

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

**LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS BROWSER, Y LA NECESIDAD
DE CREAR EL MECANISMO PARA AUTORIZAR ESTE TIPO DE CONTRATOS
POR EL REGISTRO MERCANTIL POR MEDIO DE UN REGLAMENTO
ESPECIAL**

POLA MARLENY VELIZ ESCOBAR

GUATEMALA, ABRIL DE 2015

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

**LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS BROWSER, Y LA NECESIDAD
DE CREAR EL MECANISMO PARA AUTORIZAR ESTE TIPO DE CONTRATOS
POR EL REGISTRO MERCANTIL POR MEDIO DE UN REGLAMENTO
ESPECIAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

POLA MARLENY VELIZ ESCOBAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril de 2015

**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. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Arsenio Pérez Chegüen
Secretario: Licda. Ileana Noemi Villatoro Fernández de Sandoval
Vocal: Lic. Víctor Enrique Noj Vasquez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Erick Ortiz Gómez
Secretaria: Licda. Ileana Noemi Villatoro Fernández de Sandoval
Vocal: Licda. Ana Elvira Polanco Tello

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).



GA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 01 de agosto de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, LESBIA HERNANDEZ MARTINEZ
 _____ para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
POLA MARLENY VELIZ ESCOBAR, con carné 200816197
 intitulado LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS BROWSER. Y LA NECESIDAD DE CREAR EL
MECANISMO PARA AUTORIZAR ESTE TIPO DE CONTRATOS POR EL REGISTRO MERCANTIL POR MEDIO DE UN
REGLAMENTO ESPECIAL.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

[Signature]
 DR. BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 03 / 08 / 2014

[Signature]
 Asesor(a)

Licda. Lesbia Hernández Martínez
 Abogada y Notaria



Guatemala, 29 de septiembre de 2014.

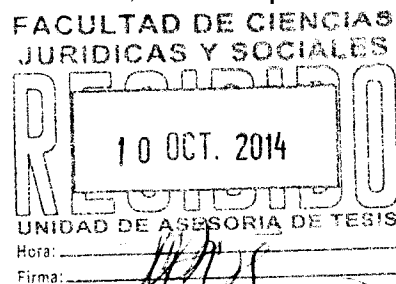
Doctor

Bonerger Amilcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala.



Doctor Mejía Orellana:

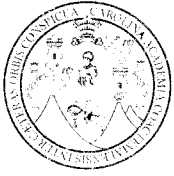
En cumplimiento del nombramiento como asesora del trabajo de tesis de la bachiller **POLA MARLENY VELIZ ESCOBAR**, intitulado **"LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS BROWSER, Y LA NECESIDAD DE CREAR EL MECANISMO PARA AUTORIZAR ESTE TIPO DE CONTRATOS POR EL REGISTRO MERCANTIL POR MEDIO DE UN REGLAMENTO ESPECIAL"**; y en virtud que el trabajo asesorado reúne los requisitos, tanto de forma y de fondo, que exige el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; rindo a Usted mi dictamen en los términos siguientes:

- a) *Declaro no ser pariente dentro de los grados de ley, ni tener ningún interés directo, ni vínculo alguno con la ponente del presente trabajo de investigación.*
- b) La investigación realizada por la bachiller Veliz Escobar, se desarrolló sobre un tema importante dentro del derecho mercantil, específicamente en lo referente a contratos atípicos browser, que se investigó según nuestra legislación, tratados internacionales y doctrina, que tienen relación con el comercio electrónico en favor de la sociedad desde puntos de vista tanto legales como doctrinarios.
- c) Considero que la ponente aborda de manera muy científica y técnica una problemática importante dentro de la sociedad guatemalteca, y los métodos y técnicas de investigación utilizadas para llegar a establecer la conclusión discursiva, ha sido seleccionada adecuadamente; todo ello, se encuentra reforzado con la bibliografía utilizada que está enriquecida con la legislación nacional e internacional, así como autores nacionales y extranjeros, la que demuestra acuciosidad de la estudiante en la investigación realizada, lo cual, ha contribuido a confirmar la hipótesis que se estableció dentro del plan respectivo.

- d) La redacción y estructura de la investigación, y la bibliografía utilizada se encuentra actualizada y acorde a un trabajo técnico científico de tesis, evidenciando un adecuado tratamiento de las fuentes y un análisis previo a la selección del material bibliográfico, constituyéndose un valioso aporte a la rama del derecho mercantil, que servirá de fundamento para quien desee analizar la propuesta planteada.
- e) El trabajo se hizo bajo mi propia dirección y supervisión, razón suficiente por la que me consta su planificación, elaboración, investigación y redacción, cumpliéndose a cabalidad las exigencias, las que se pidieron por la naturaleza de un trabajo de vital importancia en la vida nacional y que representa un valioso aporte de la autora para la rama del derecho mercantil; y en virtud de considerar que el trabajo de tesis llena los requisitos exigidos en el respectivo normativo, **EMITO DICTAMEN FAVORABLE**, previa revisión y discusión en el examen público.

Con muestras de mi más alta estima, me suscribo de usted, como su atenta y segura servidora.

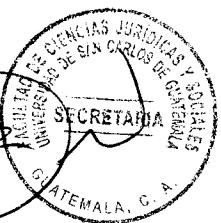
Licda. Lesbia Hernández Martínez
Abogada y Notaria




Handwritten initials

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 16 de marzo de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante POLA MARLENY VELIZ ESCOBAR, titulado LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS BROWSER, Y LA NECESIDAD DE CREAR EL MECANISMO PARA AUTORIZAR ESTE TIPO DE CONTRATOS POR EL REGISTRO MERCANTIL POR MEDIO DE UN REGLAMENTO ESPECIAL. 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/srrs
Handwritten signature


Handwritten signature

Lic. Avdán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haber permitido llegar a este momento histórico en mi vida, por su infinita misericordia, por las grandezas y bendiciones que me ha otorgado.
- A VIRGEN MARIA:** Por ser haber intercedido ante Dios nuestro señor por mí, para poder llegar a este momento de mi vida, la amo y admiro.
- A MIS PADRES:** Joselino Veliz Moscoso y Berta Marina Escobar Villagrán, Los dos grandes Amores de mi vida, por su valiosa dedicación, apoyo, ejemplo y como agradecimiento por su incondicional esfuerzo demostrado para que yo sea una mujer de bien.
- A MIS HERMANOS Y HERMANAS** Por su ejemplo y apoyo incondicional, comprensión y confianza a lo largo de mi vida, los amo.
- A MIS SOBRINOS:** Por darme ese impulso que me ayudo a seguir adelante sabiendo que algún momento sería un ejemplo para ellos. Los amo.
- A MIS AMIGOS/AS Y COMPAÑEROS/AS:** Con quienes compartimos buenos y desagradables momentos en las diferentes aulas, con cariño especial y amistad, Dios los bendiga.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala. Gloriosa y tricentenario alma mater, que me irradia ciencia y conocimiento.
- ESPECIALMENTE:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Templo del saber, por darme una conciencia social y la oportunidad de superarme.



PRESENTACIÓN

Este estudio sobre la regulación del contrato atípico browser en forma cualitativa es un problema poco estudiado y advertido dentro del sistema jurídico guatemalteco, que no se ajusta a los postulados actuales ni le da valor a garantías constitucionales y derechos humanos, al no encontrarse regulado dentro de la rama del derecho a la cual corresponde, en este caso el mismo debe de tipificarse dentro de la rama de derecho mercantil, en especial en su enfoque con navegadores web o páginas web pueden operar en el territorio nacional; por lo que se propone identificar los factores intervinientes y desencadenantes de las situaciones que pudieran constituirse en violaciones a derechos fundamentales y, así, poder aportar a través de sus diversas líneas de acción, herramientas útiles que permitan la transformación del comercio electrónico, contando con información legal y doctrinaria nacional así como internacional.

El objeto de esta investigación es plantear una posible solución al problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos browser y demostrar que sin una legislación respecto la mismas no se ajustaría a los requerimientos actuales y modernos del derecho mercantil; así también se analizan sus efectos, límites y los posibles abusos que se pueden cometer en su aplicación, tomando en cuenta la realidad actual del país según el estudio e investigación realizado en el periodo de tres años, aportando así académicamente la ampliación de conocimientos sobre contratos atípicos de plataforma electrónica y su posible regulación en un reglamento especial.

HIPÓTESIS

Es posible solucionar el problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos browser con las normas generales de los contratos y las obligaciones, pero resulta necesario recurrir a otros mecanismos, como la legislación, en virtud que llevan implícito el más alto grado de justicia social, cuyos principios son: el derecho de la persona a la protección de garantías constitucionales, los cuales comprueban la validez legítima de la premisa que intitula la tesis, porque la informática ha ocupado y ocupa un lugar trascendental en la sociedad que requiere regulación, de lo contrario no se ajustaría a la realidad; pues sus postulados no protegerían a la sociedad. Por lo tanto, la hipótesis que se plantea es que se debe encuadrar el control y registro de qué navegadores web o páginas web o sea browser pueden operar en el territorio nacional, porque su ausencia de legalidad en la actualidad vulneran los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis se fundamenta en el derecho mercantil y en la justicia en favor de los cibernautas dentro de la sociedad guatemalteca; analizándose para el efecto los preceptos generales de los contratos atípicos, especialmente browser, y el Registro Mercantil, los cuales comprueban la validez legítima de la premisa que intitula el trabajo de investigación.

Derivado de los métodos de investigación analítico, deductivo, inductivo aplicados al estudio de la legislación nacional e internacional, así como doctrinaria, se llegó a comprobar la hipótesis; puesto que se determinó que para la efectiva impartición de justicia en favor de la sociedad, se debe legislar que navegadores web o páginas web o sea browser pueden operar en el territorio nacional, de lo contrario la impartición de justicia sería ambigua con la legislación nacional vigente; y alejado de la realidad jurídico política del país,



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El derecho y derecho mercantil.....	1
1.1. Antecedentes del derecho.....	2
1.2. Definición de derecho.....	5
1.3. La fuente del derecho.....	8
1.4. Principios del derecho.....	10
1.5. El derecho mercantil.....	14
1.6. Definición de derecho mercantil.....	15
1.7. Naturaleza del derecho mercantil.....	17

CAPÍTULO II

2. Contratos atípicos.....	19
2.1. Definición de los contratos atípicos.....	21
2.2. Características de los contratos atípicos.....	26
2.3. Fines de los contratos atípicos.....	28

CAPÍTULO III

3. El Registro Mercantil de Guatemala.....	31
3.1. Reseña histórica.....	31
3.2. Definición Registro Mercantil de Guatemala.....	34
3.3. Características.....	36
3.4. Registros realizados en el Registro Mercantil de Guatemala.....	37
3.5. Fundamento legal de Registro Mercantil de Guatemala.....	42



CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Los contratos mercantiles atípicos browser.....	45
4.1. Análisis de los contratos mercantiles atípicos browser.....	47
4.1.1. El contrato electrónico.....	48
4.2. Los contratos browser.....	50
4.3. Definición.....	52
4.4. Características.....	54
4.5. Elementos.....	57
4.5.1. El consentimiento online.....	58
4.5.2. El negocio jurídico en la red.....	59
4.5.3. Hechos en la red.....	62
4.5.4. Actos jurídicos en la red.....	63
4.6. Implementación de la base de datos.....	65
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	69
ANEXO.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	79

INTRODUCCIÓN

El derecho jamás pierde actualidad todos los días se está renovando, es el caso de los contratos atípicos, especialmente browser, aunque los conceptos generales tienden a ser los mismos la ciencia se ha encargado de innovar la aplicación de tales conceptos, aclarando en muchos casos, la verdadera naturaleza de este tipo de contratos y las características que los componen, pero se plantea como mecanismo de regulación, es que mediante una ley se autorice el uso de determinados navegadores web o página web o sea browser y así no cualquier página web puede desenvolverse en el territorio nacional previo a que tribute al Estado por permitir su registro para poder operar, problemática social que no ha resuelto el derecho.

El objetivo de la investigación fue demostrar que el derecho mercantil puede resolver la problemática: los contratos mercantiles atípicos browser, y la necesidad de crear el mecanismo para autorizar este tipo de contratos por el Registro Mercantil por medio de un reglamento especial.

Se afirma a manera de hipótesis: es posible solucionar el problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos browser con las normas generales de los contratos y las obligaciones, pero resulta necesario recurrir a otros mecanismos, como la legislación, en virtud que llevan implícito el más alto grado de justicia social, cuyos principios son: el derecho de la persona a la protección de garantías constitucionales, los cuales comprueban la validez legítima de la premisa que intitula la tesis.

Un navegador o navegador web, página web o browser, es un software que permite el acceso a internet, interpretando la información de archivos y sitios web para que éstos puedan ser leídos.

