

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

**ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL EN EL COMERCIO
ELECTRÓNICO Y SUS REPERCUSIONES EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

MARÍA DE LOS ANGELES AYALA CASTILLO

GUATEMALA, MARZO DE 2014

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

**ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL EN EL COMERCIO
ELECTRÓNICO Y SUS REPERCUSIONES EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA DE LOS ANGELES AYALA CASTILLO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo de 2014

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

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br.	Rocael Lopez Gonzáles
SECRETARIA:	Licda.	Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXÁMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente:	Lic.	Obdulio Rosales Dávila
Secretaria:	Licda.	Edna Mariflor Irungaray López
Vocal:	Lic.	Rubén Flores Monroy

Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Telma Judith Martínez de Murcia
Secretaria:	Licda.	Mayra Yojana Veliz López
Vocal:	Lic.	Héctor Orozco y Orozco

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



LICENCIADO MARIO MANUEL MEJIA GARCIA
Teléfono: 24850257-59908429
AVENIDA PETAPA 21-03, ZONA 12 CIUDAD DE GUATEMALA.



Guatemala, 21 de marzo de 2012.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con el nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis el día 8 de septiembre del 2011, procedí a asesorar el trabajo de tesis de **la MARÍA DE LOS ANGELES AYALA CASTILLO**, intitulado “ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SUS REPERCUSIONES EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA”, a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el reglamento de esta Facultad, y emito la opinión siguiente:

- a. Considero que el tema investigado por la bachiller **MARÍA DE LOS ANGELES AYALA CASTILLO**, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, ya que al realizar el análisis sobre el tema, se puede llegar a la conclusión de que el mismo, no sólo cumple con los requisitos exigidos por la reglamentación correspondiente, sino además, presenta una temática de especial importancia constituyendo un aporte jurídico y legal al Derecho Mercantil.
- b. En la investigación se aplicaron de forma correcta los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo y científico; con respecto a las técnicas que fueron utilizadas de forma directa, está la de información, análisis y fichas bibliográficas, a mi criterio han sido aplicadas de manera adecuada ya que se refleja a lo largo de la investigación con los resultados obtenidos.
- c. La redacción empleada en el trabajo de investigación ha sido empleada de manera correcta, además cumple con los requerimientos técnicos y jurídicos relacionados con el tema investigado, por lo que considero que llena los requisitos establecidos en el normativo establecido para la elaboración del trabajo de tesis.



LICENCIADO MARIO MANUEL MEJIA GARCIA

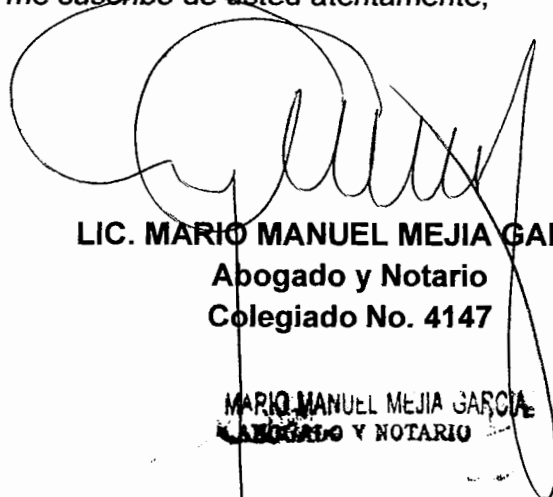
Teléfono: 24850257-59908429

AVENIDA PETAPA 21-03, ZONA 12 CIUDAD DE GUATEMALA.

- d. Sobre las conclusiones realizadas, considero que las mismas son congruentes y precisas acerca del problema planteado en la investigación, ya que a través de ellas se han podido realizar las recomendaciones pertinentes que permitan dar una solución adecuada sobre el mismo.
- e. En mi opinión se utilizó una bibliografía adecuada y de forma correcta ya que ha generado un satisfactorio resultado en el trabajo de investigación, habiéndose consultado textos doctrinarios de autores extranjeros y nacionales que refieren en forma precisa la temática contenida en la presente investigación.

En definitiva, el contenido del trabajo de investigación de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones así como la bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al cumplirse los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted atentamente,



LIC. MARIO MANUEL MEJIA GARCIA
Abogado y Notario
Colegiado No. 4147

MARIO MANUEL MEJIA GARCIA
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



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

Atentamente, pase al (a lo) LICENCIADO (A) WILFRIDO PORRAS ESCOBAR,
para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: MARÍA DE LOS
ANGELES AYALA CASTILLO, CARNE NO. 200411268, titulado: "ANÁLISIS
DE LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO
Y SUS REPERCUSIONES EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA"

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

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

cc. Unidad de Tesis
LEGMI/tesl.



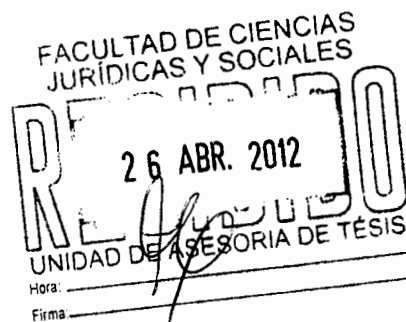


Lic. Wilfrido Porras Escobar
Abogado y Notario, Colegiado 4340
7a. Avenida 9-20 Zona 9, Guatemala. Edificio el Jade
Telefono: 41200811



Guatemala, 18 de abril de 2012.

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



Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con la resolución de fecha veintiséis de marzo del año dos mil doce, en la cual se me designó como **REVISOR**, del trabajo de tesis de la bachiller **MARÍA DE LOS ANGELES AYALA CASTILLO**, intitulado **“ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SUS REPERCUSIONES EN LA LEGISLACIÓN GUTEMALTECA”**, por este medio hago constar que se efectuaron las sesiones de trabajo para la revisión de merito.

Al respecto considero que el trabajo presentado reúne los requisitos establecidos. He de manifestar que la bachiller **MARÍA DE LOS ANGELES AYALA CASTILLO**, completo su investigación y luego de las correcciones pertinentes puedo emitir la siguiente opinión:

1. Respecto al contenido científico y técnico, considero que es de importancia para el fortalecimiento de la legislación guatemalteca en el ámbito mercantil, en virtud que se llega a una conclusión de que en Guatemala no se cuenta con una legislación adecuada ante la aplicación de la contratación en el comercio electrónico y se necesita un reforzamiento para su protección .
2. Se dio una correcta utilización de técnicas de investigación bibliográficas de autores reconocidos en el ámbito jurídico, lo cual permitió una práctica consulta, se analizaron estudios doctrinarios; además de la aplicación de los métodos inductivo y deductivo a lo largo del desarrollo de la investigación.

WILFRIDO PORRAS ESCOBAR
ABOGADO Y NOTARIO



Lic. Wilfrido Porrás Escobar
Abogado y Notario, Colegiado 4340
7a. Avenida 9-20 Zona 9, Guatemala. Edificio el Jade
Telefono: 41200811



3. En mi opinión considero que la redacción empleada a lo largo del trabajo de investigación ha sido la adecuada y se ajusta a las normas establecidas para la elaboración de un trabajo de tesis.
4. Estimo que la contribución científica del trabajo es de suma importancia ya que aporta nuevos elementos a la doctrina de esta importante rama de las ciencias jurídicas y sociales.
5. Considero que las conclusiones realizadas al finalizar la investigación son acertadas al tema y las recomendaciones oportunas, que espero sean tomadas a consideración ya que aportan importante avances en el ámbito investigado.
6. La bibliografía consultada para la elaboración del trabajo fue la idónea, ya que se consulto doctrina guatemalteca y extranjera para el análisis del presente tema y aportes de la legislación nacional para de esa manera, proponer soluciones eficaces al problema planteado.

Por lo indicado anteriormente y en base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y de Examen General Publico, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por la estudiante cumple con los requisitos establecidos

Sin más que agregar al encomendado trabajo de Revisor, aprovecho la oportunidad para reiterar mi más alta consideración y estima. Sin otro particular me suscribo de usted atentamente,

WILFRIDO PORRAS ESCOBAR
ABOGADO Y NOTARIO

LIC. WILFRIDO PORRAS ESCOBAR
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 4340



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de febrero de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARÍA DE LOS ANGELES AYALA CASTILLO, titulado ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SUS REPERCUSIONES EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyf.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por sus bendiciones, por guiar mis pasos, cuidar mi vida y permanecer a mi lado a lo largo de la misma, dándome las fuerzas y la sabiduría necesaria para alcanzar las metas propuestas.

A MIS PADRES:

Federico Ayala Aguilar y María de los Ángeles Castillo Lemus, pilares de mi vida, a quienes amo con todo mi corazón. Por su amor, sus sabias palabras, enseñanzas, consejos, ejemplos, paciencia, sacrificios y apoyo, ya que sin ellos no hubiera podido obtener este logro, con esto les devuelvo un poco de todo lo que han brindado durante todos estos años. Dios me los bendiga siempre. Gracias por confiar en mí.

A MI PRECIOSA HIJA:

Jimena Fernanda, por ser la alegría de mi vida y fuente de inspiración para salir adelante en mis momentos de debilidad, eres mi motivo de superación.

A MIS HERMANOS:

Marisol, Rosa y Esduar, eternamente agradecido por todo su apoyo y ayuda incondicional para mí y para m hija.

A MIS SOBRINOS:

Dhara Alexandra, Aisha Marianne y Federico Javier, quienes inician el largo trayecto de su vida. Espero que esto les sirva de motivación para alcanzar sus metas.

A LOS DISTINGUIDOS ABOGADOS:

Que contribuyeron en mi formación académica. Especialmente al Magistrado Wilfrido Porras Escobar, Dr. Jaime Hernández, Lic. Mario mejía,



por su amistad, orientación, sabiduría y apoyo que me han brindado a mi carrera y por constituirse como ejemplo a seguir al trabajar con honestidad, honradez y profesionalismo digno de admirar e imitarse.

A MIS AMIGOS:

De niñez, adolescencia y juventud, gracias por tantas experiencias compartidas y por acompañarme en los momentos más importantes de mi vida.

A MIS CUÑADOS:

Dr. Lionel Enrique Bojorquez, Otto Rolando Auyon, gracias por el cariño y apoyo brindado.

**A LA CORPORACION
HERNANDEZ &
ASOCIADOS:**

A cada uno que conforma la misma, por formar parte de esta nueva etapa profesional, gracias por sus muestras de cariño.

A MI UNIVERSIDAD:

A la gloriosa, tricentenaria y grande entre las grandes, Universidad de San Carlos de Guatemala, a la cual me siento orgulloso de pertenecer.

A MI FACULTAD:

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que me albergó durante mi carrera universitaria y de la que me llevo los mejores recuerdos durante mi formación como futuro profesional.

A USTED:

Que me honra con su presencia.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1. Los contratos mercantiles	1
1.1. Particularidades y características de las obligaciones y contratos.....	1
1.2. Características de los contratos mercantiles.....	8
1.3. Unificación del Código de Comercio de Guatemala y Código Civil en materia de obligaciones y contratos.....	13
1.4. Clasificación de los contratos.....	14
1.5. Los contratos mercantiles en particular.....	16
CAPÍTULO II	
2. El comercio y el derecho comercial	35
2.1. Aspectos del derecho mercantil.....	35
2.2. Reglamentación de las actividades comerciales.....	38
2.3. Historia del comercio.....	39
2.4. Importancia del comercio.....	44
2.5. Clasificación del comercio.....	45
2.6. Nuevos ámbitos de ejecución y ampliación de mercados.....	46
2.7. Proyección del comercio y avance tecnológico.....	49
CAPÍTULO III	
3. La informática y el derecho	57
3.1. Relación entre el derecho y la informática.....	59
3.2. Informática jurídica.....	61
3.3. El derecho informático.....	62
3.4. El derecho informático como rama autónoma del derecho.....	63

CAPÍTULO IV

4. Comercio electrónico.....	65
4.1. Tipos de comercio electrónico.....	67
4.1.1. Según los agentes que intervienen.....	67
4.1.2. Según las características de los bienes o servicios.....	71
4.2. Contratos informáticos.....	74
4.3. Momento de celebración del contrato.....	74

CAPÍTULO V

5. Análisis de la efectividad de la legislación respecto a la contratación y el comercio electrónico.....	77
5.1. Legislación guatemalteca.....	77
5.2. Las propensiones de la informática y el derecho a nivel internacional...	78
5.3. Legislación aplicable en relación de cumplimiento o violación de los principios inspiradores de la contratación en la legislación guatemalteca	82
5.4. Análisis de la efectividad del comercio electrónico.....	83
5.5. Propuesta y posibles soluciones para la efectividad del comercio.....	86
5.6. Aporte del autor.....	87
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
ANEXOS.....	97
BIBLIOGRAFIA.....	105



CAPÍTULO I

1. Los contratos mercantiles

Un contrato mercantil es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto un acto de comercio. Un acto de comercio es todo aquel acto regulado en el Código de Comercio de Guatemala o cualquier otro análogo. Un negocio jurídico puede ser considerado “acto de comercio” en función de la condición de las partes que intervienen en él (si son comerciantes o no), en función de su objeto (si tiene un objeto que el Código de Comercio de Guatemala reputa mercantil o no) o en función de los dos criterios tomados conjuntamente.

1.1. Particularidades y características de las obligaciones y contratos

El Código de Comercio de Guatemala, establece que las obligaciones mercantiles se interpretan, ejecutan y cumplen de conformidad con los principios de de verdad sabida, y de buena fe guardada, no significa que la verdad y la buena fe dejen de tomarse en cuenta para obligaciones de otra naturaleza jurídica.

Una de las características de las obligaciones mercantiles: el escrúpulo en hacer prevalecer la verdad y la buena fe que proviene del contrato como elementos substanciales de propia naturaleza. “El fenómeno comercial es una de las actividades



más importantes para la economía de un país, tanto en lo interno como en lo internacional¹.

Dentro de las características de las obligaciones mercantiles se tienen:

a. Solidaridad de los Deudores: Cuando una obligación tiene del lado pasivo o activo a varias personas, se le llama Mancomunada. Esta mancomunidad puede ser simple o solidaria. En el caso del deber, es simple cuando uno de los sujetos responde de una parte de la obligación; y solidaria cuando cualquiera de ellos responde de la totalidad frente al sujeto del derecho.

El Código Civil establece que para que una obligación mancomunada sea solidaria, es necesario que se pacte expresamente. Para el mejor entendimiento se transcriben los artículos del Código Civil que regulan la mancomunidad:

Artículo 1347. Hay mancomunidad cuando en la misma obligación son varios los acreedores o varios deudores.

Artículo 1348. Por la simple mancomunidad no queda obligado cada uno de los deudores a cumplir íntegramente la obligación, ni tiene derecho cada uno de los acreedores para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso, el crédito o la deuda se consideraran divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya, y cada parte constituye una deuda o un crédito separados.

¹ Villegas Lara Arturo Rene. **Derecho Mercantil Guatemalteco**. Pág. 17.



Artículo 1352. La obligación mancomunada es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de manera que todos o cualquiera de ellos pueden ser constreñidos al cumplimiento total de la obligación, y el pago hecho por un solo, libera a los demás; y es solidaria con respecto a los acreedores cuando cualquiera de ellos tiene el derecho de exigir la totalidad del crédito, y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor.

Artículo 1353. La solidaridad no se presume; debe ser expresa por convenio de las partes o por la disposición de la ley.

Con relación a este Artículo se establece una especialidad de las obligaciones mercantiles mancomunadas, en lo que al deudor o al fiador se refiere: si en una obligación mercantil hay varios deudores, su mancomunidad es solidaria en virtud de la ley (Art. 674. del Código de Comercio de Guatemala); o sea que se presume; no necesita ser expresa como lo manda el Código Civil. La particularidad de la mancomunidad en las obligaciones mercantiles es que, en cuanto a los deudores o sus fiadores, es solidaria por disposición legal en contraposición a la civil que puede ser expresada; no se presume, salvo disposición legal en contrario.

b. Exigibilidad de las obligaciones sin plazos: La obligación está sujeta a un plazo o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. Según el Código Civil, cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para lo que determine (Art. 1283 del Código



Civil). Si este fuere el procedimiento que se siguiera ante las obligaciones mercantiles sin plazos, la celebridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del Derecho mercantil.

Aquí surge entonces una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente. La única excepción es a esta regla es que el plazo sea consecuencia de la misma naturaleza del contrato, en cuyo caso no opera la exigibilidad inmediata.

c. La mora mercantil: El deudor y el acreedor son sujetos de una obligación civil y pueden incurrir en mora; la mora es el status jurídico en que se encontrara sujeto si no cumple con su obligación o no acepta la presentación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. La característica propia del Código Civil es que, para caer en mora, salvo las excepciones que establece el Artículo 1431 del Código Civil, es necesaria la interpelación o sea el requerimiento en forma judicial o por medio de un notario. En cambio, en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, bastando únicamente que el plazo haya vencido o sean exigibles. Así se adquiere el estatus moroso.

