explica sus funciones y atribuciones, como podría ser las relacionadas con la asistencia a los consumidores en sus reclamaciones contra los proveedores, facilitar información sobre las condiciones y para el buen uso de los productos, ayuda a contribuir a minimizar la utilización de prácticas perjudiciales en los intereses económicos de los consumidores y otras. De esa manera se inicia el fortalecimiento institucional.

Dados los cambios que implicaba el mejoramiento y la modernización del marco jurídico de protección para el consumidor y usuario, dentro de las corrientes mundiales que están enfocadas para la globalización y el manejo de una economía moderna en un ambiente de libre mercado y competencia, la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, es una entidad responsable de su aplicación, nuevos instrumentos para hacer la titularidad de la defensa de los consumidores y usuarios que están establecidos en esta ley.

CAPÍTULO III

3. Antecedentes Históricos del Comerciante

Desde muchos años atrás, cuando el comercio no existía debido a que el dinero tampoco existía; sin embargo, derivado de las necesidades más apremiantes del ser humano como son la alimentación, el vestido y la habitación y la falta de mercados, en donde estos se podían abastecerse de productos, dieron por resultados que las personas empezaran a cambiar entre sí unos bienes por otros dando lugar así a la operación llamada "trueque", el trueque es una de las operaciones más importantes en los antecedentes del comercio debido a que a principios de la humanidad el ser humano no contaba con dinero para poder realizar todas sus actividades cotidianas, éste debía intercambiar los bienes que éste tenía en su propiedad y los cambiaba por otros seres o por algo que éste necesitará y así fue como se fue creando una forma de comercio, de dicha manera que con el simple trueque se fueron creando las primeras formas de comerciantes.

Actualmente una operación trueque es cuando se adquiere la propiedad de un bien y se entrega otro en pago de su valor, o cuando más de la mitad del valor del bien adquirido se paga mediante la entrega de otro bien y la menor parte se paga en efectivo.

Según constancias que existen de la antigüedad fueron los persas, hebreos, hindús, árabes, fenicios, griegos y romanos, los que destacaron en la práctica de actividades comerciales.

- Los persas fueron los que impulsaron notablemente el comercio en Asia, establecieron vías de comunicación más seguras hacia los mercados que iban conquistando.
- Los fenicios se caracterizaron por la instalación de fábricas y acondicionamientos de puertos marítimos, reglamentaron la actividad comercial mediante tratados que originaron a la celebración de las operaciones a crédito tan usuales en nuestro tiempo.
- Los griegos quienes comenzaron a generalizar el uso de la moneda acuñada para facilitar la realización de las transacciones comerciales
- Los Romanos se caracterizaron por sus conocimientos y organización del Derecho, alcanzaron una legislación destacada en la rama del Derecho Mercantil, siendo los precursores de las instalaciones de ferias y mercados, sistema que ha perdurado hasta la época actual.

En el descubrimiento de América, el comercio Europeo tomó gran auge, ya que los navegantes españoles, Holandeses y portugueses, abrieron rutas marítimas desde Europa hasta el continente Americano siendo Francia en donde se redactó la primera Legislación Mercantil en 1673 durante la monarquía de Luis XIV aunque estaba incorporada al derecho Civil.



Actualmente el derecho mercantil constituye una rama independiente con sustantividad propia que es el comercio. El derecho mercantil tuvo origen "consuetudinario", las formas o costumbre como se celebraban los actos de comercio, así como su repetición dieron lugar a la formación de leyes mercantiles.

3.1 Definición del comerciante

Debido a la complejidad de las relaciones mercantiles y las operaciones de comercio que se pueden dar en la actualidad, es realmente difícil desarrollar una definición de lo que debe entenderse por comerciante en el derecho mercantil, puesto que podría denominarse comerciante, al propietario de una tienda de barrio tanto como al gerente de una organización transnacional que distribuye bebidas, por ejemplo; resulta tan ambiguo el término a simple vista, que creo necesario aclarar que no pretendo tomarme la osadía de puntualizar en una definición, sino simplemente, analizar lo que al respecto indican los autores consultados a lo largo de esta investigación y lo que puede deducirse de lo establecido por las disposiciones legales que en este caso me refiero principalmente al Código de Comercio.

En opinión de Villegas: "En principio debe establecerse que en la conciencia común se tiene la idea de que un comerciante es aquella persona que, con intenciones de lucro, compra para revender, colocándose o desarrollando una actividad intermediadora entre productor y consumidor de bienes y servicios. Pero, como veremos más adelante, la idea doctrinaria y la legal rebasa al simple

intermediario, para darnos una visión más amplia sobre la concepción del comerciante" ¹⁴

A si también se podría definir por comerciante a aquella persona que se dedica de manera oficial a la actividad del comercio. Esto supone que compra y vende diferentes tipos de artículos o servicios con el objetivo de obtener una ganancia por actuar como intermediario entre quien produce el artículo o servicio y quien lo utiliza. El rol de comerciante es uno de los roles más importantes en la sociedad humana ya que a lo largo de la historia ha sido quien ha permitido conectar las materias primas con los usuarios, ofreciéndoles a estos muchas veces la posibilidad de conocer productos de otros ambientes o regiones. ¹⁵

La Carta Magna en el Artículo 43 es el que centraliza este tema, indicando que: Se reconoce la libertad de industria, comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.

Pero de manera más próxima y por la naturaleza del tema el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República, establece que podemos definir al comerciantes como: Es comerciantes todo aquel que ejerce en nombre propio con una finalidad de lucro las actividades lícitas de tipo mercantil que estén dirigidas a la industria de la producción o transformación de bienes y prestación de servicios; a la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios, la banca, seguros y fianza y todos los auxiliares de las anteriores.

¹⁴ Ob. Cit. Villegas Lara, Guillermo, pag 27

¹⁵ <http://www.definicionabc.com/social/comerciante.php>

Se puede concluir que pueden ser personas individuales o colectivas las que ejercen el comercio y sean denominadas comerciantes las que cumplan con lo que se establece en el Código de Comercio guatemalteco, llenando siempre los requisitos legales.

3.2 Clasificación del comerciante

Existen básicamente dos tipos de comerciantes: comerciantes individuales y comerciantes sociales. Los primeros son las personas individuales cuya profesión es el tráfico comercial mientras que los segundos son las sociedades mercantiles.

El Artículo dos del Código de Comercio de Guatemala, establece: "Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refieran a lo siguiente:

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

El Artículo transcrito del Código de Comercio, contiene algunos supuestos jurídicos y elementos que deben concurrir para tener la certeza de que se está realmente ante un comerciante:



a) Ejercer en nombre propio. Se refiere a la actuación dentro del tráfico comercial la cual debe ser en nombre propio. El supuesto aquí es: actuar para sí y no para otro; debe ser el sujeto de imputación de las relaciones jurídicas que devengan de su tráfico. Y es aquí donde radica la diferencia respecto a los auxiliares de los comerciantes puesto que éstos no actúan en nombre propio si no en nombre de otra persona.

b) El fin de lucro: cuando el comerciante realiza actos de tráfico mercantil tiene la finalidad de obtener ganancias o lucro para aumentar su fortuna personal; el comerciante no es una persona que actúa con fines benéficos.

c) Es menester que se dedique a actividades calificadas como mercantiles. Las actividades mercantiles al tenor del Artículo que ya he transcrito, son, de conformidad con el inciso primero del mismo, la industria, la cual puede ser en el campo de la producción de bienes o en la prestación de servicios. En este último aspecto, por ejemplo, es común escuchar, que se hable de industria turística, industria hotelera, etc.

Uno de los requisitos que el sujeto individual debe llenar para ser comerciante, además de los que se analizaron al exponer lo referente al Artículo dos, es que sea hábil para obligarse de conformidad con las disposiciones del Artículo seis del Código Civil. La ley se refiere expresamente a la capacidad de ejercicio que implica la de ser sujeto de derechos y obligaciones. La persona debe estar en

posibilidades de actuar en el campo del orden jurídico, posibilidad que se adquiere en la mayoría de edad que es necesaria de conformidad con el derecho común.

Como ya se detalló cuales son los requisitos legales para ser comerciantes, se podríamos intentar definir al comerciante individual (sólo en aras de hacer la distinción entre comerciante individual y comerciante social) de la manera siguiente: comerciante individual es la persona que ejercita una actividad: 1º. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios; 2º. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios; 3º. La Banca, seguros y fianzas; y 4º. Las auxiliares de las anteriores en nombre propio y con finalidad de lucro, haciendo de ello su medio de vida y profesión habituales.