La investigación, se divide en cuatro capítulos; el capítulo uno, describe el derecho y derecho mercantil, con sus generalidades que comprende su sentido histórico, práctico y social; el capítulo dos, contratos atípicos; revela la orientación global y las condiciones legales que avalan su comercialización; capítulo tres, Registro Mercantil de Guatemala; establece y presenta facilidades y dificultades del ejercicio de derechos registrales; capítulo cuatro, los contratos mercantiles atípicos browser; declara aspectos que se deben tomar en cuenta para determinar la legislación y como aporte y una forma de solución al conflicto de contratos mercantiles atípicos browser, y la necesidad de crear el mecanismo para autorizarlos por el Registro Mercantil por medio de un reglamento especial

El presente estudio doctrinario y jurídico es acorde a diversos juristas nacionales y extranjeros, así como en la adecuada aplicación de la legislación nacional vigente.

Se sustentó en el uso de los métodos analítico, deductivo, inductivo y técnicas de investigación bibliográfica y la síntesis, mediante los cuales fue posible el análisis de la legislación y doctrina tanto nacional como internacional; determinando los presupuestos del tema planteado y estableciendo el marco teórico sobre el cual debe fundarse el contrato browser.

CAPÍTULO I

1. El derecho y derecho mercantil

Con el devenir de la historia y con la misma evolución de la humanidad las sociedades han ido cambiando y con ellas también las distintas formas de sometimiento entre unos individuos y otros a través del derecho.

Una de las características propias del derecho es la mutabilidad, es decir aquella posibilidad de ir adecuando los distintos cuerpos normativos a las distintas realidades sociales, entre ellas realizar acciones con el fin de conservar, proteger y resguardar los derechos de las personas, en virtud que éstos son “facultades que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental, exigiendo el respeto de los demás”.¹

Se considera que para desarrollar los contratos mercantiles atípicos browser, y la necesidad de crear el mecanismo para autorizar este tipo de contratos por el Registro Mercantil por medio de un reglamento especial, se plantea un análisis jurídico, doctrinario y social el cual no se limita al aspecto legal, empero, permitirá comprender algunas de sus características del derecho y el derecho mercantil como la voluntad de la clase dominante, elevada a categoría de ley, en virtud de los efectos que ha ocasionado a los débiles.

¹ Peces Barba, Gregorio. **Derechos fundamentales**. Pág.66.

1.1. Antecedentes del derecho

Se analizan las aportaciones más representativas y rasgos más notables de diferentes autores nacionales e internacionales que han incursionado en el tema, partiendo que: “derecho deriva del latín *directium* que significa directo, derecho. Otros dicen que la palabra derecho deriva de *dirigere*, que significaría enderezar, ordenar, guiar”.²

Se considera que los jurisconsultos, que han examinado lo que se intitula *ut supra*, proponen diversas formulaciones que revelan en general los rasgos específicos y las orientaciones del contexto económico, social y político.

“El derecho común, es el derecho que dio origen al derecho civil, este es el tronco común de todas las ramas del derecho; el derecho civil se compara a un gran tronco y de éste se desprendió el derecho público, aparentando una separación entre derecho público y derecho privado, pero esta separación no es completa, porque no existe una completa independencia en cuanto a las figuras que contiene tanto uno como el otro”.³

Se expone que el hombre desde el inicio de la humanidad, tiende a vivir en sociedad, y esta vida colectiva, dio inicio a necesidades distintas a las que tiene el ser humano; hasta llegar a los contratos mercantiles atípicos *browser*, y la necesidad de crear el mecanismo para autorizar este tipo de contratos por el Registro Mercantil por medio de un reglamento especial.

² López Mayorga, Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho**. Vol. I. Pág. 17

³ Villegas, Héctor. **Derecho financiero y tributario**. Pág. 156.

Se considera que con la evolución que traen los siglos, las agrupaciones crecen y se perfeccionan, vemos así que cuando el ser humano decide integrarse a una colectividad, esa reunión de individualidades supone diversos ideales comunes que primariamente son el de defenderse recíprocamente, crear normas de convivencia que regulen una interdependencia armoniosa y velar por su acatamiento, así como buscar el medio de resolver las controversias y castigar las infracciones con el mayor grado de justicia a través del derecho, porque éste lleva implícito la más racional producción y el más alto grado de justicia social, que sirven de aprovechamiento de desarrollo, cuyos principios son: el derecho de la persona y la realización de la justicia por medio de la formación de la decisión judicial.

Se investigó que: “la historia enseña que el derecho público y el derecho privado no son ramas separadas porque tienen relación entre ellas, así sucede con todas las materias del derecho tienen relación unas con otras, el derecho mercantil de una u otra forma se relaciona con el derecho civil, penal y notarial; el derecho es uno, dividido en materias específicas, pero la división del mismo se ha dado por necesidades coyunturales históricamente, se han creado códigos específicos para cada rama del derecho, también instituciones propias, pero el derecho siempre será uno”.⁴

La historia del derecho está estrechamente relacionada con el desarrollo de las civilizaciones y se fija en el contexto más amplio de la historia social. Muchos juristas e investigadores de la historia del derecho han visto en la historia jurídica un camino más contextualizado y en consonancia con el pensamiento de los historiadores sociales.

⁴ López Mayorga. **Ob. cit.** Pág. 17

Para estudiar los antecedentes del derecho, primero se debe de hacer una recapitulación a lo largo de la historia de cómo ha evolucionado el derecho y las razones por las que ha ido cambiando hasta llegar a las debilidades del Estado en la cual se encuentran los aspectos que aún no ha regulado porque es claro que: “hay fallas en el Estado de Guatemala para hacer uso de las oportunidades, el tiempo y las capacidades para llevar a cabo medidas efectivas que den cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos para la población”.⁵

Se descubrió que: “en los inicios, la historia del derecho no era más que una especialización de la historia general, de manera que se utilizaría el método histórico crítico propio de la ciencia histórica. Tal consideración se mantendría estable hasta que Alfonso García Gallo, escribiera su crítica, compuesta por una serie de observaciones que destacaban la problemática de considerar a la historia del derecho como una ciencia histórica. La primera vez que García Gallo atribuyera el carácter de ciencia jurídica a la historia del derecho sería en la conferencia que impartió el 25 de noviembre de 1952”.⁶

Se trata de analizar todos estos resultados cuanto sea posible organizar de una manera coherente los procedimientos y escritos, que otorgan esa imagen de complejidad, y que logran por último cumplir su razón de ser. Un resultado justo que comparta toda la sociedad, los antecedentes del derecho.

⁵ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Guatemala. **Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala**. Pág.5.

⁶ <http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/03/derecho.html> (Guatemala, 15 de septiembre de 2014)

1.2. Definición de derecho

Analizando las legislaciones más antiguas, así como la doctrina, se confirma la existencia del derecho en la ciencia de la sociedad, y el objeto de esta tesis es contribuir a la protección del derecho humano planteando la necesidad de regular los contratos mercantiles browser por medio de un reglamento especial, lo cual robustecería a la persona como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad, porque ésta “es entendida como un sistema de relaciones entre la humanidad, y allí es donde se produce la cultura, el lenguaje, el arte, la ciencia, la moral, la religión y el derecho”.⁷

Los jurisconsultos, que han examinado este problema proponen diversas formulaciones que revelan en general los rasgos específicos y las orientaciones del contexto económico, social y político de la época, por lo que se presentan varias definiciones.

“Derecho es una norma que rige, sin torcerse hacia ningún lado, la vida de las personas para hacer posible la convivencia social”.⁸

Bajo esta premisa encontramos que el derecho es considerado como la rama jurídica de carácter prevalentemente mixta, que contiene las normas jurídicas reguladoras concernientes a la sociedad. Se resalta esta definición el hecho de limitarlo a la regulación y su calificación como social.

⁷ Gil Pérez, Rosario y Carlos Paiz Xulá. **Introducción a la Sociología**. Pág. 217.

⁸ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 294

“Para algunos derecho es un conjunto de reglas de conducta, principios y normas jurídicas autónomas, cuyo cumplimiento es obligatorio y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por la autoridad legítima”.⁹

Se destaca la autonomía de los preceptos jurídicos, que han originado una importante corriente que agrupa la mayoría de estudiosos de la materia, y la mención de los intereses de la colectividad.

“Derecho es la colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquiera sociedad civil, para vivir con forme a justicia y paz; ya cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza”.¹⁰

En esta definición se mencionan aspectos sociales, porque existen normas propias de la humanidad.

“Derecho es el conjunto de normas jurídicas impero atributivas (bilateralidad) impuestas por el Estado, (heteronomía), que regulan la conducta externa del hombre en sociedad (exterioridad) y que de no cumplirse puede hacerse efectivo por la fuerza (coercibilidad)”.¹¹ (Sic.)

Aquí están contenidos aquellos principios de los cuales no se puede prescindir en los Estados de derecho para lograr que la coacción esté regulada.

⁹ **Ibid.**

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 131.

¹¹ López Mayorga. **Ob. cit.** Pág. 9

Se considera que todo derecho debe estar basado en un conjunto de principios que determinen su esencia y lo hagan diferente a cualquier proceso vigente en el país, debe reflejar la composición de la nación guatemalteca, es decir, su multiculturalidad, multiétnicidad y plurilingüismo.

Se concluye que el derecho es el conjunto de normas, leyes, reglamentos y disposiciones en general, doctrina y jurisprudencia que regulan las conductas y actividades de la sociedad.

Asimismo sus factores económicos, sociales, políticos y culturales que influyen: primero en que se dictan normas excepcionales a las generales del derecho como lo es el mercantil y luego verdaderos y autónomos institutos desprendidos de ese tronco común; así como aquellas que le son directas complementarias con miras a obtener la más racional producción y el más alto grado de justicia social.

“La justicia social, se refiere a las nociones fundamentales de igualdad de oportunidades y de derechos, más allá del concepto tradicional de justicia legal. Según, la comunidad internacional, hoy en día la expresión “Justicia Social” tiene tanta proclamación que a partir del 26 de noviembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas; en su resolución número 62/10, declaró en cada año: “20 de febrero Día Mundial de la Justicia Social”.¹²

¹² Morente Acetún, Carlos Hugo. **Necesidad de crear órganos jurisdiccionales agrarios**. Pág. 24.

1.3. La fuente del derecho

Se investigó que la palabra fuente tiene un sentido vulgar conocido por todos. Por ejemplo; una fuente de agua es el sitio, el lugar donde brota el agua. El mismo sentido tiene, aplicado al derecho: fuente del derecho es el acto, el órgano, el fenómeno, etc., donde brota el derecho.

“Hans Kelsen, en su Teoría pura de Derecho, afirma que la expresión es utilizada para hacer referencia:

1. Razón de validez de las normas. En este sentido la norma superior es fuente de lo inmediatamente inferior.
2. Forma de creación de la norma. Así el acto legislativo es fuente de la ley; el acto de sentenciar lo es de la sentencia; la costumbre, de la norma consuetudinaria, etc.
3. Forma de manifestación de las normas. La constitución, la ley, los decretos serían en este sentido fuentes del derecho.
4. Por último se habla de fuentes como el conjunto de pautas compuesto por valoraciones, principios morales, doctrina, etc., que determina la voluntad del legislador, contribuyendo a dar contenido a la norma jurídica”.¹³ (Sic.)

En el sentido expuesto buscar la fuente de una norma jurídica es buscar el punto por donde ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la vida del derecho.

¹³ López Mayorga. *Ob. cit.* Pág. 21

Se descubrió que fuente del derecho son los hechos, actos, doctrinas o ideologías que resultan determinantes para la creación, modificación o sustitución del derecho, tanto desde su perspectiva histórica, como de los mecanismos necesarios para la producción de nuevas disposiciones jurídicas que se adecuen a los jueces, los legisladores, los funcionarios administrativos. Inclinando su voluntad en un sentido determinado en el acto de crear normas jurídica.

Son muchas las clasificaciones que se ofrecen de las fuentes del derecho, pero se mencionan las fuentes históricas y vigentes; fuentes materiales y reales; fuentes formales; fuentes directas e indirectas; fuentes principales, subsidiarias y auxiliares.

Se concluye que fuente del derecho, es todo tipo de norma, escrita o no, que determina la vinculatoriedad del comportamiento de los ciudadanos y de los poderes de un Estado o comunidad, estableciendo reglas para la organización social y particular y las prescripciones para la resolución de conflictos.

En Guatemala, la Ley del Organismo Judicial, en su Artículo 2, señala: "Fuentes del derecho. La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada." Además, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la costumbre constituye fuente de derecho cuando la ley remite a ella, por ejemplo en el caso del Código Civil, en el Art. 1599.

Se descubrió que fuente del derecho son los hechos, actos, doctrinas o ideologías que resultan determinantes para la creación, modificación o sustitución del derecho, tanto desde su perspectiva histórica, como de los mecanismos necesarios para la producción de nuevas disposiciones jurídicas que se adecuen a los jueces, los legisladores, los funcionarios administrativos. Inclinando su voluntad en un sentido determinado en el acto de crear normas jurídica.

Son muchas las clasificaciones que se ofrecen de las fuentes del derecho, pero se mencionan las fuentes históricas y vigentes; fuentes materiales y reales; fuentes formales; fuentes directas e indirectas; fuentes principales, subsidiarias y auxiliares.