La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en el contrato, el Código Civil establece que la mora del deudor genera daños y perjuicios que deben ser pagados al acreedor; pero ellos deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, el Código Civil se orienta a obligar que se pruebe fehacientemente que



esos daños y perjuicios han causado o que necesariamente deban causarse, no siendo suficiente la simple reclamación o pretensión, a menos que se trata de una cláusula indemnizatoria.

En lo mercantil sucede lo contrario hay un mandato para el deudor moroso de pagar los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario, cuando la obligación tuviere por objeto una cosa cierta y determinada o determinable; daños y perjuicios que se cuantifiquen en relación al interés legal sobre el precio pactado en el contrato; y a la falta de este, por el que tenga en la plaza al día del vencimiento; el de su cotización en la bolsa si se trata de títulos de crédito; y en efecto de lo anterior, el que fijen expertos; en esta estipulación se favorece privilegiadamente al acreedor, es injusta porque no entra a considerar si los daños y perjuicios realmente los provoco el incumplimiento del deudor; la ley los presume en desmedro de un tradición jurídica que viene desde el Derecho Romano.

d. Derecho de retención: El derecho de retención es la facultad que se concede al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor, que se hallen en su poder; o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple: o bien, hasta que el deudor lo cumpla (Art. 682 del Código de Comercio). La retención funciona como una garantía a favor del acreedor que desea hacer efectiva la obligación.

Pero como los bienes retenidos siguen siendo propiedad del deudor, el acreedor debe velar por su conservación; por eso la ley le asigna a este las obligaciones de un



depositario; guardar la cosa depositada y abstenerse de hacer uso de ella; no registrar las cosas que se han entregado embaladas o selladas; avisar de cualquier pérdida o deterioro que pudiera sufrir la cosa y de las medidas que deben tomarse para evitarlo; e indemnizar los daños y perjuicios que por dolo o culpa sufiere el deudor con relación a la cosa.

El derecho de retención opera bajo el régimen estipulado en los Artículos 684 al 687 del Código de Comercio:

- a) Cesa la retención si el deudor consigna la suma adeudada o la garantiza
- b) La disposición que el deudor haga de los bienes retenidos, no afecta la retención;
- c) Cuando los bienes retenidos son embargados, el acreedor que los posee tiene derecho: a conservar los bienes con carácter de depositario judicial; a ser pagado preferentemente, si el bien retenido estaba en su poder en razón del mismo contrato que origino su cuenta; y, a ser pagado con prelación al embargante, si su relación de crédito es anterior a la de este;
- d) El acreedor que retiene pagara costas judiciales, daños y perjuicios, si no entabla la demanda dentro del término legal; o, si se declara improcedente su demanda. La ley no es específica el término para entablar la demanda, al menos que en cada contrato se pronuncie sobre este particular.

e. Nulidad de las obligaciones plurilaterales: En materia de obligaciones y contratos mercantiles los hechos de nulidad deben reducirse al máximo, en áreas de la seguridad del tráfico comercial; sobre todo por su rapidez y poco formalismo. En el Código de Comercio se establece que la nulidad que afecte la obligación de una de las partes en



un negocio plurilateral, no anula la totalidad del negocio jurídico, sino únicamente con relación a la parte que provocó la nulidad; salvo que ese hecho haga imposible la existencia del negocio. La nulidad de estos negocios se rige por el Código Civil.

f. Calidad de las mercaderías: En un contrato cuando hay obligación de entregar mercaderías, y no se estableció su especie o calidad, al deudor solo puede exigírsele la entrega de la mercadería de especie o calidad media. La calidad de las mercaderías no constituye una especialidad de las obligaciones mercantiles, el beneficiado con esta fórmula es el comerciante, aunque no siempre.

g. Capitalización de intereses: Capitalizar intereses significa que cuando el deudor deja de pagarlos, la cantidad que se adeude por ese concepto, acrecienta el capital; de manera que, a partir de la capitalización, los intereses aumentan porque se elevó la suma del capital. La capitalización de intereses era conocido también como negocio bancario y está regulado en el Art. 691 del Código de comercio de Guatemala, también se extendió a todos tipo de obligación mercantil, siempre que así se pacte en el contrato y que la tasa de interés no sobrepase la máxima que cobran los bancos. Contrariamente, el Art. 1949 del Código Civil prohíbe la capitalización de intereses; permitiéndola únicamente en el negocio bancario.

h. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo: Las obligaciones de tracto sucesivo en falta de un pago dan por vencido el plazo de la obligación, y la hace exigible, salvo pacto contrario (Artículo 693 del Código de Comercio de Guatemala). En caso de bienes inmuebles por abonos por falta de pago de cuatro o más mensualidades



consecutivas (Art. 1836 del Código Civil), en caso de bienes muebles la ley civil no tiene ninguna previsión; y si no se trafican como mercaderías se aplicaría por analogía la misma disposición del Código Civil. En el contrato de arrendamiento también se da por terminado cuando se dejan de pagar por lo menos dos meses de renta.

1.2. Características de los contratos mercantiles

“El contrato, es un acuerdo legal que no se puede romper. También se puede definir como un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos, o más, personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral”.²

El negocio jurídico mercantil es todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derecho y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado”.³

El Contrato en general no difiere totalmente ente el campo civil y el mercantil, en los conceptos aplicables en las características. Las características especiales de los contratos mercantiles que existen para adaptar la forma a un conjunto de relaciones

² <http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato> 16-12-2011.

³ Paz Álvarez, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**. Pág. 4.



subjetivas, que se producen en masa, con celebridad, con reducidos formalismos, lo que casi no se observan en la contratación civil.

El Código Civil en el Artículo 1517 dice “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

a. La Representación para contratar: En el Derecho mercantil funciona lo que se llama la representación aparente; o sea que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil. Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe. Art. 670 del Código de Comercio de Guatemala.

b. Forma del contrato mercantil: En el campo civil las personas puede contratar y obligarse por medio de escritura pública, documento privado, acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente. En el campo mercantil la forma se encuentra más simplificada; los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron obligarse. Cuando el contrato se celebre en Guatemala y sus efectos surtan efectos aquí, debe utilizarse el idioma español, en concordancia con las leyes fundamentales de la República.

c. Cláusula compromisoria: Los Artículos 270 y 272 del Código de Comercio procesal civil y mercantil, establecen que toda controversia relativa a los contratos puede



dirimirse mediante juicio arbitral, si así se consigna en escritura pública. En el terreno mercantil es diferente: un contrato puede discutirse mediante arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria conste en escritura pública, lo que viene a ser una característica del contrato mercantil, según el Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala.

d. Los contratos por adhesión: El contrato por adhesión ha sido criticado en la doctrina por poner en desventaja al consumidor frente al que ofrece un bien o un servicio, sin embargo quienes lo defienden consideran que es el medio más adecuado para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades. Por eso se ha considerado que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil. Pero no es raro a las relaciones civiles, aun cuando se le revista de procedimientos diferentes.

El Código de Comercio de Guatemala distingue dos situaciones que disciplina el contrato por adhesión, que son contrato mediante formularios establecido en el Artículo. 672 y el contrato mediante pólizas establecido en el Artículo. 673.

e. Omisión fiscal: Los actos jurídicos, sobre todo los que se refieren al tráfico patrimonial, están sujetos a cargas impositivas a favor del Estado. El hecho de que los sujetos contratantes fueron omisos en la tributación fiscal, puede ocasionar que esos actos obedezcan de ineficacia. Sin embargo, como el tráfico mercantil puede verse afectado en la buena fe comercial, cuando los sujetos omiten tributar con respecto a sus contratos y obligaciones, la ley establece que ello no produce la ineficiencia de los actos o contratos mercantiles, como tampoco los libera de pagar los impuestos



omitidos. En estos casos, además de pagar la carga tributaria, se responderá de las multas que se imponen como consecuencia de disposiciones del Derecho Tributario.

f. Libertad de contratación: El contrato ha sido considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, entendida ésta como el desiderátum de las personas para hacer o no hacer lo que la ley permite. Ninguna persona está obligada a celebrar contrato. El Art. 681 del código de Comercio de Guatemala establece que nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho. La ley pretende si una persona habilita una empresa fabril o de intermediación para ofrecer al público bienes y servicios, ella tiene la libertad jurídica para decir si contrata o no con una persona determinada. “El fenómeno asociativo es una característica de la convivencia social. El derecho se ve obligado a procurar formulas o instituciones que permitan la satisfacción de todas las exigencias y necesidades que surgen de estos fenómenos asociativos”.⁴

El comerciante puede decidir que no contratara o negocia con sujetos de determinada religión, raza o situación económica, pero esto se considera un acto ilícito y un abuso de derecho. No se puede dar comercios únicos para proveer un bien o un servicio (Un Monopolio) colocados en posición de privilegio. En este caso el comerciante cometería un abuso de derecho si se negara a contratar, porque como bien dice el dictamen del anteproyecto del Código de Comercio de Guatemala que indica que si el consumidor no tiene la facultad de elegir proveedor, este tampoco debe poder elegir su clientela.

⁴ Broseta Pont, Manuel. **Manual de Derecho Mercantil**. Pág. 130.



g. Efectos de la cláusula Rebus sic Stantibus: Esta cláusula contractual, conocida como teoría de la imprevisión, quiere decir que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas se mantengan en las condiciones iniciales. Al respecto la doctrina y el Código Civil no varía mucho. El Código de Comercio de Guatemala establece que el deudor puede demandar la terminación del contrato únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la presentación. Una terminación que se diera por esas circunstancias no afectarían las obligaciones ya cumplidas ni aquellas en las que ya se ha incurrido en mora. O sea, que se trata únicamente de obligaciones pendientes.

h. Contratante definitivo: El Artículo 692 del Código de Comercio de Guatemala trae una particularidad del contrato mercantil; y que puede darse debido al poco formalismo del tráfico comercial. Cuando se celebra un contrato se debe saber de antemano quienes son las personas que lo van a contratar. A fin y al cabo, el mismo concepto de contrato que da el Código Civil así lo insinúa. Pero, en el mundo del comercio puede suceder otra cosa: una persona contrata con otra un determinado negocio, pero una de ellas lo hace como representante aparente, reservándose la facultad de designar dentro de un plazo no superior a tres días, quien será la persona que resultara como contratante definitivo.

Esta designación para que surta efectos y vincule al designado, depende de que efectivamente éste acepte el contrato en forma personal o por medio de representante debidamente acreditado. Si el designado no se vincula al contrato el contrato original

deviene en contratante nato. Este caso se configura también en el contrato de transporte de cosas, cuando la documentación permite sustituir al consignatario.

1.3. Unificación del Código de Comercio de Guatemala y Código Civil en materia de obligaciones y contratos

Desde el Artículo 1 del Código de Comercio de Guatemala, se dice que cuando hay insuficiencia de la ley mercantil, se aplicara la civil, observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial, deberá tomarse en cuenta los principios básicos para que, tanto las relaciones objetivas que norman, como las leyes que la rigen, se adecuen perfectamente.

El Artículo 694 establece que solo a falta de disposiciones del Código de Comercio de Guatemala, se aplicaran las disposiciones del código civil. Este artículo es innecesario. Su objetivo ya estaba previsto, y en mejor forma, en el Artículo 1 del Código de Comercio de Guatemala. De todos modos es muy importante el tema, no por la redacción de la ley, sino porque es necesario conocer cómo se va a actuar en materia de obligaciones y contratos, cuando el código de comercio es insuficiente.

Todo lo normativo de las obligaciones y contratos es genérico y se encuentra en el Código Civil, de manera que las preguntas sobre esa materia no las responde el Código de Comercio de Guatemala, porque es innecesario tratar de elucubrar sobre conceptos

ya elaborados con precisión en la doctrina civil. Entonces, lo que el Código de Comercio de Guatemala hace es establecer aquellos aspectos que singularizan a las obligaciones y contratos que se dan en el campo comercial de manera que operen como signos distintivos.

1.4. Clasificación de los contratos

- a) **Contratos bilaterales unilaterales:** Contratos bilaterales son aquellos en las que partes se obligan en forma recíproca (compraventa, suministro, seguro, etc.); unilaterales aquellos en que la obligación recae únicamente en una de las personas contratantes (donación pura y simple, mandato gratuito).

- b) **Onerosos y gratuitos:** Contrato oneroso es aquel en que la prestación de una de las partes tiene como contrapartida otra prestación. Es decir, ante la obligación se tiene un derecho, aunque no sean equivalentes las prestaciones. En cambio, los contratos gratuitos se fundan en libertad: se da algo por nada. Obviamente en el Derecho mercantil no hay gratuitos porque la onerosidad es principio de este derecho.

- c) **Consensuales y reales:** De acuerdo a lo que establece nuestro Código Civil, un contrato es consensual cuando se perfecciona en el momento en que las partes prestan un consentimiento; en cambio, los contratos reales son aquellos en que la perfección del contrato se da siempre y cuando se entregue la cosa objeto del negocio.



- d) Nominativos e innominados: El contrato, sustantivamente, tienen un nombre. Una denominación. Este nombre se lo puede dar la ley (nominación legal) o la práctica social (nominación social). Si un contrato tiene como nombre proveniente de la ley o las costumbres de los comerciantes, es nominado; en caso contrario, innominado, que significa sin nombre.
- e) Principales y accesorios: Cuando un contrato surte efectos por sí mismo, sin recurrir a otro es principal. Si los efectos jurídicos de un contrato dependen de la existencia de otro, es accesorio.
- f) Conmutativos o aleatorios: Nuestra ley sigue la corriente de programar esta clasificación como una subdivisión de los onerosos; de manera que hay oneroso conmutativo y oneroso aleatorio. El contrato conmutativo es aquel en que las partes están sabidas desde que celebra el contrato cual es la naturaleza y alcance de sus prestaciones (obligaciones) de manera que aprecian desde el momento contractual el beneficio o la pérdida que les causa o les podría causar el negocio. En cambio, el contrato es aleatorio cuando las prestaciones dependen de un acontecimiento futuro e incierto que determina la pérdida o ganancias para las partes (el contrato de seguro, por ejemplo).
- g) Típicos y atípicos: Un contrato es típico cuando la ley lo estructura es sus elementos esenciales: aparece en el listado que da la ley. Es atípico (sin tipicidad) cuando no obstante ser contrato porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la ley específicamente.



- h) Formales o solemnes y no Formales: El Derecho Mercantil se caracteriza por si poco formalismo. Entonces, esta clasificación tiene mucho sentido en el tráfico comercial porque en él, cualquier forma de contratar, salvo casos expresos de la ley (el de sociedad, fideicomiso, etc.) tiene validez y vincula a las partes. El contrato es formal cuando en ella mace el vinculo no deja de surgir por la ausencia de formalidad anula en contrato. El contrato es no formal, cuando el vínculo no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad. Esto último es la regla en el Derecho Mercantil.
- i) Condicionales y absolutos: Un contrato es condicional cuando las obligaciones que genera se sujetan a una condición suspensiva o resolutoria; y en absoluto, cuando su eficiencia no está sometida a una condición.
- j) Instantáneos y sucesivos: los instantáneos se forman y deben cumplirse inmediatamente. Se agotan en un solo acto. De tracto sucesivo son aquellos que se cumplen escalonadamente a través del tiempo.”⁵

1.5. Los contratos mercantiles en particular

Son todos aquellas figuras contractuales que hacen efectivo el tráfico comercial y encontramos a los Típicos establecidos en las leyes y atípicos los nombrados por las partes de conformidad con alguna necesidad, ya sea copiando de formatos de otros países o como principio de libertad contractual.

⁵ Orellana Donis, Eddy Giovanni. **Derecho Civil III, IV y V.** Pág. 168.



a. Compraventa mercantil:

“La compraventa es un contrato bilateral porque engendra derechos y obligaciones para ambas partes, por el cual un sujeto llamado vendedor, se obliga a transferir un derecho a otro sujeto que se denomina comprador, la propiedad de una cosa corporal o incorporal (herencia, créditos, derechos, acciones) mediante un precio en dinero.”⁶

La compra venta mercantil es la figura contractual que hace efectiva la mayor parte del tráfico comercial, ya que la actividad productiva, canalizada a través del comerciante intermediario, desemboca en el consumidor por medio de la compraventa. Este contrato se puede considerar como el motor de la dinámica comercial, que a su vez genera otro tipo de vinculaciones: bancarias, de seguros y fianzas, de títulos de crédito, etc.

La compraventa mercantil se encuentra regulada del Artículo 695 al 706 del Código de Comercio de Guatemala. Tiene este conjunto de normas la particularidad de no desarrollar el contrato con la extensión que lo hace el Código Civil; particularidad que también suele observarse en la doctrina, pues los autores la tratan escuetamente; y cuando se extienden, suele repetir conceptos o razonamientos ya dichos en los textos del Derecho Civil. En el caso del Derecho guatemalteco, su intención es normar únicamente aquellas especialidades que puedan al negociar compraventas mercantiles; y deja al Código Civil la tarea de recoger toda la teoría que durante siglos se ha ido acumulado en torno a este contrato.

⁶ <http://www.monografias.com/trabajos24/compra-venta/compra-venta.shtml> 02-01-2012.