Para ampliar, me permito señalar la definición que establece Osorio: "Individuo que teniendo capacidad legal para contratar, ejerce por cuenta propia, o por medio de personas que lo ejecutan por su cuenta, actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual. En sentido más amplio, toda persona que hace profesión de la compra y venta de mercaderías".¹⁶

También existe una clasificación doctrinaria, la cual clasifica al comerciante, como:

¹⁶ Ob. Cit. Osorio Manuel. Pág. 491.



comerciantes extranjeros, comerciantes cónyuges, los menores de edad o los incapaces, los que sean nombrados así por donación o por herencia, así como los comerciantes sociales especiales.¹⁷

El caso de los incapaces y personas declaradas en estado de interdicción: Rodríguez citado por Villegas indica que el comercio es riesgoso y se corre el peligro de perder o ganar en el tráfico. Por lo cual, el patrimonio de los menores de edad, o el de los interdictos es aconsejable no comprometerlo en actividades comerciales. Pero puede suceder que un menor de edad reciba una empresa mercantil por herencia o por donación, o bien que un comerciante capaz, por los causas que establece la ley civil, se le declare en estado de interdicción, ante lo cual, y en aras de hacer efectivo el principio de conservación de la empresa, el juez que conozca el caso puede decidir, con dictamen de experto, si la empresa continúa o no, tomando en cuenta las posibilidades favorables del negocio y el beneficio que va a resultar de su conservación. Si el juez decidiera que la empresa debe continuar, nos encontraríamos ante una excepción al requisito de la capacidad como condición necesaria para ser comerciante; en el entendido de que la actuación de estas personas se haría por medio de sus representantes legales. En el caso de que la empresa se haya adquirido por herencia o donación y en la declaración unilateral de voluntad el testador o donante recomendó la continuidad de la empresa, debe respetarse su disposición, aunque no es un deber absoluto, porque si ello ocasiona más inconvenientes que beneficios económicos, el juez

¹⁷ Ob. Cit. Villegas Lara, pag 28



puede decidir lo contrario conforme al Artículo siete del Código de Comercio. La ley guatemalteca, es congruente con la doctrina que aconseja la continuidad de la empresa en el menor o incapaz, pero no el inicio de la misma. Para un menor de edad, sus representantes no podrían abrir una empresa mercantil.

3.3 Obligaciones de los comerciantes

Los comerciantes tienen como obligaciones principales las establecidas por la ley, las cuales se podrían decir que son:

- La obligación de inscripción ante el registro mercantil

El registro mercantil, es una institución de carácter público, supeditado al ministerio de economía, que para un adecuado registro de los sujetos del comercio deberá llevar los libros de comerciantes individuales, de sociedades mercantiles, de empresas y establecimientos mercantiles, de auxiliares de comercio, de presentación de documentos, y otros. La inscripción de los comerciantes en el correspondiente libro que para el efecto lleva el registro mercantil, es una de las principales obligaciones de los comerciantes, puesto que ello, permite a los mismos, contar con la personalidad jurídica necesaria para ser en todo caso, sujetos de derechos y obligaciones mercantiles, además que permite al registro llevar un adecuado control de la actividad de los comerciantes inscritos. Por el carácter y el volumen de las actividades que realizan, la inscripción de comerciantes individuales difiere mucho de la de los comerciantes sociales, ya que estos últimos para su inscripción deben cumplir con una serie de

formalismos y procedimientos previos.

- La protección a la libre competencia

En este aspecto, la ley señala que todas las empresas tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, y que están obligadas a observar igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores, a la vez que prohíbe los actos o hechos contrarios a la buena fe comercial o al normal y honrado desarrollo de las actividades mercantiles ya que esa clase de acciones son consideradas de competencia desleal.

- Obligación de llevar contabilidad y correspondencia mercantiles

Los comerciantes tienen la obligación de llevar contabilidad, usando los principios generalmente aceptados. Los libros de contabilidad que la ley establece como obligatorios son, el de inventarios, el de diario, el libro mayor y el de estados financieros además de los que otras disposiciones especiales los obligue a tener. Los libros a que hace referencia la ley deben operarse en idioma español y las cuentas deben ser llevadas en moneda nacional es decir en quetzales.

En cuanto a la correspondencia, la ley de conformidad con el Artículo 382 del Código de Comercio, establece que todo comerciante debe conservar en forma ordenada y organizada, durante por lo menos cinco años, los documentos de su empresa, a menos que otras leyes dispongan algo en contrario. Para destruir o inutilizar los documentos relacionados con actos o negociaciones determinadas,

deberá esperarse que haya pasado el tiempo de prescripción de las acciones que se deriven de los mismos. Si hubiera pendiente alguna cuestión que se refiera a ellos de forma directa o indirecta, deberán conservarse hasta la terminación de la misma.

3.4 Importancia económica del comerciante

Cualquiera que sea el sistema legal que se siga para la delimitación de la materia propia del derecho mercantil, el concepto que estará siempre en el centro del criterio diferenciador, será el comerciante. Criterio diferenciador si se quiere decir que el derecho mercantil es un derecho profesional, es decir, el derecho de los comerciantes, porque entonces es necesario precisar este concepto, cuyo alcance vendría a determinar el de la materia mercantil; como si se quiere decir que el derecho mercantil es el de los actos mercantiles, porque no hay ni un solo sistema en el campo del derecho comparado en el que no haya actos de comercio que no lo sean en razón de ser realizados por comerciantes. Es decir, que tanto si se trata de una concepción subjetiva del derecho mercantil, como de una objetiva, siempre y en todo caso el concepto del comerciante estará en la base de la misma.

El comerciante como uno de los principales sujetos en la relación que existe entre comerciante y consumidor es de mucha importancia, ya que el comerciante es la persona que de manera directa ayudará al consumidor a adquirir los bienes, productos o servicios que este quiera, asignándole un precio a dicho bien,



que ofrecen los mismo productos, bienes o servicios para evitar una alza en dichos precios, y como buen comerciante estos deberán como una de sus obligaciones primordiales extender factura de todos los productos, bienes o servicios que se contratan para pagar los impuesto que establece la Superintendencia de administración Tributaria, creándole así al Estado un presupuesto para que este realice todas las actividades que le corresponden y pueda funcionar el Estado de una mejor manera.



CAPÍTULO IV

4. Aspectos generales de la contratación mercantil

Al tener conocimiento de los términos "actos de comercio" y "materia mercantil" estamos en capacidad de aceptar respecto a los contratos mercantiles, que son todos aquellos acuerdos de voluntad de una misma cosa, desde luego siempre con el fin de obtener un lucro. El contrato en esta materia se va a caracterizar atendiéndose al objeto, a la naturaleza objetiva de la prestación, a cuáles son los fines que se van a proponer los contratantes que no son más que obtener una ganancia o un lucro. Queda entendido que el objeto de este contrato es específicamente la obtención de lucro.

En el Código de Comercio de Guatemala en relación a la contratación mercantil, la cual esta regulada en el libro IV, que contiene las obligaciones y contratos mercantiles sobre las disposiciones generales y de las obligaciones en general. En el Artículo uno del Código de Comercio se dice que en defecto de las disposiciones de este mismo Código, se aplicarán todo lo relativo a las del derecho civil, interpretadas de conformidad con los principios que inspiran el derecho mercantil. En este capítulo se patentizan claramente las notas que tipifican y caracterizan al derecho mercantil como una disciplina y un régimen de relaciones jurídicas con características propias que la diferencia en forma terminante del derecho común. No es que el derecho mercantil sea un derecho característico de la profesión de comerciante, ni tampoco un derecho tutelar del acto de comercio. La importancia que en las relaciones económicas

contemporáneas ha adquirido el derecho mercantil, hace que este trascienda de su concepción clásica y que sea menester definir con cuidado sus contornos y precisar aquellas características que le son peculiares y que lo distinguen de las demás ramas del derecho.

4.1 Definición de la contratación mercantil

Hay bastas definiciones de la contratación mercantil, se empieza utilizando la definición que fue utilizada por el instituto comentado, y es la que dio el tratadista Guillermo Cabanellas, que define como a la contratación mercantil como: "El peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rigen según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo."¹⁸

Al analizar a tantos distintos autores, que en relación a la contratación mercantil puedo darme la libertad de definir a la contratación mercantil creando una definición propia, donde puedo concluir que el contrato mercantil ocurre cuando dos o más personas, a convienen en crear, modificar y/o extinguir una obligación en donde uno de los elementos personales es comerciante, cuyos fines son eminentemente lucrativos, y en cuanto a la aplicabilidad del mismo, los comerciantes en su actividad profesional, van a llevar a cabo los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles que se regirán por las disposiciones

¹⁸ Ob Cit. Cabanellas, Guillermo, Tomo 1, Pag. 516

contenidas en el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República y en su defecto por el derecho civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que van a inspirar al derecho mercantil.

