

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a large, circular emblem. It features a central figure, likely a religious or historical figure, surrounded by a ring of text in Spanish. The text includes "UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA" and "FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES".

**LA INCORPORACIÓN DEL CONTRATO DE CONSORCIO A LA LEGISLACIÓN
MERCANTIL GUATEMALTECA**

BARBARA MELGAR CANCINOS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2015

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

**LA INCORPORACIÓN DEL CONTRATO DE CONSORCIO A LA LEGISLACIÓN
MERCANTIL GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

BARBARA MELGAR CANCINOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 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 Álvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Licda.	Dilia Agustina Estrada García
Secretario:	Lic.	Luis Alfredo González Rámila
Vocal:	Licda.	Rosa Orellana Arévalo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Carlos Humberto Vásquez Ortiz
Secretario:	Lic.	Frank Adalberto González Juárez
Vocal:	Licda.	Amalia Manzo Alvarado

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).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
13 de febrero de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, MARVIN VINICIO HERNANDEZ HERNANDEZ
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
BARBARA MELGAR CANCINOS con carné 200816032
intitulado LA INCORPORACIÓN DEL CONTRATO DE CONSORCIO A LA LEGISLACIÓN MERCANTIL
GUATEMALTECA.

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 hacer 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.

[Handwritten signature]
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 24, 02, 2015

[Handwritten signature]
Asesor(a)
LICENCIADO
MARVIN VINICIO HERNANDEZ HERNANDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

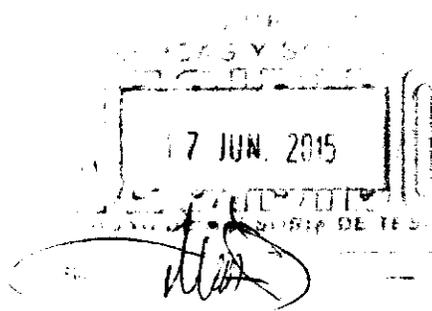




MARVIN VINICIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Ruta 3 2-70 zona 4 oficina tres nivel 3
Teléfono 57986240
Ciudad de Guatemala

Guatemala, 22 de Mayo de 2015.

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Apreciable doctor:

Respetuosamente a usted infomo sobre mi nombramiento como asesor de tesis de la bachiller **BARBARA MELGAR CANCINOS** con camé **200816032** la cual se intitula **"LA INCORPORACIÓN DEL CONTRATO DE CORSORCIO A LA LEGISLACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA"**; declarando expresamente que no soy pariente de la bachiller dentro de los grados de ley; por lo que me complace manifestarle lo siguiente:

- a) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes de actualidad; y que trata sobre la importancia de reformar el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República e incluir en dicho cuerpo legal el contrato de consorcio.
- b) Los métodos utilizados en la investigación fueron el análisis, la inducción, la deducción y la síntesis; mediante los cuales la bachiller no sólo logró comprobar la hipótesis sino que también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados con el contrato de consorcio y utilizarlo en nuestra legislación mercantil cuando se encuentre regulado. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.


LICENCIADO
MARVIN VINICIO HERNANDEZ HERNANDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

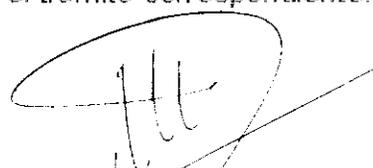


MARVIN VINICIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Ruta 3 2-70 zona 4 oficina 3 nivel 3
Teléfono 57986240
Ciudad de Guatemala

- c) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo la bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector; asimismo, utilizo las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- d) El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca; puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.
- e) En la conclusión discursiva, la bachiller expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez recomienda que es necesario la reforma del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República en relación al contrato de consorcio
- f) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como de extranjeros.
- g) La bachiller aceptó todas las sugerencias que se le efectuaron y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema, en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

En base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que apruebo el trabajo de investigación, emitiendo para el efecto **DICTAMEN FAVORABLE**, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Atentamente,


LIC. MARVIN VINICIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Asesor de Tesis
Colegiado No. 8,241

LICENCIADO
MARVIN VINICIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 29 de octubre de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante BARBARA MELGAR CANCINOS, titulado LA INCORPORACIÓN DEL CONTRATO DE CONSORCIO A LA LEGISLACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.


 Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO







DEDICATORIA

A DIOS:

Por regalarme sus lindas bendiciones y su amor inmenso.

A LA VIRGEN MARÍA:

Por iluminar mí camino con su hermosa luz.

A MIS PADRES:

Aman y Ana Beatriz por haberme dado la vida, por brindarme su amor y apoyo incondicional para lograr llegar a mi meta. Los amo y este triunfo es suyo.

A MI BISABUELA:

Mamá Refu (+) por sus apreciadas enseñanzas y su amor eterno.

A MIS ABUELOS:

Por el amor, la paciencia y la fortaleza que siempre me dieron y me han dado, en especial a mamá Yoli a quien le agradeceré eternamente.

A MI HIJO

Por ser la persona más bella y amada en mi vida. Por ser la inspiración y el motivo para cumplir con mi meta, te amo Oscarito.

A MI ESPOSO:

Por su amor, su apoyo y por estar siempre a mi lado. Te amo.

A MI HERMANO:

Por su amor y compañía en mi vida.



A MIS SUEGROS:

Por el apoyo incondicional y por ser parte de mi familia.

A MI CUÑADO:

Por su cariño y apoyo.

A MIS TIOS:

Por su apoyo y amor brindado para alcanzar mi meta.

A MIS PRIMOS:

Por ser una linda parte de mi vida.

A MIS AMIGOS:

Por ser parte del camino que recorrí para alcanzar mi meta y por todo su cariño. En especial a Dina, Gloria, Felipe, Alex, Sindy, Paola, Landy, Lucy, Susi, Hermis y Abner por estar junto a mí todo este tiempo en la universidad y por su linda amistad.

A MIS CATEDRÁTICOS:

Por el conocimiento que me brindaron durante el curso de mi estudio.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



PRESENTACIÓN

El presente trabajo de investigación se basa en el derecho mercantil ya que se indaga en el tema del comercio en donde se encuentran implícita la contratación mercantil y las herramientas que actualmente poseen los comerciantes para realizar su actividad y por ende cumplir con sus fines; dentro de las herramientas de la contratación mercantil encontramos contratos legislados y no legislados, y, dentro de los no legislados específicamente se encuentra el contrato de consorcio sobre el cual se realiza un análisis y el beneficio de incorporarlo a la legislación mercantil guatemalteca para ello se efectuó el desarrollo del mismo en donde se brindan sus definiciones, características, afectaciones, derecho comparado, se realiza una comparación con otras figuras comerciales análogas, el análisis de los beneficios de su incorporación a la legislación, los riesgos, sus ventajas y los costos que deriven de este contrato.

Después de efectuar la investigación y el análisis correspondiente se propone una reforma al Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República en la que se incorporaría el contrato de consorcio mercantil dentro del mismo y que consiste en establecer una definición, la forma en que debe de formalizarse, forma en que deben de repartirse las utilidades, la responsabilidad de las partes y su plazo, estableciéndose que su incorporación brindaría no solo una herramienta de contratación típica sino que también una seguridad jurídica a las partes contratantes.

El tipo de investigación que se llevó a cabo es cualitativa ya que se realizó el desarrollo partiendo desde lo general a lo particular, y, el período tomado para la efectuar la presente investigación es del año 2013 al año 2015.



HIPÓTESIS

La suposición fundamental en la que está basada la presente investigación, queda planteada de la siguiente manera:

La incorporación del contrato de consorcio dentro de la legislación mercantil guatemalteca coadyuvaría a mejorar las condiciones de seguridad jurídica de asociación de personas en actividades comerciales obteniéndose el beneficio para el comercio guatemalteco ante el avance económico y competitivo bajo dicha contratación.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En la presente tesis se realizó una investigación para establecer la importancia de incorporar el contrato de consorcio a la legislación mercantil guatemalteca, con dicha investigación se estableció que el contrato de consorcio es una herramienta de gran importancia dentro del comercio en virtud que se realizó un análisis jurídico de dicho contrato estableciendo sus características, sus beneficios, los riesgos y se analizó respecto al derecho comparado constatando que dicha figura no solo es utilizada en el comercio extranjero con gran éxito, sino que también se encuentra legislada en diferentes países aportando seguridad jurídica a las partes contratantes.

En virtud de lo anterior se propone una reforma al Decreto 2-70 del Congreso de la República Código de Comercio de Guatemala, con el objeto de incorporar la figura del contrato de consorcio dentro de los contratos típicos mercantiles y así brindar al comercio guatemalteco un contrato en el que se establezcan sus requisitos legales brindado a las partes una seguridad jurídica para contratar.

ÍNDICE

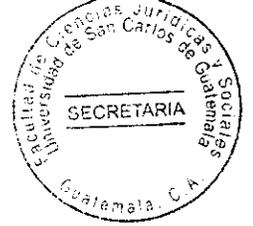


Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil.....	1
1.1 Antecedentes.....	1
1.1.1 El derecho mercantil en la Época media	3
1.1.2 El derecho mercantil en la Época Moderna.....	4
1.1.3 El derecho mercantil en la Época Contemporánea.....	5
1.2 El derecho mercantil guatemalteco.....	6
1.3 Definiciones.....	7
1.3.1 Definición de derecho.....	8
1.3.2 Definición de derecho mercantil sustantivo.....	8
1.3.3 Definición de derecho mercantil objetivo.....	9
1.3.4 Definición general de derecho mercantil.....	9
1.4 Características del derecho mercantil.....	11
1.5 Sujetos del derecho mercantil.....	14
1.6 Principios del derecho mercantil.....	15
1.7 Fuentes del derecho mercantil.....	17



CAPÍTULO II

	Pág.
2. Nociones de derecho comercial y comercio.....	21
2.1 Generalidades del derecho comercial.....	21
2.2 Origen y evolución del comercio.....	24
2.2.1 La era de los descubrimientos.....	30
2.2.2 El comercio Transatlántico.....	31
2.2.3 La globalización.....	32
2.3 La empresa como concepto económico.....	33
2.4 Clasificación del comercio.....	35
2.5 Referencia en el derecho comparado.....	36
2.6 Importancia del comercio.....	42

CAPÍTULO III

3. Contratos mercantiles.....	45
3.1 Características de los contratos mercantiles.....	47
3.2 Requisitos del contrato mercantil.....	50
3.3 Clasificación de los contratos mercantiles.....	52
3.4 Contratos mercantiles legislados.....	56
3.4.1 De conservación.....	56
3.4.2 De crédito.....	59
3.4.3 Especiales.....	69



CAPÍTULO IV

Pág.

4. El contrato de consorcio y la necesidad de incorporarlo a la legislación mercantil guatemalteca.....	79
4.1 El contrato de consorcio.....	79
4.1.1 El contrato en general.....	79
4.1.2 Definición de contrato de consorcio.....	80
4.1.3 Características del contrato de consorcio.....	84
4.2 Afectación, relación y sistemas de participación.....	85
4.3 Derecho comparado respecto al contrato de consorcio.....	86
4.4 Diferencia con otras figuras comerciales.....	89
4.5 Análisis de los beneficios de incorporar el consorcio a la legislación mercantil guatemalteca.....	92
4.6 Riesgos, ventajas y costos que se derivan del contrato de consorcio.....	94
4.7 Propuesta de reforma al Código de Comercio de Guatemala, incorporando el contrato de consorcio mercantil.....	96
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis contiene un análisis del contrato de consorcio mercantil al ser un instrumento del comercio utilizado debido a las prácticas comerciales y globalización económica que ha expandido el comercio facilitando el tráfico comercial entre naciones.