Se concluye que fuente del derecho, es todo tipo de norma, escrita o no, que determina la vinculatoriedad del comportamiento de los ciudadanos y de los poderes de un Estado o comunidad, estableciendo reglas para la organización social y particular y las prescripciones para la resolución de conflictos.

En Guatemala, la Ley del Organismo Judicial, en su Artículo 2, señala: "Fuentes del derecho. La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada." Además, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la costumbre constituye fuente de derecho cuando la ley remite a ella, por ejemplo en el caso del Código Civil, en el Art. 1599.

1.4. Principios del derecho

Desde tiempos remotos se afirmaba que el tema referido a los principios del derecho era uno de los más discutidos. Hoy, no es la excepción pues continúa siendo discutido y discutible cada cual ha dado su opinión, no pocas veces de un modo parcial.

Se investigó que los principios del derecho o sea los generales del derecho son máximas o axiomas jurídicos recopilados históricamente; o son los dictados de la razón admitidos legalmente, como fundamento inmediato de sus disposiciones.

Se considera que los principios generales del derecho tienen una doble función, ya que por un lado constituyen el fundamento del derecho positivo y por otro vienen a ser una fuente formal del derecho. En ellos se apoyan los jueces para resolver el caso concreto cuando falte una norma expresa que contenga la solución al mismo; es decir, los principios generales del derecho no contienen la norma jurídica pues no son fuentes directas; pero contribuyen a crearla, son fuentes indirectas.

Existe en la doctrina una serie de principios que permiten interpretar desde la Constitución Política de la República, hasta todas las leyes, en forma coherente y equilibrada. El reconocimiento de los principios no es unánime en la doctrina ni en las distintas legislaciones, pero en esta tesis es necesario mencionar desde los principios constitucionales pues los generales del derecho son conocidos desde las primeras clases de derecho en el inicio y transcurso de la carrera de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado.

“Los principios constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico, no puede haber contradicción entre ellos y los preceptos legales, porque garantizarán igualdad”.¹⁴ Se explican las siguientes; sin dejar a un lado que existen otros o sea los generales de derecho pero por el carácter profesional de este trabajo investigativo no se mencionan.

a) Principio de supremacía constitucional

Este principio de supremacía Constitucional, implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico guatemalteco, está la Constitución, establecida como una decisión política del poder constituyente y solo modificable como tal por decisión de éste. Además, se considera que la validez de las normas generales emana de la Constitución Política de la República, y que la Carta Magna de 1985 estableció claramente en su Artículo 21 transitorio la permanencia de su validez.

Se investigó que este principio es la particular relación de supra y subordinación en que se hallan las normas dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que se logre asegurar la primacía de la ley fundamental del Estado.

Significa que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución, y toda norma inferior debe reflejar su contenido. Se considera que este principio se puede fundamentar en los Artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

¹⁴ Morente Acetún. **Ob. Cit.** Pág. 26.

El principio de supremacía Constitucional es fundamental para la consolidación del Estado de Derecho. El principio de la supremacía constitucional, es el que ubica a la Constitución Política en la cúspide del ordenamiento jurídico.

b) Principio de control

Éste es el procedimiento por medio del cual se hace efectiva la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. Sin un sistema de control, se corre el riesgo de que la Constitución carezca de efectividad práctica. Se hace efectivo a través del amparo, la exhibición personal y la inconstitucionalidad.

Si no existe efectivamente dicho control, la supremacía constitucional es letra muerta, en virtud de que toda norma de derecho existe y tiene plena validez condicionada a que sus disposiciones puedan ser impuestas. Si no se hace efectivo el control de la supremacía constitucional no existirá relación de supra y subordinación normativa dentro del ordenamiento jurídico.

c) Principio de unidad constitucional

Consiste en que una norma constitucional no debe ser interpretada en forma aislada, sino en su conjunto constitucional, para evitar incompatibilidades o choques constitucionales.

d) Principio de concordancia práctica de las normas constitucionales

Este principio se aplica ante la colisión de dos bienes jurídicos tutelados en la Constitución, y, en consecuencia, el juez debe interpretar sistemáticamente, ponderando prioridades frente al caso concreto.

e) Principio de interpretación extensiva de la ley

Las normas que se refieren a derechos humanos deben interpretarse siempre en forma extensiva y no restrictiva.

f) Principio de existencia de derechos constitucionales fuera de la Constitución

El artículo 44 de la Constitución Política, establece que: "Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana".

g) Principio de legalidad

Se considera que este principio puede ser dividido en dos partes: la primera, en cuanto al ejercicio del poder público, indica que los funcionarios del Estado sólo pueden hacer aquello que la ley les permita; y la segunda, en cuanto al accionar de los particulares, determina que ellos pueden hacer todo aquello que las leyes no prohíban. Este principio quedó establecido en los artículos 5, 152 y 154 de la Constitución Política.

Se investigó también que los considerandos de las leyes y códigos consagran, generalmente, los principios propios de la rama del derecho que se regula dentro de ellos. Así, por ejemplo, en los considerandos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, se consagran los principios democráticos, de justicia, libertad y seguridad que han de regir al Estado de Guatemala. El Código de trabajo, por su parte, consagra dentro de sus considerandos los principios de tutelaridad, justicia social, conciliación entre el capital y el trabajo, etc., que deben inspirar la legislación laboral; el Código de Comercio, regula los principios filosóficos del derecho mercantil, etc.

Es por ello que, aunado a lo expuesto y los principios generales del derecho pueden ser definidos como los elementos de integración e interpretación de las normas jurídicas.

1.5. El derecho mercantil

“El derecho mercantil principia a caminar por sus propios medios tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil, sin dejar a un lado que desde la antigüedad florecieron culturas como la de los egipcios, fenicios, los persas, los chinos; pero fueron los griegos quienes desarrollaron el comercio por la vía marítima, incluyendo figuras como el préstamo en la gruesa ventura, también se dio la echazón, que es el antecedente de la avería gruesa; la denominada ley rodia regía el comercio marítimo. En Roma no se dio un derecho mercantil autónomo. El jus civile era un universo para toda relación de orden privado”.¹⁵

¹⁵ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 28.

Se considera que los modernos sistemas de distribución comercial forman parte de los hechos sociales que señalan el concepto y la función de cada uno de ellos, por lo que para los contratos mercantiles atípicos browser, y la necesidad de crear el mecanismo para autorizar este tipo de contratos por el Registro Mercantil por medio de un reglamento especial, se requiere hacer síntesis del derecho mercantil en virtud que Guatemala se encuentra inmersa en el desarrollo y evolución en el ámbito comercial, y el contrato señalado no se encuentran reconocido, tipificado o regulado por ninguna ley a pesar de su uso frecuente, de su contribución a la economía, además de ser un medio de desarrollo y diversificación a nivel nacional e internacional en el ámbito empresarial.

El derecho como totalidad refleja los intereses y los conflictos de las diferentes clases sociales; pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo es el derecho mercantil. Esta rama del derecho está vinculada con el sistema capitalista en nuestros días, lo que debe significar en última instancia es hacer realidad la prevalecencia del interés social sobre el particular de manera que el comercio realizado por los hombres y mujeres contribuya al progreso social. En este aspecto el derecho mercantil ha evolucionado de tal manera que es necesario definirlo.

1.6. Definición de derecho mercantil

Se considera que el derecho mercantil es el conjunto coordinado de estructuras ideales pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado en general.

Se investigó también que: “el derecho mercantil o comercial, es la rama del derecho privado que rige las relaciones entre particulares relativas al ejercicio del tal profesión o que resulta del cumplimiento de actos de comercio.

El derecho comercial es llamado también y tal vez preferentemente, derecho mercantil; está formado por los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambio, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión. Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias y bursátiles, la contratación peculiar de los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el derecho marítimo y lo relativo a suspensión de pagos y quiebras, etc.”.¹⁶

En la definición expuesta se aclara que integran el ordenamiento jurídico mercantil las normas y leyes mercantiles, sujetos (comerciantes), cosas (empresas, títulos de crédito, mercancías), etc.

También se puede decir que el derecho mercantil es la parte del derecho privado que regula las relaciones de los particulares concernientes al ejercicio de la actividad comercial, o resultantes de la realización de estos actos de comercio. Conjunto de principios, preceptos y reglas que determinan y regulan las relaciones jurídicas que el comercio engendra.

¹⁶ *Ibid.* Pág. 231.

1.7. Naturaleza del derecho mercantil

El derecho mercantil es un área del derecho que tiende a ser muy dinámica, el comercio está en constante cambio; actualmente los cambios que se están suscitando en el ambiente competitivo local, regional (apertura comercial, globalización, tratados de libre comercio), etc. exige que el comercio en las formas de negociar sea rápido y se desenvuelva a nivel nacional e internacional, lo cual, viene a determinar su naturaleza.

Se considera que en el derecho mercantil, se observan por razones de conveniencia y pueden tener valor como elemento interpretativo, la voluntad de las partes. En realidad la práctica o modo de obrar no contraria a la ley, que rige entre los comerciantes, en los actos y contratos propios del tráfico mercantil, y el carácter internacional del comercio han contribuido poderosamente a la adopción de diferentes usos mercantiles; clasificándolos en función de diversos criterios: a) ámbito de vigencia geográfico en: internacionales, nacionales y locales; b) según su contenido: en generales y especiales; c) por su valor y su alcance: normativos (generan derecho) e interpretativos; d) en cuanto a su posición frente a la ley: integrativos y derogatorios.

El uso interpretativo se utiliza en el derecho mercantil, para clarificar o interpretar las palabras obscuras, confusas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes y para dar al acto o contrato el efecto que debe tener según la intención de las partes. Ejemplo de uso interpretativo y que contienen además las modalidades de uso local y general, se encuentran en los Artículos 288 y 328 del Código de Comercio: "Salvo pacto expreso en el contrato en cuanto a remuneración del agente, éste tendrá derecho a una

comisión sobre la cuantía del negocio que se realice por su intervención, de acuerdo con los usos y prácticas del lugar...” “Todo comisionista tiene derecho a ser remunerado por su comitente. A falta de estipulación previa, el monto de la remuneración se regulará por el uso de la plaza donde se realice la comisión”, respectivamente.” Los actos jurídicos y los contratos mercantiles nacen de costumbres negociables, que con más o menos remoto origen se tipifican en la edad media.

Por lo expuesto, se le agrega que la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad de la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deben regularse por ella, que da como resultado o se considera que la naturaleza del derecho mercantil es privado.

En síntesis de este capítulo es que la esencia y propósito real de este trabajo investigativo, es señalar que dentro de los contratos, también se encuentran figuras contractuales que únicamente se conocen en la doctrina y que además, son diariamente utilizados por los comerciantes en su actividad mercantil; estos son los contratos atípicos, que no se encuentran regulados en ningún cuerpo legal vigente en nuestra legislación, pero influyen directamente en el proceso de desarrollo mercantil de negociación y de comercio en Guatemala, y en muchos países del mundo, pero necesita que se cree el mecanismo para autorizar este tipo de contratos por el Registro Mercantil guatemalteco, por medio de un reglamento especial.

CAPÍTULO II

2. Contratos atípicos

Se analiza que debido a la globalización, el comercio se hace cada vez más desarrollado, y la escases de información se presenta en el derecho mercantil, los contratos tradicionales se han desdoblado y subdividido dando lugar a nuevas figuras contractuales que, en muchas ocasiones apenas reciben un régimen jurídico fragmentario e incompleto, la falta de libros que se aplican al tema también son insuficientes, debido a esto se muestra la importancia de afirmar que existen contratos con nombre usuales que no están regulados en la legislación.

“La globalización es el fenómeno de apertura de las economías y las fronteras, como resultado del incremento de los intercambios comerciales, los movimientos de capitales, la circulación de las personas y las ideas, la difusión de la información, los conocimientos y las técnicas, y de un proceso de desregulación. Este proceso, tanto geográfico como sectorial, no es reciente, pero se ha acelerado en los últimos años.

La globalización es fuente de múltiples oportunidades, aunque sigue siendo uno de los mayores retos a los que debe enfrentarse hoy la humanidad. Para poder explotar plenamente el potencial de crecimiento de este fenómeno y garantizar un reparto justo de sus beneficios”.¹⁷

¹⁷ <http://www.definicion.de/globalizacion.com> (Guatemala, 6 de septiembre 2014)

En el ámbito del derecho mercantil, a los contratos se les aplican, los principios de la buena fe y la teoría del abuso legal, por lo que el intérprete tiene que investigar cuándo, bajo la apariencia de una contratación atípico se pretende simular uno típico, pues hay una marcada tendencia a disfrazar las composturas con fines impositivos o bien, para eludir responsabilidades.

Se investigó que: “la Organización de Naciones Unidas, por medio de su comisión legal, ha venido trabajando en una especie de Código de Comercio Universal, para regular los contratos atípicos. Regionalmente (América Europa) también ha surgido la inquietud de uniformización, sin que hasta la fecha se haya llegado a algo concreto”.¹⁸

No obstante, con el fin de lograr resultados coherentes con este hecho, es necesario crear cláusulas que terminan desnaturalizando la figura del acuerdo típico elegido, y es ahí donde el intérprete debe poner especial atención a efecto de determinar lo realmente querido por las partes, es decir la causa del pacto.