Partiendo del principio de que la relación jurídica mercantil se interpretará, ejecutará y cumplirá aplicando el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada, se justifica este principio como medio para conservar y proteger las rectas y honorables intenciones de los contratantes, las cuales se presumen que siempre existen en la relación mercantil.

Es decir, que en el comercio se descansa en la buena fé y en la honorabilidad de los comerciantes y quien actúa sin tales atributos, desnaturaliza el derecho comercial y es merecedor del desprecio de la sociedad y de los castigos que estén contemplado en la ley. Por ello la interpretación del contrato mercantil es amplia y generosa y jamás susceptible de interpretación arbitraria o caprichosa que en cualquier forma limite los efectos naturales del contrato de comercio. Por el principio de la autonomía de la voluntad, la ley le concede a los particulares, alguna facultad o potestad que les permite regular sus intereses privados, así como sus relaciones, dentro de los límites legales, establecidos en la basta legislación guatemalteca; lo cual permite la libre forma de contratar, determinando el contenido, efectos y duración del contrato. Esto es lo que la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 5 traduce al decir: "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe."



La palabra contrato, deriva del latín contractus, que a la vez deriva de cum y traho, que quiere decir venir en uno, convenir, convención. Desde luego, no todo acuerdo de voluntades origina contrato; solo aquellas convenciones que tienen interés jurídico traducido en la constitución, modificación o extinción de un vínculo obligatorio patrimonial, en yuxtaposición, y con el propósito de seguir a los intereses de la comunidad.

Para el tratadista Vicente y Gella, el contrato: "Es aquel en que la finalidad única perseguida por las partes es crear, modificar, o extinguir una obligación. Por el contrato puede una deuda nacer, transformarse, transmitirse o desaparecer. Además se establece: Que los contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en dicho código o en leyes especiales por las reglas del derecho común."¹⁹

El contrato Mercantil, para el licenciado José María Codera es considerado como: "El Contrato mercantil es la clase de contrato cuyo objeto es el tráfico comercial de la empresa. Su principal característica es el estar concebido para la realización de operaciones en serie conteniendo, clausulas generales preestablecidas, por lo que puede considerarse un contrato de adhesión siendo el lucro principal su móvil."²⁰

En el Código Civil guatemalteco se expresa que, "hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación", lo cual se

¹⁹ Vicente y Gella, Agustín, Introducción al derecho mercantil comparado, Pág. 29

²⁰ Codera, Martín, José María. Diccionario de derecho mercantil, pág. 320.

encuentra regulado en el Artículo 1517 del Decreto ley 106. De lo cual entendemos que el contrato tiene como campo de aplicación, el de los derechos tanto patrimoniales, y se le define como el acuerdo de dos o más voluntades cuyo fin es crear, modificar o extinguir un vínculo obligatorio de carácter patrimonial, y además servir a los intereses de la comunidad. Se concluye diciendo que el contrato es la fuente más importante de las obligaciones, puesto que a través de él se asegura la efectividad de los negocios.

4.2 Requisitos en la contratación mercantil

Como hemos visto en la doctrina y en la legislación guatemalteca que como requisito sine qua non para que el contrato, y todo negocio jurídico sea válido y exista debe contener, los requisitos que exige la ley. Ya los hemos mencionado, son los llamados esenciales:

A) Capacidad legal del sujeto al momento que declara su voluntad, uno de los requisitos elementales de la contratación mercantil es que exista una capacidad legal, dicha capacidad como se establece en el Código Civil que es la facultad que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones la cual se va a adquirir como se establece en el Código Civil con la mayoría de edad, siendo dicha capacidad la capacidad de goce de dichos sujetos. En la contratación mercantil se establece que como un requisito elemental para que una persona pueda ser comerciante, es que la persona tenga capacidad legal, aunque también se establece en el Código de Comercio que las personas que sólo tengan una capacidad de goce podrán actuar a través de su representante legal.

B) Que exista un consentimiento que no adolezca de vicio, se entiende que para que un contrato mercantil sea válido las personas que van a contratar deberán de dar su consentimiento libre de vicio, se pueden enumerar las distintas clases de vicio que se establecen en el Código de Civil, siendo estos:

- el vicio de error, que puede ser a su vez error de persona, error de cuenta y error de objeto,
- también hay como vicio el dolo, que es un vicio del consentimiento por el cual una persona va a inducir a otra a error, y
- como último vicio del consentimiento se encuentra regulado la violencia, que es el vicio del consentimiento por el cual una persona va a causarle un daño grave a otra tanto de manera física, moral, psicológica o patrimonial.;

C) Que sea un objeto lícito, como requisito de la contratación mercantil es que dicho contrato medie un objeto que sea lícito y que no esté prohibido por ninguna ley guatemalteca o que sea lesivo para el orden público de la Nación.

Como se dijo de manera anticipada, en la contratación mercantil se aplicarán de manera supletoria todo lo que se establece en el Código Civil, Decreto ley 106, por lo que en dicha legislación se explica cuales son los requisitos esenciales de una contratación.

4.3 Principios de la contratación mercantil

Los principios de la contratación mercantil son los que se encuentran contenidos en el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la Republica, están contenidos en el Artículo 669 de dicho código, los cuales son:

- o la verdad sabida, que se puede definir como la ventaja que tienen las personas que contratan de que al momento que llevarse a cabo el contrato este se tenga como válido lo que se establece en el mismo, se tendrá como verdad todo lo que se establece en el contrato mercantil.
- o La Buena fe guardada, siempre en la contratación mercantil se tendrá como buena fe guardada lo que se tenga contenido en el contrato mercantil Siempre ante la duda que se tenga se tendrá como buena fe de los contratantes.

Así mismo en el Artículo 671 del Código de Comercio, que establece que existe el principio de libertad de forma, lo cual se puede definir como una libertad que tienen las partes al momento de contratar de adoptar o tomar la forma que ellos quieran para llevar a cabo el contrato, ya que en la contratación mercantil no hay formalidades que deban llevar a cabo las partes para que sea válido el contrato, asimismo no se establece un idioma o forma para contratar siempre y cuando las partes lo acepten ellas quedarán obligadas al mismo.

También de manera doctrinaria se establece que como principios que van a inspirar a la contratación mercantil en todos sus aspectos, serán los siguientes:

- o Que toda prestación se va a presumir onerosa
- o Una intención de lucro
- o Ante la duda debe de favorecerse las soluciones que hagan mas segura la circulación

El doctor Villegas Lara menciona que "cuando el Código de Comercio en su Artículo 669 establece que las obligaciones mercantiles se interpretan, ejecutan y cumplen de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada no significa que la verdad y la buena fe dejen de tomarse en cuenta para obligaciones son poco formalismo con que se dan, esos principios funcionan como parte de su propia substancia, de manera que las partes obligadas conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan de interpretaciones distintas a los contratos, ya que de otra manera se destruirá la seguridad del tráfico comercial. En otras palabras, el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos es riguroso, porque solo de esa manera puede conseguirse armonía en los servicios. Esta es, pues, una característica de las obligaciones mercantiles, el escrúpulo en hacer prevalecer la verdad y la buena fe que proviene del contrato como elementos consubstanciales a su propia naturaleza."²¹

A mi criterio los principios básicos se refieren a la columna vertebral de la contratación mercantil. Es el esquema que contiene los requisitos mínimos que deben tomarse en consideración al actuar de buena fe, es decir, sin ánimo de engaño ni de ocultar determinadas circunstancias que puedan afectar los derechos de la otra parte contratante, debe dominar la verdad ante todo; debe existir el ánimo de lucro, es decir, el deseo de obtener una determinada cantidad de dinero a cambio de una cosa y objeto lícito y susceptible de comercialización; hay onerosidad porque el contrato impone obligaciones ya sea una o ambas

²¹ Ob Cit. Villegas Lara, Rene, Tomo I, Pagina 44

partes contratantes, y por último cuando exista duda siempre debe de favorecer lo que le favorezca a la circulación.

4.4 Formas de contratar u obligarse

Como se establece en el Código de Comercio, es que la forma de contratarse u obligarse en la contratación mercantil es de manera libre, esto derivado del principio de libertad de forma que es uno de los principios del Derecho Mercantil, y de la misma contratación mercantil, ya que no se establece una forma específica para llevar a cabo los contratos mercantiles, sin embargo por motivos de seguridad en ciertos casos se recomienda que los contratos mercantiles sean por escrito en específico en escritura pública, sin embargo la contratación mercantil siempre se regirá por una libertad de forma, dicho principio le da la oportunidad y la libertad a las partes para contratarse de la formas que ellos quieran y en el modo que siempre sea más favorable para los contratantes.