De acuerdo a los artículos que regulan la tipificación de la compraventa mercantil, se puede decir que es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una mercadería o cosa mercantil al comprador, cuya obligación es pagar el precio.

En cuanto a los elementos personales de la compraventa son el vendedor y el comprador, Los dos o uno de estos sujetos tiene que ser comerciante y encontrarse actuando dentro de su actividad empresarial. Obligación del vendedor es entregar la mercadería; y el comprador, pagar el precio. Estas obligaciones se particularizan Según la modalidad de compraventa que se adopte.

En cuanto a los elementos reales son la cosa y el precio. La cosa son las Mercaderías; y el precio, la contraprestación a cargo del comprador. Este debe ser real y cierto; real para que el contrato no sea gratuito; y cierto, en cuanto a que debe ser determinado o determinable por los contratantes.

Y los elementos formales del contrato de compraventa varían según la mercadería enajenada.

En cuanto a la opción de compraventa el Artículo 706 del Código de Comercio de Guatemala, establece la diferencia con la opción (promesa unilateral) del Código Civil (Artículo 1676 al 1681) en cuando al plazo, pues en esta no puede exceder de dos años si se trata de inmuebles o derechos reales sobre los mismos; y de un año, si se trata de otros bienes o prestaciones. En cambio, en la opción de compraventa de cosas mercantiles, el artículo indicado dice que las partes son libres de pactar el plazo sin



límite alguno. Es interesante señalar que, como promesa de contrato, no se encuentra una figura específica en el Código de Comercio de Guatemala. Ello no quiere decir que en la práctica no pueda celebrarse un negocio para prometer la celebración de otro, aplicando lo previsto en el Código Civil y tomando en cuenta las características de las obligaciones y contratos mercantiles.

b. Contrato de suministro:

El de suministro es un contrato mediante el cual el proveedor (o suministrador) se compromete a realizar en el tiempo una serie de prestaciones periódicas, determinadas o indeterminadas, a cambio del pago de un precio, que puede ser unitario o por cada prestación periódica.”⁷

El contrato de suministro es tratado como una modalidad de compraventa en el derecho guatemalteco está tipificada como un contrato autónomo y regulado en los Artículos 707 al 712 del Código de Comercio. El argumento de quienes afirman que el suministro es una especie de compraventa, parte del supuesto de que también en esta la entrega del objeto convenido puede hacerse en forma fraccionada. Pero, esa circunstancia no tipifica un contrato de suministro porque en la compraventa cada fracción forma parte de una misma prestación. En cambio, en el suministro las entregas periódicas de la mercadería son prestaciones entre una y otra, de manera que también el precio se define por cada una que se cumple. En todo caso, en nuestra legislación no hay

⁷ [http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_de_suministro_\(M%C3%A9xico\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_de_suministro_(M%C3%A9xico)) 02-01-2012.



argumento para confundir un contrato con otro; el suministro es un contrato típico, autónomo de cualquier otra figura negocial.

Este contrato cumple una función importante dentro del comercio, porque permite que las personas suministradas tengan asegurada la provisión de un o un servicio. Es común este contrato dentro de los negocios jurídicos mercantiles; aunque a muchos, por desconocimiento de la tipicidad del mismo, cuando se redacta por escrito, no se le llama por su nombre. Un comerciante revendedor, en lugar de proveerse aisladamente de las cosas que expende en su empresa, celebra un contrato de suministro para mantener surtido su almacén; un hotel que careciera de lavandería, puede contratar el servicio de limpieza de ropa con un comerciante que se dedicara a prestarlo.

El contrato de suministro es consensual, bilateral, principal, oneroso, de tracto sucesivo. Este contrato es oneroso aleatorio, porque las partes corren el riesgo de que los precios varíen durante el plazo del contrato y ello significa pérdida para una de las partes.

En el contrato de suministro la variación de los precios no puede ser un precio de los que determinan la calidad aleatoria. Se contrata sobre bases ciertas y por eso es oneroso conmutativo, si las prestaciones se vuelven onerosas, para eso está el artículo 688 del Código de Comercio, que recoge la teoría de la Imprevisión, con el que se resolvería cualquier diferencia entre las partes por la variación del precio.

c. Contrato estimatorio



A este contrato no se le dio la importancia legislativa que amerita y se le colocó como gemelo del suministro, lo cual viene a ser un error porque siendo un contrato autónomo, no tenía por que aparecer ubicado como apéndice y regulado por un solo Artículo del Código de Comercio de Guatemala (713). Por otro lado, dada su importancia en la práctica comercial y por la forma en que lo denominan los comerciantes, no debió llamársele contrato estimatorio, sino contrato de consignación. Conforme al derecho guatemalteco, el contrato estimatorio no se prolonga con ningún contrato, ya que ha sido tipificado como autónomo.

d. Contrato de depósito mercantil

“El depósito, considerado como la prestación de un servicio, es un contrato por medio del cual el sujeto depositario recibe una cosa que le confía al depositante, con la obligación de custodiarlo y devolverlo cuando lo requiera”.⁸

Como la función primordial del depósito es la custodia de un bien, esta viene a ser nota distintiva. El acto de depositar puede estar relacionado con distintas ramas de un sistema jurídico; de ahí puede haber: depósito civil, cuando el negocio se rige por el rito de depósito del Código Civil, depósito mercantil, cuando se trata de un negocio oteo mercantil; depósito bancario (que también es mercantil), cuando se hace por medio una institución bancaria; y, depósito judicial, cuando lo ordena un juez.

⁸ Pérez Ixcoy, Jorge Álvaro. Tesis de licenciatura: “Análisis jurídico doctrinario acerca del comercio electrónico y el uso de internet, en cuanto a sus implicaciones dentro del moderno derecho mercantil y las sociedades mercantiles en Guatemala. Pág. 41.

El depósito puede ser regular e irregular. Es Regular cuando se devuelve el mismo bien que se deposito; e Irregular cuando se devuelve uno distinto al depositado, de la misma especie y calidad o de valor equivalente como en el caso del dinero. El Regular es más común en las relaciones civiles; y el regular, en las mercantiles. Sin embargo, la custodia que se confía a un almacén general de depósito, es regular y de carácter mercantil.

“El contrato de depósito cumple una función importante en el tráfico comercial, porque permite a los comerciantes que no disponen de los locales adecuados, la posibilidad de confiar a otro la custodia y conservación de sus mercaderías. En el caso del tero, entregado a una institución bancaria o sola otorga la seguridad, sino también proporciona una ventaja de poder devengar intereses o adquirir medios de pago (cheques) cuando se dispone a la vista. En lo a los almacenes generales se refiere, como negocios organizados técnicamente, facilitan el comercio de importación y explotación por medio del depósito. Es pues, variada la posibilidad de este negocio. Nos encontramos ante uno de los contratos de mayor práctica para el desenvolvimiento comercial.”⁹

El Código de Comercio de Guatemala no establece ninguna norma relativa a la terminación del contrato de depósito, de manera que se estará a los previstos en el Código Civil: restitución del objeto depositado a requerimiento del depositante; devolución que hace el depositario avisando con prudente anticipación, cuando no se hubiere pactado plazo, devolución que puede hacer el depositario cuando se ve

⁹ Nery España, **Manual de Derecho Mercantil**. Pág. 55.



imposibilitado de cumplir su obligación de custodia (Artículos 1974, 1992 y 1996 del Código Civil).

e. Contratos relacionados con operaciones de crédito

En el tráfico comercial de nuestra época el crédito facilita las relaciones mercantiles que permiten adquirir recursos, sobre todo dinerarios, que se traducen en nueva riqueza mercantil; o bien es el vehículo apropiado para obtener satisfacciones de nuestras necesidades. En todos los sectores de la actividad económica el crédito se hace presente para lograr variados objetivos.

Sobre el crédito mercantil se puede decir que es aquel que es “establecido mutuamente entre productores, empresarios o intermediarios, para facilitar las compras, las ventas y los cambios de comercio”.¹⁰

Las operaciones de crédito han estado vinculadas, generalmente, a la actividad bancaria. El mismo nombre que se les asigna es similar a las llamadas operaciones bancarias. En el medio guatemalteco estos negocios tienen la particularidad de que legalmente no son propios de la negociación que llevan a cabo los bancos; en otras palabras, para celebrar un contrato que contenga una operación de crédito no se necesita hacerlo con un banco; las partes pueden ser dos personas individuales. Y decimos legalmente, porque una cosa es lo que presume la ley, y otra, la realidad.

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Pág. 100



- **Apertura de crédito:** Por el contrato de apertura de crédito, un sujeto denominado acreditante se obliga frente a otro llamado acreditado, a poner a su disposición una suma de dinero o a contraer obligaciones por cuenta del acreditado, éste a su vez, se obliga a restituir las sumas de que hubiere dispuesto o las que hubieren pagado por su cuenta, más gastos, comisiones e interés que resulten a su cargo. Este contrato se rige por los Artículos 718 al 728 inclusive, del Código de Comercio de Guatemala.

El contrato de apertura de crédito cumple la función de poner a disposición del acreditado una cantidad de dinero para dedicarlo a sus actividades comerciales o industriales o bien que se cancelen obligaciones por su cuenta. Como el acreditado puede no saber el momento preciso en que necesitará el dinero, es una ventaja tenerlo únicamente a disposición para su oportunidad, con el privilegio de pagar intereses únicamente sobre el saldo que le resulte en un momento determinado y no sobre la cantidad total de la apertura.

Por otro lado, como se fija un límite máximo, el acreditado puede pactar una cantidad más anilla de lo que tiene planificado invertir, sobre todo por las fluctuaciones de precios u otras circunstancias fortuitas de contratación, lo que no sucede en los préstamos cerrados. En el caso del acreditante, esta operación le permite ganar dinero por concepto de intereses mediante estudios planificados, previos al otorgamiento de una apertura. En los bancos, específicamente, los créditos se otorgan haciendo estudios sobre la capacidad económica del acreditado, exigiéndose garantías que aseguren la recuperación.



- **Contrato de descuento:** Este contrato se encuentra regulado del Artículo 729 al 733 del Código de Comercio de Guatemala. Al leer este articulado nos percatamos de la falta de precisión de la ley en cuanto a establecer la naturaleza de los negocios jurídicos que contiene operaciones de crédito, ya que algunas figuras se les califican como contratos, mientras que a otras se les llama operaciones. Sin embargo, siendo clase el concepto de contrato contenido en el artículo 1517 del Código Civil, y estando ubicado el descuento dentro del libro del Código que tipifica las especies de la contratación mercantil, debemos fijarnos de que el descuento es un contrato.

- **Contrato de cuenta corriente:** El contrato de cuenta corriente se encuentra regulado del Artículo 734 al 743 del Código de Comercio de Guatemala. Se caracteriza por el hecho de que las dos partes del negocio pueden fungir como acreedores o deudores de la relación jurídica, ya que realizan operaciones de crédito en forma cruzada. De ahí que ambas partes reciban el mismo calificativo: cuentacorrentistas. La cuenta corriente, como contrato, se presenta en dos modalidades: cuenta corriente común y cuenta corriente bancaria. A la primera también se le llama mercantil, pero, sería un calificativo equivocado conforme el derecho guatemalteco, porque en nuestro medio las dos son mercantiles.

- **Contrato de reporto:** El contrato de reporto, en Guatemala, era un negocio contractual que podía catalogarse como derecho vigente de no positivo, ya que era poca la experiencia que se tenía sobre él. El Código de Comercio de Guatemala lo tiene regulado del Artículo 744 al 749; y la doctrina la considera como una operación propia de las bolsas de valores; pero, siendo resistentes esas instituciones auxiliares



del tráfico comercial en el medio guatemalteco, la ley no requiere que se de cómo contrato bursátil; de manera que puede concentrarse entre el tomador o el tenedor de un título y una institución de crédito o con otra persona que tenga interés en este tipo de negocio.

La influencia de la legislación mexicana es evidente en el caso del contrato que estudiamos, al grado de que, con ligeras variantes, el Artículo de nuestro Código es una copia tomada de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Mexicana, sin mayores aportes de la legislación nacional. No sucede lo mismo con el Derecho Costarricense, en donde no se consideró necesario legislar sobre una materia alejada de la realidad jurídica e nuestros países.

Por el contrato de reporto, una parte, llamada reportado, transfiere a la otra llamada reportador, la propiedad de títulos de crédito, obligándose este último a devolver al primero otros títulos de la misma especie dentro el plazo pactado y contra reembolso de precio de los títulos, el que podrá ser aumentado o disminuido según se haya convenido.

El concepto anterior recoge la idea que nos da el Artículo 74 de nuestro Código, señalando como característica especial que todo título de crédito puede ser objeto de reporto, aun cuando los demás artículos que lo rigen se infiere que su incidencia se daría más en el terreno de aquellos títulos de crédito que, como las obligaciones sociales deben tures, tienen semejanza con las acciones de las sociedades, que son los genuinos títulos objeto de un reporto, ya que existen para jugar con la especulación.



Pero como las acciones en nuestra ley no son títulos de crédito, obviamente están excluidas de ser objeto del contrato de reporto.

- **Cartas órdenes de crédito:** La carta orden de crédito en un contrato que se formaliza en un documento denominado Carta Orden de Crédito, por medio del cual quien lo expide se dirige a un destinatario, ordenándole la entrega de una suma de dinero a la persona que él mismo le indica y a quien se le llama tomador o beneficiario.

Aún cuando se considera que en un instrumento de poco uso, nuestro Código, regula este negocio del Artículo 750 al 756 del Código de Comercio de Guatemala. El documento o título que representa a la carta de orden de crédito no debe tomársele como título de crédito, o sea que no se necesita aceptación, no es protestable no confiere derecho alguno al tomador en contra del destinatario. Por estas razones se le considera como título impropio.

- **Tarjeta de crédito:** La tarjeta de crédito es un documento de gran difusión en el tráfico comercial que, sin embargo, carece de exposición entre los autores del Derecho Mercantil. Para nosotros constituye un ejemplo de cómo la práctica comercial va haciendo que surjan instituciones no contempladas en los textos doctrinarios. Todos oímos hablar de la tarjeta de crédito; mucho la manejan como medio de facilitar la adquisición de satisfactores, mediante transacciones al crédito. En Guatemala está regulada en el artículo 767 del Código de Comercio de Guatemala.



- **Crédito documentario:** El crédito documentario en un contrato que contiene una operación de crédito cuya incidencia en el movimiento comercial, sobre todo a nivel internacional, es sumamente apreciable. Conforme la técnica del Código de Comercio guatemalteco, este negocio puede darse fuera del ámbito bancario; pero, en la práctica se observa que únicamente se realiza como operación bancaria. Cuando un banco le extiende una carta de crédito a un cliente, se asimila al hecho de abrirle un crédito, con la particularidad de que es la institución la que se encarga de pagar las obligaciones hacia las que está destinado el crédito documentario. Su obligación de pagar antes de recibir el objeto de mercadería comprada; mientras que el vendedor recibe el precio antes de consumarse la compraventa. Este contrato se encuentra regulado del Artículo 758 al 765 del Código de Comercio de Guatemala.

f. Contratos de servicio y de colaboración empresarial:

- **El fideicomiso:** "Disposición de última voluntad en virtud de la cual el testador deja sus bienes, o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir ésta a su vez, o al cumplirse determinadas condiciones o plazos, transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se señale".¹¹

Del contenido del Código de Comercio de Guatemala, Artículos 766 y 793 inclusive, podemos decir que el fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos

¹¹ **Ibid.** Pág. 169



y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Al formular el anterior concepto, usamos los términos “negocio jurídico” pro ser más genérico, ya que el fideicomiso se puede constituir por testamento o por contrato.

Las clases de fideicomiso no es un problema de legislación. En la doctrina se señalan tantas clases de fideicomisos como fines de pretender lograr con el. Existe suficiente consenso sobre tres: Fideicomiso de Garantía, Fideicomiso de Administración y Fideicomiso de Inversión. Aunque no es una clasificación absoluta, pero aproxima a los diversos propósitos de un fideicomiso en particular.

1. Fideicomiso de Garantía: Se instituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. En este caso suele recaer sobre bienes inmuebles y cumple una función accesoria a la obligación garantizada. Substituye a la hipoteca y a la prenda porque es más sencillo el procedimiento para ejecutar la garantía. Este fideicomiso se encuentra previsto en el artículo 791 del Código de Comercio de Guatemala, y en el que se establece que si hay incumplimiento de la obligación garantizada, se promueve la venta en pública subasta ante notario para saldar la obligación. El acreedor puede ser postor, pero no puede adquirirlos por otro procedimiento. El fiduciario no puede ser acreedor beneficiado con la garantía.

2. Fideicomiso de Administración: Es cuando el fiduciario administra los bienes fideicometidos: otorga contratos de arrendamiento, cobra rentas, paga impuestos, toma medidas de conservación de los bienes en beneficio del fideicomisario.