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

¹⁸ Larios Ochaíta, Carlos. **Derecho internacional privado**. Pág. 197.

Se considera que con lo expuesto anteriormente, esto resulta siendo una buena manifestación ya que las negociaciones son algo tan cosmopolita, donde probablemente resulte la tipificación de nuevos acuerdos, debido a la falta de información sería una generosa alternativa al comercio, que también se aplicaría a cualquier conflicto aumentado dentro de esta actividad lucrativa.

El origen y desenvolvimiento del mercado, es el que se realiza a través de los contratos y está íntimamente relacionado a la economía de los países, tanto la actividad que desarrolla el hombre para satisfacer sus necesidades, como la que se despliega en el comercio, para procurarse las ganancias, que son de contenido netamente económico jurídico.

2.1. Definición de los contratos atípicos

Se considera que los contratos atípicos han manifestado un progreso comercial, económico, tecnológico y científico en el mundo en referencia al contenido la cual es vital para el impulso de las nuevas negociaciones. En referencia a lo anterior no hay material en relación a esta materia, por lo consiguiente no hay suficientes libros, por lo que la información planteada debe ser realmente algo prometedor ya que se piensa que en el futuro llegara este material al ámbito nacional.

Se considera que la mayoría conoce los contratos atípicos más conocidos, pero las nuevas como la que se plantea en la problemática de este trabajo profesional, apenas se han observado para dar una opinión de ellas, e incorporarlas al país.

“El profesor Federico Castro, expresa que con la finalidad limitada de observar mejor la extensión de las dificultades que plantean, se pueden distinguir los contratos atípicos”.¹⁹

Se considera que las formalidades atípicas suman un número superior al de los típicos, dado a que son una infinidad por la diversidad de su constante evolución y que se tendría que regular constantemente. Esta sería una posible solución.

En virtud de resultados múltiples, se ocurre en una serie de refinamientos indispensables con criterio social, jurídico y doctrinario para la interpretación y aplicación del tema porque existen diversas definiciones en las que se nota la pluralidad de términos, pero se plantea que se debe iniciar que el Código Civil, Decreto Ley 106, en su Artículo 1517 preceptúa: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

El autor Espín Cánovas, expresa que contrato es: “Declaración o declaraciones de voluntad privada encaminadas a conseguir un fin práctico a las que el ordenamiento bien por sí solos o en unión de otros requisitos, reconoce como base para producir determinadas consecuencias jurídicas”.²⁰

Según el Artículo mencionado y la definición citada, el contrato nace de la voluntad de las personas que interesadas en un fin que producirá consecuencias jurídicas, acuerdan en crearlo, modificarlo o extinguirlo.

¹⁹ Larios Ochaíta, Carlos. **Derecho internacional privado**. Pág. 197.

²⁰ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 415.

El contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles. El contrato es una especie del género convenio, y el primero de tales vocablos solo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; cuando se modifiquen o extingan obligaciones.

“El autor Arrubla Paucar, afirma que los contratos atípicos o innominados, son aquellos que, carentes de una causa obligandi específica, se forman posteriormente en la evolución del sistema, a semejanza de la causa real nominada, requieren de la presencia de una causa civilis genérica para su eficacia obligatoria, y tienen no una actio propia, sino la general praescriptis verbis”.²¹ (Sic.)

Se considera que con las innovaciones en la comercialización, están surgiendo infinidad de oportunidades para un tratamiento integral para Guatemala, ya que es una nación en crecimiento, por lo tanto, la investigación a los contratos atípicos, coadyuva a la expansión económico y jurídico bajo aspectos de seguridad y certeza jurídica.

Los contratos atípicos tienden a ser innominados, pues generalmente no tienen un nombre con el que todas las personas los identifiquen. Rigen plenamente la libertad contractual para regular las consecuencias del contrato, con límites de los principios generales del derecho y de la contratación.

²¹ Garríguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 123.

“Los contratos atípicos como concepto negativo de los típicos son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, respecto a la relación de derecho privado entre los particulares que contratan”.²² (Sic.)

Se expone que son contratos atípicos aquellos que no están definidos por la legislación positiva pero están reconocidos por la realidad social, y tiene su base legal en ocasiones por leyes especiales, como Decreto 2-70 Código de Comercio, Artículos 757 y 866, que regula la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, rigiéndose por su afinidad con otros contratos típicos, por los principios generales de las obligaciones y contratos subsidiariamente por los principios generales del derecho.

“Los contratos atípicos o innominados son los que no tienen una disciplina jurídica propia. Son aquellos contratos que no han sido regulados por la ley pero cuyo uso reiterado en la sociedad ha permitido su reconocimiento por parte de otras fuentes del derecho como por ejemplo la costumbre y la jurisprudencia.”²³ (Sic.)

Se debe tener en cuenta que la atipicidad en los contratos es relativa, es decir un contrato atípico puede convertirse en típico, si el poder legislativo reforma o crea dispositivos legales para regular las figuras contractuales que por uso frecuente, se someten a un proceso legislativo.

²² <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/11.pdf> (Guatemala, 15 de septiembre de 2014)

²³ <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3625884.pdf> (Guatemala, 15 de septiembre de 2014)

“Contrato atípico es aquella forma de contratación que no estando regulada en la ley, se realiza como resultado de la creatividad de los contratantes, al buscar formas de negociación que surgirán a la vida jurídica sólo si no son contrarios a la moral, el orden público, las buenas costumbres y a cláusulas prohibitivas expresas”.²⁴ (Sic.)

Contrato atípico es el que no está regulado por la ley, pero que ha nacido de determinada necesidad humana o como consecuencia de algún invento o avance tecnológico.

El autor René Arturo Villegas Lara, indica que: “los contratos atípicos, son aquellos que no están regulados en la ley y que no obstante, se practican en la realidad del comercio”.²⁵

Los contratos atípicos se le conocen como contratos modernos o innominados, no se encuentran regulados por las normas legales en forma expresa y reciben la denominación de contratos atípicos, carecen de regulación legal, nacen por la sociedad humana o como consecuencia de algún avance tecnológico, y debe regirse por leyes especiales, además, se les conoce como contratos modernos.

“Son contratos atípicos los no regulados legalmente, aunque ésta los menciona reconociendo simplemente su existencia en la realidad social”.²⁶

²⁴ http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6694.pdf (Guatemala, 15 de septiembre de 2014)

²⁵ http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7538.pdf (Guatemala, 15 de septiembre de 2014)

²⁶ http://www.tesisproyectos.com/index.php?option=com_content&view=article&id=162:contratos-atipicos (Guatemala, 15 de septiembre de 2014)

2.2. Características de los contratos atípicos

Se considera que la caracterización de todo negocio jurídico, en especial es de contenido patrimonial, como lo es el contrato pues se hace tomando como punto de referencia dos aspectos básicos: el sustancial o funcional (contenido y finalidad) y el estructural (forma). Desde el punto de vista del primero, el contrato se manifiesta como entidad instrumental; desde el segundo, más estrictamente, como entidad técnica jurídica.

Se investigó que el estudio de los caracteres de los contratos se da en dos vertientes; el estructural y el funcional. Primero, se descubre de la naturaleza de su composición, del contenido de las prestaciones asumidas por cada una de las partes y de la forma como se obtiene el cumplimiento de las mismas.

Se descubrió que los numerosos juristas, que se han dedicado al estudio del derecho mercantil y muy especialmente a los contratos atípicos le atribuyen diversas características y entre ellas, especialmente, el hecho de ser a la vez dinámico, interdisciplinario, proteccionista y tutelar.

En el desarrollo del derecho mercantil de la mano con los contratos atípicos no se habían presentado las características necesarias para configurarse en forma autónoma y contar con un elemento existencial propio de estos, empero estos constituyen una de las partes fundamentales dentro de los negocios del ámbito económico social dentro del marco de la sociedad actual.

Se investigó que la doctrina enseña que las características de los contratos atípicos pueden ser las siguientes:

- Es de carácter sustancial o funcional en cuanto a su contenido y finalidad.
- Es estructural forma.
- Es de contenido patrimonial
- Carecen de regulación legal.
- Nacen por la sociedad humana o como consecuencia de algún avance tecnológico.
- Se llegan a regir por las leyes especiales
- Se les conoce como contratos modernos
- Contratos típicos con prestaciones extrañas: muchos contratos, regulados en la ley, contienen cláusulas que consagran prestaciones no reguladas en la ley, como por ejemplo, en la venta con obligación de no ocurrencia; o venta con obligación de devolver envases.
- Contratos externamente conexos: son aquellos cuando se encuentran elaborados en un mismo documento, pero con respecto a relaciones jurídicas diversas.
- Contratos conexos en su finalidad económica: ejemplo de este tipo de contratos, sería, la venta de ascensores, con un contrato de mantenimiento etc.

Se considera que para la rápida satisfacción de necesidades, que caracteriza la economía actual es evidente la formación de distintas leyes y reglamentos que hacen que seas adaptables los contratos al progreso del mundo, y el conoedor siempre busca la superación de sus conocimientos y en este proyecto se vuelve más interesante, el perfeccionamiento de uno de los mismos.

Se reconoce que la educación es algo primordial, para tener capacidades superiores, con la influencia comercial, y los cambios dan grandes trastornos al contenido ya conocido, esto da una perspectiva algo desorganizada al adquirir ciertas preparaciones, en la aplicación de los mismo, como estudiante se alcanza implantar que la aplicación moderna del área mercantil se utiliza considerablemente, ya sea en las actividades de cualquier tipo de sociedad o en el simple intercambio de objetos o servicios.

2.3. Fines de los contratos atípicos

Se investigó que el fin, propósito o finalidad perseguida por las partes en cualquier contrato es llevar a cabo el acto o negocio jurídico de forma lícita y en las que ambos están de acuerdo. El régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos es sin lugar a dudas la principal problemática que surge de su concepción como categoría contractual, y tiene una gran trascendencia desde el punto de vista práctico pues de las normas que se apliquen a un específico tipo contractual no regulado por la ley dependen directamente los efectos que produce, por tal razón es importante que el juzgador ante un contrato de esta clase indague cuidadosamente las normas que considera pueden regir la figura contractual.

“Los contratos atípicos tienen como principio fundamental la autonomía de la voluntad, así como la libertad de contratación, por lo cual no se encuentra contenido en el ordenamiento jurídico. Se encuentran o se puede decir que son aquellos que tienen tipificación social, por estar socialmente definidos y de ser de significación conocida y firme”.²⁷

El comercio internacional es un factor muy importante en la actualidad ya que sirve como instrumento que permite lograr un objetivo que podemos considerar universal, es el desarrollo y la mejora de naciones trayendo a su vez una mejora en las condiciones de vida y de trabajo de la población que está íntimamente relacionada con la renta económica generada y con su distribución.

Se expone que cualquier contrato tiene como principal finalidad la de regular las relaciones entre las personas, darle formalidad a sus actos y otorgar seguridad y medios de defensa en caso de que, como consecuencia de la naturaleza turbia del ser humano, se ocasionen conflictos por su incumplimiento o mala fe.

En la actualidad existe gran variedad de contratos que han surgido como consecuencia de las necesidades mismas de las personas, y cada día nuevos contratos surgen en virtud de la tecnología y los nuevos tiempos, estos en ocasiones no alcanzan a ser abarcados por la ley, la cual se queda muy lejos, muy limitada para regular los contratos de la nueva era.

²⁷ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Pág. 2.

Se considera que la contratación hoy en día es un factor importante ya que es el medio que posibilita la circulación de la riqueza o cualquier actividad económica, por lo que su finalidad puede estar expresamente determinada. Si así no aconteciera, siempre será actuar conforme al interés general con la finalidad de satisfacer las necesidades pactadas.

El presente trabajo se basa en la importancia de la recopilación del contenido de las nuevas negociaciones, con la globalización aparece una carencia de artículos, el objeto de éste es profundizar el texto, con esto se da el lanzamiento de un documento o doctrina para aplicarlo al derecho, ya que con el estudio, estos están evolucionando constantemente.

Conforme lo anterior, a cada momento surgen diferentes relaciones jurídicas, que implican diversas obligaciones y derechos, a las partes contratantes y que dada la naturaleza de las mismas, es importante que Guatemala, establezca una regulación de elementos actualizados que responda a la protección de los intereses de cada persona en los contratos, y es así los contratos mercantiles atípicos browser, y la necesidad de crear el mecanismo para autorizar este tipo de contratos por el Registro Mercantil por medio de un reglamento especial, es una posible solución a lo expuesto.

CAPÍTULO III

3. Registro Mercantil De Guatemala

Se piensa que es muy importante el momento en que el Registro Mercantil se convierte en un ente normativo en el derecho mercantil, más todavía cuando, pues sus registros se convierten en norma jurídica de obligado cumplimiento y que otorga derechos con mecanismos concretos para defender su contenido.

“El Registro nació de la necesidad de llevar una cuenta a cada titular. Es decir, que en un principio tuvo una finalidad meramente administrativa sin propósito de publicidad, pues no se había descubierto siquiera la conveniencia de ésta”.²⁸

Se considera que el registro que en un principio se inició por una necesidad administrativa ahora es como un instrumento de seguridad del tráfico jurídico mercantil.