4.5 Características de la contratación mercantil

El autor Guillermo Villegas Lara, nos indica que: "Al tratar de establecer las especialidades que el Derecho guatemalteco le asigna a los Contratos Mercantiles o a las formas de contratar, vamos a resaltar esas características propias, deducidas del mismo contexto de la ley".²²

Como se establece con en el Artículo 1517 del Código Civil: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar, o extinguir una obligación". En

²² Ob Cit. Villegas Lara, Tomo III Pág. 10



el campo civil en el Artículo 1574 del Código Civil establece la forma del contrato; las personas pueden contratarse y obligarse por medio de escritura pública, documento privado, acta notarial ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente.

Más sin embargo en el campo mercantil, según lo que se encuentra regulado en el Artículo 671 del Código de Comercio, la forma se encuentra más simplificada. Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Así mismo el autor citado indica que esta libertad en el uso de la forma tiene excepciones, pues hay contratos en que sí se exige una solemnidad determinada, tal es el caso del contrato de fideicomiso y el de sociedad, para citar dos ejemplos, los que deben de celebrarse en escritura pública, como requisito esencial de validez.

4.6 Clasificación de la contratación mercantil

La clasificación de los contratos mercantiles más aceptada por los autores mercantilistas que también incluye los contratos civiles regulados en el Código Civil, así como una clasificación económica que facilita el estudio de los contratos mercantiles en particular.

a. Contratos unilaterales y bilaterales: Contratos unilaterales, si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes; son bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente.

b. Contratos consensuales, reales y formales:

Contratos consensuales: Cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos; los contratos son reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa; y los contratos son formales o solemnes, cuando la Ley señala una forma o solemnidad especial para que tenga validez, como el caso de los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los Registros, cualquiera que sea su valor deberán constar en escritura pública, y los contratos calificados como solemnes deberán constar en escritura pública, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez.

c. Contratos principales y accesorios:

Los contratos son principales, cuando subsisten por si solos; y accesorios, cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación, es decir que, presuponen la existencia de otro contrato o de una obligación principal a la que generalmente sirve de garantía.

d. Contratos onerosos y gratuitos:

Los contratos son onerosos, cuando estipulan provechos y gravámenes recíprocos para los contratantes; y los contratos son gratuitos, porque establece provecho para una sola de las partes.

e. Contratos conmutativos y aleatorios:

Los contratos onerosos se clasifican a su vez en conmutativos y aleatorios. Los contratos onerosos conmutativos, son aquellos en que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que

ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice, y los contratos son aleatorios, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice.

f. Contratos condicionales y absolutos:

Son condicionales, los contratos cuya realización o cuya subsistencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes; y absolutos, aquellos cuya realización es independiente de toda condición.

g. Contratos de adhesión y de igual a igual:

Los contratos de adhesión, son aquellos en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas solo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas, las normas y tarifas de estos negocios deben ser previamente aprobadas por el ejecutivo, para que pueda actuar la persona o empresa que hace la oferta, incurriendo en responsabilidad en caso contrario. Cuando la variación de las circunstancias en que fue autorizado un servicio de carácter público haga demasiado onerosas las normas y tarifas aceptadas, puede el Estado o las Municipalidades pedir la revisión de las condiciones impuestas. En los contratos de igual a igual las partes discuten libremente las condiciones o contenido del contrato.

h. Contratos instantáneos y de tracto sucesivo:

En los contratos instantáneos, las prestaciones que se deben las partes se ejecutan inmediatamente, en un solo momento; y en los contratos de tracto sucesivo, las prestaciones se van repitiendo a intervalos de tiempo, es decir que las prestaciones de una o de las dos partes contratantes, son de cumplimiento reiterado o continuo.

i. Contratos típicos y atípicos:

El contrato es típico, "cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales; aparece en el listado de la ley". Los contratos atípicos, son aquellos que no están regulados ni denominados por la ley. Dice Garrigues; "el principio de la autonomía privada permite a los interesados prescindir en lo absoluto de los moldes legales, o modificarlos o crear nuevas figuras contractuales".²³

j. Contratos de cambio, de colaboración, de conservación o custodia, de crédito, de prevención de riesgo y de garantía:

El doctor Edmundo Vázquez Martínez, citado por Paz Álvarez²⁴ describe esta clasificación atendiendo a la función económica de los contratos mercantiles, los que pueden agruparse así:

k. Contratos de cambio: Que son los que procuran la circulación de la riqueza (bienes y servicios), ya sea dando un bien por otro (compraventa, suministro, contrato estimatorio, operaciones de bolsa); ya sea dando un bien a cambio de un hacer o servicio (transporte, hospedaje).

²³ Paz Álvarez, Roberto. Pág. 47

²⁴ Ob Cit, Paz Alvarez, Roberto.; Pág. 47

l. Contratos de colaboración: Tanto asociativa (contrato de Sociedad) como simple, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra (agencia, corretaje, comisión, edición, participación).

m. Contratos de conservación o custodia:

Depósito irregular y depósito en los almacenes generales y fideicomiso.

n. Contratos de crédito:

En los que al menos una parte concede crédito a la otra (apertura de crédito, descuento, cuenta corriente, reporto, carta orden de crédito, crédito documentario).

o. Contratos de prevención de riesgo:

Son aquellos en los que una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo (Seguro y Reaseguro).

p. Contratos de garantía:

Son los contratos que aseguran el cumplimiento de las obligaciones (Fianza y Reafianzamiento).

4.7 Obligaciones mercantiles derivadas de la contratación mercantil

Se debe empezar definiendo que es una obligación, por obligación se entiende según el diccionario de la Real Academia Española, como "Vínculo que sujeta a

hacer o abstenerse de hacer algo, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos.”²⁵

“Es una relación jurídica en virtud de la cual una persona para satisfacer intereses privados, puede exigir de otra una determinada prestación, que en caso de ser incumplida, puede hacerse efectiva sobre el patrimonio de ésta”.²⁶

Roberto Paz Álvarez dice, conforme el Artículo 1319 del Código Civil: “La obligación es un acto o declaración de voluntad que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.²⁷ Esencialmente no existe diferencia entre la obligación civil y la obligación mercantil, porque en ambos casos constituye un vínculo jurídico entre acreedor y deudor. Cuando ese vínculo resulte de un acto comercial, puede establecerse la diferencia, pues la obligación tendrá carácter mercantil. La prestación a que se obliga el deudor, puede ser: Dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor.

Las obligaciones que tienen los contratantes en los contratos mercantiles y que se derivan de los mismos es que exista una solidaridad de los deudores, esto se va a derivar de que en la contratación mercantil hay dos partes en un contrato y estos se van a volver solidarios creando una mancomunidad en los mismos para que cualquiera de estos pueda cumplir con la obligación que en el contrato se estipule. Así también se dice que hay una exigibilidad que tienen los acreedores de solicitar el cumplimiento de su obligación, cuando esta exigibilidad se omite en los

²⁵ Diccionario de la Real Academia Española, 22va edición

²⁶ Ob Cit. Vicente y Gella, Agustín., Pág. 262

²⁷ Paz Álvarez Roberto, Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco, II Parte. Pág. 5

contratos mercantiles se tomará como un cumplimiento de manera inmediata. También como obligación en la contratación mercantil se puede estipular que se tiene una posibilidad de entrar en mora mercantil al momento de falta de cumplimiento de lo que se establece en el contrato y así se comprometen las partes. Se tiene la obligación de retener el cumplimiento de la obligación por cualquiera de las partes por falta de incumplimiento de los mismos.

4.8 Cumplimiento de las obligaciones mercantiles

Se puede definir como cumplimiento, el medio voluntario y normal de extinguir el pago y que consiste en hacer o en dar la cosa objeto del vínculo. Y Se desarrollará la forma en la cual los contratos mercantiles deberán de cumplirse, debido a que en la contratación mercantil se goza de un antiformalismo, sobre el cumplimiento de los contratos mercantiles, entraremos a conocer las distintas formas por las cuales el acto de comercio, tiene su forma jurídica para que cualquiera de las partes se vea obligado a acatar la voluntad de la otra parte de existir incumplimiento por ella.

De acá partimos para indicar que debiera ser el pago la forma más completa para cumplir con la obligación. Sin embargo, para la materia civil si lo es, pero para los actos de comercio, no es el cumplimiento perfecto. Para algunos contratos mercantiles el pago si es la forma más justa para que la obligación se cumple, como es el caso de la compraventa, el contrato de suministros, el de depósito, etc. Entenderíamos así el cumplimiento del acto mercantil, pero existen otras formas por las cuales las obligaciones mercantiles se cumplen. En el caso del derecho de



retracto que desarrollaremos en el Capítulo V en este caso el cumplimiento de dicho contrato sería en ejecutar dicho derecho que se tiene.