3. Fideicomiso de Inversión: Se da cuando el fideicomitente transfiere bienes destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso. Por lo general el fideicomitente el fideicomisario; y el fiduciario se encarga de conceder préstamos con los bienes fideicometidos, aunque no necesariamente con operaciones de mutuo las que se van a ejecutar. Estos fideicomisos se han usado en Guatemala para la construcción de viviendas y son los que permiten la creación de Certificados Fiduciarios. Esta modalidad persigue el fideicomitente encargar al fiduciario operaciones de inversión con el bien fideicometido para obtener ganancia.

De acuerdo al Artículo 789 del Código de Comercio de Guatemala, son nulos los fideicomisos constituidos en forma secreta. Estos se darían en el caso de que se prescindiera de la escritura pública, o sea que se constituyeran en documento privado.

- **Contrato de transporte:** Antes de entrar en vigencia el actual Código de Comercio de Guatemala, el contrato de transporte se encontraba regulado por el código civil. Pero, con base en las orientaciones de la doctrina y tomando en cuenta que es un negocio que se desenvuelve con las características más significativas del tráfico comercial, actos en masa y precedidos de una organización empresarial, se optó por trasladar su régimen normativos al libro V del código de comercio en donde se tipifican una serie de contratos considerados como de naturaleza mercantil. Es necesario apuntar que en el código civil, el contrato de transporte contaba con menos artículos que los que se asigna el de comercio



- **Contrato de participación:** El contrato de participación también es conocido como cuentas en participación, asociación en participación o negocios en participación, es una figura comercial que puede prestar singulares funciones dentro del tráfico mercantil. Si dos personas desean asociarse para llevar a cabo explotaciones comerciales, pero no desean formar una sociedad, el contrato adecuado es el de participación. Es probable que este contrato tenga el mismo origen que las sociedades comanditarias, pues su característica especial, en el plano subjetivo, es la presencia de un inversionista que pone su capital en manos de un comerciante, sin tener ningún vínculo con los terceros que entran en relaciones jurídicas que, indirectamente, se originan en la participación. Por eso es que la relación que se da entre los sujetos de la participación se le considera una sociedad oculta.

- **Contrato de hospedaje:** El contrato de hospedaje está regulado, del Artículo 866 al 783 del Código de Comercio de Guatemala afirmamos que existe contrato de hospedaje cuando una persona da albergue a otra mediante retribución, comprendiéndose o no la alimentación.

La ley guatemalteca está redactada de tal forma que insinúa la presencia de una empresa para la prestación del servicio, con lo cual caracteriza la ubicación mercantil del contrato. Estas empresas no se pueden organizar si no es llenando requisitos de orden administrativo, sobre todo los que exige la autoridad encargada de fomentar el turismo en el país la cual es el Instituto Guatemalteco de Turismo.



La finalidad el contrato es prestar un servicio: el albergue o alojamiento. Por añadidura pueden darse otros como la alimentación, limpieza de ropa personal, cajas de seguridad, recreación, etc. Esto dependerá de cada negocio en particular. Pero, el servicio esencial es el albergue, que a nuestro juicio, jerárquicamente, es el que define este contrato.

- **Contratos de agencia y distribución o representación:** Los contratos de agencia y distribución o representación no se encuentran adecuadamente tipificados en el Código de Comercio de Guatemala. Si leemos detenidamente todo el contenido del Libro IV de dicho Código, que norman las obligaciones y contratos mercantiles, encontramos que no existe capítulo alguno dedicado a exponer que es contrato de agencia o que es un contrato de distribución o representación.

Sin embargo, de una manera poco técnica, si hay inclusive, tal como aparecen redactados después de su reforma contenida en el Decreto 8-98 del Congreso de la República. En dichos artículos se hace alusión a esos contratos para explicar o dar un concepto de lo que son los auxiliares del comerciante llamados agente de comercio y distribuidos o representante; pero eso no permite afirmar que la escasa referencia a dichos contratos baste para decir que la tipificación de cada uno es suficiente, además de su defectuosa ubicación.

Ello obliga a pensar que la verdadera intención al reformar los Artículos 280 al 291 del Código de Comercio de Guatemala, no era proporcionarla a la ley una mejor sistematización en esta materia, sino extinguir al Decreto 78-71, que como ley especial



regulaba dichos contratos y establecía limitaciones a la libertad de comercio. Y si bien buscar la superación de esas limitaciones era atendible, no por ello debió perderse la oportunidad de separar el articulado que contemplara las figuras de los auxiliares, de los contratos que viabilizan su actuación en el mercado, con lo cual se habría logrado una mejor organización del Código.

- **Contratos sobre el derecho de autor y derechos conexos:** Bajo el título de “Contratos sobre el derecho de autor y derechos conexos”, el Decreto 33-98 del Congreso de la República, Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, regula los contratos relacionados con los derechos autorales, extendiendo el peregrinaje que tales negocios han experimentado. Ya que primero fueron regulados en el Código Civil de 1964; luego se trasladaron al Código de Comercio de Guatemala, en 1970; y ahora, en fecha reciente, son trasladados a una ley especial, el Decreto 33-98, la cual comprende los contratos de edición, de representación y ejecución y de fijación.

- **Contrato de seguro:** La existencia de la persona está sujeta a riesgos potenciales que de llegar a suceder, crean desequilibrios de diversa índole. Un terremoto, una erupción volcánica, un accidente, la pérdida de la capacidad de trabajo, la muerte, en fin, cualquier siniestro que pudiera ocurrir en el futuro, causa preocupación y hace que el hombre busque las formas más adecuadas a su alcance para prevenirse contra esos riesgos. Una de esas formas es el seguro, que se describe gráficamente como un cinturón de seguridad que protege a las personas, no del riesgo en sí, sino de los efectos que produce un siniestro.



En ese sentido, el seguro da la posibilidad de convertir la incertidumbre en certidumbre, porque ha garantía de que se cuenta con satisfactores económicos para cubrir una posible necesidad. Entonces la función del seguro es prever o preparación para acontecimientos futuros.



CAPÍTULO II

2. El comercio y derecho comercial

Se denomina comercio al cambio o transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor. Por actividades comerciales o industriales entendemos tanto intercambio de bienes o de servicios que se efectúan a través de un mercader o comerciante.

En la mayoría de las legislaciones, una relación se considera comercial, y por tanto sujeta al Derecho mercantil, si es un acto de comercio. El Derecho mercantil actual se refiere a estos actos, de los que lo son intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante (sistema objetivo); sin perjuicio de ello, existen ordenamientos jurídicos en que el sistema es subjetivo, con base en la empresa, regulando tanto su estatuto jurídico, como el ejercicio de la actividad económica, en sus relaciones contractuales que mantienen los comerciantes entre ellos y con terceros.

2.1. Aspectos del derecho mercantil

“El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional”¹².

Sus características son:

- Poco formalista
- Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar

¹² Villegas Lara, René Arturo. **Ob. Cit.** Pág. 36



- Adaptabilidad
- Tiende a ser internacional
- Posibilita la seguridad del tráfico jurídico.

Sus principios son:

- Buena fe guardada.
- Verdad sabida.
- Toda prestación se presume onerosa
- Intención de lucro
- Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación

Las fuentes del derecho mercantil son:

- La Costumbre
- La Jurisprudencia
- La ley
- La doctrina
- El contrato

Los sujetos del derecho mercantil son:

a. El Comerciante: "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 profesión habitual"¹³.

¹³ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 36



Para que una persona sea considerada como comerciante, deben concurrir los siguientes elementos:

- Ejercer en nombre propio.
- Con fines de Lucro.
- Debe dedicarse a actividades calificadas como mercantiles:
 - Industria dirigida a la producción o transformación de bienes y prestación de servicios.
 - Intermediación en la circulación de bienes y prestación de servicios.
 - La banca, seguros y fianzas.
 - Auxiliares de las anteriores. Artículo 2 Código de Comercio de Guatemala.
 - Debe ser hábil para obligarse conforme el Artículo 6 del Código de Comercio de Guatemala.

b. Extranjeros Comerciantes: Los extranjeros pueden dedicarse al comercio en Guatemala, pero deben para ello, tener residencia en el país y obtener autorización del Organismo Ejecutivo. Artículo 8 del Código de Comercio de Guatemala.

c. Cónyuges Comerciantes: Los cónyuges pueden dedicarse en forma separada o en conjunto al comercio, y si lo hacen juntos, los dos son considerados como comerciantes, a menos que uno de ellos sea auxiliar del otro. Artículo 11 Código de Comercio de Guatemala.



d. Comerciantes sociales especiales: deben cumplir requisitos adicionales a los establecidos en el Código de Comercio de Guatemala, los cuales se encuentran regulados en leyes especiales, para poder operar, son ellos:

- Sociedades Anónimas financieras.
- Sociedades Anónimas de Seguros.
- Sociedades Anónimas para almacenes generales de depósito.
- Sociedades Anónimas Bancarias.

2.2. Reglamentación de las actividades comerciales

“La actividad comercial en los términos expresados por la ley, se corresponde con la comercialización, entendida ésta como el proceso cuyo objetivo es hacer llegar los bienes desde el productor al consumidor. La comercialización involucra actividades como compra-venta al por mayor y al por menor, publicidad, pruebas de ventas, información de mercado, transporte, almacenaje y financiamiento, entre otras”¹⁴.

Se llama actividad económica a cualquier proceso mediante el cual obtenemos productos, bienes y los servicios que cubren nuestras necesidades.

Las actividades económicas son aquellas que permiten la generación de riqueza dentro de una comunidad (ciudad, región, país) mediante la extracción, transformación y distribución de los recursos naturales o bien de algún servicio; teniendo como fin la

¹⁴ Crespo A. Marco A. **Lecciones de Hacienda Pública Municipal**. Pág. 37



satisfacción de las necesidades humanas. Cada comunidad encuentra que sus recursos son limitados y por lo tanto, para poder satisfacer a estas necesidades debe hacer una elección que lleva incorporado un coste de oportunidad.

Las actividades económicas abarcan tres fases: producción, distribución y consumo. Como la producción depende del consumo, la economía también analiza el comportamiento de los consumidores. Algunas actividades económicas son la agricultura, la ganadería, la industria, el comercio, las comunicaciones, entre otras. Los países se emplean específicamente en alguna actividad económica lo que permite clasificarlos, y de acuerdo a la capacidad de producción y eficiencia de dicha actividad se generara su riqueza.

2.3. Historia del comercio

“El derecho mercantil como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas. Ello obedece a circunstancias históricas, precisas en el desarrollo de la civilización”¹⁵.

El comercio es la actividad mediante la cual se intercambian, venden o compran productos. El comercio es la actividad económica que tiene el mayor número de establecimientos y personal ocupado en el país.

¹⁵ Villegas Lara, **Ob. Cit.** Pág. 36

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

- Las cosechas obtenidas eran mayores que la necesaria para la subsistencia de la comunidad.
- Ya no era necesario que toda la comunidad se dedicara a la agricultura, por lo tanto parte de la población empezó a especializarse en otros asuntos, como la alfarería o la siderurgia.

Por lo tanto, los excedentes de las cosechas empezaron a intercambiarse con otros objetos en los que otras comunidades estaban especializadas. Normalmente estos objetos eran elementos para la defensa de la comunidad (armas), depósitos para poder transportar o almacenar los excedentes alimentarios (ánforas, etc.), nuevos utensilios agrícolas (azadas de metal...), o incluso más adelante objetos de lujo (espejos, pendientes, etc.).



“Este comercio primitivo, no solo supuso un intercambio local de bienes y alimentos, sino también un intercambio global de innovaciones científicas y tecnológicas, entre otros, el trabajo en hierro, el trabajo en bronce, la rueda, el torno, la navegación, la escritura, nuevas formas de urbanismo, y un largo etcétera. En la Península Ibérica este periodo se conoce como el Orientalizante, por las continuas influencias recibidas de Oriente. En este momento es cuando surge la cultura ibérica.”¹⁶

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

El trueque era la manera en que las antiguas civilizaciones empezaron a comerciar. Se trata de intercambiar mercancías por otras mercancías de igual valor. El principal inconveniente de este tipo de comercio es que las dos partes involucradas en la transacción comercial tenían que coincidir en la necesidad de las mercancías ofertadas por la otra parte. Para solucionar este problema surgieron una serie de intermediarios que almacenaban las mercancías involucradas en las transacciones comerciales. Estos intermediarios muy a menudo añadían un riesgo demasiado elevado en estas

¹⁶ Duarte Cueva, **Fundamentos de Comercio Internacional: Un Enfoque Empresarial**. Pág. 22



transacciones, y por ello este tipo de comercio fue dejado de lado rápidamente cuando apareció la moneda.

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

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



“Una de las manifestaciones propias de la Edad Media sobre todo en lo que respecta a la organización social, es el feudalismo”¹⁷. A lo largo de la Edad Media, empezaron a surgir unas rutas comerciales transcontinentales que intentaban suplir la alta demanda europea de bienes y mercancías, sobre todo de lujo. Entre las rutas más famosas destaca la Ruta de la Seda, pero también había otros importantes como las rutas de importación de pimienta, de sal o de tintes.

El comercio a través de estas rutas era un comercio directo. La mayor parte de las mercancías cambiaban de propietario cada pocas decenas de kilómetros, hasta llegar a las ricas cortes europeas. A pesar de eso, estas primeras rutas comerciales ya empezaron a hacer plantearse en los estados la regulación de la importación. Incluso hubo momentos que se prohibió el uso de la seda para la vestimenta en el sexo masculino, con el fin de rebajar el consumo de este caro producto.

“Las Cruzadas fueron una importante ruta comercial creada de manera indirecta. La ruta que se creó a raíz del movimiento de tropas, suministros, armas, artesanos especializados, botines de guerra, etc. reactivó la economía de muchas regiones europeas. Este mérito se atribuye en parte al rey inglés Ricardo I Corazón de León, que al involucrarse en la Tercera Cruzada consiguió importantes victorias comerciales para Europa, como por ejemplo el restablecimiento de la Ruta de la Seda, la recuperación de las rutas de la pimienta”.¹⁸

¹⁷ Villegas Lara, **Ob. Cit.** Pág. 25

¹⁸ Duarte Cueva, **Fundamentos de Comercio Internacional: Un Enfoque Empresarial.** Pág.36.



Los miembros no combatientes de la orden del Temple (Los Caballeros Templarios) (Siglos XII-XIII) gestionaron una compleja estructura económica a lo largo del mundo cristiano, creando nuevas técnicas financieras (los pagarés e incluso la primera letra de cambio) que constituyen una forma primitiva del moderno banco.

Entre los servicios ofertados estaba el transporte de dinero. Los peregrinos podían ingresar dinero en un establecimiento y después ir a otro establecimiento y retirarlo, incluso entre países diferentes, lo cual contribuía a la seguridad en los caminos. Esto fue la primera letra de cambio.

2.4. Importancia del comercio

La humanidad ha desarrollado y se ha beneficiado de las bondades del comercio desde el comienzo de los tiempos. El crecimiento económico mundial ha ido de la mano con el incremento de las actividades comerciales que hoy en día -con la apertura del intercambio a nivel mundial- adquiere una importancia relativa mucho mayor que años atrás.

Importancia que se ve reflejada en el progreso general, ya que el comercio justo y libre es una herramienta esencial para la creación de riqueza y por ende la generación de bienestar económico.



“Comerciante es, en términos generales, la persona que se dedica habitualmente al comercio. También se denomina así al propietario de un comercio. En derecho mercantil el término "comerciante" hace alusión a su materia de estudio subjetiva, es decir a las personas que son objeto de regulación específica por esta rama del Derecho. En este sentido, son comerciantes las personas que, de manera habitual, se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”¹⁹.

El comercio agrega valor a los productos; de este modo, las actividades comerciales implican y soportan la creación de riqueza para un país, así como la generación de importantes cantidades en plazas de empleo.

En la contribución de impuestos, el comercio también está a la vanguardia; es el sector que más contribuye a las cuentas fiscales y si se consideran únicamente los impuestos internos (sin aranceles), el comercio es la segunda actividad con mayor importancia, superada apenas por la industria manufacturera.

2.5. Clasificación del comercio

Atendiendo a las diferentes circunstancias en que se realiza, el Comercio se clasifica de la manera siguiente:

- a) Comercio Interior, es el que se realiza entre personas físicas o morales que residen dentro de un mismo país.

¹⁹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Comerciante> 12-01-2012.



- b) Comercio Exterior, es el realizado entre personas que viven en distintos países, quedando dentro de este grupo el Comercio Internacional, que es el que se realiza entre los gobiernos de diferentes naciones.
- c) Comercio Terrestre, esta actividad se rige por una rama del mismo Derecho Mercantil denominada Derecho Mercantil Terrestre.
- d) Comercio Marítimo, esta actividad también tiene una rama especial por la cual se rige dentro del Código de Comercio, rama que se denomina Derecho Mercantil Marítimo.
- e) Comercio al por mayor o al mayoreo, es el que se realiza en gran escala siempre entre fabricantes y distribuidores, quienes después revenderán los productos a los consumidores.
- f) Comercio al por menos o al menudeo, generalmente consiste en la venta de los productos al consumidor.
- g) Comercio por cuenta propia, es el que realizan los comerciantes cuando son propietario de los productos que venden, por haberlos adquiridos para tal fin.
- h) Comercio en comisión o por cuenta ajena, es el que realizan los comisionistas o consignatarios, que se dedican a vender productos que no son de su propiedad, sino que se los han encomendado en comisión o en consignación, por cuyas operaciones de venta reciben una comisión previamente establecida entre comisionistas y comitente.