3.1. Reseña histórica

Se expone que la historia permite concluir que todas las luchas, se han dado con el fin de crear entes que protejan los derechos de las personas que asisten a toda formulación jurídica y su incorporación a los textos legales que procede de un momento histórico específico.

²⁸ Carral y de Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. Pág. 215.

Se piensa que los antecedentes del Registro Mercantil se puede encontrar en los medios más rudimentarios de publicidad mercantil, que se conocieron en la antigüedad romana como los anuncios en el local de la tienda o en los lugares de reunión de los comerciantes, los *leterae oblatoriae*, y el origen más lejano puede buscarse en la matrícula de los gremios y de las corporaciones de la edad media. Inicialmente las inscripción se hacía con fines internos, posteriormente se fue dirigiéndose hacia el exterior para conocimiento de personas ajenas al registro, acontecimiento que podría indicarse el inicio de las formas de publicidad mercantil en la actualidad.

“En Guatemala, el Registro Mercantil, tal y como se le conoce ahora, se instituyó en el actual Código de Comercio. Anteriormente la inscripción de las sociedades mercantiles se hacía en el Registro de Personas Jurídicas del Registro Civil. El Registro Mercantil forma parte del Ministerio de Economía, funciona en la capital de la República de Guatemala y también puede hacerlo en los departamentos o zonas que el Organismo Ejecutivo determine. Los registradores deben ser Abogados y Notarios, colegiados activos, guatemaltecos naturales, tener por lo menos cinco años de ejercicio profesional y su nombramiento lo hará el Ejecutivo por el órgano del Ministerio de Economía”.²⁹

Se investigó que el antecedente directo del Registro Mercantil actual lo encontramos en las corporaciones del comerciantes de la edad media. Cabe recordar que para esos gremios, una de sus funciones era la de llevar un libro en el que se inscribían los comerciantes pertenecientes a la corporación. En principio era un simple control de los sujetos que se dedicaban al comercio; posteriormente devino en un órgano

²⁹ http://wikiguate.com.gt/wiki/Registro_Mercantil#sthash.Sd2d59 (Guatemala, 17 de septiembre de 2014)

administrativo cuya finalidad era registrar sujetos del comercio y darle publicidad frente a terceros a todo aquello que interesa a la seguridad jurídica.

“Datos históricos permiten señalar que durante la Revolución Liberal de 1871 cuando se promulgaron los nuevos Códigos en Guatemala entre ellos el Código de Comercio de 1877, en el que la institución del Registro no estaba definida. Posteriormente, en el año de 1942, se promulgó un nuevo Código de Comercio, identificado en el Decreto 2946 del Presidente de la República, que tampoco apareció la figura del Registro.

Se confirma que antes de entrar en vigencia el Código de Comercio actual no existía un Registro mercantil en Guatemala. Desde principios de la vida independiente se dio la necesidad de un registro público de tal naturaleza y para ello funcionó el Consulado de Comercio; después un registro a cargo de los Jueces de Primera Instancia, hasta llegar a diluirse en una función desempeñada por diversas oficinas del Estado. Así, por ejemplo, al comerciante individual podía detectársele por medio de la patente de comercio, aun cuando la autoridad fiscal la extendía con fines de tributación.

En el caso de los comerciantes sociales su inscripción se hacía en el Registro Civil, pero su objeto era darle existencia pública a la persona jurídica, sin mayor trascendencia jurídico-mercantil. Pero conforme el desarrollo político, social y sobre todo económico fue tomando auge dentro de la actividad comercial en general a nivel nacional e internacional fue necesario adaptar las leyes internas a la práctica moderna, era indispensable crear nuevas normas de comercio que permita regular las relaciones jurídicas mercantiles de la nación.

Ante las necesidades de adecuarse al comercio moderno, en 1970 se promulgó el Decreto 2-70 del Congreso de la República, que entró en vigencia el primero de enero de 1971, en el que se incorporó otras nuevas instituciones del Derecho Mercantil entre las que se incluyen la creación del Registro Mercantil General, cargo como se expuso venía ejerciendo el Registro Civil”.³⁰ (Sic.)

El Registro Mercantil en Guatemala, entró en vigencia con el actual Código de Comercio, funciona en la capital y en los departamentos o zonas que el ejecutivo determine, la calidad del Registrador deberá ser: abogado y notario, colegiado activo, guatemalteco natural, mínimo cinco años de ejercicio profesional, nombrado por el ejecutivo por conducto del Ministerio de Economía el cual es parte; brinda seguridad del tráfico mercantil, obliga también una transformación que ayude o favorezca el vínculo patrimonial de una persona. Lo que se pretende es proteger al titular en sus derechos.

3.2. Definición de Registro Mercantil de Guatemala

No hay en el Código de Comercio de Guatemala una definición, pero del contexto legal que lo norma hay autores que definen al “Registro Mercantil como la institución administrativa que tiene por objeto, a través de su inscripción, la publicidad de los datos referentes a los empresarios mercantiles, a las empresas y establecimientos y a los hechos y relaciones jurídicas de importancia para el tráfico mercantil”.³¹

³⁰ Xiloj Vicente, Celso. **Oposición a la inscripción de sociedades anónimas por igual denominación en el registro mercantil.** Pág. 40.

³¹ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Pág. 234.

Se considera que el Registro Mercantil es un instrumento de publicidad cuya misión es facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico mercantil, cuya investigación sería difícil o imposible sin la institución del Registro. El Registro Mercantil es, pues, un instrumento de publicidad para la vida mercantil.

“El Registro es un organismo administrativo, ideado para garantizar la seguridad de los derechos adquiridos, es decir, de los derechos subjetivos, y la seguridad del obrar jurídico, es decir, la seguridad del tráfico”.³²

La creación del Registro Mercantil fue tan indispensable, que el mismo Estado se vio forzado a coordinar en forma ordenada los actos y negocios mercantiles que el tiempo moderno fue imponiendo.

Se expone que el Registro Mercantil general de la República de Guatemala, es la entidad estatal encargada de llevar a cabo el registro, certificación, brindar seguridad jurídica a todos los actos mercantiles que realicen las personas individuales o jurídicas dentro del país. Está adscrito al Ministerio de Economía. Su principal función es la inscripción de todas las sociedades nacionales y extranjeras, los respectivos representantes legales, las empresas mercantiles, los comerciantes individuales y todas las modificaciones que de estas entidades se quieran inscribir. Esta entidad pública está normada por el Código de Comercio de Guatemala, creándose y funcionando a partir de 1971, cuando entra en vigor dicho código.

³² Carral y de Teresa, Luis. **Ob. cit.** Pág. 215.

El Registro como institución indispensable para el desarrollo económico del país con la función principal la de inscribir los actos y negocios jurídicos mercantiles cuyos efectos supone conocido por toda persona ajena de quien solicita determinada inscripción. Debido a la actividad e interés comercial que representa la institución se concluye que es para constancia y seguridad de los actos y contratos del comercio, para que surtan plenos efectos contra terceros, se organiza esta institución y oficina pública, confiada a un funcionario, público también y con fe sobre la autenticidad y subsistencia del contenido de los libros y asientos de este Registro.

De las definiciones anteriores, de acuerdo a la ley y del análisis realizado se puede definir de la forma siguiente; el Registro Mercantil es la institución pública creada por el Estado que tiene por objeto a través de su funcionario la organización y coordinación de la inscripción de los actos y negocios jurídicos mercantiles quien con fe pública expide certificaciones para hacer constar la autenticidad de los asientos contenidos en los libros del registro.

3.3 Características

Se investigó que la actividad y el centro de operaciones del Registro Mercantil se sitúan en la capital, pero a partir del año de 1998, se comienza un cambio estructural en los métodos registrales; los procedimientos manuales de los libros físicos que se venían utilizando, se comenzaron a sustituir por un proceso de actualización idóneo hacia la tecnología avanzada.

La anterior, fue una característica de inicio de un proceso de reingeniería en el que la modernización del Registro Mercantil era indispensable para brindar un servicio dinámico y eficaz; actualmente todas las operaciones registrales se efectúan a través de un sistema electrónico, que facilita la búsqueda de información y la eficiencia en los asientos respectivos. Se sustituyeron los libros manuales por los libros electrónicos

Otra característica fue la creación de las delegaciones del Registro Mercantil en los departamentos, con el fin fundamental de proporcionarles facilidad a los comerciantes que viven y tienen sus actividades mercantiles en su lugar de origen.

Para la ejecución y desarrollo de las funciones que de conformidad con la ley realiza el Registro Mercantil, se ha organizado en secciones o departamentos.

3.4. Registros realizados en el Registro Mercantil de Guatemala

El Código de Comercio de Guatemala, señala los libros que se llevan, quienes y que actos y hechos serán inscribibles así como los efectos que producen las inscripciones y demás disposiciones que se basan en el principio de publicidad registral. En el entendido que la finalidad del registro es dar publicidad a todos los actos sujetos a registro.

El Código de Comercio en su Artículo 334 establece cuáles son las inscripciones obligatorias y señala los procedimientos para la realización de los asientos que corresponda en el Registro Mercantil jurisdiccional, siguientes:

A. Los comerciantes individuales. Cuando su capital es de dos mil quetzales o más, inscripción que se hará dentro del mes de haberse iniciado como tales mediante un formulario que contiene una declaración jurada que proporciona el registro, que comprenderá:

- Nombres y apellidos completos, edad, estado civil, nacionalidad, domicilio y dirección.
- Actividad a que se dedique.
- Régimen económico de su matrimonio, si fuere casado o unido de hecho.
- Nombre de su empresa y sus establecimientos y sus direcciones.
- Fecha en que haya dado principio su actividad mercantil.
- El Registrador razonará la cédula de vecindad del interesado. (Artículo 335 Código de Comercio).

B. Las sociedades mercantiles. Deben inscribirse todas las sociedades existentes de conformidad con la ley:

- La sociedad colectiva.
- La sociedad en comandita simple.
- La sociedad de responsabilidad limitada.
- La sociedad anónima.
- La sociedad en comandita por acciones. (Artículo 10 Código de Comercio).
- Inscripciones que deben hacerse dentro del mes siguiente al otorgamiento de la escritura de constitución presentando el testimonio de la misma en el registro, con esta actividad registral surge la personalidad jurídica de la sociedad.

C. Las empresas y establecimientos mercantiles.

La Ley señala que la empresa mercantil será reputada como un bien mueble. Mientras que el establecimiento sería la casa, tienda o lugar donde el comerciante desarrolla sus actividades.

El comerciante está obligado para efectuar su inscripción dentro del mes de haberse abierto la empresa o el establecimiento la cual debe hacerlo en formulario en el que también hay una declaración jurada previa firma autenticada, en la forma como sigue:

- Nombre de la empresa o establecimiento
- Nombre del propietario y número de su registro como comerciante.
- Dirección de la empresa o establecimiento.
- El objeto.
- Nombre de los administradores o factores. (Artículo 336 Código de Comercio). De manera que el registro de los mismos es fundamental para efectos de organización, seguridad y garantía empresarial.

D. De los hechos y relaciones jurídicas que especifiquen las leyes. De conformidad con la norma todo lo que se relaciona con el tráfico mercantil en otras disposiciones legales es obligación registrarlos dentro del mes siguiente de haberse constituido como tal, asimismo es obligatorio el registro de los siguientes:

- El nombramiento de administradores de sociedades, el otorgamiento de mandatos por cualquier comerciante, para operaciones de su empresa.

- Revocación o la limitación de las facultades de un mandatario a que se refiere el inciso anterior.
- Creación, adquisición, enajenación o gravamen de empresas o establecimientos mercantiles.
- Las capitulaciones matrimoniales de los comerciantes individuales y sus modificaciones, el inventario de los bienes de las personas que están bajo su patria potestad o tutela.
- Modificación de la escritura constitutiva de las sociedades mercantiles, prórroga del plazo, disolución, liquidación, fusión, transformación, aumento o reducción.
- Constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre la empresa o establecimiento.
- Cualquier cambio que ocurra en los datos de la inscripción inicial y cualquier hecho que los afecte.
- La emisión de acciones, de títulos valores de las sociedades mercantiles, obligaciones.
- (Artículo 338 Código de Comercio).

E. Los auxiliares de comercio. En este caso todos los auxiliares de los comerciantes establecidos legalmente, como los siguientes:

- Los factores: quienes sin ser comerciantes tiene la dirección de una empresa o establecimiento.
- (Artículo 263 Código de Comercio).

- Dependientes: los que desempeñan constantemente gestiones propias del tráfico de una empresa o establecimiento, por cuenta y nombre del propietario de éstos.
- (Artículo 273 Código de Comercio)
- Los agentes de comercio: las personas que actúan de forma permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquellos, que pueden ser:
 - Dependientes: actúan por orden y cuenta del principal, forma parte de su empresa y están ligados a éste por una relación de carácter laboral;
 - Independientes: actúan por medio de su propia empresa y ligados con el principal por un contrato mercantil, contrato de agencia.
(Artículo 280 Código de Comercio).
- El corredor: el que en forma independiente y habitual se dedica a poner en contacto a los interesados en la conclusión de un negocio, sin estar ligado a ninguna de las partes por relaciones de colaboración, dependencia o representación (Artículo 292 Código de Comercio).
- Los comisionistas: el que por cuenta ajena realiza actividades mercantiles.
- (Artículo 303 Código de Comercio).