CAPÍTULO V

5. Antecedentes históricos del derecho de retracto

Etimológicamente "retracto" deriva de las voces latinas re, que significa repetición o retorno y tractus, esto es tracción o movimiento, y consiste en la facultad que la ley otorga a determinadas personas para evitar la transferencia de un bien y permitirle la subrogación, bajo las mismas condiciones pactadas entre el vendedor y el comprador. Se deriva del término latino retraeré que significa "volver a traer" y otros afirman que viene de retractus que significa "res volver a traes", traer otra vez, traer de nuevo.

Se llama retracto legal, porque el retracto provenía de la voluntad de la ley y no de las partes. Antiguamente existía retracto convencional y retracto legal, el retracto se llama también "Derecho de preferencia en la adquisición" tomó nombre de juicio de retracto.

Para tener una cabal concepción de la institución del retracto conviene conocer sus antecedentes. Según Gastan y Badenes, el retracto legal tiene un origen muy antiguo, situándose concretamente en el Antiguo Testamento, que señalaba en el capítulo XXV del Levítico a que se refiere. Sin embargo el retracto legal no fue conocido en el Derecho romano, debido a que uno de sus principios cardinales entroncados a la concepción absolutista de la propiedad era precisamente el de la máxima libertad en la compraventa.

5.1 Regulación legal del derecho de retracto en Guatemala

El Derecho de Retracto por ser un derecho nuevo, una institución nueva que gozan los consumidores o compradores, el derecho de retracto se encuentra regulado en el Artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, indica: "El consumidor tendrá derecho a retractarse siempre dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles contados a partir de la firma del contrato o desde la fecha en que éste se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente por teléfono o en el domicilio del consumidor o usuario. Si ejercita oportunamente este derecho, le serán restituidos los vales pagados por el consumidor o usuario, siempre que no hubiere hecho uso del bien o servicio."

Se puede observar que la figura del derecho de retracto antes citada está estableciendo una figura jurídica en la cual el perfeccionamiento del contrato se da cuando la persona acepta las condiciones que están impuestas según lo que se encuentra regulado en el Artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, por lo que la perfección del contrato se va a dar hasta que hayan transcurrido los cinco días que dicha ley le otorga al consumidor para poder retractarse.

Para que se lleve a cabo el derecho de retracto deberán darse como requisitos o supuestos mínimos los siguientes: como primer requisito para que se lleve a cabo el derecho de retracto, la ley establece para su ejercicio un plazo de cinco días hábiles, los cuales deberán contarse a partir de la firma del contrato en el

establecimiento comercial, o a partir de la celebración del contrato fuera de este, especialmente en los celebrados por teléfono o en el domicilio del consumidor o usuario. Esta medida resulta muy acertada, ya que se considera que el contrato queda perfecto una vez transcurrido ese plazo de cinco días, y es hasta ese momento en que se da la aceptación del mismo. Este plazo es conocido como "periodo de reflexión" o "periodo de enfriamiento". Dentro de esos cinco días hábiles, el proveedor de bienes y servicios queda en una posición de desigualdad e inseguridad jurídica al no tener la certeza de si el consumidor o usuario adquirirá el bien o servicio de forma definitiva, por lo tanto, sin este plazo, el contrato nunca quedara perfecto y el consumidor o usuario podría desistir de él en cualquier momento, incluso pasado años de su celebración, causando graves perjuicios al proveedor.

Con respecto al segundo supuesto para la aplicación del derecho de retracto, la ley indica que el bien o servicio objeto del contrato no debe haber sido utilizado por el consumidor. Obviamente, en lo que a bienes respecta, esto se refiere a un uso continuo que haya tenido cuando como consecuencia una modificaciones sus características o un deterioro por el uso y como consecuencia el bien se haya depreciado, y no a la prueba que el consumidor haya hecho del bien para cerciorarse de que este cumple con todas las expectativas y características ofrecidas en el contrato.

En relación a los servicios, como en el caso de la telefonía móvil, las tarjetas de crédito, lo seguros de automóviles, etc., no deberán ser utilizados por el usuario, y

este deberá retractarse previo a gozar del servicio contratado dentro del plazo estipulado por la ley. En este caso, el usuario no goza del derecho de "probar" el servicio, a que el momento de hacerlo se consideraría como iniciada la prestación del mismo y como perfecto el contrato.

Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que para la efectiva aplicación del Derecho de Retracto, los consumidores o usuarios deberán cumplir con los supuestos exigidos por la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, con los cuales les serán restituidos los valores pagados al celebrarse el contrato, momento del cual se consumirá el derecho en mención.

5.2 Definiciones del derecho de retracto

Guillermo Cabanellas define el Derecho de Retracto como: " Derecho que, por ley o convención, se tiene para dejar sin efecto una venta o enajenación hecha a favor de otro y recuperar o adquirir para sí la cosa, por el mismo precio pagado, y ciertos gastos en ocasiones."²⁸

Paulina Avalos A. define este derecho como: "Derecho a desistirse del contrato dentro de un plazo determinado que se considera como un tiempo de reflexión, "periodo de enfriamiento" en las ventas o contrataciones que se dan en un contexto especial; ventas a domicilio, en las llamadas televentas, en las ventas a

²⁸ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Pag 589

distancia, las que se hacen por catálogos, por muestrario, por internet, y en general donde el bien no es apreciado físicamente por el adquiriente.²⁹

5.3 Alcances y efectos

Una norma de este índole tiene por efecto darle al consumidor el derecho de poder revocar el contrato celebrado entre las partes. Como se encuentra regulado dentro de los contratos de adhesión, es importante que el solo hecho de ser contrato, el Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1534, lo siguiente: " Los que celebran un Contrato están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inexecución o contravención por culpa o dolo." Por otro lado, el Artículo 1535 del mismo cuerpo legal establece que: " En todo contrato bilateral hay condición resolutoria y esta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación que le concierne. El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios, si los hubiere." El Artículo 1520 del mismo cuerpo legal establece que: " los contratos de adhesión, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidos sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas." Luego el derecho de retracto regulado en el Artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, que establece: " El consumidor tendrá derecho a retractarse siempre, dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles contados a partir de la firma del contrato o desde la fecha en que este se hubiere

²⁹ Paz Avalos, Alvaro, El Derecho de Retracto, pag 1

celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente por teléfono o en el domicilio del consumidor o usuario. Si ejercita oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores pagados por el consumidor o usuario, siempre que no hubiere hecho uso del bien o servicio."

El Artículo 119 del mismo cuerpo legal establece como obligaciones fundamentales del Estado: " (...) i) La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizar su salud, seguridad y legítimos intereses económicos." Como se puede observar, la misma Constitución Política le da protección al consumidor y usuario con el proveedor y productor. Como existe una norma constitucional de este índole, y considerado la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, se puede observar que la figura del derecho de retracto antes citada está estableciendo una figura jurídica en la cual el perfeccionamiento del contrato se da cuando la persona acepta las condiciones impuestas según el Artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, por lo que la perfección del contrato se va a dar hasta que hayan transcurridos los cinco días que la ley le otorga al consumidor para poder retractarse.

Tomando en cuenta lo que establece en la Constitución Política en lo relativo a lo estipulado en el Artículo 119 inciso i, desde el año de 1985 el Gobierno de la República de Guatemala busca aprobar y aplicar las directrices para la protección al consumidor creando una ley que tenga como objeto promover, divulgar y defender los derechos de los consumidores y usuarios, estableciendo infracciones,

sanciones y procedimientos aplicables para tutelar a los consumidores y usuarios, consituyendo un mínimo de derechos y garantías de carácter irrenunciable, de interés social y de orden público, la norma antes citada no discrimina al proveedor o productos ya que la misma Constitución Política de la República le otorga dicha proteccion, como a continuación se analiza.

Con lo anterior y al analizar los artículos citados, pareciera que el derecho de retracto regulado en el Artículo 51 del Decreto 6-2003 del Congreso de la República de Guatemala, ya que como se menciona, el contrato se perfecciona en el instante que el consumidor acepta las condiciones impuestas. Sin embargo, el derecho de retracto, le otorga cinco días al consumidor para que se retracte y que revoque el negocio celebrado, sin responsabilidad alguna, quedando el proveedor desamparado y por consiguiente quedando desigual frente al consumidor.