El capital y el comercio crean una gran actividad humana que se desarrolla en el campo mercantil, incrementando las operaciones comerciales a través de prácticas en las que además del dinero en las mismas, y que aparecen agrupaciones en las que se busca un beneficio colectivo y certeza jurídica tanto al momento constituirse como al contratar con terceras personas, siendo importante dentro de ellas la figura jurídica del consorcio mercantil ya que facilita la unión de capitales y trabajo por un periodo de tiempo corto con el fin de obtener un provecho específico y lucrativo.

Derivado de lo anterior, la hipótesis planteada en la presente investigación es: La incorporación del contrato de consorcio dentro de la legislación mercantil guatemalteca coadyuvaría a mejorar las condiciones de seguridad jurídica de asociación de personas en actividades comerciales obteniéndose el beneficio para el comercio guatemalteco ante el avance económico y competitivo bajo dicha contratación.

El propósito del trabajo radica en determinar la importancia de incorporar el contrato de consorcio dentro de la legislación mercantil guatemalteca en relación a los beneficios de dicha forma de contratación para la actividad económica en el país.



La investigación se dividió en cuatro capítulos: El primer capítulo es referente al tema del derecho mercantil tomando en consideración aspectos importantes tales como sus antecedentes históricos, definición y características, realizando un breve análisis del derecho mercantil guatemalteco y sus principios; el segundo capítulo se enfocó al tema de las nociones del derecho comercial y comercio, realizando un breve resumen del derecho comercial estableciendo dentro del mismo sus características, elementos y formas del comercio a nivel general como en el ámbito jurídico guatemalteco; el tercer capítulo se contiene el tema de los contratos mercantiles, realizando dentro del mismo un breve desarrollo de aspectos generales y estableciendo plenamente cuales son las formas de contratación mercantil que se establecen dentro de la legislación guatemalteca; y en el cuarto capítulo se llevó a cabo la investigación sobre el contrato de consorcio y sobre la necesidad de incorporarlo a la legislación mercantil guatemalteca, realizando un análisis de los riesgos, costos y ventajas derivados de su incorporación, creando también una propuesta de los requisitos constitutivos del contrato.



CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil

1.1. Antecedentes

La organización social fue evolucionando las necesidades se vuelven complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que llevo a inducir el desarrollo de la civilización: con la progresiva división del trabajo apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor actuando como un intermediario.

En la compleja organización de la sociedad surge un fenómeno que se le conoce con el nombre de trueque, “mientras las necesidades eran reducidas y escasas las mercancías cambiadas, el trueque se desarrolló sin inconvenientes, pero con la aplicación de los mercados, dichas transacciones resultaron de realización difícil porque exigían que existiera una coincidencia en los deseos de las personas que realizan el trueque.”¹ , que tal vez en sí mismo no puede ser calificado de mercantil, pero que tiene como consecuencia el comercio.

De esta manera surge el comercio, el cambio por el cambio; de manera que debe llenar sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporciona, es así como en la base de esta práctica surge, junto a la figura de los distintos oficios entre ellos el de

¹ Jackson, W.N. **Enciclopedia práctica**. Pág. 373.



comerciante, el hombre que se dedica a interponerse en el cambio de satisfactores, produciendo para su consumo sin el ánimo de comercio.

Es así como surge el comerciante; y así también la riqueza que se produce con esta actividad adquiere la categoría de mercancía o mercadería en la, medida que es producida puede ser intercambiada o para ser vendida.

En su origen el producto era cambiado producto por producto, por medio del trueque. Pero apareció la moneda que viene a dar un valor representativo, a las mercaderías. Con respecto al uso de la moneda el autor Zea Ruano establece: "las acciones de comercio no se perfeccionaron sino hasta que se halló el denominador común del valor de la moneda como, mercancía intermediaria, porque con ello se facilitaron las adquisiciones, el cambio y las transacciones evitando así las dificultades de la constante búsqueda del instante de la coincidencia de las monedas."²

En los sistemas jurídicos muy antiguos se encuentran preceptos que se refieren al comercio y que por lo tanto constituyen el inicio del derecho mercantil, haciendo un recuento dentro de la historia del derecho mercantil mencionaremos a las leyes rodias, que regían el comercio marítimo, las cuales nacieron en la Isla de Rodas, habitada por un pueblo heleno, donde la legislación con respecto al comercio marítimo fue excelente a través de su incorporación en el derecho romano las leyes rodias han ejercido un influjo que perdura hasta nuestros días. Dentro de los antecedentes se puede decir que en la antigüedad se encuentran en Roma documentos que reflejan la existencia verdadera de instituciones mercantiles, tales como la banca, las sociedades. El autor

² Lecciones de derecho mercantil, Pág. 8



Alfredo Rocco al respecto menciona en su obra lo siguiente “Roma desconoció un verdadero derecho mercantil”³

La existencia de estas instituciones no indica que se puede hablar de un derecho mercantil como tal, sino del *ius Gentium* e *ius Civile*, era un derecho adaptado a normar la actividad de los comerciantes o actividad privada de los ciudadanos fuera o no de carácter mercantil, era un derecho esencialmente formalista. Encontramos en esta época las leyes de Rodias que regían parte del comercio de la época, es de esta forma como se desarrolla las actividades de comercio y hace crecer un tráfico comercial, pero no establece un derecho mercantil autónomo al respecto el Doctor Villegas Lara dice: “No existió en Roma la división tradicional del Derecho Privado. No se dio un Derecho Mercantil en forma autónoma. El *ius Civile* era un universo para toda relación de orden privado.”⁴

El derecho mercantil se desarrolló por medio de las siguientes etapas:

1.1.1 El derecho mercantil en la época media

En la edad media la organización social da dos manifiestos importantes; la sociedad feudalista y la sociedad llamada burguesía, el feudalismo ejercía en su jurisdicción su actividad tradicional que era de naturaleza agrícola y todo era en su beneficio, excluía el tráfico comercial por que los consideraba deshonoroso y este poder ejercido entra en

³ Principios de derecho mercantil, Pág.6.

⁴ Derecho mercantil guatemalteco, Pág.10.



conflicto con la monarquía y sus intereses. Fuera de los feudos se formaron las villas y los pueblos donde se reunió la naciente burguesía que sus actividades eran sumamente comerciantes, la burguesía estimula a los comerciantes en su actividad. En esta época se organizaban en Corporaciones y se regían por sus estatutos que contenían reglas de derecho que regulaban el comercio.

Cuando este fenómeno ocurre marca una etapa transformadora en la sociedad y radica grandes cambios aumentando la riqueza y el comercio, de esta manera los comerciantes con su actividad son quienes empiezan a definir el derecho mercantil como un derecho autónomo y se crean normas jurídicas que empiezan a regular como; la letra de cambio, algunos tipos de sociedades mercantiles, fomentó el contrato de seguro, surge el Registro Mercantil, y otras instituciones, dando al derecho mercantil su propia autonomía, por lo cual el autor Rocco nos dice “que en esta época aparece el derecho comercial y se afirma como un derecho autónomo.”⁵

1.1.2 El derecho mercantil en la época moderna

En la época moderna, parte del descubrimiento de América con lo cual se presenta las transformaciones de las condiciones económicas y nacen las nuevas instituciones mercantiles. En esa época a la “legislación se denominó ordenanzas y se les ha considerado el precedente de codificación, se transformó en la ley general del reino y además se extendió por América rigiendo durante largos años en México, Uruguay,

⁵ Ob. Cit; Pág. 9.

Chile, Paraguay, y Guatemala.”⁶ Como resultado del expansionismo mercantilista de Europa se buscaron nuevas rutas para abrir nuevos mercados. Con la legislación de Napoleón en el año de 1807, se dieron dos acontecimientos importantes: el primero fue la promulgación del primer Código que regula el propio comercio y el segundo fue que el derecho mercantil se convirtió en el derecho que rige las relaciones comerciales.

1.1.3. El derecho mercantil en la época contemporánea

El derecho mercantil se fortalece a la luz de la doctrina liberal, en tanto se impulsa la libertad individual y por lo consiguiente la libertad del comercio, sin embargo en el siglo XX se pensó limitar la autonomía de la voluntad, que es la base de la libre contratación para Miguel Frech “según el pensamiento contemporáneo se comprende bajo esta denominación el derecho especial de los comerciantes, el que regula las relaciones jurídicas que nacen de la actividad mercantil, el que determina la naturaleza y los efectos de las convenciones estipuladas por los comerciantes o en ocasión de los actos de comercios; el que comprende las normas aplicables a las relaciones entre particulares, nacidas de la industria comercial o asimiladas a ésta en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial; el que regula las negociaciones en masa, el derecho de la empresa organizada y un derecho de la economía en cuanto viene vinculada a la comunidad nacional.”⁷

Es aquí donde el Estado interviene como sujeto que toma parte de la actividad comercial.

⁶ Langle Emilio y Rubio, **Manual de derecho mercantil español**, Pág. 163.

⁷ **Enciclopedia práctica de derecho**, Pág. 49.



Luego se pretende que el Estado reduzca su intervención en la economía, particularmente en ámbito del comercio, claro que no se debe considerar esa regla como universal, si no en algunas sociedades, como sucede en los países considerados como de escaso desarrollo económico social o del tercer mundo como lo es considerado el nuestro.

1.2. El derecho mercantil guatemalteco

En Guatemala el derecho mercantil, al igual que en el resto de los dominios españoles en América la regulación jurídica se regía por la legislación de la metrópoli.

Es importante hacer referencia o mencionar que entre las normas jurídicas que controlaban el comercio se encontraban: La recopilación de las Leyes de Indias, Las Leyes de Castilla, las Siete Partidas, y las Ordenanzas de Bilbao, que era el Código de más aceptación en la metrópoli.

Cuando Centro América se independiza de España, las leyes españolas siguieron teniendo vigencia algunos años más. "En el gobierno del Doctor Mariano Gálvez, se consideró en modernizar las leyes del país, sustituyendo las Leyes vigentes españolas por el Código de Livingston. Luego en el gobierno de Rafael Carrera la legislación se estancó, ya que volvió la legislación española, los estudios de derecho se basan en las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. En el año de 1877, se promulgaron los nuevos Códigos de Guatemala, en donde se incluyó un Código de Comercio con una ley especial de enjuiciamiento mercantil.



En el año de 1942, momento que se promulgó un nuevo Código de Comercio, contenido en el Decreto 2946 del presidente de la República, éste Código poseía un sistema de que reunía instituciones del Código de 1877, que era una serie de leyes dispersas; y sobre todo, las convenciones internacionales en materia de letra de cambio, pagaré y cheque. En el año de 1970, se promulgó el Decreto 2-70 del Congreso de la República, que contiene el actual Código de Comercio de Guatemala, el que pretende adaptarse a las necesidades del comercio de Guatemala, tanto a nivel Nacional como Internacional.