F. Inscripción de sociedades extranjeras. También con esta clase de sociedades constituidas legalmente en el extranjero la inscripción es obligatoria si desean establecerse, tener sucursales o agencias en el país (Artículo 352 Código de Comercio).

3.5. Fundamento legal del Registro Mercantil de Guatemala

Toda actividad registral se fundamenta en el conjunto de principios y normas amparados por la ley mercantil, con el fin de facilitar la comprensión de los actos y hechos inscritos y orientar por una efectiva seguridad de todo lo que está sujeto a registro.

En el libro II del Código de Comercio de Guatemala, relacionado a las obligaciones profesionales de los comerciantes, está regulado el Registro Mercantil con una serie de normas fundamentales de cómo está organizado, referente a la inscripción, los efectos que produce y sanciones que impone por la falta de inscripción.

El Código de Comercio de Guatemala, regula en su Artículo 332: "Registro Mercantil. El Registro Mercantil funcionará en la capital de la república y en los departamentos o zonas que el Ejecutivo determine. Los registradores deberán ser abogados y notarios, colegiados activos, guatemaltecos naturales, tener por lo menos cinco años de ejercicio profesional y su nombramiento lo hará el Ejecutivo por el órgano del Ministerio de Economía.

El registrador de la capital deberá inspeccionar, por lo menos dos veces al año, los demás registros mercantiles y de las faltas o defectos que observaré, dará cuenta inmediatamente al Ministerio de Economía, proponiendo las medidas que estime pertinentes. El Ejecutivo por intermedio del citado Ministerio emitirá los aranceles y reglamentos que procedieren”.

Está establecido que la actividad registral está sujeta a principios de orden y seguridad y que los datos que se consignan deben ser examinados y calificados rigurosamente en su contenido, ajustada a derecho, relacionada a la persona jurídica interesada en solicitar determinado asunto.

El Registro Mercantil es una institución pública administrativa creada por el Estado, con la función principal de inscribir los actos y negocios jurídicos mercantiles, con el objeto de darle seguridad y publicidad para que surtan efectos contra terceros, y en Guatemala, un mecanismo para los contratos browser es que se regule que mediante ley se autorice el uso de determinados navegadores web y así no cualquier página web puede desenvolverse en nuestro país previo a que tribute al Estado por permitir su registro.





CAPÍTULO IV

4. Los contratos mercantiles atípicos browser

Se descubrió que un navegador o navegador web es un browser, más adelante se explica; y es un software que permite el acceso a internet, interpretando la información de archivos y sitios web para que éstos puedan ser leídos; y un mecanismo de su regulación en Guatemala, es que mediante ley se autorice el uso de determinados navegadores web o página web o sea browser y así no cualquier página web puede desenvolverse en nuestro país previo a que tribute al Estado por permitir su registro para poder operar.

Se considera que el progreso es algo inevitable, y la humanidad se encuentra subordinado a este, la tecnología juega un papel predominante, en la sociedad se exploran nuevos puntos en las negociaciones, a una escala nacional e internacional, los sistemas de innovación son un instrumento conceptual en las finanzas, tecnologías y en los medios científicos, y estos presentan servicios avanzados con el objetivo de mejorar, protección, financiación o regulación de destacadas ciencias y conocimientos, y para colaborar a dichos puntos se plantea la problemática de los contratos mercantiles atípicos browser, y la necesidad de crear el mecanismo para autorizar este tipo de contratos por el Registro Mercantil por medio de un reglamento especial.

“La mayoría de legislaciones que prevén los contratos atípicos lo hacen bajo el entendido de que aquellos deben seguirse, entre otras normas, igualmente la doctrina



afirma que dentro del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos se encuentran normas que hay que legislarlas, sin embargo, el problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos se circunscribe al específico contenido de dicha figura contractual, esto es, al contrato entendido en forma general, se trata entonces de normas aplicables a todos los contratos tanto típicos como atípicos para lograr su eficacia negocial por lo que no hay duda alguna acerca de su necesaria aplicación”.³³

Es posible solucionar el problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos con las normas generales de los contratos y las obligaciones, pero resulta necesario recurrir a otros mecanismos, como la legislación.

Se investigó que no en vano se acogieron los contratos atípicos en la que se tuvieron presentes dos aspectos importantes, la tipicidad y el contenido de éstos, dando lugar a dos categorías de tales figuras contractuales, aquella conformada por los contratos con tipicidad social pero sin tipicidad legal, y otra, por los que no tienen ni tipicidad social ni legal, a su vez, estas dos categorías conformadas por dos subespecies, la de los contratos mixtos y la de los contratos con contenido autónomo e independiente de otras figuras contractuales, pues tal como lo ha reconocido la doctrina en varias ocasiones, la costumbre y la jurisprudencia al fijar unas normas aplicables a un contrato sin tipicidad legal le otorga el carácter de típico social, y en esta medida resuelve el problema del régimen jurídico aplicable a una determinada figura contractual.

³³ www.dialnet-RegimenJuridicoAplicableALosContratosAtipicosEnLaJ-3625884.pdf (Guatemala, 25 de septiembre de 2014)



4.1. Análisis de los contratos mercantiles atípicos browser

El derecho jamás pierde actualidad y por el contrario todos los días se están renovando, en el caso de los contratos atípicos, especialmente browser, aunque los conceptos generales tienden a ser los mismos que desde hace ya algún tiempo estudiosos de la materia han planteado, y la dialéctica se ha encargado de innovar la aplicación de tales conceptos, aclarando en muchos casos, la verdadera naturaleza de este tipo de contratos y las características que los compone y un mecanismo de su regulación en Guatemala, es que mediante ley se autorice el uso de determinados navegadores web o página web o sea browser y así no cualquier página web puede desenvolverse en nuestro país previo a que tribute al Estado por permitir su registro para poder operar.

Se piensa que en los contratos atípicos browser, se presentan varias fases que comprenden desde el consentimiento en las redes y el lugar de celebración. Los efectos jurídicos de dichas exteriorizaciones de voluntad son distintos si la contratación es entre empresas o entre éstas y los consumidores. Se puede dar de dos maneras:

- Con el proveedor de acceso a Internet

- Con el proveedor de bienes y servicios a través de la red

En el primer supuesto el consumidor celebra un contrato con el proveedor de acceso a internet quien, por un canon mensual, le asigna una dirección (dominio registrado) y que es individualizado a través de algún signo o palabras suministradas por el usuario. Con



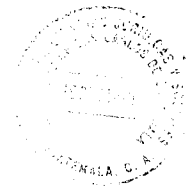
ello, tiene derecho a recibir y enviar información por correo electrónico con carácter de exclusividad a través de una clave. Asimismo tiene acceso a una página llamada de presentación donde suministra información en forma pública y sin restricciones, recibiendo también comunicaciones electrónicas.

El segundo supuesto, una vez asignado el acceso a internet, el usuario ingresa al mismo libremente visitando distintos sitios, recabando información y pudiendo contratar, configurándose de esta forma el contrato browser.

4.1.1. El contrato electrónico

Se investigó que el contrato electrónico o browser es el intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles; planteando que su mecanismo de regulación en Guatemala, es que mediante ley se autorice el uso de determinados navegadores web o página web o sea browser y así no cualquier página web puede desenvolverse en nuestro país previo a que tribute al Estado por permitir su registro para poder operar.

Al respecto se puede decir que el contrato a través de internet sin elemento extranacionales, se considera perfeccionado con el intercambio de la oferta y la aceptación, sin modificaciones de las mismas. En el contrato electrónico o browser la voluntad de las partes de contratar va a ser exteriorizada a través de la computadora y de las telecomunicaciones en combinación.



“La contratación electrónica o browser es por medios digitales, y es la que se lleva a cabo desde la formación del consentimiento hasta la ejecución del contrato, mediante dispositivos de enlaces electrónicos que se comunican interactivamente por canales de red basados en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados, con el fin de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

El surgimiento de este tipo de contratos viene ligado al nacimiento del internet y a la preparación del Word Wide Web en 1991 (www por sus siglas en ingles), y al desarrollo de éste último en 1994, pues a partir de ese momento la information technology o sea información tecnológica (IT) marca una fundamental aceleración gracias a la comercialización de internet hecha posible por el empleo del graphic user interface (GUI) del web browser o sea pagina web o buscador web.

El primer antecedente legislativo en relación con el comercio y los contratos electrónicos o browser, lo desarrollo la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en 1996 con la creación de la Ley Modelo de la sobre comercio electrónico, que tiene por objeto facilitar el uso de medios modernos de comunicación y de almacenamiento de información, y que proporciona los criterios para apreciar el valor jurídico de los negocios electrónicos.

Fue elaborada con el fin de armonizar las legislaciones de los países que la acojan pues contiene normas aceptables internacionalmente, conceptos amplios a fin de evitar que sea obsoleta en corto tiempo. Esta ley modelo ha ayudado a la formación de



legislaciones nacionales, por ejemplo, Colombia la acogió mediante la Ley 527 de 1999 y agregó normatividad sobre firmas digitales”.³⁴

A raíz de la revolución tecnológica, se generaron una diversidad de consecuencias en todas las esferas de la actividad humana. El uso de diversos medios de comunicación originó una serie de conductas que no estaban o no están previstas en las leyes, los medios electrónicos ahora no sólo son empleados para la comunicación, sino como herramienta de trabajo y de acceso a información variada a través de un browser; y un mecanismo de su regulación en Guatemala, es que mediante ley se autorice el uso de determinados navegadores web o página web o sea browser y así no cualquier página web puede desenvolverse en nuestro país previo a que tribute al Estado por permitir su registro para poder operar.

4.2. Los contratos browser

Se exponen dos factores fundamentales que han influido en el indispensable estudio que se hace de los contratos atípicos browser, estos son, por una parte, el principio de la autonomía privada, además de la autonomía de la voluntad y por otra, el permanente interrogante sobre las normas jurídicas aplicables a esta clase de contratos, por lo que es necesario profundizar al respecto.

Se concluye en primer lugar, que el principio de la autonomía de la voluntad continúa vigente en nuestro derecho a pesar de los diferentes límites que en el mismo se le

³⁴ www.39427028/contratos/atipicos.pdf (Guatemala, 26 de septiembre de 2014)



imponen, como consecuencia de ello, surge la posibilidad de celebrar contratos que no se encuentran previstos en la ley, los cuales distinguimos con el nombre de contratos atípicos. Se encuentran revestidos de tal facultad no sólo los particulares sino también el Estado a través de sus entidades estatales, en el ámbito de la contratación estatal.

La influencia que ejerce el principio de la autonomía privada, mencionada anteriormente, radica en que éste constituye el fundamento de los contratos atípicos en cualquier ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, debe quedar claro que para distinguir un contrato típico de otro atípico, no será suficiente con decir que el primero se encuentra regulado por la ley, mientras que el segundo no, pues hemos visto como en algunas ocasiones, a pesar de existir algunas normas relacionadas con una determinada figura contractual, estas no se predicen realmente de ella sino que por el contrario se refieren a otros aspectos, como ocurre en el caso del contrato atípico browser, tales normas son insuficientes.

En lo relacionado con el régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, específicamente browser, se concluye que ésta se refiere al especial contenido de cada figura contractual y no a aquella que corresponde al tipo contractual de primer grado u orden, por lo que las normas generales de los contratos y las obligaciones deben ser necesariamente aplicadas tanto si el contrato es de la naturaleza de los típicos, como de la naturaleza de los atípicos, en esta medida no resuelven la discusión planteada; por otra parte, después del cuidadoso análisis de las diferentes clases de contratos atípicos que se pueden presentar, y las formas en que operan los mecanismos tendientes a



establecer las normas que rigen una figura contractual atípica, se puede afirmar la incidencia que el primer tema tiene sobre el segundo, por lo que la teoría utilizada dependerá de la categoría de contrato atípico de la cual se trate.

4.3. Definición

“Un navegador o navegador web, o browser, es un software que permite el acceso a internet, interpretando la información de archivos y sitios web para que éstos puedan ser leídos”.³⁵

Se investigó que la funcionalidad básica de un navegador web o browser es permitir la visualización de documentos de textos, posiblemente con recursos multimedia incrustados. Además, permite visitar páginas web y hacer actividades en ella, es decir, se puede enlazar un sitio con otro, imprimir, enviar y recibir correo, entre otras funcionalidades más.

Los documentos que se muestran en un browser pueden estar ubicados en la computadora en donde está el usuario, pero también pueden estar en cualquier otro dispositivo que esté conectado en la computadora del usuario o a través de internet, y que tenga los recursos necesarios para la transmisión de los documentos (un software servidor web). Tales documentos, comúnmente denominados páginas web, poseen hipervínculos que enlazan una porción de texto o una imagen a otro documento, normalmente relacionado con el texto o la imagen.