2.6. Nuevos ámbitos de ejecución y ampliación de mercados

“Los Mercados que en la terminología económica de un mercado es el área dentro de la cual los vendedores y los compradores de una mercancía mantienen estrechas relaciones comerciales, y llevan a cabo abundantes transacciones de tal manera que los distintos precios a que éstas se realizan tienden a unificarse”²⁰.

El origen del mercado se remonta a la época en que el hombre primitivo llegó a darse cuenta que podía poseer cosas que él no producía, efectuando el cambio o trueque con otros pueblos o tribus. Se reconoce pues como origen y fundamento la desigualdad que existe en las condiciones de los hombres y los pueblos.

“El mercado existió en los pueblos y tribus más antigua que poblaron la tierra, y a medida que fue evolucionando, dicha organización desarrollo el comercio el instinto de conservación y subsistencia del hombre hace que procure satisfacer sus necesidades más elementales, luego las secundarias y posteriormente las superfluas. Es así como el desarrollo de los pueblo, obliga al incremento y expansión del mercado llegando en la actualidad a ser una actividad económica de suma importancia para el progreso de la humanidad”.²¹

Por efecto de las diferencias de climas, ubicación, geografía, aptitudes de los hombres los productos de las diversas regiones son muy variados lo que origina grandes

²⁰ Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y Operaciones de Crédito**. Pág. 12

²¹ Francisco Mochon, **Principios de Economía**. Pag.42.



dificultades al consumidor. Allí surge el Comercio que venciendo los obstáculos que ponen el espacio y el tiempo procura poner al alcance de los consumidores los diversos productos y el comerciante es el hombre que desarrolla esta actividad en procura de una ganancia o margen de beneficio a que tiene derecho por el trabajo que realiza.

El mercado como la Industria ocupa un lugar cada vez más importante en la Sociedad moderna. El número y extensión en sus operaciones, su acción de satisfacer las necesidades de la vida humana el incremento de trabajo, la creación de nuevas fuentes de producción y comercialización, las comunicaciones rápidas entre las diversas regiones del mundo han extendido las relaciones comerciales.

Los centros de producción han aumentado los precios, y luego se ha nivelado como resultado de la competencia, favoreciendo el aumento del consumo y el desarrollo permanente cada vez más de la una sociedad moderna.

Entendemos por mercado el lugar en que asisten las fuerzas de la oferta y la demanda para realizar las transacción de bienes y servicios a un determinado precio. Comprende todas las personas, hogares, empresas e instituciones que tiene necesidades a ser satisfechas con los productos de los ofertantes. Son mercados reales los que consumen estos productos y mercados potenciales los que no consumiéndolos aún, podrían hacerlo en el presente inmediato o en el futuro.

Se pueden identificar y definir los mercados en función de los segmentos que los conforman esto es, los grupos específicos compuestos por entes con características



homogéneas. El mercado está en todas partes donde quiera que las personas cambien bienes o servicios por dinero. En un sentido económico general, mercado es un grupo de compradores y vendedores que están en un contacto lo suficientemente próximo para las transacciones entre cualquier par de ellos, afecte las condiciones de compra o de venta de los demás.

Stanley Jevons afirma que "los comerciantes pueden estar diseminados por toda la ciudad o una región, sin embargo constituir un mercado, si se hallan en estrecha comunicación los unos con los otros, gracias a ferias, reuniones, listas de precios, el correo, u otros medios"²².

2.7. Proyección del comercio y avance tecnológico

"Se entiende por comercio en sentido estricto la compra de mercancías o efectos para su reventa, hecha de modo habitual y sin introducir regularmente modificaciones en la forma o substancia de dichos organismo"²³.

De una actividad local y nacional, el comercio de nuestros días se ha vuelto internacional, merced al perfeccionamiento y rapidez de todos los medios de transporte (terrestre, aéreo y marítimo), de la creciente actividad de los bancos que actúan como intermediarios de los productores y consumidores y como fuente de financiamiento y de

²² Stanley Jevons, William, **Teoría de la economía política**. Pág. 65

²³ Ramírez Valenzuela, Alejandro. **"Introducción al Derecho Mercantil y Fiscal"**. Pág. 43



créditos y finalmente de los medios instantáneos de comunicación como el teléfono, el telégrafo, el télex, la radio.

La internacionalización del comercio se manifiesta en tratados bilaterales que celebran los países en asociaciones regionales que agrupan a países similares económica, social y culturalmente.

Esta característica internacional del comercio tiende a regularse no ya por leyes nacionales, como los Códigos de Comercio, sino por ordenamientos internacionales, propuestos por organismos como las Naciones Unidas, y que aprobados por distintos países ofrecen reglas uniformes para aplicarse a los contratos que celebran súbditos de distintas naciones.

En derecho mercantil, el concepto del comercio es, no obstante, mucho más amplio. El Artículo 1º del Código de Comercio Alemán considera también como mercantiles aquellas empresas que modifican o elaboran las mercancías adquiridas y venden los productos de la elaboración; las empresas que, sin revestir el mero carácter de artesanas, admiten mercancías ajenas para su modificación o transformación; las imprentas de cierta importancia, las casas editoriales, los Bancos, las empresas aseguradoras que persigan un lucro, las de transportes y, finalmente, una serie de profesionales auxiliares del comercio, como los comisionistas, los transportistas, los almacenistas por cuenta ajena, los agentes y los mediadores mercantiles.

El Artículo 2º considera además como comercial toda empresa que, aun cuando no reúna el carácter de las que acabamos de enumerar, lleve consigo por su naturaleza e



importancia una organización comercial y la razón bajo la cual gire esté inscrita en el Registro Mercantil. El mismo artículo declara la inscripción obligatoria para el empresario de esta clase de negocios.

A esta categoría pertenecen, pues, las empresas productoras, las mineras y las de construcción, así como también el comercio en inmuebles cuando se ejerce habitualmente, por ejemplo: por los Bancos inmobiliarios, y las empresas de parcelación de terrenos.

Sólo las empresas agrícolas y forestales están excluidas de la esfera comercial por el Artículo. 3º del Código en mención. Si estas empresas llevan anejas otras empresas auxiliares de las que por sí mismas se consideran como mercantiles, el empresario está autorizado, pero no obligado, a inscribirse en el Registro Mercantil.

Los artesanos y demás personas que hacen negocio en pequeña escala sólo están sometidos en parte al Código de Comercio, no aplicándoseles las disposiciones sobre nombre comercial, libros de comercio y apoderamientos. Los gobiernos confederados del Imperio son los llamados a determinar lo que debe entenderse por grande o pequeña empresa.

La característica general de la empresa mercantil es, según el Artículo. 2º del Código de Comercio Alemán, "la organización del negocio en forma comercial". El Código no dice lo que debe entenderse por tal organización; pero por lo visto se trata de una organización análoga a la que acostumbran a tener las empresas enumeradas en el art.



1º. Resulta chocante la exclusión de la Agricultura, pues una empresa agrícola de alguna importancia exige en la actualidad la misma labor de cálculo y la misma escrupulosa contabilidad que una empresa fabril. Tampoco es peculiar de la Agricultura el no elaborar sus productos a base de materias primas adquiridas, que saca de la tierra: la misma característica distingue a la minería y, sin embargo, el Código la incluye, como hemos visto, entre las empresas comerciales. La situación jurídica especial de la Agricultura tiene más bien una base histórica y obedece también, en parte, a los elementos de la economía natural que en ella se destacan, al paso que las características actuales de la minería la clasifican dentro de la esfera del negocio industrial.

“Si se pregunta cuál sea la característica económica de un "negocio organizado comercialmente", habremos de contestar señalando su naturaleza esencialmente capitalista. Se trata de la explotación lucrativa de un capital empleado en la empresa, ya en forma de capital fijo, ya en forma de capital circulante”²⁴. Constantemente hay que mantener una relación exacta entre los diversos componentes del patrimonio de la empresa y el lucro perseguido. Hay que calcular cuidadosamente el desgaste del capital fijo, los gastos generales, el coste de las primeras materias y de los salarios, así como las pérdidas en forma de intereses para determinar entonces por medio de recargos sobre el precio de coste directo o indirecto de las mercancías objeto del negocio, los precios de venta necesarios, aun cuando limitados por la competencia,

²⁴ Wilhelm Lexis, El Comercio. Pág. 19.



para poder dar al capital del negocio su remuneración que generalmente ha de ser superior al mero interés normal del dinero. Es claro que una organización comercial de esta clase exige una contabilidad cuidadosa que permita obtener en todo momento una visión exacta de la situación del negocio y en la práctica se han desarrollado sistemas de contabilidad que responden a estas necesidades.

La definición del comercio en sentido estricto que da el autor se asemeja bastante a la definición de la compra-venta mercantil según el artículo 325 del Código de Comercio español.

Son actos de comercio, según el Código de Comercio español en su Artículo. 2º, "los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga". Los actos regulados por el Código son las operaciones de Bolsa y Banca, cuentas en participación, comisión, mandato, depósito, préstamo, compra-venta y permuta mercantiles, transporte terrestre, seguros, fianza mercantil, letra de cambio, cheque, libranza, vale y pagaré a la orden, efectos al portador, y todo lo relacionado con la navegación mercante. Poca es la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre "actos de naturaleza análoga", lo cual prueba que este aditamento del Código ha originado menos confusiones y disputas de lo que era lógico esperar.

Concuerdan con el Código español los de Portugal, Servia, Perú y El Salvador. El Código de Comercio italiano, en su Artículo.3º, hace una enumeración muy detallada de los actos de comercio (24 números) y añade en el Artículo.4º que "se reputarán mercantiles todos los contratos y obligaciones de los comerciantes a menos que sean



de naturaleza esencialmente civil o resulte lo contrario del acto mismo". Según el Artículo.6º, los seguros de vida y los de cosas que no sean objetos o establecimientos de comercio sólo son mercantiles para el asegurador. Las cuentas corrientes y los cheques que no provengan de causa mercantil no son actos de comercio para los no comerciantes. Según los Artículos 632 y 633 del Código de Comercio francés son actos de comercio : la compra-venta de mercancías para revenderlas o alquilarlas aun cuando se transformen previamente; la fabricación, la comisión y los transportes por mar o por tierra; agencias de suministros, de negocios, establecimientos de venta y espectáculos públicos; operaciones de Banca, cambio y corretaje; operaciones entre comerciantes y banqueros; la letra de cambio entre toda clase de personas; toda operación de construcción o venta de buques; aparejos y avituallamientos; flete, préstamo a la gruesa, seguro y demás operaciones relacionadas con el mar.

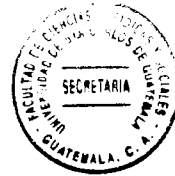
Según el Artículo 1º del Código de Comercio español, son comerciantes: "1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente; 2. Las sociedades mercantiles o industriales constituidas con arreglo a este Código". El número 1 de este artículo coincide con la mayoría de los demás códigos, exigiendo alguno de ellos, como el francés, no sólo la habitualidad, sino el profesionalismo, mientras que otros, como el japonés, el portugués y el húngaro no exigen ni la habitualidad. Ciertos Códigos, como el japonés y el uruguayo, exigen obrar en nombre propio, y otros, como el brasileño, el de Costa Rica y el argentino, exigen la inscripción en el Registro mercantil o en el Tribunal de Comercio. También el antiguo Código español de 1829 exigía la inscripción que, según el actual, es facultativa para los comerciantes individuales y necesarios para las sociedades.



A tenor del citado Artículo 2º del Código español, los no comerciantes que efectúen un acto de comercio (por ejemplo, interviniendo, en un contrato de cambio) quedan sometidos a los efectos del mismo a las leyes mercantiles. Los comerciantes, en cambio, "están sujetos a ellas también en otros conceptos, como llevando libros de contabilidad en la forma establecida por los Artículos. 33 y siguientes y pudiendo ser declarados en suspensión de pagos o en quiebra.

En caso de duda, el Artículo 3º, se presumirá comerciante el que anuncie por circulares, periódicos, carteles, etc., un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.

Menos clara es la situación de las sociedades, pues, según el Artículo 1670 del Código civil español, las sociedades civiles pueden adoptar las formas previstas por el Código de Comercio, en cuyo, caso pueden surgir dudas sobre la aplicación a dichas sociedades en ciertos casos, del derecho civil o el mercantil. Esta situación se presenta también en otras legislaciones, como la de Bélgica que contiene este precepto para las sociedades mineras, Italia que permite a las sociedades civiles tomar la forma anónima, Inglaterra y Suiza, idénticas a la nuestra, y Francia, que considera sin embargo como mercantiles a los efectos públicos a las sociedades civiles con forma anónima.





CAPÍTULO III

3. La informática y el derecho

“La ciencia del derecho se ha definido como el conjunto de principios, instituciones y normas jurídicas, que regulan la actividad de las personas en sociedad. Durante la historia del derecho se encuentran distintos tipos de influencias que han determinado y marcado cambios trascendentales dentro del campo de aplicación y durante el desarrollo de la ciencia anotada, pero los mismos han sido tres inventos que han señalado un cambio influyente; siendo los mismos los siguientes: la escritura, la computadora personal y la imprenta”.²⁵

Actualmente se observa a la escritura y a la imprenta como algo común, pero es bastante fácil imaginar la problemática que tuvo que encargarse de solventar la imprenta en su época; la cual queda atrás con los que tiene en la actualidad que enfrentar la computadora. La problemática que la computadora enfrenta con la ciencia del derecho es bastante, pero todos tienen un origen común; y es debido a que el surgimiento de la misma es provocadora de cambios.

La escritura permitió la existencia de un desarrollo fundamental para el derecho, al permitir plasmar el conocimiento para posteriormente estudiarlo y mejorarlo, ya no se

²⁵ Moraga Porras, Victor Manuel, Tesis de Licenciatura: “Estudio jurídico y doctrinario de los contratos informáticos en el derecho mercantil de Guatemala”. Pág. 37.



tenía que transmitir de forma verbal de generación a generación; con la posible mala interpretación del conocimiento de una determinada información.

La imprenta como objetivo general tenía el de la reproducción con una mayor claridad, velocidad y menos errores, los conocimientos valiosos que eran incorporados dentro de los libros redactados a mano en aquella época. Las mismas desde el punto de vista comercial reducían los costos y desde el punto de vista político eran fuente de poder.

Un avance bien significativo para el derecho fue la imprenta para con la misma poder proporcionarle a toda la ciudadanía, las normas encargadas de la regulación de las acciones llevadas a cabo por los hombres, y además también poder mediante ellas transmitir el conocimiento a los tratadistas del derecho; pero la información comenzó a crecer día a día.

La computadora no consiste en el fin, sino que la misma constituye el medio. Su objetivo es el de materializar la información para posteriormente procesarla. Cuando la cantidad de información superó la capacidad del ser humano, fue necesario contar con los medios para su almacenamiento y procesamiento; así como también para la obtención de resultados positivos.

La informática consiste en un término que surgió en Francia en el año 1962, el cual es una palabra compuesta por los términos información y automática. La informática es la ciencia que se encarga del procesamiento automatizado y lógico de la información de forma veloz y eficaz. Para alcanzar su objetivo utiliza como recurso fundamental a la computadora, lo cual es el instrumento de procesar la información, un aparato



electrónico que fue inventado para facilitar la utilización del volumen de la información que el género humano ha creado con el tiempo.

La escritura fue inventada hace miles de años, la imprenta hace quinientos años y la computadora personal hace veinticinco años. En esos veinticinco años la tecnología relativa a la información ha tenido un crecimiento bien asombroso, con la telecomunicación como uno de sus pilares y al relacionarse esa serie de factores entre información, tecnología y telecomunicaciones aparece un nuevo invento, que rebasa las fronteras de países; culturas e idiomas.

3.1. Relación entre el derecho y la informática

La relación existente entre la ciencia social derecho y la ciencia técnica informática es fundamental, para lo que es necesario tener conocimiento del significado de cibernética, informática, información, tecnologías de la información y comunicaciones y la sociedad de la información.

El término cibernética cuenta con diversos orígenes, pero el concepto de la manera en la cual se define en la actualidad tiene como fundamento los trabajos realizados por los distintos tratadistas. Se entiende por cibernética a la ciencia que se dedica al estudio de los métodos de comunicación y control; comunes a las máquinas y a los organismos vivos.

Consiste en el estudio de las analogías entre los sistemas de control y comunicación de los seres vivos y los de las máquinas, y en particular el de las aplicaciones de los



mecanismos de regulación biológica a la tecnología. La cibernética como ciencia se encarga de investigar la relación comparativa entre el funcionamiento de los ordenadores y de los seres vivos, así como también de los procesos de decisiones de los primeros y de los controles existentes para los segundos.