“El actual Código de Comercio de Guatemala, en su estructura incorpora instituciones nuevas y mejora los sistemas en materia jurídica mercantil. Es importante señalar la creación del Registro Mercantil, pues tal función, en forma limitada, la cumplía el Registro Civil. En materia de títulos de crédito se incorporó la factura cambiaria. Se traslada aquellos contratos que, considerados mercantiles, como el fideicomiso, lo que se refiere a la edición, radio fusión o representación escénica, formaban parte del Código Civil.”⁸

1.3. Definiciones

Para definir que es derecho mercantil es necesario conocer una definición de derecho, que a continuación citaremos, como también lo que es derecho mercantil desde el punto objetivo como el subjetivo, tales conceptos nos llevan a comprender lo que es una regulación mercantil.

⁸ *Ibid.* Pág. 18.



1.3.1. Definición de derecho

El autor Romeo Alvarado Polanco lo define de la siguiente forma: “sistema coactivo de normas generadoras de autorizaciones y deberes, que tienen por objeto ordenar de cierto modo las conducta de los hombres dentro de las relaciones sociales que establecen, tendientes a la satisfacción de sus necesidades en una organización estatal determinada, con el fin de mantener dicha organización y lograr la realización de los intereses a ella inherentes.”⁹ Este sistema de normas es el que nos lleva a poder vivir en sociedad bajo una conducta de orden, que también alcanza en su dimensión el ámbito del comercio.

1.3.2. Definición de derecho mercantil sustantivo

El derecho mercantil es el conjunto principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional. Se ha comprobado a través del tiempo que la legislación comercial estaba dedicada con exclusividad a los comerciantes. La idea que se tenía del concepto subjetivo, era que el elemento principal a tomar en cuenta es el sujeto que interviene en el movimiento comercial, la actividad comercial se fue tomando muy compleja que al ponerse de manifiesto los intervinientes no necesariamente tendrán que ser comerciantes, por lo que se puede dar una relación de negocio mixta entre un comerciante y un no comerciante. El Código de Comercio establece en el Artículo 5 negocio mixto “cuando en un negocio jurídico regido por este Código intervengan comerciantes y no

⁹ **Introducción al estudio del derecho**, Pág. 27.



comerciantes, se aplicaran las disposiciones del mismo”. Al interpretar el Artículo mencionado queda claro que el derecho mercantil no es un derecho exclusivo para comerciantes.

1.3.3. Definición de derecho mercantil objetivo

El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas derecho sustantivo que rigen los actos objetivos del comercio, concepto aportado por el Código de Napoleón, el cual liberó la función de la ley y establecido un nuevo punto de referencia conceptual; el acto objetivo de comercio.

La presente ley ya no funcionó solo para los sujetos destinatarios exclusivamente, sino que se refería a una serie de relaciones jurídicas tipificadas en el Código de Comercio como mercantiles.

Los actos o negocios que la ley califica como mercantiles se toman como materia mercantil. Es importante señalar que este sistema se aplica a comerciantes y no comerciantes que realizan actividades mercantiles.

1.3.4. Definición general de derecho mercantil

Para definir el derecho mercantil el autor Manuel Ossorio en su diccionario jurídico cita a varios autores que dan distintas opiniones y definiciones en lo que respecta al derecho mercantil, Waldemar Ferreira citado por Manuel Ossorio dice: “Que es un

sistema de normas reguladoras y de las relaciones de los hombre contribuyentes o de él emergen; y abraza en su ámbito la ordenanza de aquella actividad profesional medianera en la circulación de los bienes entre productores y consumidores.”¹⁰ Vemos en ésta definición que el autor considera que el derecho comercial es la rama del derecho privado que rige las relaciones entre los particulares relativas al ejercicio de tal profesión o que resulta del cumplimiento de actos de comercio.

El derecho comercial es denominado también, y tal vez de forma preferente, derecho mercantil; y el autor Guillermo Cabanellas citado por Manuel Ossorio establece: “que ésta 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.”¹¹

Por otra parte el autor Ramírez Gronda citado por Ossorio, lo define como “la parte del derecho privado que regula las relaciones de los particulares concernientes al ejercicio de la actividad comercial, o resultante de la realización de los actos de comercio.”¹²

Blanco Constant citado por Ossorio, lo definió así “el conjunto de principios, preceptos y reglas que determinan y regulan las relaciones jurídicas que el comercio engendra.”¹³

Para Bonilla San Martín citado por Ossorio, lo define así “el conjunto de reglas jurídicas que rigen las relaciones de derecho, originadas por actos de cambio,

¹⁰ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, Pág. 231.

¹¹ **Ibid.**

¹² **Ibid.**

¹³ **Ibid.**



fundamentalmente o auxiliares, celebrados por especulación en caminados a tomar del productor los productos y a ponerlos a disposición del consumidor.”¹⁴

Podemos definir que el derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas y principios así como normas que se encuentran codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles como los negocios que se realizan en las relaciones de comercio.

1.4. Características del derecho mercantil

Las características del derecho mercantil, se basan particularmente en el trato en los negocios en masa, de los constantes cambios del mercado, la rapidez con que se dan los negocios y a la forma de desenvolverse ya sea a un nivel Nacional o Internacional; por lo que podemos mencionar entre las más importantes:

a. Rama del derecho privado

El derecho mercantil es parte de la rama del derecho privado y su ejercicio consiste en regular las relaciones que nacen del intercambio de las actividades y mercancías que se dan entre las personas que se dedican al comercio.

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 232.



b. Inspira rapidez y libertad de los medios para traficar

Esta característica deviene del de poco formalismo que requiere para su validez y tomando como base la buena fe y la verdad sabida que son los principios que garantizan los actos de comercio, permiten tener rapidez y libertad para contratar, por supuesto a excepción de los contratos de sociedad y fideicomiso que requieren llenar los requisitos que la ley les establece, por lo que esta característica favorece al comerciante para realizar negocios en cantidad y en menor tiempo posible, lo cual hace que una empresa preste un buen servicio y se convierta en exitosa.

c. La profesionalidad

Esta característica es aplicada a la actividad profesional de los comerciantes, las que pueden ser; personas profesionales o jurídicas, el Código de Comercio establece: en su Artículo 1 Aplicabilidad “Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles se regirán por las disposiciones de este código y en su defecto, por el Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspiran el derecho”

d. Poco formalista

Los negocios que se realicen en el ámbito del comercio no es tan sujetos a formalidades especiales para su validez, lo cual facilita el tráfico mercantil y los negocios en masa, por lo que las parte pueden elegir la forma de obligarse, esto establece el Código de Comercio en su Artículo 671 “Formalidades de los contratos.



Los contratos de comercio no están sujetos para su validez, a formalidades especiales. Cuales quiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan vinculadas en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los Contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo debe usarse el idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales. Con la excepción en los casos que la ley establece que deben ser solemnes por seguridad jurídica como lo es en los contratos de sociedad y fideicomiso, a los cuales se les aplica las solemnidades de contrato civil y las que exigen los cuerpos afines.”

e. Tiende a ser internacional

La actividad mercantil, busca no solamente la producción y prestación de servicios, tampoco ser una exclusividad de un mercado local, si no que va más allá de sus fronteras, buscando mercados internacionales donde se busca colocar productos o prestar servicios nacionales.

f. Adaptabilidad

En el dinamismo constate del comercio y el ser cambiante cada día, permite que la función de esta característica sea importante ya que el ser humano constantemente crea nuevos medios para incrementar su negocios y hacer crecer sus empresas, porque es necesario que la legislación también se actualice y se adapte para darle seguridad jurídica y permita adaptarse también a las nuevas situaciones e imprevistos



que surgen de las actividades de comercio.

1.5. Sujetos de derecho mercantil

Los sujetos del derecho mercantil como, las personas que se dedican en forma profesional y constantemente a realizar actos de comercio, por lo que nuestra legislación nos menciona a dos clases de comerciantes:

- a. Los comerciantes Individuales.
- b. Comerciantes Sociales.

a. Comerciante individual

Es la persona individual que actúa en nombre propio o por medio de una empresa, realiza actos de comercio y con fines de lucro. El Artículo 2 del Código de Comercio establece: "Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cuales quiera actividades que se refiera a lo siguiente:

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

b. El comerciante social

El Código de Comercio define al comerciante social en el Artículo 3 de la siguiente



manera: Comerciantes sociales.: "Las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciante, cual quiera que sea su objeto."

1.6. Principios del derecho mercantil

Los principios mercantiles son importantes de mencionar porque estos están íntimamente relacionados con las características que inspiran al derecho mercantil en virtud que ambos tienen conexión en el momento de su interpretación, el doctor Villegas Lara, enumera los siguientes principios: "La buena fe, la verdad sabida, toda presunción de presume onerosa, intención de lucro, ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación."¹⁵

Los principios de la contratación mercantil se fundamentan en nuestra legislación en el Artículo 669 del Código de Comercio el cual establece: "Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretaran, ejecutaran y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales."

Estos principios son de gran importancia porque rigen la conducta de las partes en la contratación mercantil, en base a estos principios las partes deben cumplir con las obligaciones que se deriven de dicha contratación.

¹⁵ Ob.Cit; Pág. 32.



a. La buena fe:

Este principio consiste en la convicción de las personas que celebran actos de comercio y que han ofrecido cumplir con determinada prestación.

b. La verdad sabida

La verdad sabida consiste en un principio que tiende a conservar las rectas y honorables relaciones de los contratantes que llevan a la convicción de confiar en las buenas intenciones de la otra parte.

En virtud de este principio al interpretar un contrato mercantil no debe de tomarse solo lo puesto en el mismo sino que también en base a la costumbre mercantil.

c. Toda prestación se presume onerosa

Es sabido que toda relación jurídica mercantil lleva una intención de lucro, siempre que este sea el objeto principal, por el cual se actúa dentro del derecho mercantil.

d. Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación

Este principio tiene relación con la característica de poco formalista que es el derecho mercantil y que haciendo uso de la verdad sabida y la buena fe guarda cuando se deba resolver un caso se debe buscar la vía más viable para las partes contratantes.



1.7. Fuentes del derecho mercantil

Las fuentes del derecho significan: origen, fenómeno de donde proviene. Cabanellas lo define como: "Principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y, en especial, del Derecho positivo o vigente en determinado país y época. Por metáfora, sencilla y repetida, pero expresiva y técnica, de las fuentes naturales o manantiales de agua, se entiende que el Derecho brota de la costumbres, en primer término, y de la ley, en los países de Derecho escrito, en la actualidad todos los civilizados."¹⁶ Por lo que daremos una breve explicación de cada una de las fuentes del derecho mercantil

a. La costumbre

Se le conoce como usos mercantiles y es la fuente primaria del derecho mercantil. El Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial le da categoría de fuente de derecho a la costumbre, y por lo mismo al uso, la ley lo establece en defecto de la ley aplicable al caso o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral al orden público y resulte probada.

En nuestro ordenamiento jurídico mercantil nos permite auxiliarnos de los usos, para poder en caso de ausencia de una norma específica, como podemos citar un ejemplo: en la compraventa en la que se olvidó establecer la prestación. En este caso los usos, sean locales o internacionales, generales o especiales, nos pueden servir para normar una situación imprevista en mercantil o en caso que la ley no contempla; y en el caso de interpretación nos remitimos al Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.