Por ultimo, se debe relacionar el derecho de retracto con la compraventa al gusto, ya que son figuras jurídicas en donde el consumidor tiene la facultad de disponer si le parece el producto o no, dentro de un periodo de tiempo, pero es importante mencionar que estas son figuras distintas, ya que en la compraventa al gusto que se encuentra regulada en el Artículo 1799 del Código Civil guatemalteco, no hay contrato hasta que el comprador quede satisfecho, mientras que en los contratos protegidos por la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, si hay contrato desde que el consumidor y usuario aceptan las condiciones, pero se le otorga un periodo de cinco dias para ejercer el derecho de retracto, tomándose ese tiempo

como un tiempo de reflexión para ver si se está satisfecho con los bienes o servicios que se adquieren.

Con base a lo explicado con anterioridad, se puede decir que por razón del ejercicio del derecho de retracto, se producen los siguientes efectos:

- 1.- La sustitución del comprador por el retrayente en el contrato de compraventa, de tal manera que las partes en este contrato quedarán conformadas por el vendedor y el retrayente.
- 2.- La obligación del retrayente de reembolsar al comprador el precio que éste pagó al vendedor, los tributos y gastos pagados por el comprador y, en su caso, los intereses pactados.

En tal virtud, se entiende que el derecho de retracto contiene en la Ley de protección al consumidor y usuario tiene carácter de derecho irrenunciable y no podrá vedarsele a los consumidores o usuarios su derecho a ejercerlo, ni impedirsele su aplicación al no indicarles del derecho del cual gozan en el instrumento por medio del cual contratan bienes y servicios.

5.4 Diferencias con otras figuras jurídicas

El derecho de retracto, como un derecho nuevo podemos decir que se puede confundir con varias figuras jurídicas; sin embargo este derecho tiene diferencias que lo hacen singular, lo que considero necesario diferenciarlo de las diferentes figuras jurídicas que puedan confundirlo.

5.4.1 Con la Rescisión de Contratos

La rescisión de los contratos es la facultad de dejar sin efecto una figura contractual, cuya característica esencial es extrajudicial, puesto que; no hay intervención de órgano jurisdiccional alguno y derivada, de un precepto legal que ello autoriza, o según la cláusula estipulada entre las partes. En ese orden lo rescindible ha sido válido; de no ser así, se estaría ante la nulidad de los contratos"³⁰

La rescisión de los contratos, es un acto jurídico unilateral, o bilateral según haya quedado estipulado, por el cual se le pone fin a la figura contractual, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho ipso jure, sin necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral plenamente válido, por incumplimiento culpable en éste, imputable a una de las partes, y es conocido como pacto comisorio. Son rescindibles según lo que establece el Artículo 1579 del Código Civil guatemalteco: "Los contratos válidamente celebrados, pendientes de cumplimiento, pueden rescindirse por mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que estable dicho texto legal".

El efecto de la rescisión va a radicar en que se obliga a la restitución de las cosas que fueron objeto del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses. Solo cabe por ello rescindir cuando el que lo pretende puede volver aquello a que su

³⁰ Ob Cit. Cabanellas, Guillermo. Tomo VII p 117

parte estaría obligado. No cabe rescindir tampoco cuando las cosas se encuentran en poder de un tercero de buena fe.

El derecho de retracto que se encuentra regulado en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, implica dejar sin efecto la aceptación del contrato en un plazo establecido, contado a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato sin responsabilidad alguna; es un derecho de retractarse de la voluntad, de arrepentirse.

Es importante anotar que al efecto de todo contrato válidamente celebrado y perfeccionado, se refleja en obligar al cumplimiento de lo pactado. El Código Civil guatemalteco regula: Artículo 1519. Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fé y según la común intención de las partes. Este precepto acoge el llamado principio Pacta Sunt Servando, lo pactado entre las partes es ley.

Con referencia al plazo que se tiene para ejercer el derecho de retracto, la ley le confiere al consumidor o usuario cinco días, y al momento de ejercerlo no tendrá ninguna responsabilidad, siempre que no haya hecho uso del bien o servicio puesto que; al tratarse de un bien, este debe ser restituido en las mismas condiciones que le fue entregado. En el caso de servicio, básicamente se refleja en no haber consumado su utilidad.

En el derecho de retracto se perfecciona el contrato hasta que hayan transcurrido los cinco días que establece la ley, por lo que es una figura jurídica distinta a otras conocidas en nuestro ordenamiento jurídico. En la rescisión de los contratos, es un tanto diferente la situación ya que se rescinde un contrato cuando es válidamente celebrado; pero pendiente de cumplimiento, ya sea por mutuo consentimiento o por declaración judicial, pero en ambos casos las cosas regresan al estado en que se encontraban antes de haberse celebrado el contrato. Si es por mutuo consentimiento no se debe pagar daños y perjuicios, pero si no lo fuera, sí se debe pagar y pactar los mismo por parte de quien lo rescinde. Pero a la vez la ley también fija un plazo para la rescisión de contratos por lo cual se fija que es de un año el cual se cuenta a partir del momento de su celebración. Como se puede observar, existen varias diferencias entre la rescisión de un contrato y el derecho de retracto, por lo que son figuras jurídicas que pueden confundirse en el sentido que buscan la extinción de una obligación, pero en distintas formas, ya que el derecho de retracto se asemeja más a una compraventa al gusto, y el perfeccionamiento del contrato se da hasta que trascurren los cinco días otorgados por la ley.

5.4.2 Con la Revocación de los Contratos

La obligación contractual nace del acuerdo de las voluntades de los contratantes. Este acuerdo puede limitar en el tiempo por anticipado, la obligación que crea, su extinción dentro de un plazo determinado, un término extintivo. En la revocación, aún cuando las partes no han previsto la extinción de la obligación en el contrato y

por anticipado, pueden efectuarlo más adelante. Por lo tanto, le es lícito ponerle fin al cumplimiento de un contrato de prestaciones (que se puede definir como la figura jurídica de la rescisión) o suprimir una obligación que no había dado lugar aún a ningún cumplimiento (se puede definir como la figura jurídica de la revocación).

Revocar es dejar sin efecto una medida, una decisión o acuerdo; es anular la sustitución de una orden o fallo por una autoridad superior, consiste en la anulación de la disposición adoptada o del acto otorgado, tales como una donación, un testamento, un legado, un poder, un mandato. Para surtir efecto, la revocación ha de provenir de una declaración unilateral válida, porque si no fuera así, constituiría un incumplimiento, una violación.

Por otra parte, la revocación señalada es la que trata el Código Civil en el Artículo 1290 el cual estatuye: "Todo acreedor puede pedir la revocación de los negocios celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos (...)." Además, el término para solicitar la revocación de un negocio celebrado es de un año contado a partir de la celebración del negocio o desde la fecha en que se verificó el paro o se hizo la renuncia del derecho. La revocación también es conocida como la acción pauliana, la cual puedo definir como la acción que se le concede al acreedor para protegerlo contra el fraude de su deudor, que disminuye su patrimonio o que reemplaza algunos bienes cómodamente embargables con bienes que pueden librarse con facilidad de la persecución. La acción pauliana se

limita a los actos jurídicos que son susceptibles de ser impugnados por la acción pauliana.

Con lo anterior, se puede observar que el derecho de retracto se diferencia de la revocatoria que regula nuestro ordenamiento jurídico, ya que son figuras totalmente distintas, teniendo efectos diversos. Esto queda sujeto a inscripción o registro puesto que para ello se encuentran instituidas las autoridades correspondientes.

5.4.3 Con la Resolución de Contratos

El objeto perseguido por las partes al establecer un vínculo contractual es el de cumplir con las obligaciones recíprocamente comprometidas, lo que constituye el efecto natural del contrato. La Resolución es un acto, hecho o declaración de voluntad que deja sin efecto una relación jurídica; es un acto jurídico que deja sin efecto un contrato válidamente concertado, la reducción a la nada de un contrato válido. Al dejar sin efecto las obligaciones existentes o establecidas e incluso ejercer poder retroactivo sobre las mismas. En la legislación moderna, como regla específica, es exigible desde luego toda obligación que la contenga; pese estar pendiente de condición resolutoria y sin perjuicio de los efectos de su resolución.