“La historia de la civilización es el relato del progreso que en el corto espacio de menos de ocho mil años ha creado casi todo lo que consideramos característico de la vida humana. Después de abandonar la vida de cazadores, nuestros antepasados, en el comienzo de la cultura neolítica, se dedicaron a la agricultura. Posteriormente se evoluciona a una sociedad industrial, lo cual ocurre para algunos autores a finales del siglo XVIII; y que se basa en el uso de máquinas que facilitan la producción de bienes en masa”.²⁶

“A partir de la segunda mitad del siglo XX se empieza a esbozar lo que se denomina actualmente la sociedad de la información, teniendo su mayor crecimiento en la última década del siglo pasado. Esta última revolución o cambio, se fundamenta en el crecimiento desmedido del conocimiento y de la información, pero en especial de poder compartirlo”²⁷.

La sociedad de la información abarca la utilización masiva de las tecnologías de la información y comunicaciones para la difusión de conocimientos y de los intercambios dentro de una determinada sociedad.

²⁶ Cáceres Forero, Pedro. **La informática en el ámbito del derecho**. Pág. 70.

²⁷ **Ibid.** Pág. 72.



Al aparecer el fenómeno informático, así como sus aplicaciones a cada una de las ciencias del conocimiento del ser humano, comienza su estudio e incorporación de conformidad con sus intereses y necesidades.

La informática consiste en la ciencia que se encarga del estudio del procesamiento automatizado de la información. El derecho consiste en el conjunto de los principios, de las instituciones y de las normas que se encargan de regular la actividad de las personas en la sociedad.

3.2. Informática jurídica

Mientras se desarrolló la informática se llevaron a cabo estudios relativos para la utilización de sus aplicaciones en las distintas disciplinas jurídicas y cuando su objeto de estudio es el derecho entonces surge la informática jurídica.

“La informática jurídica estudia el tratamiento automatizado de las fuentes de conocimiento jurídico, a través de los sistemas de documentación legislativa, jurisprudencial y doctrinal; las fuentes de producción jurídica, a través de la elaboración informática tanto los factores lógico formales que concurren en el proceso legislativo y en la decisión judicial y los procesos de organización de la infraestructura o medios instrumentales con los que se gestiona el derecho”.²⁸

²⁸ Téllez Valdés, Julio. **Derecho informático**. Pág. 6.



La informática consiste en una rama, subdivisión o aplicación de la informática que tiene por objeto utilizar los procedimientos, técnicas, herramientas y recursos propios de ésta en el campo, materia, contenido o fines del derecho”.²⁹

3.3. El derecho informático

Actualmente la sociedad humana se encuentra en una evolución constante y el derecho es la ciencia que se encarga de la regulación de las personas en la sociedad y el mismo tiene que investigar y desarrollar los principios y las instituciones para la adecuación de las acciones que se derivan de dicha evolución de los derechos, de las personas; creaciones y relaciones en el ciberespacio existente.

El derecho informático es el conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que regulan los bienes jurídicos que la informática crea y las acciones y responsabilidades de las personas en el uso de la tecnología.

“El contenido del derecho informático es amplio y de constante desarrollo. La siguiente enumeración es una recopilación del autor Rodolfo Herrera Bravo, quien indica su contenido, anotando que no es un orden doctrinal sino pedagógico. Los temas son:

1. El valor probatorio de los soportes modernos de información, provocado por la dificultad en la aceptación y apreciación de elementos de prueba derivados de estos soportes entre los órganos jurisdiccionales.

²⁹ *Ibid.* Pág. 10.



2. La protección de datos personales, ante el manejo inapropiado de informaciones nominativas que atenta contra derechos fundamentales de las personas.
3. Los delitos informáticos, es decir, la comisión de verdaderos actos ilícitos en los que se tenga a los computadores como instrumentos o fines.
4. El flujo de datos transfronterizos, con el favorecimiento o restricción en la circulación de datos a través de las fronteras nacionales.
5. La protección de los programas computacionales, como respuesta a los problemas provocados por la piratería software que atenta contra la propiedad intelectual.
6. Los contratos informáticos, en función de esta categoría contractual sui generis con evidentes repercusiones fundamentalmente económicas.
7. La regulación de los bienes informacionales, en función del innegable carácter económico de la información como producto informático.
8. La ergonomía informática, como aquellos problemas laborales suscitados por la informatización de actividades”.³⁰

3.4. El derecho informático como rama autónoma del derecho

Para señalar que el derecho informático es una rama autónoma del derecho se tiene que cumplir con una serie de estudios estructurales y bien complejos, los cuales abarcan como requisitos los principios, la doctrina y la investigación. El derecho informático consiste en el vínculo de dos caminos; el del derecho y el de la informática.

³⁰ Cáceres Forero, Pedro. **Ob. Cit.** Pág. 85.



En lo relacionado al derecho informático no puede considerársele como una rama autónoma del derecho debido a que los conceptos tratan acerca de su propia incorporación al campo como tales en cada una de las otras disciplinas jurídicas. Por ende, los llamados delitos informáticos no son materia del derecho informático sino del derecho penal. Los contratos informáticos forman parte del derecho civil o mercantil según el caso.



CAPÍTULO IV

4. Comercio electrónico

En cuanto al Derecho en el mundo digital, las posiciones existentes del derecho pueden separarse claramente en dos grupos: una que denominaremos según Lorenzetti: “Antológica, la cual sostiene que estamos ante un mundo nuevo que demanda un derecho diferente, y otra, instrumental, que simplemente traslada la reglas existente mediante la analogía.”³¹ En ambas posiciones también está presente el problema de la regulación en la internet y los interrogantes que ella suscita mediante regulaciones, o bien la red puede auto regularse.

El comercio electrónico global, promovido por el desarrollo de la internet, será un motor importante para el crecimiento de la economía mundial del siglo XXI. El comercio electrónico ofrece nuevas oportunidades para los negocios y los ciudadanos de todas las regiones del mundo. En particular, las compañías pequeñas podrán conseguir un acceso sin precedentes a los mercados mundiales a costos bajos y los consumidores podrán escoger entre un amplio abanico de productos y servicios.

El comercio electrónico aumentará la productividad en todos los sectores de nuestras economías, además de promover el intercambio de bienes y servicios y la inversión, creará nuevos sectores de actividad, nuevas formas de marketing y venta, nuevos sistemas de obtención de ingresos y, lo más importante, nuevos puestos de trabajo.

³¹ Lorenzetti, Ricardo, **Comercio electrónico**, pág. 37.



La liberalización de los servicios, particularmente de los servicios básicos de telecomunicaciones, juega un papel clave en el crecimiento del comercio electrónico. El comercio electrónico es básicamente el uso de redes (la internet) para realizar la totalidad de actividades involucradas en la gestión de negocios: ofrecer y demandar productos y servicios, buscar socios y tecnologías, hacer negociaciones con su contraparte, seleccionar el transporte y los seguros que más convengan, realizar los trámites bancarios, pagar, cobrar comunicarse con los vendedores de su empresa, recoger los pedidos, es decir todas aquellas operaciones que requiere el comercio.

El gobierno de cada país hará todas sus compras y licitaciones utilizando la red e incluso muchos servicios a las empresas, liquidación de impuestos, trámites, pagos y cobranzas podrán hacerse directamente por el sistema de comercio electrónico. Hacer comercio electrónico no significa solamente comprar cosas a través de la internet, sino la posibilidad de establecer una línea de comercio estable y realizar a través de medios electrónicos toda una conducta mercantil que incluye ofertas, pedidos, negociaciones, en general todo lo que es usual en el comportamiento de la vida mercantil, incluyendo todos los problemas legales que conllevan en el entorno ajeno a lo electrónico las transacciones de negocios.

En Guatemala no existen leyes que protejan a clientes y usuarios para efectuar operaciones mediante comercio electrónico. Especialistas en la materia opinan que sobre el particular, existe un atraso de dos años o más y de acuerdo con otros legisladores no hay leyes que garanticen la sanción de operaciones fraudulentas por este medio.



Hasta el momento varias organizaciones privadas se han dado a la tarea de trabajar en materia legal a fin de presentar iniciativas de leyes claras y específicas sobre este tema. Existe consenso por parte de estos grupos, quienes afirman que la falta de leyes inhibe el desarrollo y evolución de la red en materia de negocios.

La regulación del comercio por el internet no es fácil de realizar. Hay muchos intereses en juego, pero sobre todo porque implican formas nuevas de hacer negocios.

4.1 Tipos de comercio electrónico

“Esta tipificación se ha realizado en base a distintos criterios, según los agentes que intervienen, según las características de los bienes o servicios con que se comercia, según la tecnología utilizada y según la índole de los agentes”³².

4.1.1. Según los agentes que intervienen

“El concepto de comercio, sea o no electrónico, viene definido por el intercambio de bienes entre dos o más partes. Partiendo de esta definición, un agente es alguna de las partes que interviene en el intercambio. Si nos fijamos en el carácter de los agentes que participan en el intercambio, se puede distinguir cinco tipos de comercio electrónico:”

a. Empresa – empresa B dos B: El comercio electrónico entre empresas se define “como cualquier intercambio de bienes, servicios o información electrónica entre dos

³² María Arias Pou. **Manual Práctico del Comercio Electrónico.** Pág. 43



empresas”³³. Esta información, unas simples estadísticas o facturas, hasta la realización de pedidos y soporte posventa en línea. Este modelo (B dos B) es el que lleva más años funcionando, es anterior al auge de la internet y se implementaba sobre redes privadas y utilizando el intercambio electrónico de datos. Por ejemplo, las entidades bancarias llevan años compartiendo la información para garantizar un buen servicio a sus clientes y una seguridad transaccional.

b. Empresa – consumidor B dos C: Este modelo de comercio electrónico consiste en el intercambio de bienes o servicios entre una empresa y el consumidor final. Este es un modelo con mucha aceptación en los Estados Unidos de América y en el norte de Europa, pero que sin embargo aun no está teniendo éxito en España. Es un modelo que ya no atrae tanto a empresario medio, debido principalmente a que existen inversiones multimillonarias que prácticamente están tendiendo a monopolizar el sector con las que es más difícil competir.

Además, las empresas que están invirtiendo en el B dos B, son empresas que no están acostumbradas a trabajar con el consumidor, por lo que son reticentes a lanzarse al B dos C. Además el B dos C, supone un incremento de inversión frente al B dos B y un aumento del riesgo, el empresario suele decir: el particular siempre compra cantidades pequeñas y además no le conozco, por lo que me puede engañar, por lo tanto no me compensa el riesgo frente al potencial beneficio.

³³ *Ibíd.* Pág. 45

Toda esta rentabilidad tiende a cambiar, cuando el minorista, que es el que realmente está acostumbrado a tratar con clientes particulares y vender pequeñas cantidades de producto o servicio, se atreva a invertir en la internet. Pero no sólo el minorista cambiará, sino también la gran empresa, cuando aprenda que ya no necesita al minorista para llegar al cliente final y que el comercio digital le abre mercados hasta ahora desconocidos para él.

c. Dentro de las empresas (intracorporativo): Esta tipología se podría considerar un comercio electrónico debido a que no suele existir venta, pero sí estrecha cooperación. Se trata del intercambio de información, bienes o servicios dentro de una misma organización. El modelo tecnológico que lo soporta está conocido por el nombre de intranets. Es un modelo que es de gran ayuda dentro de las empresas y que ayuda a reducir sobremanera los costos de comunicación interna, por ejemplo entre el departamento de ventas y el de marketing, accesibilidad al manual de calidad, etc. Es un modelo que es especialmente útil si la empresa tiene delegaciones distribuidas por distintos puntos de la geografía. Al igual que el B dos B, este modelo tiene una gran aceptación, debido principalmente a que lleva años funcionando en las grandes empresas sobre redes privadas. Esto suponía un importante costo en las telecomunicaciones, sin embargo, con la aparición de la internet, cualquier empresa puede tener sus delegaciones interconectadas y compartiendo procesos de negocios con un costo bastante accesible; este costo sería el de creación de un sistema de información capaz de trabajar sobre la internet/intranet. A este costo habría que sumarle los costos de comunicación: tarjeta de red, más tarifa de conexión, más ISP.



d. Empresa – administración. B dos A: Nuevamente se presenta esta categoría en la cual no existe venta como tal, pero sí un intercambio de información y en algunos casos de pago entre las empresas y la administración pública. En los Estados Unidos de América, las disposiciones gubernamentales se publican en la internet y las empresas pueden responder electrónicamente. En España también se está produciendo un acercamiento de la administración pública a las empresas, facilitándoles la realización de trámites con la administración a través de la internet.

La mayor parte de los procesos están informatizados en la actualidad y basta con instalar un programa que le facilita la administración para poder entregar en hacienda el correspondiente disquette. Este modelo claramente tiende a evolucionar y ya no será necesario que usted se apersona a entregar el disco, se instale el programa y sus sucesivas versiones o que la administración tenga que distribuir los disquettes. A corto plazo todos estos procesos se podrán realizar desde la internet.

Uno de los ejemplos más significativos de la puesta de la administración por llevar su “negocio” a la internet es la imposición por la cual está obligando a empresas ofrecer sus productos a través de su página web guatecompras. Además de este ejemplo, la administración también está publicando por la internet todos los boletines, el pago del impuesto de circulación de vehículos por la internet. Tanto el B dos A como el C dos A, por ahora la mayor parte de la relación se basa en la mera consulta y tras ella, finalmente hay que apersonarse en los edificios de la administración para entregar los formularios, etc. No obstante, en un futuro, se podrá llegar hasta el final del proceso de



tramitación sin tener que llevar a cabo ninguna acción física, todo podrá ser virtual (online).

e. Ciudadano – administración. C dos A: Dentro de esta clasificación estaría recogido todo intercambio entre el ciudadano y administración. Hasta el momento, aún no acaba de emerger este modelo, sin embargo, conforme se vaya mejorando la eficacia e integración social del B dos C y B dos A el Estado irá promoviendo la mejora en sus servicios al ciudadano, permitiéndole pagar sus recibos por la internet, obtener sus certificados por esta vía, etc. Aunque actualmente existen iniciativas bastante ambiciosas, como firma electrónica, pago digital, etc, por el momento el Estado solamente utiliza la internet para dar información más o menos interesante al ciudadano.

4.1.2 Según las características de los bienes o servicios

a. Comercio electrónico indirecto

“Se refiere a la compra desde la internet de productos o bienes materiales y tangibles”³⁴; este tipo de comercio electrónico es el que más se utiliza en el B dos B. Es decir, habitualmente, las empresas que compran a otras empresas por la internet suelen ser empresas industriales por lo que manejan productos.

El comercio electrónico implica un cambio importante en la manera de pensar y organizarse de las empresas. En este apartado se ve claro este cambio, en el cual,

³⁴ María Arias Pou. *Manual Práctico del Comercio Electrónico*. Pág. 46

cuando una empresa vende un bien tangible por la internet el costo administrativo es inexistente, sin embargo se debe dar una gran importancia al coste logístico y de transporte.

b. Comercio electrónico directo

Se refiere a la compra de productos o servicios que se pueden obtener a través de la red y en tiempo real. Los productos que se pueden obtener en línea, son aquéllos que se pueden almacenar en formato digital, por ejemplo programas informáticos, libros, música, películas, periódicos, etc. Por su parte, los servicios con que se comercia también se transmiten de manera digital, pero lo que se paga es más un servicio que un producto. Estos servicios pueden ser de tipo financiero, legal, informático y de educación.

c. Según la tecnología utilizada

“En este apartado presentaré otra de las clasificaciones que vienen realizando Palvia (1997) y Whitley (1998), sin embargo mostraré mis discrepancias con su planteamiento, ya que no está contemplado el concepto de Intranet y pasa por alto la gran cantidad de redes que se consideran privadas, pero que, lejos de ser una red propia punto a punto, se implementan con redes privadas virtuales sobre redes públicas”³⁵

³⁵ *Ibíd.* Pág. 48.



- **Comercio electrónico tradicional:** Utiliza redes privadas propias de cada organización, mediante las cuales se pueden comunicar las distintas oficinas que se encuentran distribuidas a lo largo de la geografía mundial.

- **Comercio electrónico basado en la internet:** Utiliza la internet como plataforma telemática para llegar a todos los participantes; las ventajas de este tipo de comercio, se basan en que cualquier persona puede interactuar con su organización, sin embargo, se requiere adoptar algunas medidas de seguridad adicionales.

d. Según la índole de los agentes

- Agentes conocidos

En este apartado entrarían las aplicaciones de comercio electrónico en las cuales los agentes o participantes en los intercambios son un número limitado y tienen acceso a la aplicación gracias al consentimiento del promotor del sistema de comercio electrónico; en este sentido una empresa con sedes en distintos puntos geográficos, para la cual se desea implantar una Intranet, aunque también podría ser válida una red privada que no esté soportada por la internet.

En este tipo de comercio electrónico se ofrecen grandes ventajas tecnológicas a los participantes debido a que se conocen las plataformas, clientes que tienen cada uno de ellos por lo que se puede emplear la tecnología más novedosa o que mejor se adapte a nuestras necesidades.