¹⁶ **Diccionario jurídico elemental**, Pág.169



b. La jurisprudencia

La jurisprudencia es fuente del derecho y se utiliza únicamente para aplicar la norma jurídica al caso concreto. De acuerdo al Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial la jurisprudencia es fuente complementaria y en relación el Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, en el Artículo 621 establece que cuando se producen cinco fallos reiterados en juicios sometidos al conocimientos de la Corte Suprema de Justicia, derivados de la interposición de un recurso extraordinario de casación, se crea la doctrina legal que puede citarse como fundamento de pretensiones similares. Sin embargo cuando se trata de interpretar la ley que ya existe, la jurisprudencia no está generando una nueva norma, por lo tanto solo es una fuente directa normativa.

c. La ley

El autor Guillermo Cabanellas la define así: "Regla de conducta obligatoria dictada por el poder legislativo, o por el Ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones."¹⁷

La ley es la fuente del derecho en Guatemala así lo establecen los Artículos 2 y 3 de la Ley del Organismo Judicial, es así como la ley es la única fuente de nuestro derecho mercantil.

La Constitución de la República de Guatemala vigente, establece los preceptos mercantiles que se desarrollan en el Código de Comercio, y además los tratados

¹⁷ **Ibid.** Pág. 225



internacionales en materia comercial, y otras leyes como, por ejemplo: la Ley de Empresas Aseguradoras, la Ley de Almacenes Generales de Depósito, la Ley de Sociedades Financieras Privadas, la Ley de Bancos, que norman la actividad de los comerciantes, las cosas y los negocios mercantiles.

“Es la fuente emanada de los órganos del Estado en quienes reside la función legislativa, destinada a regular la materia mercantil.”¹⁸ Siendo el organismo legislativo el constitucionalmente facultado para realizar ésta actividad.

d. La doctrina

“Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho ya sea con el propósito meramente teórico de sistematización de sus preceptos ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.”¹⁹

Al interpretar el Artículo 1 del Código de Comercio la doctrina sí constituye fuente coadyuvante del derecho mercantil el cual regula así Artículo.1. Aplicabilidad. “Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este código y, en su defecto por las del Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil.”

¹⁸ Rocco, **Ob. Cit**; Pág. 107.

¹⁹ García Máñez, **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 77.



e. El contrato

El Código Civil nos define al contrato en su Artículo 1517 de la siguiente manera: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modifica o extinguir una obligación.”

Por otra parte el autor Savigny citado por Cabanellas establece que contrato es “El concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas.”²⁰

Estas definiciones nos dan a entender que hay contrato cuando existan convenciones entre los particulares y que sean provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad.

El contrato se ha considerado fuente del derecho sobre todo en el campo del derecho privado, en este campo se dan modalidades muy especiales al celebrar un contrato y por eso lo podemos nombrar como una fuente el contrato nuestra legislación mercantil lo considera como ley entre las partes, y de este modo viene hacer como una fuente muy particular, por qué solo regiría a las partes que lo celebraron, pero sus disposiciones no son de observancia general.

²⁰ Ob. Cit. Pág. 91.

CAPÍTULO II



2. Nociones de derecho comercial y comercio

2.1. Generalidades del derecho comercial

“El derecho comercial es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional”²¹.

Sus características son:

- Poco formalista
- Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar
- Adaptabilidad
- Tiende a ser internacional
- Posibilita la seguridad del tráfico jurídico

Sus principios son:

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

²¹ Villegas Lara, Rene Arturo. **Ob. Cit.** Pág. 36



Las fuentes del derecho mercantil son:

- La costumbre
- La jurisprudencia
- La ley
- La doctrina
- El contrato

Los sujetos del derecho mercantil son:

a. El Comerciante: "Individuo que, teniendo capacidad legal para contratar, ejerce por cuenta propia o por medio de personas que lo ejecutan por su cuenta actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual"²².

Según lo establece el Artículo 2 del Código de Comercio para que una persona sea considerada como comerciante, deben concurrir los siguientes elementos:

- Ejercer en nombre propio.
- Con fines de lucro.
- Debe dedicarse a actividades calificadas como mercantiles: Industria dirigida a la producción o transformación de bienes y prestación de servicios, intermediación

²² Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 36



en la circulación de bienes y prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas y auxiliares de las anteriores.

Además debe ser hábil para obligarse conforme el Artículo 6 del Código de Comercio.

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

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

d. Comerciantes sociales: El Artículo 3 del Código de Comercio al respecto establece "Las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto."

e. Comerciantes sociales especiales: deben cumplir requisitos adicionales a los establecidos en el Código de Comercio y así lo dispone en su Artículo 12. Estos comerciantes se encuentran regulados en leyes especiales, para poder operar, como por ejemplo tenemos a los siguientes:

- Sociedades Anónimas financieras.



- Sociedades Anónimas de seguros.
- Sociedades Anónimas de almacenes generales de depósito.
- Sociedades Anónimas Bancarias.

2.2. Origen y evolución del comercio

“El derecho mercantil como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas. Ello obedece a circunstancias históricas, precisas en el desarrollo de la civilización”²³.

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

Los orígenes del comercio se remontan a finales del periodo Neolítico, cuando se descubrió la agricultura. Al principio, la agricultura que se practicaba era una agricultura de subsistencia, donde las cosechas obtenidas eran las justas para la población dedicada a los asuntos agrícolas.

Sin embargo, a medida que iban incorporándose nuevos desarrollos tecnológicos al día a día de los agricultores, como por ejemplo la fuerza animal, o el uso de diferentes herramientas, las cosechas obtenidas eran cada vez mayores.

²³ Villegas Lara, Rene Arturo. **Ob. Cit.** Pág. 36



Así llegó el momento propicio para el nacimiento del comercio, favorecido por dos factores:

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

Los excedentes de las cosechas empezaron a intercambiarse con otros objetos en los que otras comunidades estaban especializadas. Normalmente estos objetos eran elementos para la defensa de la comunidad (armas), depósitos para poder transportar o almacenar los excedentes alimentarios (ánforas, etc.), nuevos utensilios agrícolas (azadas de metal...), o incluso más adelante objetos de lujo (espejos, pendientes, etc)"²⁴.

Este comercio primitivo, no solo supuso un intercambio local de bienes y alimentos, sino también un intercambio global de innovaciones científicas y tecnológicas, entre otros, el trabajo en hierro, el trabajo en bronce, la rueda, el torno, la navegación, la escritura, nuevas formas de urbanismo, y un largo etcétera. En la Península Ibérica

²⁴Aviador, Wikipedia, **Comercio**. <https://es.wikipedia.org/wiki/Comercio>, [Fecha de consulta : 08 marzo 2014].



este periodo se conoce como el Orientalizante, por las continuas influencias recibidas de Oriente. En este momento es cuando surge la cultura ibérica.

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

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

La moneda, o dinero, en una definición más general, es un medio acordado en una



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

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

El único inconveniente que tenía el dinero era que al ser un acuerdo dentro de una comunidad, podía tener no sentido un dinero fuera de contexto. Por ejemplo, si el elemento de intercambio de una comunidad eran dientes de ballena, aquellos dientes no tenían ningún valor fuera de la comunidad. Por ello un poco más adelante surgió el concepto de divisa.

La divisa, ahora sí, es un elemento de intercambio aceptado en una zona mucho más amplia que la propia comunidad. La divisa más habitual era el oro puro, aunque a lo largo de la historia también han aparecido otros, como la sal o la pimienta. Las divisas



facilitaron el comercio intercontinental en gran medida.

“Una de las manifestaciones propias de la Edad Media sobre todo en lo que respecta a la organización social, es el feudalismo”²⁵. En la Edad Media, surgieron unas rutas comerciales transcontinentales que intentaban suplir la alta demanda europea de bienes y mercancías, sobre todo de lujo. Entre las rutas más famosas destaca la Ruta de la Seda, pero también había otros importantes como las rutas de importación de pimienta, de sal o de tintes.

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

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

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



Los miembros no combatientes de la orden del Temple (Los Caballeros Templarios) (Siglos XII-XIII) gestionaron una compleja estructura económica a lo largo del mundo cristiano, creando nuevas técnicas financieras (los pagarés e incluso la primera letra de cambio) que constituyen una forma primitiva del moderno banco. Entre los servicios ofertados estaba el transporte de dinero, en donde los peregrinos podían ingresar dinero en un establecimiento y después ir a otro establecimiento y retirarlo, incluso entre países diferentes, lo cual contribuía a la seguridad en los caminos. Vemos que por la función que desempeñaba esto constituyó la primera letra de cambio.

En aquellos tiempos la Iglesia prohibía la usura (el lucro por medio del interés). Así, los templarios construyeron o ayudaron a construir más de 70 catedrales en poco más de 100 años, forjaron y ampararon una legión de artesanos, muchos afirman que eran una multinacional ética. Este servicio en particular (la letra de cambio), propició mucho el comercio internacional en ferias, donde los comerciantes podían volver a sus países de origen sin que su dinero corriera el peligro de ser robado por salteadores de caminos.

En la Edad Media y principios del Renacimiento una banca o banco era un establecimiento monetario con una serie de servicios que facilitaban mucho el comercio. Los pioneros en esta área fueron cambistas que actuaban en ferias anuales y básicamente se dedicaban a realizar cambios de moneda cobrando una comisión. Estos cambistas fueron creciendo, hasta el punto que aparecieron las grandes familias de banqueros europeas como los Médicis, los Fugger y los Welser. En cuanto a la evolución la misma se dio de la siguiente manera:



2.2.1 La era de los descubrimientos

En el año 1400, el declive del Imperio mongol y el crecimiento del Imperio otomano provocan que todas las rutas de comercio europeas con el este queden bloqueadas. La búsqueda de nuevas rutas, el surgimiento del capitalismo mercante y el deseo de explorar una economía global, impulsó en Europa la era de los descubrimientos.

En Europa se volcó en la búsqueda de nuevas rutas hacia la India con el fin de restablecer la importación de especias. Pero finalmente, fueron Portugal y España los dos países que obtuvieron el monopolio de estas rutas, gracias al trabajo de exploradores como Cristóbal Colón, Vasco da Gama, Fernando de Magallanes o Juan Sebastián Elcano.

El descubrimiento de América por los europeos supuso otro paso en el comercio. El nuevo flujo de oro que obtenían los españoles de manera "casi-gratuita" en América del Sur, saneó y consolidó las redes comerciales y de capital europeas.

La banca europea creció de una manera exponencial y empezaron a surgir los grandes bancos europeos, como el Banco de Ámsterdam, el Banco de Suecia o el Banco de Inglaterra.

El dominio español y portugués de las nuevas rutas establecidas, forzó a otras potencias europeas, como Inglaterra y Países Bajos, a buscar rutas alternativas. Estos países se dedicaron a explorar sistemáticamente los océanos Índico y Pacífico. Estas expediciones comerciales fueron el comienzo del Imperio Británico.



2.2.2 El comercio transatlántico

En el siglo XIX las travesías transatlánticas entre América y Europa se hacían en barcos de vela, lo cual era lento y a menudo peligroso. Con los barcos de vapor, las travesías se convirtieron más rápidas y seguras. Entonces empezaron a surgir grandes compañías oceánicas con travesías muy frecuentes. Pronto, el hecho de construir el mayor transatlántico, rápido o lujoso, se convirtió en un símbolo nacional.

En el siglo XVII en adelante, casi todas las travesías transatlánticas con destino Norteamérica, el puerto de llegada era el de Nueva York. Pronto el comercio transatlántico convirtió Nueva York en el primer puerto de Norteamérica, y como consecuencia, atrajo la mayor parte de las futuras mercancías transatlánticas y todo el tráfico de pasajeros.