³⁵ www.wikipedia.com/browser Guatemala, 25 de septiembre de 2014)



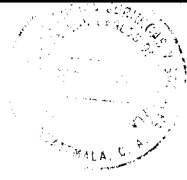
El seguimiento de enlaces de una página a otra, ubicada en cualquier computadora conectada a internet, se llama navegación, de donde se origina el nombre navegador, aplicado tanto para el programa como para la persona que lo utiliza, a la cual también se le llama cibernauta. Por otro lado, hojeador es una traducción literal del original en inglés, browser, aunque su uso es minoritario.

Se descubrió que el primer navegador o navegador web desarrollado fue a finales de 1990 y principios de 1991 por Tim Berners Lee, era bastante sofisticado y gráfico y hoy esta ciencia es más moderna con gran velocidad y cantidad de actualizaciones.

Hay gran cantidad de navegadores web o sea browser pero se menciona Google Chrome. Es el navegador web desarrollado por Google y compilado con base en componentes de código abierto y estructura de desarrollo de aplicaciones.

Se investigó que: "existe una lista detallada de navegadores web o pagina web o sea browser, pero sólo se presentan las siguientes:

- a) Chromium
- b) Google Chrome
- c) Dolphin Browser
- d) Olive Browser
- e) Internet Explorer (Trident) y derivados
- f) Avant Browser
- g) Maxthon
- h) G-Browser



- i) Slim Browser
- j) AOL Explorer
- k) Mozilla (Gecko) y derivados
- l) Mozilla Firefox
- m) Navegador web IBM para OS/2
- n) HotJava
- o) IEs4Linux
- p) Links
- q) Lynx
- r) Bobcat
- s) Netrik".³⁶

De lo expuesto, un mecanismo de su regulación en Guatemala, es que mediante ley se autorice el uso de determinados navegadores web o página web o sea browser y así no cualquier página web puede desenvolverse en nuestro país previo a que tribute al Estado por permitir su registro para poder operar.

4.4. Características

Igual que ocurre con los contratos típicos también son iguales algunas características que sobre los contratos atípicos browser plantean los doctrinantes, sin embargo, al analizar cada una de ellas se llega fácilmente a la conclusión que sus diferencias

³⁶ www.wikipedia.com/browser Guatemala, 25 de septiembre de 2014)



radican simplemente en la denominación que se les da, pues en el fondo todas conservan un criterio básico cual es el de la composición de esta clase de contratos.

Se descubrió que la función principal del navegador o sea browser es descargar documentos y mostrarlos en pantalla. En la actualidad un browser, no solamente descargan este tipo de documentos sino que muestran con el documento sus imágenes, sonidos e incluso vídeos en diferentes formatos y protocolos. Además, permiten almacenar la información en el disco o crear marcadores de las páginas más visitadas.

Reconoce la doctrina algunas características que surgen como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, pero cuya distinción de esta categoría contractual debe hacerse para evitar incurrir en innecesarios cuestionamientos sobre el régimen jurídico aplicable a los mismos, en la medida en que no se suscita con relación a ellos ésta problemática que es propia de los contratos que hasta aquí se ha estudiado.

A continuación se analiza cada una de estas características afines:

a. Unión meramente externa

En este caso el contrato se encuentra unido simplemente por el acto de conclusión, es decir, si el acuerdo de voluntades se hace constar por escrito en él se recogerán cada una de las figuras contractuales celebradas por las partes, esto implica que a cada una les serán aplicables sus propias normas y que la ineficacia que se produzca respecto de una no afectará a las demás

b. Unión con dependencia unilateral o bilateral



Hay unión de contrato browser con dependencia unilateral o bilateral cuando los contratantes celebran varios contratos queridos como un todo, ya sea porque uno dependa del otro, o porque tengan dependencia recíproca, tal dependencia se sustrae de las estipulaciones consagradas por las partes o de las relaciones económicas existentes entre las diferentes prestaciones, en este caso, a diferencia de la dependencia meramente externa, la nulidad de uno de los contratos puede afectar la validez del otro, e incluso de acuerdo con lo que han querido las partes, la revocación de uno podrá generar la revocación del otro.

c. Unión alternativa

En este caso la unión alternativa de los contratos se presenta por estar pendiente una condición de la cual deriva la naturaleza definitiva de la figura contractual convenida. No existe a mi juicio una verdadera unión de contratos teniendo en cuenta que al cumplirse la condición a la cual se encuentra sujeto el acuerdo de voluntades, se concretará una u otra figura contractual, y no las dos, evento este último que si encajaría en el concepto tratado.

Se concluye que en las últimas décadas, la sociedad ha observado cambios de gran trascendencia en cuanto a las relaciones comerciales que se establecen como consecuencia de la necesidad de los hombres de suplir sus más variadas necesidades, caracterizando el contrato atípico browser.



4.5. Elementos

Se investigó que algunos contratos atípicos están conformados por elementos de los contratos denominados típicos, otros por el contrario tienen un contenido independiente del que corresponde a las figuras contractuales de dicha naturaleza.

Se afirma que el contrato es la forma típica del negocio jurídico mercantil y la fuente principal de las obligaciones mercantiles, por lo que se hace referencia a los elementos que le dan validez jurídica, conforme el Artículo 1251 del Código Civil, el que literalmente regula: El negocio jurídico requiere para su validez: Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

Se considera que los elementos mencionados le son aplicables el contrato mercantil, como hemos apuntado al referirnos al concepto del negocio jurídico mercantil.

En cuanto a la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, el Artículo 8 del Código Civil citado, establece que: La capacidad para el ejercicio de los derechos se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

En cuanto al segundo elemento, es necesario, que el consentimiento se emita de una manera racional y consciente, no estado afectado por ningún vicio que destruya esa cualidad.



Estos vicios pueden quedar referidos o a la falta de conciencia (error), o a la falta de libertad (violencia). Cuando un negocio jurídico adolece de algún vicio del consentimiento, puede ser anulado. El objeto del contrato, funciona como elemento esencial, ya que no es posible concebir un contrato sin una referencia material sobre la que coincidan las declaraciones de voluntad emitidas por las partes. Este objeto en última instancia, es una cosa del mundo exterior o la actividad de una persona, y ha de reunir siempre como condiciones indispensables, las de ser determinado, posible y lícito; y se presentan otros elementos como los siguientes:

4.5.1. El consentimiento online

Se considera que como regla general el contrato atípico browser puede ser un contrato a distancia. Por ello es necesario dilucidar si se trata de un contrato celebrado entre personas físicamente presentes o entre ausentes al momento de crear una página web.

En las contrataciones por vía telefónica, la doctrina ha considerado separadamente el momento y el lugar de celebración. Con el uso del teléfono la comunicación es instantánea, por lo que se considera que es entre presentes. En cambio, con relación al lugar, como las personas están físicamente distantes, el contrato es regido por las normas relativas a la contratación entre ausentes.

En este último caso hay una distancia geográfica que se traduce en un tiempo de comunicación jurídicamente relevante, pero el medio utilizado neutraliza la geografía, ya que la comunicación es instantánea.



Se piensa que en el contrato browser las relaciones son más complejas y diversas, por lo que se debe distinguir:

- cuando un contrato es celebrado entre presentes y ausentes
- criterios de distribución del riesgo entre ausentes
- la aplicación de estos criterios en los contratos cibernéticos.

4.5.2. El negocio jurídico en la red

Se expone que bajo el nombre genérico de negocio jurídico se entienden aquellos supuestos en que dos o más personas, a través de un acto de voluntad, se obligan a una prestación. El negocio jurídico como concepto no nace hasta principios del siglo XIX. Hasta entonces lo que se producía era una serie de supuestos prácticos que no se categorizaban dentro de un concepto común.

En las prestaciones de consentimiento en negocios jurídicos por red realizadas por medios tradicionales, el principal problema es el de la incertidumbre (y se debe repetir que no estamos hablando de la prueba de la prestación del consentimiento, sino únicamente de la existencia o no de dicho acto de voluntad).

El derecho persigue evitar dichas incertidumbres buscando la seguridad jurídica porque internet es una herramienta muy útil, dado el soporte topológico que requiere. El modelo matemático subyacente a toda transacción en la red, debe impedir la incertidumbre. Un click del ratón no debe tener ambivalencias, es un acto consciente, voluntario y sobre el que no



cabe valoración cultural alguna, frente a aquellos movimientos de cabeza de arriba hacia abajo que en unas culturas significan sí y en otras significan no.

Se investigó que para evitar la incertidumbre y asegurar la identidad de la persona que presta su consentimiento a través de la red, se utilizan varios sistemas como los siguientes:

- Asignación de usuarios y claves

Obligación de uso de hardware específico, consistente tanto en tarjetas especiales de memoria como reconocimiento de datos biométricos (pupila del ojo, huella digital).
Utilización de certificados digitales, cuya base son sistemas de encriptación.

La topología de internet condiciona la incertidumbre: Si existe la violencia en la prestación del consentimiento, ésta ha de ser necesariamente exterior a la red, puesto que no caben actos físicos dentro de la misma. No obstante, Internet potencia el vicio de la voluntad del error, debido a una mala concepción del diseño de numerosas páginas en las que se realizan transacciones.

Ejemplo A y B: A da una orden de compra a B. A está de acuerdo con el precio que públicamente B ofrece. Por tanto, ya existe concurrencia entre la oferta y la aceptación. Pero, ¿sabe A si B ha recibido su oferta? En el supuesto expresado, A desconoce si su orden ha sido recibida, por lo que si no recibe una confirmación, quizás A decida acudir nuevamente a B o a un tercero para realizar otra orden de compra.



Lo anterior sirve para demostrar una nueva necesidad, que es la de la confirmación de la operación para todos los intervinientes en la misma.

Existen numerosas páginas que ni siquiera nos confirman la orden. Otras, hacen un pequeño esfuerzo y nos la confirman, ahora, ¿cómo debe realizarse dicha confirmación? ¿Será allí donde cabe un contrato browser? Debe realizarse mediante un entorno diferente a aquél en el que se realizó la transacción. Las razones: Imaginemos una página web en la que se oferta un libro a X Euros. En esa propia página web y en las sucesivas del mismo dominio ordenamos la transacción, introducimos nuestra tarjeta de crédito y nos confirma la orden.

Pues bien, lamentablemente el diseño de numeroso software existente automatiza su sistema de respuesta de la orden recibida, sin que exista constancia de que la parte ejecutora del proceso haya recibido la orden. Para evitar estos errores en la prestación del consentimiento, las empresas que se dediquen al comercio electrónico deben asegurarse de la implementación de un contrato browser.

Hasta ahora, se puede entender la importancia de la regulación de los contratos browser pues los errores en los que el consumidor da por realizada una transacción sin que ésta se haya llegado a producir pueden ser solucionados con una seguridad jurídica.

Los negocios jurídicos implican la intervención de dos o más voluntades. En esta categoría se regula todo lo relativo a obligaciones y contratos, así como los acuerdos de tipo societario que si bien no responden a una estructura contractual de coincidencia, si implican voluntades humanas destinadas a la autorregulación.



4.5.3. Hechos en la red

La existencia de unos hechos a los que se les dota de consecuencias jurídicas, llega hasta el derecho actual. Un ejemplo cotidiano puede ser en los contratos de seguro, en algunos de los cuales se establecen supuestos de exoneración de responsabilidad de la aseguradora cuando el siniestro objeto de cobertura tiene unas determinadas causas, como lluvias torrenciales, rayos, etc.

En Internet existe un hecho paradigmático: la pérdida o corte de la conexión. Dado que ya hemos estudiado la topología de la red, podemos inferir que la pérdida de la conexión puede producirse básicamente por dos motivos:

- Fallos técnicos en las conexiones.

- Una errónea configuración de las mismas.

Se considera que se puede admitir dentro de la categoría de hecho al corte de conexión producido por fallos técnicos, puesto que la configuración errónea de las conexiones es producto de un mal hacer humano y, por tanto, de un acto. La existencia de los hechos jurídicamente relevantes se ha anudado tradicionalmente a una exoneración de responsabilidad y, por tanto, a los conceptos jurídicos de caso fortuito y fuerza mayor. Al



no existir participación de la voluntad humana, no puede exigirse ninguna responsabilidad por su acontecer.

No existe actualmente ninguna regulación sobre los contratos atípicos browser, pero puede considerarse la idea de hacer depender la responsabilidad de los hechos de corte de conexión a las empresas de comunicaciones. El beneficio empresarial de las mismas puede ser la contrapartida a una futura responsabilidad objetiva.

4.5.4. Actos jurídicos en la red

Los actos jurídicos son aquellos actos humanos que el derecho toma en cuenta para establecer o no una regulación. En internet, el acto humano es diferente del acto que se realiza fuera de la red, ya que no tiene la riqueza de este último. No obstante, no se produce en este caso una revolución, sino que estamos en presencia de una adaptación a un medio nuevo de un acto existente fuera de la red, como lo es el acto de comunicación.