- Agentes desconocidos

En este sentido, los sistemas de comercio electrónico que se desean abrir a todo el público y de esta manera cualquier persona puede realizar un pedido. La ventaja de este tipo de comercio electrónico, es que su negocio abrirá sus fronteras y será capaz de encontrar nuevos clientes sea cual sea su localización geográfica. La desventaja radica en que se arriesga a tener pedidos fraudulentos o a tener peticiones desde algún lugar del mundo con el cual tal vez no le interese comerciar.”³⁶

4.2 Contratos informáticos

Para el efecto hay que establecer que contrato es: todo acto por el cual dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir obligaciones. Si partimos de la presente premisa, podemos mencionar que nuestro código de comercio establece que no está sujeto a formalidades especiales, por lo tanto cualquier forma por la cual las partes deseen realizarlos es válido. Como en nuestra legislación no se establece o regula tampoco, ni prohíbe celebrar los contratos a través de medios electrónicos y que éstos tengan la misma validez que los medios convencionales.

4.3 Momento de celebración del contrato

Cuando el consentimiento del cliente respecto a la aceptación de la oferta del proveedor se manifieste a través de un click en un ícono, se aplicarán los siguientes principios:

³⁶ Borja Salazar, Ruiz, **Comercio electrónico, empresario tecnológico**, pág. 29.



- a) El contrato se perfecciona en el momento en que el cliente recibe del proveedor, por medios electrónicos, un acuse de recibo de la aceptación del cliente y confirma la recepción de dicho acuse de recibo.
- b) El acuse de recibo se considera recibido y la confirmación se considera dada cuando las partes a las que se ha destinado estaban en disposición de acceder a los mismos.
- c) El acuse de recibo y la confirmación deben ser enviados lo antes posible.

“Los contratos son acuerdos de voluntades por los cuales; nacen, modifican, o se extinguen obligaciones”³⁷, pero como establecer cuándo, y qué tipo de contrato es, ya que es necesario hacer la siguiente observación: existen contratos civiles, contratos mercantiles, contratos administrativos, pero en el presente capítulo el contrato al cual me refiero su naturaleza es mercantil, porque es mercantil, como ya lo explique el presente contrato no está sujeto a formalidades especiales para su validez, es por ello que establezco que es contrato informático, y el momento en el cual se celebra, es el acuse de recibo con el cual puede probar la propiedad en un contrato de esta naturaleza.

A manera de conclusión mi idea es explicar los contratos electrónicos, como lo acabo de exponer, pero es necesario establecer cómo surge el comercio electrónico, es por ello que en el presente capítulo de mi trabajo de tesis, explico un poco de historia en

³⁷ Manuel Albaladejo, **Derecho Civil: Derecho de Obligaciones**. Pag. 10



cuanto al derecho mercantil, posteriormente trato de explicar que es una rama del derecho la cual se desprende del derecho civil y se forma en una rama autónoma; después trato de explicar que el comercio electrónico se encuentra regulado o nace como producto del derecho mercantil.



CAPÍTULO V

5. Análisis de la efectividad de la legislación respecto a la contratación y el comercio electrónico

Guatemala, se ve inmerso en un mundo globalizado, en el que las transacciones por internet han creado un complejo panorama legal. Sin embargo, por el momento el derecho internacional evita el caos y la anarquía sobre las mismas.

5.1. Legislación guatemalteca

"El desarrollo de actividad comercial y de transacción por vía electrónica y comprende actividades diversas: la comercialización de bienes y servicios por la vía electrónica; la distribución online de contenido digital, la realización por vía electrónica de operaciones financieras y de bolsa; la obra pública por vía electrónica y todo procedimiento de ese tipo celebrado por la administración pública".³⁸

A la fecha, no existe una legislación específica en Guatemala que contenga disposiciones relativas a estos temas. Como si lo contemplan algunas otras legislaciones como la estadounidense y la española por una parte, y Argentina en Latinoamérica. Si bien es cierto que en Guatemala, la utilización del comercio electrónico y del Internet es un fenómeno que se expande a pasos acelerados, también

³⁸ Lorenzetti, Ricardo. **El comercio electrónico**. Pág. 37



es cierto que es necesario que exista una regulación legal que respalde las transacciones comerciales de los guatemaltecos.

La regulación de estos aspectos debe sin embargo, responder a las necesidades de las personas tanto individuales como jurídicas que realizan actividades en las que se hace indispensable el uso de la red y del comercio electrónico, y no regularse solamente por mandato expreso o como requisito previo a la instauración de tratados de libre comercio.

Es necesario que el desarrollo de las sociedades que ven en el comercio electrónico y el Internet a un estupendo aliado, se vea alentado por la creación de normas jurídicas que regulen, por un lado las relaciones comerciales que se establecen mediante la utilización de medios informáticos, y por otro lado, las actividades virtuales que han de facilitar las operaciones que realizan las sociedades anónimas.

5.2. Las propensiones de la informática y el derecho a nivel internacional

Respecto a la evolución que ha tenido la materia en los últimos años, se pueden establecer claramente tendencias a nivel internacional en los distintos países del mundo, con respecto al desarrollo de la informática y el derecho.

De esta manera se pueden enumerar las siguientes tendencias, las cuales cuentan cada una de ellas, con sus características propias, y sobre todo por las características



de las legislaciones de diferentes países. Así tenemos: inicial o básica, progresiva o creciente, avanzada o próspera y culminante o innovadora.

“a) Tendencia inicial o básica

I) Poco avance y desarrollo de la informática jurídica y el derecho informático, debido a la escasa importancia dada a la materia por los profesores de derecho de las universidades y también por los funcionarios de gobierno.

II) Se empieza a promover que se incluya la materia de informática jurídica en los planes de estudio de las facultades de derecho, desarrollo inicial de la doctrina nacional (se estudia al derecho informático, dentro de la informática jurídica).

b) Tendencia creciente o progresiva

I) Distinción clara entre informática jurídica y derecho informático, como ramas totalmente independientes una de la otra, pero relacionadas entre sí; se empieza a desarrollar en firme, la doctrina nacional.

II) Consideración del derecho informático como rama autónoma del derecho, incluyéndose en los planes de estudio de las principales facultades de derecho del país, de manera separada a la materia de informática jurídica; en Europa se recomienda aglutinar a ambas materias bajo la concepción de informática y derecho, en virtud de considerar más completa esta definición.



c) Tendencia avanzada o próspera

I) Destaca la necesidad e importancia de desarrollar la labor legislativa respecto al derecho informático, normas específicas que regulen su aplicación; auge importante respecto a la doctrina y jurisprudencia. (Ej. Delitos informáticos no tipificados en los códigos penales, etc.) II) Desarrollo y consolidación importante de la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional del derecho informático; controversia de casos prácticos nacionales e internacionales en la corte suprema del país.

d) Tendencia culminante o innovadora

I) Avances importante con respecto a la informática jurídica metadocumental, auge de centros de investigación para la utilización de sistemas de inteligencia artificial aplicados al derecho, desarrollo de tesis doctorales relativas a la inteligencia artificial y el derecho.

II) Desarrollo de proyectos prácticos y específicos de utilización de la inteligencia artificial aplicados al derecho”.³⁹

“En cuanto a la legislación comparada sobre comercio electrónico por ejemplo Estados Unidos y los países europeos han dado origen al mercado electrónico, dando un nuevo

³⁹ Cantú, Ricardo, **Tendencias actuales de la informática y el derecho a nivel internacional**, revista electrónica de derecho informático, <http://www.derecho.org/redi>, s/p. Noviembre 2011



enfoque jurídico a los principios tradicionales que regula el comercio tradicional, con participación de las Naciones Unidas⁴⁰.

El Derecho comunitario europeo, en su Directiva del Parlamento y del Consejo, ha propuesto y está regulando determinado aspecto jurídico de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado, en la Directiva sobre el comercio electrónico acordado el 8 de junio del año 2000.

En ella se regulan los aspectos esenciales y generales del comercio electrónico en general y de la contratación electrónica en particular, sus disposiciones que, sin lugar a dudas, han servido para promover y armonizar dicha materia en los distintos Estados miembros, acordándose estar incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los países comunitarios antes del 17 de enero del 2002.

El Convenio de Roma regula aspectos sobre la ley aplicable en la normativa internacional en materia de obligaciones contractuales; al comercio electrónico desde el 19 de junio de 1980, en cuanto a los contratos celebrados con consumidores que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o servicios, el criterio general es la aplicación del Derecho del lugar donde el consumidor tenga su residencia habitual y sin que en ningún caso las normas del consumidor de carácter imperativo puedan resultar inaplicadas.

⁴⁰ Plaza Penades, Javier España. La Contratación Electrónica en el Anteproyecto español de ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, http://publicaciones.derecho.org/redi/N@umero_21_-_Enero_del_2000/5.



La legislación europea regula al comercio electrónico con carácter general . Resulta de aplicación la normativa de la Firma electrónica, cuya finalidad es dar seguridad a las transacciones, electrónicas garantizando la confidencialidad e integridad del mensaje y de los pagos on line, así como la identificación y no repudio del mensaje por su autor y por su destinatario.

La normativa europea, a diferencia de la estadounidense, ha prescindido la regulación de la protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información, contenida en la Directiva del 9 de abril. En este extremo, la normativa norteamericana es más amplia que la europea, al incluir la responsabilidad por hipervínculos; aunque la normativa europea tiene en sus previsiones incorporar una responsabilidad similar.

5.3. Legislación aplicable en relación de incumplimiento o violación de los principios inspiradores de la contratación en la legislación guatemalteca

La actividad mercantil se ha revolucionado debido al ingreso de la informática al ámbito de las relaciones comerciales, al punto que ha generado que los contratos que se generaban directamente, y a través de medios escritos, en la actualidad se realizan utilizando Internet e internacionalmente; tan efectivamente, y con una agilidad tan amplia que se considera un procedimiento normal a futuro.

Los avances en el comercio derivados de la utilización de la informática, permiten el apareamiento de procesos económicos como los negocios en línea y tratados de libre



comercio, con los cuales las personas se comprometen mediante las computadoras; sin perder por ello la eficacia de los principios de buena fe y verdad sabida.

Existe en Guatemala y en todo el mundo distintos procedimientos para obligarse mediante contratos informáticos de la importancia de alcanzar los objetivos comerciales del derecho mercantil guatemalteco.

La Informática es el conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores.

“La informática es la ciencia que tiene como objeto propio de su conocimiento la información; como método la teoría de sistemas; como instrumento operativo la computación; como ámbito de desarrollo la organización; como objetivo la racionalización, la eficacia y la eficiencia en la acción, a partir del control del proceso de producción y circulación de la información; como misión la de contribuir a la libertad del ser humano y la consolidación de la democracia y como valor, el del bien económico”.⁴¹

5.4. Análisis de la efectividad del comercio electrónico

Son muchas las ventajas que ofrece el comercio electrónico en el moderno derecho mercantil, puesto que a la vez que ofrece un amplio campo de navegación a través de la red, para observar, escoger y adquirir diversos productos de distintas partes del

⁴¹ Sarra, Andrea Viviana. **Comercio electrónico y derecho**. Pág. 38.



mundo, permite prescindir de mecanismos engorrosos y emplear técnicas muy modernas como las videoconferencias y el uso del correo electrónico y las páginas web para facilitar sus actividades.

Dentro de algunas de las ventajas se pueden mencionar las siguientes:

- Representa una notable facilidad de comunicación (aunque interactiva) entre proveedores y consumidores.
- Ofrece una reducción de costos
- Permite una reducción de desplazamientos físicos e instalaciones
- Permite una reducción de ciclos de tiempos y de respuesta
- Mayor alcance en los mercados es decir permite un alcance global
- Mayor información del mercado y mejor uso interno por medio de la información de clientes, proveedores, competidores, productos, servicios, precios, etc.

Por otro lado se puede observar que existen desventajas tal como el mencionar la declaración de voluntad, la cual es emitida por medio de la computadora, y, aunque la misma esté programada para actuar por si misma, no es un sujeto independiente. Tanto el hardware como el software cumplen una función instrumental, material, y no es aplicable la representación. La declaración de voluntad es imputable al sujeto a cuya esfera de intereses pertenece el hardware o el software en su caso.

Existe un creciente reconocimiento del papel esencial que pueden desempeñar los contratos en el ámbito internacional del comercio electrónico. Como un medio para aplicar el principio de autonomía de las partes y permitir una toma de decisiones



descentralizada en relación con los derechos y obligaciones comerciales, el contrato constituye un mecanismo flexible, pero ampliamente vinculante desde la perspectiva jurídica.

“El contrato bien puede considerarse como la medida autorregulatoria más importante de la cual disponen las partes que contratan en forma electrónica”⁴². Un aspecto importante es el hecho de que son diversos y numerosos los lugares o países en los que pueden residir las empresas y los consumidores, y muy numerosas las leyes nacionales y locales relativas tanto al derecho de obligaciones y contratos, los contratos pueden constituirse en operaciones mucho más complejas en el medio digital que en la forma tradicional de contratación del derecho mercantil.

Es necesario dar la importancia que merece en la contratación electrónica a la claridad y transparencia de las condiciones contractuales, sobre todo porque en ese tipo de contratación pueden intervenir partes que se encuentran en distintas regiones del mundo las cuales en la mayoría de los casos tienen muy poco contacto entre sí, ante ello, las partes que redactan los contratos y las que los aceptan, deben tener presentes algunas condiciones, como los descargos de responsabilidad, la elección del derecho y la competencia y el derecho aplicables, la protección del consumidor, la limitación en materia de responsabilidad y los problemas del derecho local del lugar de que se trate.

⁴² Briz Julián; Lazo Isidro, **Internet y comercio electrónico**. Pág. 26.



5.5. Propuesta y posibles soluciones para la efectividad del comercio electrónico

Como sabemos, el derecho mercantil es por excelencia la rama de las ciencias jurídicas que mayores y más constantes cambios observa en las diversas formas de manifestarse lo cual implica obligadamente que cambien también su estructura y algunas de las normas que lo regulan.

Dentro de los temas importantes que forman parte del derecho mercantil están los negocios jurídicos y principalmente lo relativo a los contratos. El contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial.

“El contrato debe y tiene que ser celebrado digitalmente en forma total o parcial; en el primer caso, las partes elaborarían y enviarían sus declaraciones de voluntad intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva; en el segundo caso, sólo uno de estos aspectos sería digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla; se puede enviar un mail y recibir un documento escrito para firmar”⁴³.

Así mismo también puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales: en el primer caso, se puede transferir un bien digitalizado y en el segundo, se envía un bien digital y se paga con un cheque bancario; o se envía un bien físico por un medio de

⁴³ Ibid. Pág.58.



transporte y se paga con transferencias electrónicas de dinero. Las soluciones frente al incumplimiento pueden ser electrónicas.

Así mismo la otra opción de solución es la garantía que la misma legislación proporcione, y como se indicó Guatemala, no tiene una legislación específica, siendo una opción de mejorar las condiciones y garantías del negocio mercantil electrónico la formulación de la normativa respectiva.

5.6. Aporte del autor

Frente al mundo virtual es necesario que la normatividad, contenidas en Códigos y normas específicas del comercio tradicional, se adapte a esta nueva realidad, para su regulación, teniendo en cuenta la tendencia a la desregulación de la información, elemento base del comercio electrónico.

El concepto jurídico de comercio, precisa que es una operación y una profesión mercantil, como un acto y habitual de comercio.

La desmaterialización del derecho, es decir, las consecuencias sobrevivientes de la aparición de la informática en forma casi omnipresente en la vida cotidiana, y la diferencias existentes entre el mundo analógico o material y el mundo digital y/o desmaterializado, donde la manifestación más importante de la desmaterialización es Internet, por el incesante intercambio de información a través del correo electrónico, páginas web, banners de publicidad, entre otros, generan conflictos, los cuales son



parte de las relaciones humanas y surgen en las distintas situaciones de la vida diaria a través de la red. No existiendo límites fronterizos en Internet y parece una quimera para el derecho intentar establecerlos, requiriendo soluciones más elaboradas que las existentes.

“Las condiciones para que la economía y el comercio se desarrollen armónicamente es la existencia de instancias legales donde los agentes puedan dirimir sus conflictos de intereses”⁴⁴. De esa forma es posible crear un ambiente de confianza que garantice el cumplimiento de los compromisos de las partes, al igual que el comercio tradicional a través de la negociación, conciliación, arbitraje, entre otros mecanismos que el derecho telemático deberá desarrollar.

Esta nueva forma de contacto para hablar, acordar, negociar, de servicios y/o adquisición de bienes a través de Internet, hace que las normas legales tradicionales no sean del todo aplicables a esta nueva forma de comercio; por lo que es necesario buscar que el derecho informático y telemático desarrollen criterios y postulados jurídicos, a fin de hacerlos aplicables a aspectos que deben ser considerados al momento de hablar sobre comercio electrónico.