Nueva York se convirtió en la capital comercial de los Estados Unidos (EE.UU.) y una de las ciudades más importantes del mundo. Además, la mayor parte de los inmigrantes que iban de Europa a EE.UU., llegaban a Nueva York, con lo que esta ciudad también era el destino de todos los famosos y ricos viajeros en cruceros de lujo, así como de los pobres inmigrantes, que viajaban en las partes inferiores de estos barcos.

Por lo tanto, aunque las travesías transatlánticas podían realizarse entre cualquier parte de Europa y América, siempre se asumía que el destino era Nueva York, a menos que no se indicara lo contrario.



Finalmente, la aparición del automóvil y la construcción sistemática de carreteras que unían varias ciudades, provocó que las mercancías se pudieran transportar justo al punto exacto de su consumo, es lo que se conoce como distribución capilar de mercancías.

2.2.3. La globalización

“La globalización es una teoría entre cuyos fines se encuentra la interpretación de los eventos que actualmente tienen lugar en los campos del desarrollo, la economía mundial, los escenarios sociales y las influencias culturales y políticas. La globalización es un conjunto de propuestas teóricas que subrayan especialmente dos grandes tendencias: (a) los sistemas de comunicación mundial; y (b) las condiciones económicas, especialmente aquellas relacionadas con la movilidad de los recursos financieros y comerciales”²⁶.

La premisa fundamental de la globalización es que existe un mayor grado de integración dentro y entre las sociedades, el cual juega un papel de primer orden en los cambios económicos y sociales que están teniendo lugar. Este fundamento es ampliamente aceptado. Sin embargo, en lo que se tiene menos consenso es respecto a los mecanismos y principios que rigen esos cambios.

²⁶Reyes E. Giovanni, **Teoría de la globalización**,
<http://www.monografias.com/trabajos7/bafux/bafux.shtml>; [12-03-2014 20.45].



2.3. La empresa como concepto económico.

“Económicamente la empresa es organización de los factores de producción (cápita, trabajo) con el fin de obtener ganancia ilimitada”²⁷.

Otro concepto: “La empresa podría ser definida como un organismo que se propone producir para el mercado determinado de bienes o servicios con independencia financiera de todo otro organismo”²⁸.

En cuanto al concepto jurídico de la empresa se analiza las diferentes teorías importantes que pueden explicar la naturaleza jurídica de la empresa, estas son:

a. Teoría personalista de la empresa: La empresa no es un simple conjunto de medios de producción inertes: a la fusión de los elementos aislados correspondería una completa independencia jurídica y el nacimiento de un sujeto nuevo con vida propia. Esta doctrina, que atribuye personalidad jurídica a la empresa renace modernamente a causa de la confusión para ciertos autores, entre empresa con la sociedad, la personalidad jurídica atribuida a esta se extiende a la empresa misma. Se olvida así que la sociedad, como empresario, que es, no puede ser confundida con la empresa. La teoría no prospero, ninguna legislación la ha admitido y cada vez tuvo menos defensores.

b. Teoría atomista de la empresa: Para muchos autores no cabe una consideración unitaria de la empresa de manera que esta se descomponga en sus diversos

²⁷ Samuelson, Paul A. **Curso de economía moderna**. Pág. 33

²⁸ Harrington, H. James. **Administración de calidad**. Pág. 33



elementos, sin que quepan operaciones jurídicas unitarias sobre la misma. Mantener la individualidad de los distintos elementos de la empresa, considerando a la misma como un conjunto; pero sin unidad patrimonial, esta teoría no prospero porque niega el concepto moderno de la empresa, manteniendo únicamente el nombre, en forma similar a como aparece en algunas legislaciones.

Los elementos integrantes de la empresa son:

- a. Elementos materiales. Forman parte de la empresa las mercancías, es decir, las cosas mercantiles que se ofrecen a la venta al público a cambio de una contraprestación que usualmente es en dinero, las existencias de materias primas destinadas al proceso de elaboración si es empresa industrial, el llamado activo fijo, también maquinarias, las estanterías, los escritorios y demás equipo necesario para el trabajo también el establecimiento si es parte de la empresa, si es alquilado no.
- b. Elementos inmateriales. Constituyen la organización, la dirección, aviamiento mercantil o también llamada fama mercantil, el crédito mercantil o derecho de llave, el derecho a la clientela o a la fama mercantil, las patentes y distintivos comerciales, el nombre comercial, entre otros.
- c. Trabajo. Constituye los servicios prestados por el personal subalterno de la empresa y también el trabajo de dirección realizado por el empresario. La relación de trabajo que surge entre trabajador y patrono (empresario) es amparada y protegida por el Código de Trabajo.



2.4. Clasificación del comercio

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

- a. Comercio interior, es el que se realiza entre personas físicas o morales que residen dentro de un mismo país.
- b. Comercio exterior, es el realizado entre personas que viven en distintos países, quedando dentro de este grupo el comercio internacional, que es el que se realiza entre los gobiernos de diferentes naciones.
- c. Comercio terrestre, esta actividad se rige por una rama del mismo derecho mercantil denominada derecho mercantil terrestre, el cual consiste en que la vía para transportar y distribuir las mercancías es terrestre.
- d. Comercio marítimo, esta actividad también tiene una rama especial del derecho, la que se denomina derecho mercantil marítimo, y que consiste en que la vía para transportar y distribuir la mercancía es marítima.
- e. Comercio al por mayor o al mayoreo, es el que se realiza en gran escala siempre entre fabricantes y distribuidores, quienes después revenderán los productos de forma directa a los consumidores.
- f. Comercio al por menos o al menudeo, generalmente consiste en la venta de los productos directamente al consumidor.
- g. Comercio por cuenta propia, es el que realizan los comerciantes cuando son propietario de los productos que venden directamente al consumidor, por haberlos adquiridos para tal fin.



h. Comercio en comisión o por cuenta ajena, es el que realizan los comisionistas o consignatarios, que se dedican a vender productos que no son de su propiedad, sino que se los han encomendado en comisión o en consignación, por cuyas operaciones de venta reciben una comisión previamente establecida entre comisionistas y comitente.

2.5. Referencia en el derecho comparado

“Se entiende por comercio en sentido estricto la compra de mercancías o efectos para su reventa, hecha de modo habitual y sin introducir regularmente modificaciones en la forma o substancia de dichos organismo”²⁹.

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

²⁹ Ramírez Valenzuela, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**. Pág. 43



El Artículo 2 Código mencionado considera además como comercial toda empresa que, aun cuando no reúna el carácter de las que acabamos de enumerar, lleve consigo por su naturaleza e importancia una organización comercial y la razón bajo la cual gire esté inscrita en el Registro Mercantil. El mismo artículo declara la inscripción obligatoria para el empresario de esta clase de negocios.

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

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

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

La característica general de la empresa mercantil es, según el Artículo. 2 del Código de Comercio alemán, "la organización del negocio en forma comercial". El Código no



establece lo que debe entenderse por tal organización; pero por lo visto se trata de una organización análoga a la que acostumbran a tener las empresas enumeradas en el Artículo 1. Resulta chocante la exclusión de la agricultura, pues una empresa agrícola de alguna importancia exige en la actualidad la misma labor de cálculo y la misma escrupulosa contabilidad que una empresa fabril. Tampoco es peculiar de la agricultura el no elaborar sus productos a base de materias primas adquiridas, que saca de la tierra: la misma característica distingue a la minería y, sin embargo, el Código la incluye, como hemos visto, entre las empresas comerciales.

La situación jurídica especial de la agricultura tiene más bien una base histórica y obedece también, en parte, a los elementos de la economía natural que en ella se destacan, al paso que las características actuales de la minería la clasifican dentro de la esfera del negocio industrial.

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



para poder dar al capital del negocio su remuneración que generalmente ha de ser superior al mero interés normal del dinero.

Es claro que una organización comercial de esta clase exige una contabilidad cuidadosa que permita obtener en todo momento una visión exacta de la situación del negocio y en la práctica se han desarrollado sistemas de contabilidad que responden a estas necesidades.

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

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

Concuerdan con el Código español los de Portugal, Servía, Perú y El Salvador. El Código de Comercio italiano, en su Artículo.3, hace una enumeración muy detallada de



los actos de comercio (24 números) y añade en el Artículo.4 que "se reputarán mercantiles todos los contratos y obligaciones de los comerciantes a menos que sean de naturaleza esencialmente civil o resulte lo contrario del acto mismo". Según el Artículo.6, los seguros de vida y los de cosas que no sean objetos o establecimientos de comercio sólo son mercantiles para el asegurador. Las cuentas corrientes y los cheques que no provengan de causa mercantil no son actos de comercio para los no comerciantes. Según los Artículos 632 y 633 del Código de Comercio francés son actos de comercio : la compra-venta de mercancías para revenderlas o alquilarlas aun cuando se transformen previamente; la fabricación, la comisión y los transportes por mar o por tierra; agencias de suministros, de negocios, establecimientos de venta y espectáculos públicos; operaciones de Banca, cambio y corretaje; operaciones entre comerciantes y banqueros; la letra de cambio entre toda clase de personas; toda operación de construcción o venta de buques; aparejos y avituallamientos; flete, préstamo a la gruesa, seguro y demás operaciones relacionadas con el mar.

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



También el antiguo Código español de 1829 exigía la inscripción que, según el actual, es facultativa para los comerciantes individuales y necesarios para las sociedades.

El Artículo 2 del Código español, los no comerciantes que efectúen un acto de comercio (por ejemplo, interviniendo, en un contrato de cambio) quedan sometidos a los efectos del mismo a las leyes mercantiles.

Los comerciantes, en cambio, "están sujetos a ellas también en otros conceptos, como llevando libros de contabilidad en la forma establecida por los Artículos. 33 y siguientes y pudiendo ser declarados en suspensión de pagos o en quiebra.

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

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



2.6. Importancia del comercio

La humanidad ha desarrollado y se ha beneficiado de las bondades del comercio desde el comienzo de los tiempos. El crecimiento económico mundial ha ido de la mano con el incremento de las actividades comerciales que hoy en día -con la apertura del intercambio a nivel mundial- adquiere una importancia relativa mucho mayor que años atrás. Importancia que se ve reflejada en el progreso general, ya que el comercio justo y libre es una herramienta esencial para la creación de riqueza y por ende la generación de bienestar económico.

“Comerciante es, en términos generales, la persona que se dedica habitualmente al comercio. También se denomina así al propietario de un comercio. En derecho mercantil el término *comerciante* hace alusión a su materia de estudio subjetiva, es decir a las personas que son objeto de regulación específica por esta rama del derecho. En este sentido, son comerciantes las personas que, de manera habitual, se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”³⁰.

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

³⁰ AVIADOR, Wikipedia, **Comercio**. <https://es.wikipedia.org/wiki/Comercio>, [Fecha de consulta: 08 de marzo 2014], [última modificación: 02 de marzo de 2014].