El acto con trascendencia jurídica fuera de internet, puede ser un acto espacial; el acto en la red siempre es un acto digital. El derecho se hallaba acostumbrado a regular actos humanos vinculados a los conflictos espacio temporal. Posteriormente, encontraron apoyo represiones de actos comunicativos, creándose incluso instituciones tales como la inquisición, uno de los mejores ejemplos históricos en la defensa de un pensamiento no renovador.

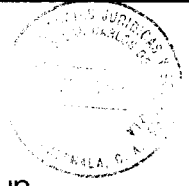


En esta línea es en la que el acto digital debe ser regulado, el derecho en este aspecto debe adaptar a internet las regulaciones existentes en el mundo real en lo referente a la interdicción de ciertos contenidos y de ciertos comportamientos a través de la red.

El acto digital, acto de comunicación o de información, se manifiesta con toda su fuerza a través de este nuevo medio. Su regulación deberá atender a su contenido. Todo acto humano se realiza en un marco espacio temporal que condiciona las posibilidades de dicho acto. Asimismo, dicho acto puede realizarse voluntaria o negligentemente. Por último, un acto voluntario puede obedecer a múltiples intenciones, desde el animus laedendi (ánimo de dañar) hasta el animus iocandi (ánimo humorístico).

En la red el acto se halla absolutamente condicionado al medio en el que se produce. La relación servidor cliente es la relación sobre la que descansa todo Internet y base de cualquier análisis. Sin dos ordenadores puestos en conexión, no puede existir la Red. Una red compuesta por dos ordenadores sería la mínima posible y, por tanto, es la unidad básica de estudio. Dos ordenadores no se conectan sin causa entre sí, la conexión siempre tiene una finalidad.

Cuando dos ordenadores están conectados entre sí y uno de ellos le presta servicios al otro, se dice que existe una relación servidor cliente. El servidor le presta servicios al cliente. La finalidad buscada de establecer una conexión puede conseguirse o no. Cuando se consigue, toda relación servidor cliente implica que ambos se hallan ejecutando, coetáneamente, un software determinado: El servidor ejecuta un software especial para entregar o para poner información a disposición de los demás y el cliente ejecuta un software especial para recibir. Para que las máquinas ejecuten dicho



software, tanto el software de entrega como el software de recepción, se requiere un acto expreso de dar una orden de ejecución de los programas.

Dado que se requiere una orden expresa para ponerse en conexión y enviar o recibir la información, no podemos nunca afirmar que una relación servidor cliente sea negligente, sino que obedece a una efectiva manifestación de voluntad en forma de órdenes a máquinas. Ejemplo: si yo quiero que mi máquina ofrezca una página web al mundo, debo instalarle un programa servidor de http, configurar el servidor y, además, incluirle las páginas que quiero que se sirvan. Al mismo tiempo, si yo quiero acceder a una información en una página web, debo encender el ordenador, activar el modem, ejecutar el browser e introducir el nombre de la página que quiero visitar.

La relación servidor cliente puede hallarse automatizada y puede incluso ser aleatoria. Pero, en estos dos últimos casos, también se debe indicar que dicha relación estará automatizada o deberá ser aleatoria. Un ejemplo de una relación servidor cliente automatizada es el enlace a la página web de bolsa que, automáticamente me ofrece la página web de mi banco. Un ejemplo de relaciones aleatorias son los link rings (anillos de enlaces) en los que se indica al ordenador que nos lleve a un enlace aleatorio. Por tanto, el acto jurídico en la red es diferente del acto humano fuera de la red, dada su necesaria voluntariedad.

4.6. Implementación de la base de datos

Existen diversas formas de plantear el pensamiento jurídico, entre ellas, hay algunas que tienden a la abstracción, mientras que otras por el contrario procuran la concreción,

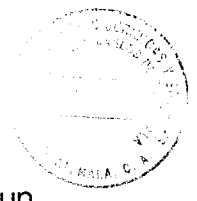


estas dos formas se contraponen, así por ejemplo, del contenido de las formas abstractas se dice que no es perceptible, mientras que el contenido de las concretas sí es perceptible, en ocasiones las primeras aparecen como lo indeterminado, mientras que las segundas, como lo determinado, también se dice que las formas abstractas constituyen lo general, mientras que las concretas son lo singular.

Un mecanismo de regular los contratos browser, es que mediante ley se autorice el uso de determinados navegadores web o página web o sea browser, listado anteriormente expuesto, y así no cualquier página web puede desenvolverse en nuestro país previo a que tribute al Estado por permitir su registro para poder operar, creando una base de datos para controlar a los navegadores web debidamente registrados.

El régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos es sin lugar a dudas la principal problemática que surge de su concepción como categoría contractual, y tiene una gran trascendencia desde el punto de vista práctico pues de las normas que se apliquen a un específico tipo contractual no regulado por la ley dependen directamente los efectos que produce, por tal razón es importante que en una base de datos se controle que páginas web están registradas para poder operar y así se puede indagar cuidadosamente las normas que considera pueden regir la figura contractual.

En sucesivos artículos se ha analizado cómo Internet parcializa las posibilidades reguladoras del derecho, dadas las limitaciones topológicas y temporales que caracterizan la red. Así las cosas, los individuos son quienes han establecido la posibilidad de realizar toda clase de negocios jurídicos por medios electrónicos, que es



la forma mediante la cual se compran y venden servicios, es decir, genera un intercambio en línea.



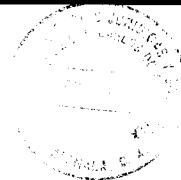


CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En Guatemala no existe una legislación taxativa que regule y controle los navegadores web o páginas web o sea los browsers que operan en el territorio nacional y la realidad social se encuentra ligada estrechamente al mundo jurídico, y éste debe obedecer necesariamente al mundo de las tendencias sociales y económicas que se viven. De ello se deriva la conveniencia de que estos contratos atípicos de comercialización sean debidamente reconocidos, tipificados y regulados en un cuerpo legal con carácter imperativo, creado específicamente para el efecto, al mismo tiempo que permita equiparar los beneficios económicos correspondiente. Así también, en el medio empresarial se puede aprovechar la inversión extranjera que constituye una buena alternativa para aumentar la rentabilidad del capital de Guatemala, por lo que, debe implementarse su registro y control a través de una base de datos del Registro Mercantil, previo a que tributen al Estado.

En las últimas décadas, la sociedad ha observado cambios de gran trascendencia en cuanto a las relaciones comerciales que se establecen como consecuencia de la necesidad de los hombres de suplir sus más variadas necesidades. Ha surgido el uso de internet y las transacciones mediante el comercio electrónico, los cuales se han convertido en algo muy común en los distintos conglomerados humanos, por lo que la tricentenaria Universidad de San Carlos, debe promover el conocimiento y estudio de toda la complejidad de contratos atípicos de naturaleza digital, para que de inmediato los profesionales del derecho y los estudiantes, puedan perfeccionar la asesoría legal y puedan contribuir a la seguridad jurídica en el mundo electrónico.





ANEXOS





ANEXO I

Proyecto de ley

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO...

CONSIDERANDO:

Que el Estado como responsable del bien común debe mantener, reforzar y aplicar políticas y acciones que permitan una mayor participación en la dinámica y beneficios del desarrollo económico y social libre, la modernización, los procesos económicos sin trabas ni obstáculos, artificiales, así como la inserción del país en las corrientes del progreso mundial de manera sostenible y equitativa controlando que navegadores web o páginas web o sea browser pueden operar en el país, registrados respectivamente.

CONSIDERANDO:

Que la promoción del comercio electrónico en todos sus aspectos requiere de una legislación para su respectivo registro y control y cuyo fundamento sea, entre otros, la facilitación del comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales, la validación, fomento y estímulo de las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información sobre la base de la autonomía de la voluntad y el



apoyo a las nuevas prácticas comerciales, tomando en cuenta en todo momento la neutralidad tecnológica.

CONSIDERANDO:

Que la inmersión masiva de la tecnología en nuestra sociedad es una realidad que no podemos ignorar y por ende se debe revisar los conceptos y visiones tradicionales del mundo físico para adaptarlos al actual contexto del mundo digital, en virtud que la integración al comercio electrónico global requiere que sean adoptados instrumentos técnicos y legales basados en los modelos de legislación internacional que buscan la uniformización de esta rama del derecho tan especializada, y que debe dársele seguridad jurídica y técnica a las contrataciones y por ende comunicaciones mediante el señalamiento de la equivalencia funcional.

CONSIDERANDO:

Que las limitaciones e impedimentos para controlar, registrar e impartir justicia sobre el mundo digital, no pueden estar sujetas a la lógica de leyes supletorias, en virtud que es obligación nacional e internacional del Estado en orden a que ciertos hechos punibles no queden exentos de castigo.



CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, corresponde al Congreso de la República decretar, reformar y derogar las leyes.

POR TANTO:

En ejercicio de las funciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

La siguiente:

Ley para el control y registro de navegadores web o páginas web o sea browser

ARTÍCULO 1. **Ámbito de aplicación.** La presente ley será aplicable a todo tipo de navegador web o páginas web o sea browser que desee operar en el territorio nacional, previo a ser registrado en una base datos que será implementado por el Registro Mercantil de la República de Guatemala.

ARTÍCULO 2. Se autoriza que operan en Guatemala, las siguientes páginas web, debiendo ser controladas y registradas por el Registro Mercantil: Chromium; Google Chrome; Dolphin Browser; Olive Browser; Internet Explorer (Trident) y derivados; Avant



Browser; Maxthon; G-Browser; Slim Browser; AOL Explorer; Mozilla (Gecko) y derivados; Mozilla Firefox; Navegador web IBM para OS/2; HotJava; IEs4Linux; Links; Lynx; Bobcat; Netrik; y todas aquellas que más adelante se inscriban en el Registro Mercantil.

ARTÍCULO 3. El Registro Mercantil, a partir de la publicación de la presente ley, implementará una base de datos para el control y registro de los browsers que deseen operar en el territorio nacional, asimismo organizar la función de inspección, control y vigilancia de sus actividades.

ARTÍCULO 4. Reglamento. El Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Economía, deberá emitir el reglamento de esta Ley, en un plazo no mayor a seis (6) meses contados a partir de su publicación, para establecer el procedimiento de registro y arancel respectivo. Así mismo, podrá emitir las reglamentaciones o disposiciones que considere pertinente para el mejor desempeño de las páginas web.

ARTÍCULO 5. El presente Decreto entra en vigencia a los ocho días después de su publicación en el Diario de Centro América y deroga las disposiciones que le sean contrarias. Remítase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala, a los... días del mes de... del año dos mil...



f) Presidente del Congreso

f) Secretario





BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 2ª ed. Guatemala: Ed. F. De León impresos, 2002.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Argentina: Ed. Heliasta (s.f.)

CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. 10ª ed. México D.F: Ed. Porrúa S. A., 1988.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1970.

GARRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 2º tomo, 7ª ed. Madrid, España: Ed. Aguirre, 1976.

GIL PÉREZ, Rosario y Carlos Paiz Xulá. 6ª. ed. Guatemala. **Introducción a la Sociología**. Ed. Litografía Orión, 2001.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/11>. (Consultado: 15 de septiembre de 2014).

<http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3625>. (Consultado: 15 de septiembre de 2014).

http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6694.p. (Consultado: 15 de septiembre de 2014).

http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7538.p. (Consultado: 15 de septiembre de 2014).



<http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/03/derecho.html>. (Consultado: 15 de septiembre de 2014).

<http://www.definicion.de/globalizacion.com>. (Consultado: 6 de septiembre 2014).

http://www.tesisproyectos.com/index.php?option=com_content&view=article&id=162:contratos-atipicos. (Consultado: 15 de septiembre de 2014).

http://wikiguate.com.gt/wiki/Registro_Mercantil#sthash.Sd2d59. (Consultado: 17 de septiembre de 2014).

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional privado**. 6ª ed. Guatemala: Ed. Cholsamaj, (s.f).


LÓPEZ MAYORGA, Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho**. Vol. I. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Lovi, 1999.

MORENTE ACETÚN, Carlos Hugo. **Necesidad de crear órganos jurisdiccionales con competencia agraria**. Guatemala: Ed. Impresos Joma, 2014.

Oficina Del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Guatemala. **Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala**. Guatemala: Ed. Superiores, S. A. 2011.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, 28ª ed. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

PECES BARBA, Gregorio. **Derechos fundamentales I**. Madrid, España: (s.e.), 1973.



VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala: (s.e), 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I. 5ª. ed. Guatemala: Ed. Universitaria, 2001.

VILLEGAS, Héctor. **Derecho financiero y tributario**. 6ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Desalma, 1997.

www.39427028/contratos/atipicos.pdf. (Consultado: 26 de septiembre de 2014).

www.wikipedia.com/browser. (Consultado: 25 de septiembre de 2014).

XILOJ VICENTE, Celso. **Oposición a la inscripción de sociedades anónimas por igual denominación en el registro mercantil**. Guatemala: Ed. Impresos Joma, 2005.

Legislación:

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

Tratados y convenios internacionales en materia de comercio electrónico, ratificados por Guatemala.

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



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

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

Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas. Decreto número 47-2008, Congreso de la República de Guatemala, 2008.