Por ejemplo, en el comercio tradicional estamos acostumbrados, o damos por ciertas las identidades de las partes involucradas, nos dirigimos a un local comercial y

⁴⁴ Plaza Penades, Javier España. **La Contratación Electrónica en el Anteproyecto español de ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico**, http://publicaciones.derecho.org/redi/N@umero_21_-_Enero_del_2000/5.



compramos un bien; lo veo, lo reviso y si cumple con las características que estoy buscando lo compro. ¿Qué duda puede haber respecto a quién es el vendedor? si estamos viendo el letrero de identificación del local comercial.

No ocurre igual en el comercio electrónico, donde sólo tenemos como referencia la información que aparece en nuestra pantalla. A diferencia de lo anterior, en el comercio electrónico estoy obligado a confiar en la información, que respecto del bien, es entregada o proporcionada por el proveedor.

Es por lo anterior que ciertos aspectos legales, en relación al comercio electrónico, deben ser revisados y, si es necesario, modificados y complementados para crear un marco jurídico para la contratación electrónica y en especial para el comercio electrónico, teniendo por objetivo el análisis de los aspectos, como la validez de la contratación electrónica, formación del consentimiento, tribunal competente y legislación aplicable.

Tanto la Internet como el comercio electrónico, son actividades que han incursionado en las sociedades de todo el mundo de una manera estupenda. Nuestro país, no ha sido la excepción; Guatemala, ha debido ingresar al mundo digital, pues de contrario significaría quedar aislados del resto de países civilizados.

Desde principios de este siglo, el comercio electrónico ha brindado a los empresarios y usuarios de nuestro país muchas y distintas oportunidades para explotar nuevos mercados y disponer de servicios dentro de un sector que presenta un vertiginoso



crecimiento; la importancia que representa el comercio electrónico en Guatemala, es consecuencia de las grandes facilidades con que cuentan los usuarios para acceder a las redes de formas diversas, ya bien desde su oficina o lugar de trabajo como desde su propia casa o mediante la utilización de locales dispuestos por empresarios y comerciantes para navegar a través de Internet.

Guatemala, posee en la actualidad la infraestructura necesaria para desarrollar actividades relacionadas con el comercio electrónico, con cierta facilidad; prácticamente no existe empresa que no cuente con computadoras personales, además existe una gran cantidad de proveedores de Internet que en cualquier momento pueden facilitar las transacciones electrónicas que cada vez se presentan más seguras.

Existe una libre convertibilidad de moneda, verificación en el ámbito internacional de tarjetas de crédito y una amplia red bancaria que facilitan las transacciones a través de sus modernos servicios. Sin embargo si algo hace falta, es contar con una legislación adecuada que brinde además de facilidades para el uso de la red como del comercio electrónico, la seguridad para los usuarios que las transacciones que realicen por esa virtud, estarán exentas de peligros o riesgos.

Un aspecto a destacar dentro del desarrollo del comercio electrónico en Guatemala, es el hecho de que se observa una evolución interesante en este campo, ello se afirma en virtud de que el comercio electrónico en nuestro país hoy en día ya no está solamente orientado a vender artículos mediante Internet, las empresas aplican actualmente



sistemas de desarrollo interno como las bases de datos entre las mismas, con el fin de brindar a los usuarios mejores servicios y ofrecerles soluciones rápidas y eficaces.





CONCLUSIONES

1. Guatemala, no cuenta con una legislación adecuada ante la aplicación de contrataciones en comercio electrónico, no resguardando con la garantía jurídica necesaria de buena fe y verdad sabida.
2. El derecho mercantil vigente en Guatemala, no regula la existencia y utilización del documento público con soporte electrónico, a pesar de que efectivamente existen una infinidad de mecanismos de acceso por medio de la Internet y las cuales están altamente tecnificadas.
3. Los contratos informáticos no son todos iguales, ya que en algunas ocasiones son redactados como contratos de adhesión, debido a que existen contratos informáticos que cuentan con características específicas derivadas del sistema informático por la forma de contratación, por el volumen de compra, el país de origen; la cobertura de garantía y la manifestación de voluntad.
4. El comercio electrónico en el marco de la globalización, representa posibilidades de acceder a nuevos mercados, permite la reducción de costos y la celeridad en las operaciones comerciales. Guatemala, no puede competir de manera efectiva porque no existe armonía entre las nuevas manifestaciones del comercio y el derecho mercantil implementando en la legislación vigente.





RECOMENDACIONES

1. Dado que el comercio electrónico va tomando fuerza en la sociedad, el Estado de Guatemala debe de promover y divulgar los derechos y obligaciones de las personas que intervienen en la celebración de actividades contractuales dentro del comercio electrónico.
2. El Estado de Guatemala, por medio de las entidades adecuadas debe de proponer la reforma al ordenamiento jurídico en el área mercantil, como una forma indispensable para proveer a los guatemaltecos de cierta seguridad al momento de utilizar la Internet para realizar transacciones comerciales.
3. Por medio de la legislación mercantil vigente en Guatemala, se debe de clasificar los documentos informáticos que pueden celebrarse en un documento público o privado, los cuales tienen que contar con los principios de buena fe y verdad sabida en el momento de su celebración en forma electrónica, resguardando los principios de contratación.
4. Exigir la incorporación de legislación moderna en el ámbito mercantil, velar porque esas normas sean efectivamente observadas para que cumplan con sus propósitos en beneficio de la seguridad jurídica de quienes establecen relaciones y se obligan a través del comercio electrónico y la Internet.





ANEXOS



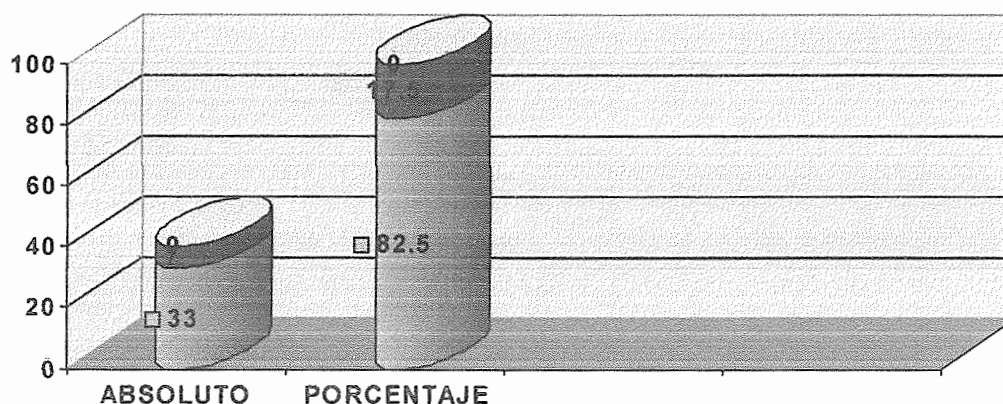
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Resultado de encuestas a profesionales y estudiantes.

Número de entrevistados: 50

1. ¿Considera usted que la legislación guatemalteca es efectiva en la protección de los intereses y respeto del ordenamiento jurídico en relación a las actividades contractuales en el comercio electrónico?:

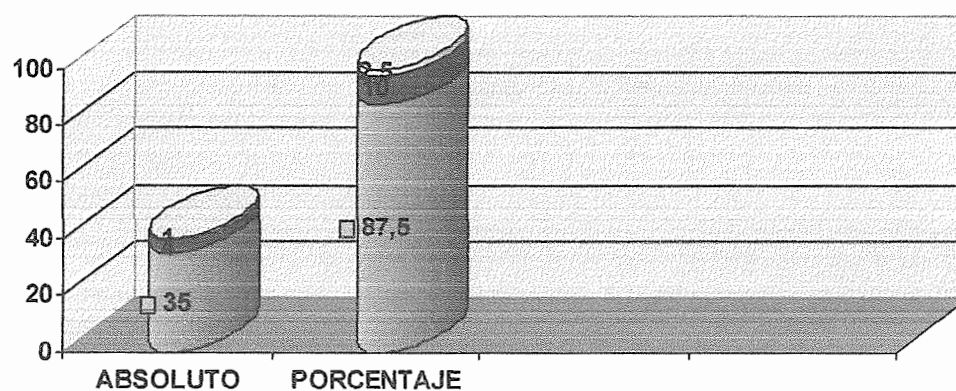
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	RELATIVO
SI	42	84%
NO	06	12%
NO CONTESTARON	02	04%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 42 de ellas que representan el 84% indicaron que la legislación guatemalteca es efectiva en la protección de los intereses y respeto del ordenamiento jurídico en relación a las actividades contractuales en el comercio electrónico; 06 personas más que representan el 12% indicaron que no es así y 02 personas más que completan la muestra no respondieron a la pregunta.

2. ¿Considera usted que es obligación del Estado promover y divulgar los derechos y obligaciones de las personas que intervienen en la celebración de actividades contractuales dentro del comercio electrónico?

ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	49	98%
NO	01	02%
NO CONTESTARON	00	00%
TOTALES	50	100%

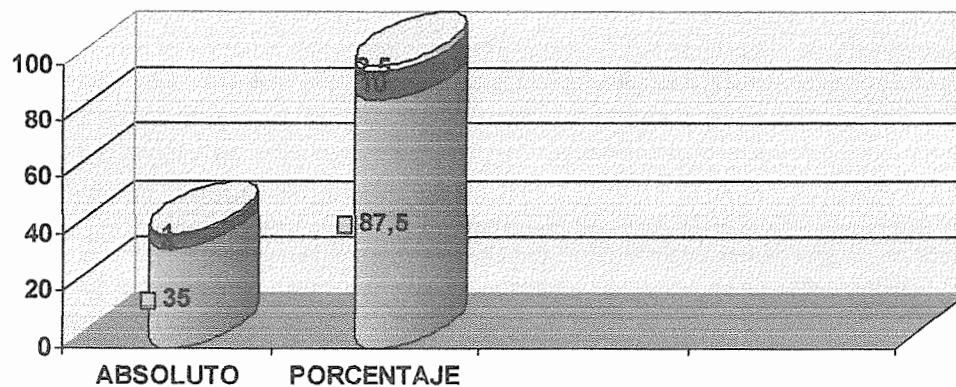


INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 49 de ellas que representan el 98% indicaron que es obligación del Estado promover y divulgar los derechos y obligaciones de las personas que intervienen en la celebración de actividades contractuales dentro del comercio electrónico y 01 persona más que representa el 2% considera que no es obligación del Estado.



3. ¿Considera usted que Guatemala, no cuenta con una legislación adecuada ante la aplicación de contrataciones en comercio electrónico, no resguardando con la garantía jurídica necesaria de buena fe y verdad sabida?:

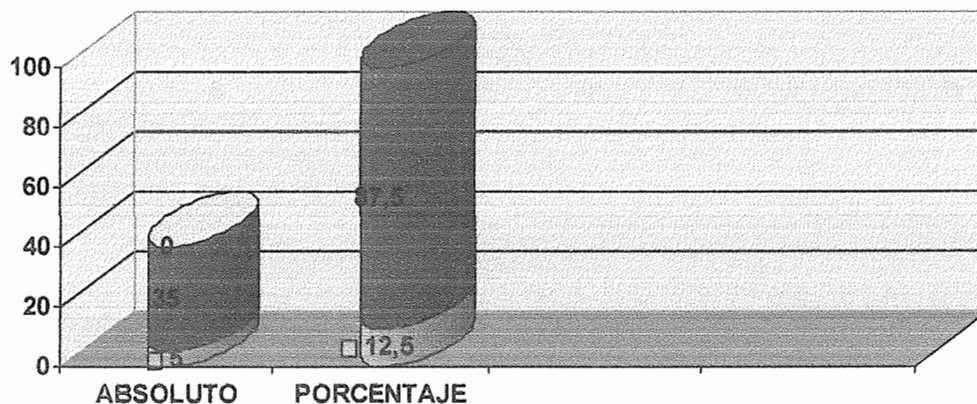
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	42	84%
NO	06	12%
NO CONTESTARON	02	04%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 42 de ellas que representan el 84% indicaron que Guatemala no cuenta con una legislación adecuada ante la aplicación de contrataciones en comercio electrónico, no resguardando con la garantía jurídica necesaria de buena fe y verdad sabida; 06 personas más que representan el 12% indicaron que no es así y 02 personas que reflejan el 04% y complementan la muestra no respondieron la pregunta.

4. ¿Considera que es indispensable armonizar la legislación guatemalteca con la que ya ha sido establecida a nivel internacional en beneficio de la contratación electrónica?

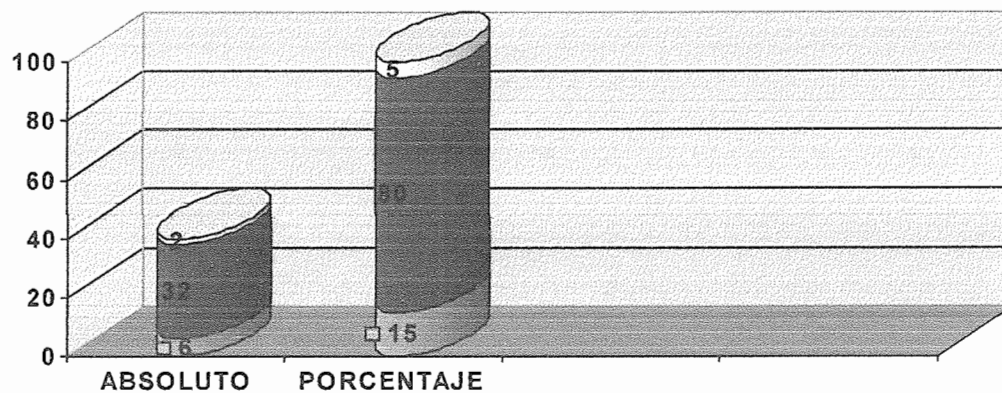
ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	49	98%
NO	01	02%
NO CONTESTARON	00	00%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 49 de ellas que representan el 98% de la población indicaron que es indispensable armonizar la legislación guatemalteca con la que ya ha sido establecida a nivel internacional en beneficio de la contratación electrónica y 01 persona más que representa el 02% de la muestra señaló que no es necesario.

5. ¿Considera que la legislación guatemalteca en materia contractual referente a los preceptos necesarios en relación al cumplimiento y desarrollo de las actividades contractuales en el comercio electrónico debe de fortalecerse para coadyuvar al respeto de los principios inspiradores de la contratación?

ALTERNATIVA	ABSOLUTO	PORCENTAJE
SI	39	78%
NO	08	16%
NO CONTESTARON	03	06%
TOTALES	50	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 50 personas que representan el 100% de la muestra; 39 de ellas que representan el 78% indicaron que la legislación guatemalteca en materia contractual referente a los preceptos necesarios en relación al cumplimiento y desarrollo de las actividades contractuales en el comercio electrónico debe de fortalecerse para coadyuvar al respeto de los principios inspiradores de la contratación; 08 personas más que representan el 16% señalaron que no y 03 personas más que representan el 06% del total de la muestra no contestaron la pregunta.





BIBLIOGRAFÍA

- BORJA SALAZAR, Ruiz, **Comercio electrónico, empresario tecnológico**. 2ª. ed.; Valladolid, España: Ed. Lex nova, 2001.
- BROSETA PONT, Manuel. **Manual de Derecho Mercantil**. Volumen I. 13ª. ed.; Barcelona, España. Ed. Tecnos, 1994.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Ed. Heliasta, S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1989.
- CÁCERES FORERO, Pedro. **La informática en el ámbito del derecho**. Ed. Universitaria, Bogotá, Colombia. 1991.
- CANTÚ, Ricardo. **Tendencias actuales de la informática y el derecho a nivel internacional, revista electrónica de derecho informático**, No. 15, septiembre de 2004, <http://www.derecho.org/redi>,
- CERVANTES AHUMADA, Raúl, **Títulos y operaciones de crédito**, 15ª ed., 2ª reimpresión Porrúa, México, 2002
- CRESPO A., Marco A. **Lecciones de Hacienda Pública Municipal**. Caracas, Venezuela, marzo de 2010
- DUARTE CUEVA, Franklin, **Fundamentos del Comercio Internacional: Un Enfoque Empresarial**, 1ª Ed. San Marcos, Perú, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo, **Comercio electrónico**. 2ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 2001.
- ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Derecho Civil III, IV y V**. Editorial Orellana & Asociados. 1era ed. Guatemala.
- PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco**. II Parte; Guatemala: Imprenta Aries. 2000.
- PÉREZ IXCOY, Jorge Álvaro. Tesis de licenciatura: **"Análisis jurídico doctrinario acerca del comercio electrónico y el uso de internet, en cuanto a sus implicaciones dentro del moderno derecho mercantil y las sociedades mercantiles en Guatemala**. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2007.
- RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro. **"Introducción al Derecho Mercantil y Fiscal"**. México, Ed. Limusa, 1986.



SARRA, Andrea Viviana. **Comercio electrónico y derecho**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2001.

STANLEY JEVONS, William, **Teoría de la economía política**. Editorial Pirámide, 1998.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, 5ª Ed. Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2002.

Legislación

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

Código Civil, Decreto ley 106, del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto ley 107, del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

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