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





CAPÍTULO III

3. Contratos mercantiles

Es necesario que antes de establecer una definición del contrato mercantil se realice un análisis del contrato como una figura genérica por lo cual se desarrolla de la siguiente forma:

La palabra contrato, deriva del latín contractus, que a la vez deriva de cum y traho, que quiere decir venir en uno, convenier, convención. Desde luego, no todo acuerdo de voluntades origina contrato; solo aquellas convenciones que tienen interés jurídico traducido en la constitución, modificación o extinción de un vínculo obligatorio patrimonial. Para el tratadista Vicente y Gella, el contrato: "Es aquel en que la finalidad única perseguida por las partes es crear, modificar, o extinguir una obligación. Por el contrato puede una deuda nacer, transformarse, transmitirse o desaparecer. Además se establece: Que los contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en dicho código o en leyes especiales por las reglas del derecho común."³¹

El Código de Comercio en relación a la contratación mercantil, las regula en el libro IV, que contiene las obligaciones y contratos mercantiles sobre las disposiciones generales y de las obligaciones en general. En el Artículo 1 del Código de Comercio establece

³¹ Vicente y Gella, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**, Pág. 29



que en defecto de las disposiciones de este mismo Código, se aplicarán las del derecho civil, interpretadas de conformidad con los principios que inspiran el derecho mercantil.

Partiendo del secular principio de que la relación jurídica mercantil se interpretará, ejecutará y cumplirá aplicando el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada, se justifica este principio como medio para conservar y proteger las rectas y honorables intenciones de los contratantes, las cuales se presumen que siempre existen en la relación mercantil. (Artículo 669 Código de Comercio).

Es decir, el comercio descansa en la buena fe y en la honorabilidad del comerciante y quien actúa sin tales atributos, desnaturaliza el derecho comercial y es merecedor del desprecio de la sociedad y de los castigos de la ley. Por ello la interpretación del contrato mercantil es amplia, generosa y jamás susceptible de interpretación arbitraria o caprichosa que en cualquier forma limite los efectos naturales del contrato de comercio.

El contrato en esta materia se caracteriza atendiendo al objeto, a la naturaleza objetiva de la prestación, a los fines que se proponen los contratantes que no son más que obtener una ganancia o lucro. Queda entendido que el objeto de este contrato es específicamente la obtención de lucro.

El tratadista Guillermo Cabanellas, lo define como: "El peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo



del derecho civil, se rigen según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo.”³²

De conformidad con la supletoriedad que el Código de Comercio permite se toma la definición de contrato que nos proporciona el Código Civil: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación” (Artículo 1517).

En conclusión se puede establecer que de conformidad con la definición del Código Civil y los principios del derecho mercantil, el contrato mercantil se puede definir de la siguiente manera: surge cuando dos o más personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación en donde al menos uno de los elementos personales es comerciante, cuyos fines son eminentemente lucrativos.

3.1. Características de los contratos mercantiles

Las características de los contratos mercantiles nos indican aquellas particularidades con las que se encuentran revestidos este tipo de contratos.

Villegas Lara, nos indica que: “Al tratar de establecer las especialidades que el derecho guatemalteco le asigna a los Contratos Mercantiles o a las formas de contratar, vamos a resaltar esas características propias, deducidas del mismo contexto de la ley.”³³

³² Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, Tomo I, Pág. 516

³³ **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo III Pág. 32



a. La representación aparente

Esta característica estipula que quien dé lugar a que se crea que una persona tiene facultad para actuar como representante, no podrá invocar falta de representación ante terceros. Se encuentra regulada en el Artículo 670 del Código de Comercio.

b. Forma del contrato mercantil

El doctor Villegas Lara explica esta característica de la siguiente manera: “En el campo mercantil (Artículo 671), la forma se encuentra más simplificada: los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales.”³⁴

A pesar de que la misma norma establece que los contratos mercantiles no están sujetos a formalidades, hay excepciones para casos expresamente regulados por ejemplo: si el contrato se celebra en la República de Guatemala y éste va a surtir efectos dentro del país debe de constar en idioma español, otro ejemplo son los contratos que el mismo Código de Comercio establece que para su validez deben de celebrarse en escritura pública con el objeto de brindar una seguridad jurídica a las partes contratantes, tal es el caso de los contratos de fideicomiso y de sociedad.

c. Cláusula Compromisoria

Esta característica se refiere que dentro del derecho mercantil una controversia derivada del mismo contrato se puede discutir sin que dicho contrato se haya celebrado en escritura pública de conformidad con el Artículo 671 del Código de Comercio.

³⁴ *Ibíd.*, Pág. 33



d. Los contratos por adhesión

El doctor Villegas Lara nos dice “Estos contratos, llamados en forma más técnica “Contratos por adhesión” son producto de la negociación en masa; son elaborados en serie, según la ley de los grandes números, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo”³⁵

El Código de Comercio regula este tipo de contrato en los Artículos 672 y 673 en donde establece ciertas reglas de interpretación por la cuales se deben de regir los contratos mediante formulario y los contratos mediante pólizas.

e. Omisión fiscal

El Código de Comercio en el Artículo 680 regula que los contratos mercantiles no son ineficaces ni se ven afectados aunque los sujetos contratantes no cumplan con las obligaciones tributarias que se deriven de dichos contratos pero que ello no significa que las partes se vean liberadas de la obligación tributaria y de las multas que se impongan.

f. Libertad de contratación

Ésta característica se refiere a que nadie está obligado a contratar en contra de su voluntad pero que si al negarse esto constituye un acto ilícito o un abuso de derechos si puede ser obligado.

³⁵ **Ibid.**, Pág.34



Encontramos ésta característica en el Artículo 681 del Código de Comercio.

g. Contratante definitivo

Al celebrarse un contrato se debe de saber quién es la persona con la que se contrata, a pesar de eso el Artículo 692 del Código de Comercio faculta que se contrate como representante aparente pero establece un plazo no superior a tres días, salvo pacto en contrario, que se indique la persona con la que realmente se está contratando.

3.2. Requisitos del contrato mercantil.

Como lo establecimos con anterioridad el Artículo 1517 del Código Civil, establece que: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar, o extinguir una obligación”. En materia civil en el Artículo 1574 del Código Civil establece la forma del contrato; las personas pueden contratarse y obligarse por medio de escritura pública, documento privado, acta notarial ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente.

En el campo mercantil, en el Artículo 671 del Código de Comercio, la forma se encuentra más simplificada. Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Es pertinente que indiquemos que ésta libertad en el uso de la forma tiene sus excepciones, pues hay contratos en que sí se exige una solemnidad determinada, tal es el caso del contrato de fideicomiso y el de sociedad, ya que estos deben de celebrarse en escritura pública, como requisito esencial de validez.



Hemos visto en la doctrina y en la legislación guatemalteca que como requisito sine qua non para que el contrato, y todo negocio jurídico sea válido y exista debe contener, los requisitos que exige la ley.

Aplicando la supletoriedad del derecho civil vemos que el Artículo 1251 del Código Civil establece los elementos esenciales para que un negocio jurídico sea válido: Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito, por lo que en un negocio jurídico mercantil se debe de cumplir por lo menos con estos requisitos esenciales.

A estos se agrega una forma determinada, en los casos que exige la ley en los Artículos 1,251 y 1,258 del Código Civil y en el Artículo 671 del Código de Comercio.

Desarrollaremos cada uno de los requisitos esenciales que establece la ley para que un negocio jurídico sea válido, con el objeto de que haya un mejor entendimiento al respecto, los cuales son los siguientes:

a. Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad

La capacidad, es un presupuesto del consentimiento, entendido este como discernimiento y voluntad libre y espontánea con que una persona puede obligarse. Dos aspectos revela la capacidad jurídica: "a) Capacidad Jurídica o de Derecho, llamada también de goce, b) Capacidad de obrar o de ejercicio, que corresponde a las



personas que reúnen ciertas condiciones o circunstancias modificativas.”³⁶

b. Consentimiento que no adolezca de vicio.

Este elemento consiste en el acuerdo de dos o más declaraciones de voluntad. Tiene que ser, consciente y libre y sus declaraciones, deben de representar intereses distintos hacia un objetivo común que es la creación de la relación contractual.

c. Objeto lícito

El objeto del contrato y de la obligación, es la prestación; la cual consiste en un dar, un hacer, en no hacer; es decir; que las cosas, los hechos y las abstenciones, forman el objeto de la prestación.

3.3. Clasificación de los contratos mercantiles

La clasificación de los contratos mercantiles más aceptada por los autores mercantilistas es la siguiente:

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

³⁶ Recinos Sandoval, Enio Alberto, **Características generales de la contratación mercantil**, Pág. 26



b. Contratos por adhesión: Los contratos por adhesión, son aquellos en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas solo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas, las normas y tarifas de estos negocios deben ser previamente aprobadas por el ejecutivo, para que pueda actuar la persona o empresa que hace la oferta, incurriendo en responsabilidad en caso contrario.

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

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

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



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

g. Contratos conmutativos y aleatorios: Los contratos onerosos se clasifican a su vez en conmutativos y aleatorios. Los contratos onerosos conmutativos, son aquellos en que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice, y los contratos son aleatorios, cuando la prestación debida depende de una acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice.

h. Contratos típicos y atípicos: El contrato es típico, cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales; aparece en el listado de la ley. Los contratos atípicos, son aquellos que no están regulados ni denominados por la ley. “El principio de la autonomía privada permite a los interesados prescindir en lo absoluto de los moldes legales, o modificarlos o crear nuevas figuras contractuales.”³⁷

El doctor Edmundo Vázquez Martínez hace la siguiente clasificación: “atendiendo a la función económica de los contratos mercantiles, los que pueden agruparse así:

³⁷ Paz Álvarez Roberto, **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco**, II Parte. Pág. 47



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

b. Contratos de colaboración, tanto asociativa (contrato de sociedad) como simple, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra (agencia, corretaje, comisión, edición, difusión y representación escénica, participación).

c. Contratos de conservación o custodia, depósito irregular, contratos mercantiles por su función económicas, depósito en almacenes generales y fideicomiso.

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

e. Contratos de prevención de riesgo, en los que una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo (seguro y reaseguro.)

f. Contratos de garantía: que aseguran el cumplimiento de las obligaciones (fianza y reafianzamiento.)³⁸

³⁸Vásquez Martínez Edmundo, **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 453



3.4. Contratos mercantiles legislados

3.4.1. De conservación

a. Contrato de fideicomiso:

Fideicomiso, viene de la palabra *fideicommissum*, del latín Fides que significa fe y commissus que significa comisión. Acto por el cual el testador transmitía sus bienes a un heredero que a su vez adquiriera la obligación de transmitirlos a un tercero.

“El fideicomiso es una contrato por el cual una persona destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.”³⁹

Dentro del Código de Comercio de Guatemala en sus Artículos del 766 al 793 inclusive podemos establecer que el fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Los fines del fideicomiso es que puede constituirse para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. El fideicomiso puede constituirse para administrar bienes, también para que estos puedan ser invertidos.

Las clases de fideicomiso son:

- Fideicomiso de garantía

³⁹ Puente y Calvo, **Ob, Cit**; Pág. 105



- Fideicomiso de administración
- Fideicomiso de inversión

Las características del contrato de fideicomiso son: que es un contrato nominado, puede ser unilateral o bilateral, es contractual, es de tracto sucesivo, es solemne y es oneroso.

Sus elementos son:

Elementos personales: Fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

Elementos reales: Son los bienes transmitidos y los cuales tienen un destino establecido dentro del instrumento constitutivo.

Elementos formales: Debe de constar en escritura pública como requisito esencial para que sea válido.

b. Depósito mercantil

Conforme el Artículo 1974 del Código Civil guatemalteco: “Por el contrato de depósito, una persona recibe de otra alguna cosa para su guarda y conservación, con las obligación de devolverla cuando la pida el depositante o la persona a cuyo favor se hizo o cuando lo ordene un juez”.