En las obligaciones recíprocas, la facultad de resolverlas se entiende que se refiere a cuando uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe. El perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de los daños (en este caso causados al patrimonio) y perjuicios



(como lucro cesante de ganancias lícitas dejadas de percibir) el abono de intereses en ambos casos. También se puede solicitar la resolución después de haber optado por el cumplimiento, si se torna imposible. La resolución es un remedio contemplado por la ley a favor del contratante que se mantuvo fiel al cumplimiento de lo pactado, y que se dirige a extinguir el vínculo obligacional válido que lo liga a quién en forma legalmente inexcusable, no satisfizo lo prometido. La resolución sólo se rige para los contratos bilaterales, siendo necesaria la reciprocidad en las prestaciones, situación que no se da en los contratos unilaterales. La resolución tiene efectos retroactivos. Por lo que al declararse, pierde toda eficacia el vínculo nacido del contrato. Para que se proceda la resolución debe existir ejecución culpable. Esto se traduce en la existencia de dolo o culpa en el contratante incumplidor. El derecho de solicitar la resolución sólo lo posee el contratante fiel que cumplió u ofrece cumplir con sus obligaciones.

Para demandar la resolución es necesaria la previa constitución en mora. El Código Civil establece en su Artículo 1535. "En todo contrato bilateral hay condición resolutoria y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en lo concerniente. El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución; en este caso estaríamos frente a una ejecución especial de obligación de hacer. En ese sentido el Artículo 337 del Código Procesal Civil y Mercantil estatuye: "Si el título contiene obligación de hacer y el actor exige la prestación del hecho por el obligado, el juez atendida las

circunstancias, señalará un término para que se cumpla la obligación; sino se cumpliera, se embargarán los bienes por los daños y perjuicios, fijando provisionalmente el juez el monto de ellos. Si alguna de las partes se opusiera al valor fijado por el juez, se procederá conforme lo dispuesto en el artículo anterior (...)." Al establecerse lo anterior, se puede observar que la resolución es viable cuando haya incumplimiento de una de las partes en una obligación bilateral, siendo la rescisión del contrato o la ejecución y en ambos casos, daños y perjuicios.

El derecho de retracto es una figura por la cual una de las partes deja sin efecto el contrato celebrado, pero no tiene ninguna responsabilidad, ni obligación de pagar daños y perjuicios en caso de ejercer el derecho de retracto.

5.5 Ineficacia del derecho de retracto al adquirir cualquier bien o servicio, por no cumplirse en la realidad guatemalteca

Con base a las investigaciones que elabore al momento de realizar este plan de investigación, al momento que la gente adquiere un bien o un servicio sea cual sea el objeto para el cual se adquirió, los consumidores o usuarios desconocen de dicho derecho que la Ley de protección al consumidor y usuario les otorga para hacerse efectivos dentro de los cinco días de adquiridos los bienes o servicios, este desconocimiento de dicho derecho deriva que los consumidores o los usuarios no saben ni los proveedores conocen de dicho derecho, ya que hay una falta de comunicación por parte de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor con toda la población guatemalteca, o de hecho puede darse en la

actualidad el derecho de retracto sin embargo no tienen los mismo efectos que la ley establece, ya que ciertos proveedores, cuando se trata de distribuidores o empresas grandes, estos sí realizan el derecho de retracto pero este de una manera restringida, en conclusión no se cumple con lo que establece la ley, por lo que considero que es ineficaz ya que no se cumple según lo que establece la ley, sólo crean una especie de devolución, siempre y cuando ésta sea ejercida dentro del mes siguiente de la adquisición y siempre y cuando no se haya utilizado el bien o servicio y se devolverá el precio de lo vendido pero como una especie de cupón o vale que deberá ser utilizado en el mismo establecimiento.

De esto puedo decir que existe una ineficacia al momento de ejercer el derecho de retracto, ya que no puede hacerse valer de la manera que lo establece la ley, debe hacerse en otra manera o de la manera que el establecimiento lo fijó o dichos proveedores lo regulen. Considero que la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, debería de hacer una campaña a toda la población guatemalteca, para hacer conocer a toda la población cuáles son sus derechos y cuáles son los derechos que estos gozan al momento de adquirir un bien o servicio y que podrán hacerse efectivos de la manera que la misma Dirección debería establecer en caso de negativa a la misma.

La población guatemalteca, no conoce el derecho y por lo mismo es un tanto ineficaz, ya que sí se encuentra regulado en la ley pero éste no puede hacerse efectivo por la falta de comunicación que existe entre la dirección y los proveedores y entre la dirección y los usuarios y consumidores.

Y en muchas ocasiones en la realidad guatemalteca es demasiada la presión que se le hace a los compradores por parte de los vendedores, que estos compran pero sabiendo que no podrán ser devueltos o se compran por simple presión psicológica que ejercen los mismos; no obstante considerado como la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, éste es un derecho que se le otorga al consumidor por ley por lo mismo es irrenunciable, ya que está contenido en su Artículo número 1, pero a la vez como puede considerarse un derecho para los usuarios y consumidores si los mismos no conocen el mismo.

Considero conveniente que se debería llevar a cabo una campaña de información a la población de cuáles son todos sus derechos de los cuales la Ley de Protección al Consumidor y Usuario le otorga y de cómo se pueden hacer efectivos dichos derechos; sin embargo dichos derechos se encuentran estipulados en la página que la Dirección tiene, pero no toda la población los conoce, tiene la población que conocer por medio de trifoliales o publicidad escrita o también por medios de publicidad audiovisual.

5.6 Cómo se establece el derecho de retracto y su cumplimiento en el derecho comparado

En la legislación peruana se establece o se regula al derecho de retracto, como el derecho o facultad que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador, en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Y Este puede hacerse efectivo de manera legal o convencional, ya sea por el medio

En la legislación mexicana se establece que el derecho de retracto es un derecho que claramente está regulado dentro de lo relativo a la propiedad y derechos reales, y es una facultad que se le otorga al inquilino por un derecho de preferencia que se tenga por el bien por el tanto que la ley le establece. Y para hacerse efectivo es necesario que la parte que incumpla a darle en tanto por lo que la ley establece deberá pagar lo relativo a los daños y perjuicios más el total de lo cuál se deberá devolver por la parte que no se quiso dar por el tanto que le correspondía.

En la legislación española, se establece que el derecho de retracto es un derecho de adquisición preferente por el que su titular tiene la facultad de adquirir un determinado bien o derecho cuando se cumple un concreto supuesto de hecho o cuando las partes así lo hayan acordado y éste será efectivo por medio de mutuo acuerdo de las partes, siempre habiendo consentimiento de los mismos o por medio de los medios que establezca la ley para hacerse efectivo el mismo.

A todo esto se puede decir que existe una enorme diferencia entre lo establecido en los distintos países del mundo y en las diversas legislaciones, y Guatemala no es la diferencia; ya que en Guatemala el derecho de retracto según lo que se establece en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario en su Artículo 51, regula: "El consumidor tendrá derecho a retractarse siempre dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles contados a partir de la firma del contrato o desde la fecha en que éste se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial,

especialmente por teléfono o en el domicilio del consumidor o usuario. Si ejercita oportunamente éste derecho, le serán restituidos los vales pagados por el consumidor o usuario, siempre que no hubiere hecho uso del bien o servicio.”

Éste podrá hacerse efectivo de manera que las partes lleguen a un acuerdo y que éste se devuelva dentro de los cinco días que la ley le fija para que se perfeccione el contrato y siempre y cuando no se hayan utilizado los bienes o productos y se devolverá el precio de los productos, a diferencia de las distintas legislaciones; en Guatemala no es necesario o no se fija que se pague el pago de daños y perjuicios en caso de negativa a hacerse efectivo dicho derecho.

5.7 Diferencias entre el derecho de retracto en la legislación guatemalteca con el derecho comparado

Detallare las diferencias que existen entre el derecho de retracto en la legislación guatemalteca con el derecho comparado.

5.7.1 Legislación Peruana

En la legislación peruana, se tienen antecedentes del Derecho de Retracto desde la antigüedad, éste se encontraba regulado en el Código Civil de 1852 que definía el retracto como el derecho concedido por la ley a determinadas personas, expresamente enumeradas, de sustituirse en lugar del comprador, tomando para sí la cosa por el precio y las condiciones en que ésta fue transferida. El Código de 1936 no definió el retracto, limitándose a decir que no procede sino en los casos de venta o adjudicación en el que establecía que se debe de sustituir al comprador en la compraventa y otorgar la respectiva escritura pública de compraventa,

quedando de esta forma rescindida la venta, disponiéndose además que el titular del derecho del retracto consigne el monto del precio de la venta y declare a su vez "juramento" que quiere para si el porcentaje vendido y que se le sustituya en todas las obligaciones del comprador. Empero también se establecía que la demanda se presentaba dentro de los treinta días conforme al Artículo 1596 del Código Civil.

El Retracto en la legislación peruana es una institución limitativa del derecho de propiedad que por concesión legal se establece para determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa, en tal sentido el legislador la ha rodeado de garantías y limitaciones, que le concede calidad de excepción, lo que ha sido reconocido en la doctrina y en las legislaciones.