El depósito mercantil está determinado por el hecho, que el comerciante se dedique profesionalmente a recibir depósitos, como es el caso de los almacenes generales de depósito, los bancos actualmente los aparcamientos de vehículos.

“El depósito, considerado como la prestación de un servicio, es un contrato por medio del cual el sujeto depositario recibe una cosa que le confía el depositante, con la obligación de custodiarlo y devolverlo cuando se le requiera.”⁴⁰

El Código Civil, estipula de depósito regular y depósito irregular. A continuación desarrollamos cada uno:

- El depósito regular: Se refiere a la obligación de devolver el mismo bien que se depositó, como sucede con los bienes muebles que se depositan para su guarda y conservación, en los aparcamientos de vehículos y en los almacenes generales de depósito. Estos últimos se constituyen bajo la forma de Sociedad Anónima y se rigen por su ley específica, así el Artículo 717 del Código de Comercio, establece que: “Serán depósitos en almacenes generales, los hechos en establecimientos abiertos al público, para la guarda y conservación de bienes muebles. Solamente los almacenes generales de depósito, debidamente autorizados, podrán emitir certificados de depósito y bonos de prenda representativos de las mercaderías recibidas. La existencia y operación de los almacenes generales de depósito, se regirán por su ley específica y sus reglamentos”.

⁴⁰ Villegas Lara, **Ob, Cit**; Pág. 59



- El depósito irregular, faculta al depositario para disponer de la cosa depositada y restituir otra de la misma especie y calidad.

Su característica es que es: un contrato de guarda y conservación, como lo establece el Artículo 1974 del Código Civil, bilateral, oneroso, real, de tracto sucesivo, principal.

Sus elementos son:

Elementos personales: El depositante y el depositario.

Elementos reales: Se refiere a las cosas objeto de depósito, las que pueden ser dinero, mercaderías, cosas muebles.

Elementos formales: El contrato de depósito generalmente se hace constar por escrito. Puede manifestarse en formatos elaborados previamente por el depositario, que es lo más común.

3.4.2. De crédito

a. Contrato de apertura de crédito simple:

El contrato de apertura de crédito, es aquel mediante el cual un sujeto (acreditante) se obliga a poner a disposición de otro (acreditado), una determinada cantidad de dinero, o bien a contraer, durante ese tiempo, una obligación a su nombre.



Nuestro Código de Comercio en el Artículo 718, nos amplía el citado concepto de la siguiente manera: Por el contrato de apertura de crédito el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o bien a contraer obligaciones por cuenta de este, quien deberá restituir las sumas de que disponga o a proveer las cantidades pagadera por su cuenta, y a pagar los gastos, comisiones e intereses que resulten a su cargo.

Su función se caracteriza, básicamente porque un sujeto denominado acreditante se obliga frente a otro llamado acreditado, a poner a su disposición una suma de dinero o a contraer obligaciones por cuenta del acreditado; este a su vez, se obliga a restituir las sumas de que hubiere dispuesto o las que se hubieren pagado por su cuenta, más gastos, comisiones e interés que resulten a su cargo. En nuestra legislación, éste contrato se rige por los Artículos del 718 al 728 inclusive, del Código de Comercio.

Las características son: típicas, bilaterales, onerosas, conmutativas, principales, consensuales y de tracto sucesivo.

Los elementos son:

Elementos personales: El acreditante y el acreditado.

Elementos reales: La suma de dinero que el acreditante pone a disposición del acreditado; y los gastos, comisiones e intereses que debe pagar el acreditado por la suma de que haya dispuesto o pagar el dinero que se ha pagado en su nombre.



Elemento formal: La ley no establece en qué forma se debe hacer constar este contrato pero es recomendable que se formalice por escrito, para seguridad del acreditante.

b. Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente:

“El contrato de cuenta corriente, es aquel en que las partes se obligan a anotar en su cuenta los créditos derivados de sus reciprocas remesas, reconociéndolos inexigibles hasta la clausura del contrato.”⁴¹

El contrato de cuenta corriente, “es un contrato comercial en virtud del cual las partes se obligan a anotar en una cuenta las remesas originadas en una relación continuada de negocios, con el fin de concederse crédito de manera temporal y reciproca, haciendo que los diferentes créditos provenientes de las remesas se consideren inexigibles, indivisibles e indisponibles hasta el cierre de la cuenta, de modo que el saldo que resulte en la fecha del mencionado cierre sea el único crédito que se considere exigible.”⁴²

El Artículo 734 del Código de Comercio establece que “En virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos y débitos derivados de las remesas reciprocas de las partes, se consideraran, respectivamente, como partidas de abono y cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista y solo el saldo que resulte al cierre de la cuenta constituirá un crédito exigible en los términos del contrato”.

⁴¹ Paz Álvarez, Roberto. **Ob, Cit**; Pág. 130

⁴² **Ibíd**, Pág. 111



Es de hacer notar, que en este contrato, los cuentacorrentistas persiguen, el diferimiento de la liquidación de sus créditos y deudas para una fecha prefijada y al concluir sus relaciones de comercio.

“El pacto por el que dos partes estipulan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios perderán al anotarse en cuenta su propia individualidad, de tal modo, que el saldo en que se fundan sea el único crédito exigible en la época convenida.”⁴³

El objeto de este contrato tiene como fin que el acreditado pueda disponer permanentemente de una cierta cantidad, que nunca se terminará durante la vigencia del contrato, siempre que no se permita que sobrepase el límite, haciendo pagos parciales de sus retiros; esto constituye una verdadera cuenta corriente con fondos y saldos resolventes (Artículo 723 del Código de Comercio).

Las características son que es un contrato típico mercantil, consensual, principal, bilateral, oneroso, nominado, conmutativo y de tracto sucesivo.

Sus elementos son:

Elementos Personales: Son los cuentacorrentistas que se obligan a anotar en su cuenta los créditos derivados de sus remesas recíprocas.

⁴³ Garrigues, **Ob, Cit**; Pág. 44



Elementos Reales: Las remesas recíprocas que se hacen las partes “Son aquellas relaciones patrimoniales que dan lugar a los créditos que se anotan en la cuenta. Un cuentacorrentista puede remitir una suma de dinero y se anota entonces a su favor un crédito, o bien mercancía y se anota entonces el precio. Y no solo ello, sino puede cubrirse a un tercero una cantidad o cubrir una obligación, anotándose entonces los créditos respectivos.

Las remesas no se consideran pagos, habrá necesidad de esperar a la compensación para establecer quién resulta deudor. Hay remesas desde que un crédito existe a favor del remitente contra el receptor y que aquella debe ser llevada a la cuenta.”⁴⁴ El saldo que resulte al cierre de la cuenta, que constituye un crédito exigible y disponible a favor del que resulte acreedor.

Elementos Formales: Aunque la ley no lo dice, el contrato de cuenta corriente, debe constar por escrito. El Artículo 735 del Código de Comercio, establece, que: “La circunstancia de que en la contabilidad de un comerciante se abra una cuenta corriente a otro, quien a su vez lleve una cuenta corriente al primero, no prueba por sí sola, que entre ellos exista un contrato de cuenta corriente”; de lo cual se deduce la obligatoriedad legal de la existencia de este contrato celebrado entre las partes.

c. Contrato de mutuo mercantil o préstamo mercantil

El Código de Comercio no da ninguna noción de lo que es el mutuo o préstamo

⁴⁴ Paz Álvarez, Roberto. **Ob, Cit;** Pág. 130



mercantil, sino que en el Artículo 714 al referirse al depósito de cosas fungibles, menciona que se aplicarán en lo conducente, las reglas del mutuo, remitiéndonos en consecuencia al Código Civil.

El Artículo 1942 del Código Civil, preceptúa: "Por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad".

"El préstamo o mutuo es mercantil cuando se celebra entre comerciantes y cuando la cosa prestada se destina a actos de comercio."⁴⁵

El préstamo como operación bancaria, es eminentemente mercantil. Préstamo de mutuo: "Es aquella convención por la que una persona (mutuante) entrega a otra (mutuario, prestatario) cierta cantidad de dinero o cosas fungibles, transmitiéndole la propiedad de las mismas y obligándose el adquirente a restituirla dicha cantidad pasado el plazo concertado por ambos."⁴⁶

Clases de mutuo mercantil:

- Préstamo mercantil en dinero
- Préstamo de título o valores
- Préstamo en especie

⁴⁵ Paz Álvarez, Roberto **Ob, Cit;** Pág. 119

⁴⁶ Vicente y Gella, **Ob, Cit;** Pág. 87



- Sus características son: típico mercantil, consensual, real, bilateral, oneroso y de tracto sucesivo.

Sus elementos son:

Elementos personales: El mutuante prestamista o acreedor y el mutuario, prestatario o deudor.

Elementos reales: Están constituidos por el dinero o las cosas fungibles determinadas en el contrato.

Elementos formales: El contrato de mutuo puede constar por escrito, sea en documento privado con firma legalizada o bien, en escritura pública en el caso que exista garantía hipotecaria o garantía prendaria sujeta a registro.

d. Contrato de descuento

El doctor Villegas Lara define éste contrato de la siguiente manera: “Aquel por medio del cual un sujeto llamado descontatario, transfiere a otro llamado descontador, un crédito no vencido, a cambio del valor dinerario que representa, previa deducción de una suma fijada por las partes.”⁴⁷

⁴⁷ **Ob, Cit;** Pág. 78



Por otro parte Cervantes Ahumada citado por Paz Álvarez dice “En esencia, la operación de descuento consiste en la adquisición, por parte del descontador de un crédito a cargo de un tercero, de que es titular el descontatario, mediante el pago al contado del importe del crédito, menos la tasa de descuento.”⁴⁸

La legislación mercantil guatemalteca, según el Código de Comercio en su Artículo 729 al referirse al contrato de descuento regula: “Es la operación mercantil en la que el descontatario transfiere al descontador un crédito de vencimiento futuro, y este pone a su disposición el importe del crédito, previa deducción de una suma fijada de común acuerdo. El descontatario deberá responder del pago del crédito transferido, a menos que se hubiere acordado expresamente lo contrario”.

Las características del contrato de descuento son: bilateral, oneroso, consensual, nominado, principal, conmutativo, típico y de tracto sucesivo.

Sus elementos son:

Elementos personales: El descontador o descontante y el descontatario.

Elementos reales: Son los títulos de crédito objeto de la operación de descuento; y la compensación o suma descontada por el adquirente del título.

Elementos formales: El contrato de descuento se hace constar por escrito, en formulario elaborado previamente por el descontador, además si es título a la orden

⁴⁸ Paz Álvarez, Roberto **Ob, Cit;** Pág. 138



debe endosarse a favor del descontador y entregarle a éste el título de crédito, si es título de crédito al portador, basta la simple tradición. También puede hacerse constar en los libros de contabilidad del descontatario.

e. Contrato de reporto:

Por el contrato de reporto, “Una persona llamada reportado, transfiere a la otra llamada reportador, la propiedad de títulos de crédito, obligándose éste último a devolver al primero otros títulos de la misma especie dentro del plazo pactado y contra reembolso del precio de los títulos, el que podrá ser aumentado o disminuido según se haya convenido.”⁴⁹

El contrato de reporto, “Es aquel por el cual una persona (reportado) transfiere a otro (reportador) con efecto inmediato la propiedad de títulos de crédito y al mismo tiempo adquiere el derecho de recuperar, al término de cierto tiempo, otros tantos títulos de la misma especie.”⁵⁰

De conformidad con el Artículo 744 del Código de Comercio: “En virtud del reporto, el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir al reportado, la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido, contra reembolso del mismo precio, que podrá ser aumentado o disminuido de la manera convenida, el reporto se perfecciona por la entrega cambiaria de los títulos”.