Por lo que el derecho de retracto, es el derecho o facultad que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador, en todas las estipulaciones del contrato de compraventa, es decir la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica tendrá derecho de preferencia en la adquisición frente a cualquier otro comprador en los casos en que no le hubiesen otorgado la oportunidad de ejercitar su derecho o se lo hubiesen dado pero de una forma incorrecta. En consecuencia es la facultad concedida por la ley a determinadas personas para sustituirse o subrogarse al comprador en todas las estipulaciones de un contrato de compraventa y dación en pago, por lo que mejor debería llamársele derecho de subrogación o derecho de sustitución o derecho de

adquirir por sustitución o también derecho de adquisición preferente o derecho de preferencia en la adquisición.

En la legislación Peruana se le da una naturaleza jurídica que es un derecho real y personal, o sea "mixto".

El Código Civil peruano de 1984 ha optado claramente por la tesis de la subrogación, pues en su artículo 1592 establece, que el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador.

Y consideraba que en el Derecho de retracto intervienen tres personas: el primitivo propietario del bien, quién ha decidido voluntariamente enajenarlo; el comprador del bien, quién adquiere convencionalmente con el propietario su propiedad absoluta, y el retrayente, quién por mandato de la ley ocupa el lugar del comprador y adquiere todos los derechos de propiedad sobre el bien que emanan del contrato. Obsérvese que el retrayente no ocupa legalmente el lugar del propietario sino el lugar del comprador, de tal manera que subsiste el contrato de compraventa. Se establece que en virtud del retracto el retrayente se sustituye en la persona del comprador en todas las estipulaciones del contrato, de tal manera que el contrato de compraventa que le da origen permanece intacto. Solo que el retrayente reemplaza, sustituye, subroga o desplaza al comprador, de esta forma el retracto no anula, ni rescinde, ni resuelve, ni revoca el contrato que lo origina.

Es clara la diferencia en las dos legislaciones, ya que en Guatemala solo existe una clase de retracto que sería una cierta clase de retracto legal porque se

encuentra regulado en la ley; sin embargo considero que podría ser un retracto convencional porque debe existir una cierta clase de consentimiento de las partes para que se lleve a cabo el mismo y pueda hacerse efectivo el mismo.

5.8.2 Legislación Mexicana

En la legislación Mexicana el derecho de retracto se encuentra regulado en lo relativo a la propiedad y derechos reales y éste se encuentra regulado claramente en la ley del condominio anterior y operaba sobre los edificios construídos con fondos públicos como en el caso del INFONABIT, pero ya no es así. Se tenía la obligación de darle derecho de retracto al inquilino que era como el derecho de preferencia por el tanto en la ley actual; tenía como consecuencia que el acto jurídico celebrado violando el derecho de retracto fuera válido substituyéndose el violado en el lugar del comprador pagando el precio correspondiente. Es un derecho para subrogarse en lugar del otro se tenía por ley, surgía de la ley; no había necesidad de estipularlo.

A diferencia del Derecho de Retracto guatemalteco, ya que en Guatemala es un derecho que tienen las partes o usuarios que compran un bien o adquieren un servicio de poder retractarse del mismo, siempre y cuando no se hayan utilizado y se devuelvan en el estado en que se adquirieron por el precio del mismo, en todas las legislaciones el derecho de retracto es diferentes y utilizado en diferentes figuras jurídicas.

5.7.3 Legislación Española

En el Derecho español, el derecho de retracto es un derecho de adquisición preferente por el que su titular tiene la facultad de adquirir un determinado bien o derecho cuando se cumple un concreto supuesto de hecho o cuando las partes así lo hayan acordado, y existen dos clases de derecho de retracto:

- el retracto convencional que nace de un acuerdo entre las partes de un contrato, generalmente de compraventa y
- el retracto legal es que la ley otorga un derecho de retracto en determinados casos.

A diferencia del derecho de retracto contenido en la legislación española, el derecho de retracto en la legislación guatemalteca, se podría decir que en Guatemala se sigue aplicando el retracto convencional; debido a que debe existir un consentimiento entre las partes, que una de ellas no haya utilizado el bien o servicio y en que el proveedor quiera devolver el precio de lo vendido.

CONCLUSIONES

1. El derecho de igualdad, que se establece en la Constitución que se trate a varias personas que se encuentran en una determinada situación tengan la posibilidad de ser titulares de los mismos derechos y de las mismas obligaciones, es importante tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, cómo resultado la justicia social.
2. La relación entre consumidor o usuario y proveedor, no están excluidas del ámbito contractual, si bien el uso o adquisición de un servicio o producto se formaliza y perfecciona informalmente, ello denota una de las formas de contratar u obligarse.
3. La libertad de contratar como elemento principal en la contratación se encuentra restringida en el momento que el Estado de Guatemala interviene en proteger al consumidor por medio de una ley de orden público considerada irrenunciable.
4. Es indiscutible que el derecho de retracto pese a estar regulado unilateralmente en el Decreto 006-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de protección al consumidor y usuario, el mismo subyace de una relación eminentemente contractual.



5. El derecho de retracto en materia de consumo y distribución, puede considerarse y llegarse a percibir contractualmente como una rescisión unilateral, ya que solo le corresponde a una sola de las partes es un derecho propio del comerciante.

RECOMENDACIONES

1. Que la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor establezca al igual que se establecieron derecho para el consumidor, se creen derechos para los proveedores, para que ellos puedan también estar protegidos por la ley en caso de hacer efectivo dicho derecho de retracto.
2. Que la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor implemente mecanismos para poder establecer el modo en que la contratación mercantil en sentido al momento de adquirir un bien o un servicio, de modo que se pueda proteger a ambas partes no solo a una de ellas, debido al carácter irrenunciable de los derechos poder protegerlos pero darle una protección a los mismos.
3. Que la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor debe implementar mecanismos y campañas de información a los consumidores y usuarios con el fin de cumplir con el objetivo de aplicar correctamente la Ley de protección al consumidor y usuario.
4. Que el Congreso de la República de Guatemala promueva una reforma legislativa del Artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, con el fin de solucionar la laguna que actualmente existe en cuanto a no contener una disposición que obligue a los proveedores, a incluir una forma

obligatoria una cláusula o anexo que informe a los consumidores y usuarios del derecho de retracto que los ampara.

5. Que la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, implemente un método seguro para que los consumidores o usuarios puedan hacer efectivo el derecho de retracto, así también que se implemente un forma para que sea válido el mismo y así evitar los malos tratos y las injusticias por parte de los proveedores.



BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de obligaciones**. 2ª ed.; Guatemala: Ed. Serviprensa S.A., 2005.

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, 18va ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed Heliasta, 2006.

CODERA MARTIN, José María, **Diccionario de Derecho Mercantil**, 3ra. ed.; España: Ed. Pirámide, 1987.

<http://www.definicionabc.com/social/comerciante.php>

http://www.dico.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=44&Itemid=55

ESPASA, **Diccionario Jurídico**, 9ª ed.; Madrid, España: Ed. Espasa, 2001.

FARINA, Juan Manuel, **Contratos Comerciales Modernos**, 2ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1995.

GARCIA- CRUCES GONZALEZ, José Antonio, **Derecho Comunitario y derecho de consumo**, 33ª ed.; Madrid: España: Revista de Derecho Mercantil, 1989.



GARRIGES, Joaquín, **Instituciones de Derecho Mercantil**, 5ª ed.; Madrid, España: Ed. San Agustín Torre, 1953.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, 26ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1999.

PAZ ALVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco, Parte I**, 2ª ed.; Guatemala: Ed. Aries, 2000.

PAZ AVALOS, Álvaro. **El Derecho de Retracto**, 8ª ed.; México: , 2000

RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al Derecho Mercantil y Fiscal**, 2ª ed.; Caracas, Venezuela: Ed. Limusa S.A., 1981.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, **Diccionario De la Lengua Española**, 22ª ed.; Tomo I, Madrid, España: Ed Espesa Calpe, S.A., 2001

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. **Derecho Mercantil**, 23ª ed.; México: Ed. Porrúa, 1998.

VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al Derecho Mercantil Comparado**, 2ª ed.; Barcelona: Ed. Labor, S.A., 1934.



VILLEGAS LARA, René. **Derecho Mercantil Guatemalteco, tomo I, II y III, 3ª ed.**;
Guatemala; Ed. Universitaria, 2004.

Legislación:

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

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

Código de Comercio, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número
2-70, 1971.

Ley de Protección al Consumidor y usuario, Congreso de la República de
Guatemala, Decreto número 6-2003. 2003

Reglamento De La Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Acuerdo
Gubernativo Número 777-2003.