⁴⁹ Villegas Lara, **Ob, Cit**; Pág. 85

⁵⁰ Paz Álvarez, Roberto **Ob, Cit**; Pág. 51



El contrato es considerado como un contrato bursátil típico y se le utiliza para cubrir una especulación, un juego de bolsa, aunque en nuestro Código de Comercio está regulado en el tema de las operaciones de crédito.

Vásquez del Mercado establece que el reporto es un contrato “Por el cual, el reportado transfiere en propiedad al reportador, títulos de crédito de una especie determinada, por un precio también determinado, asumiendo el reportador la obligación de transferir al reportado, cuando transcurre un tiempo que se fija en el contrato, la propiedad de los mismos u otros títulos de la misma especie, contra el pago de un precio, más una cantidad como premio.”⁵¹

De lo anterior podemos establecer que el contrato de reporto es un negocio contractual que puede catalogarse como derecho vigente no positivo, ya que es poca la experiencia que se tiene sobre él. La doctrina lo considera como una operación propia de las bolsas de valores; pero siendo recientes esas instituciones auxiliares del tráfico comercial en el medio guatemalteco, la ley no requiere que se dé como contrato bursátil; de manera que puede concertarse entre el tomador o el tenedor de un título y una institución de crédito o con otra persona que tenga interés en este tipo de negocio.

Sus características son: típico mercantil, bilateral, real, oneroso, conmutativo, nominado, formal y de tracto sucesivo.

Sus elementos son:

⁵¹ Vásquez del Mercado, **Contratos mercantiles**; Pág. 423



Elementos personales:

El reportado y el reportador.

Elementos reales:

El título de crédito objeto de reporto, los que deben ser fungibles: debentures, bonos bancarios, cédulas hipotecarias, etc. La suma de dinero que adquiere el reportado al transferir el título de crédito, o sea el precio del título.

Elementos formales:

Al respecto, nos dice el Artículo 745 del Código de Comercio: “El reporto debe constar por escrito expresándose el nombre completo del reportador y del reportado, la clase de títulos dados en reporto y los datos necesarios para su identificación, el término fijado para el vencimiento de la operación y el precio o la manera de fijarlo”.

3.4.3. Especiales

a. Contrato de suministro

El doctor Villegas Lara al dar un concepto de contrato de suministro nos dice: “Explicitando el contenido del Artículo 707 del Código de Comercio, podemos decir que por el contrato de suministro una parte, llamada suministrante, se obliga mediante un precio, a realizar a favor de otra, llamado suministrado, una serie de prestaciones periódicas y continuadas de mercaderías o servicios.”⁵²

⁵² Ob, Cit. Pág.51



Paz Álvarez, conceptualiza al contrato de suministro en términos generales como “una modalidad de la compraventa a plazos de bienes muebles y servicios. La razón de ser del suministro está en el deseo de hallar satisfacción rápida, segura y económica a las necesidades constantes de la vida moderna, que sería aleatorio y antieconómico satisfacer concertando un contrato distinto en cada momento en que surgiese una necesidad.”⁵³

La función de este contrato cumple una función importante dentro del comercio, porque permite que las personas suministradas tengan asegurada la provisión de un bien o de un servicio.

Sus elementos son:

Elementos personales:

suministrante, suministrador o proveedor.

Elementos reales:

Las prestaciones continuadas o periódicas de bienes muebles o servicios; y el precio que debe pagar el suministrado por los bienes muebles o servicios.

Elementos formales:

Puede constar por escrito, sin que para ello exista una formalidad específica, es decir, que puede constar en documento privado, en escritura pública, en un formulario.

⁵³ Ob, Cit; Pág. 73



Las características del contrato de suministro son: consensual, bilateral, principal, onerosa, de tracto sucesivo.

b. Contrato de Compraventa mercantil:

El contrato de compraventa mercantil lo encontramos regulado del Artículo 695 al 706 del Código de Comercio de Guatemala, a pesar de ello no estableció ninguna definición o concepto dentro de esta regulación, así que se debe analizar lo que establece para el efecto el Código Civil en el Artículo 1790 el cual establece que: “Por el contrato de compraventa el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero.” Estos mismos elementos del concepto de compraventa civil, son aplicables al concepto de compraventa mercantil; por lo que diferenciaremos que la compraventa es mercantil: cuando ésta se realiza con el propósito de especulación comercial.

Paz Álvarez, citando a Puente y Calvo y a Tabuchi sostiene que la compraventa: “Será mercantil si constituye parte de la actividad de un comerciante o empresario que ofrece al público por medio de su empresa, con propósito de lucro y de manera sistemática uno o más géneros de bienes.”⁵⁴

⁵⁴ Ob, Cit; Pág. 51



El doctor Villegas Lara lo define de la siguiente manera: “Es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una mercadería o cosa mercantil al comprador, cuya obligación es pagar el precio.”⁵⁵

En conclusión podemos decir que la compraventa mercantil es un contrato por el cual el vendedor –con propósito de especulación comercial- transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero.

Sus características son: es un contrato bilateral, oneroso, consensual, traslativo de dominio y conmutativo.

Sus elementos son:

Elementos personales: son el vendedor y el comprador.

Elementos reales: son la cosa que en éste caso son las mercaderías y el precio que es la contraprestación.

Elementos formales: Al respecto Villegas Lara establece que: “La forma del contrato de compraventa varía según la mercadería enajenada. Si es un vehículo, se suele utilizar un documento que extiende el Ministerio de Finanzas como Título de Propiedad; si se trata de un televisor, se hace por documento privado con firmas legalizadas; ... No hay pues, una fórmula general. Depende del negocio en particular.”⁵⁶

⁵⁵ Ob, Cit. Pág.45

⁵⁶ Ob, Cit. Pág. 45

Podemos concluir que la forma en que debe de constar el presente contrato va a variar según el tipo de mercancía que se esté vendiendo y comprando.

El contrato de compraventa mercantil se caracteriza porque tiene diferentes tipos o especies y según el doctor Villegas Lara son las siguientes:

-Venta contra documento: Esta modalidad consiste en que la compraventa se realiza cuando el vendedor entrega el objeto vendido y transfiere el título representativo por ejemplo: una carta de porte.

-Venta de cosas en tránsito: se puede negociar objetos que están en tránsito pero el riesgo de la cosa puede adquirirse antes del recibo de la mercadería.

-Venta FOB : libre a bordo-puerto de embarque convenido.

-Venta FAS: libre al costado del barco-puerto de embarque convenido.

-Venta CIF: siglas provenientes del idioma inglés: *cost, insurance, freight*, significan: costo, seguro y el flete.

-Venta C y F: únicamente incluye costo y flete porque se suprime el seguro.

c. Contrato estimatorio:

Nuestro Código de Comercio en el Artículo 713 lo define de la siguiente manera:

“Contrato mediante el cual una parte llamada consignante, entrega a otra llamada consignatario, mercaderías a un precio estimado, para que le pague el precio o le devuelva las cosas en el plazo convenido”.



El doctor Villegas Lara lo define así: "El contrato estimatorio es aquél por medio del cual un sujeto, llamado consignante, entrega a otro, llamado consignatario, mercaderías a un precio estimado, para que en un plazo fijado se pague dicho precio o bien se devuelvan las mercaderías."⁵⁷

En la práctica comercial al contrato estimatorio, se le llama contrato de consignación y tiene gran utilidad en el comercio al menudeo, ya que el pequeño comerciante puede adquirir mercaderías (del productor o mayorista), sin cancelar de inmediato el precio y con la opción de devolverlas si no se las vende dentro del plazo pactado.

Sus características son: es un contrato bilateral, es real, es principal, es de tracto sucesivo y es traslativo de dominio.

Sus elementos son:

Elementos personales:

Consignante y consignatario.

Elementos reales:

Las cosas muebles que el consignante entrega al consignatario; y el precio de las cosas dadas en consignación, pactado por las partes.

⁵⁷ Ob, Cit. Pág.55



Elementos formales:

El contrato de consignación puede hacerse constar entre las partes en forma verbal o escrita, a conveniencia de los contratantes.

d. Contrato mercantil de transporte.

De conformidad con la doctrina es un contrato mercantil de cambio. El Código de Comercio en su Artículo 794 lo define así: “Por el contrato de transporte, el porteador se obliga, por cierto precio, a conducir de un lugar a otro pasajeros o mercaderías ajenas que deberán ser entregadas al consignatario”.

Villegas Lara, tomando los mismos elementos del citado concepto legal nos dice que el contrato de transporte es: “un contrato por el cual una persona llamada porteador, se obliga, por un precio, a conducir personas o cosas de un lugar a otro.”⁵⁸

La importancia del contrato de servicio de transporte, radica en que se presta a través de una empresa mercantil y como un acto accesorio de la compraventa. Al respecto Garrigues establece que: “El transporte se ofrece, pues, como un acto accesorio o complementario de la compraventa, o sea el acto mercantil constitutivo por excelencia, y aun se equipara ella en importancia hasta el punto de haberse considerado por algunos el transporte como la representación exclusiva del comercio.”⁵⁹

⁵⁸ **Ob, Cit;** Pág. 138

⁵⁹ **Ob, Cit;** Pág. 199



Las características del contrato son: bilateral, típico mercantil, oneroso, principal, conmutativo y habitualmente por adhesión.

El contrato de transporte, puede clasificarse desde dos puntos de vista según el doctor Villegas Lara:

- Contrato de transporte de personas
- Contrato de transporte de cosas.

Sus características son:

Es un contrato de tipo consensual, es oneroso, es principal, es bilateral y es típico mercantil.

Sus elementos son:

Elementos personales:

Para el contrato de transporte de personas son: porteador y pasajero. Para el contrato de transporte de cosas son: cargador, transportista y destinatario.

Elementos reales:

Para el contrato de transporte de personas son: el precio o valor del pasaje y el servicio. Para el contrato de transporte de cosas son: las mercaderías o cosas mercantiles y el flete.



Elementos formales:

Para el contrato de transporte de personas son: es el boleto de transporte. Para el contrato de transporte de cosas: se debe de extender un comprobante.

e. Contrato de hospedaje:

El Código de Comercio en el Artículo 866 establece que: “Por el contrato de hospedaje, una persona se obliga a dar albergue a otra mediante la retribución convenida, comprendiéndose o no la alimentación”.

Podemos establecer que el contrato de hospedaje es un contrato típico mercantil por el que una persona llamada hotelero se obliga a dar albergue a otra llamada huésped a cambio de una contraprestación.

Su característica es que el contrato de hospedaje es bilateral, consensual, oneroso, típico, de tracto sucesivo y en la mayoría de los casos es un contrato de adhesión.

Sus elementos son:

Elementos personales:

El hotelero, albergador o fondista es la persona natural o jurídica que presta el servicio de alojamiento es importante mencionar que ésta persona ésta obligada a inscribirse en el Instituto Guatemalteco de Turismo, además de haber inscrito la empresa en el Registro Mercantil, esto de conformidad con el Artículo 28 inciso C y 29 de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Turismo; y viajero o huésped, es la persona que



utiliza el servicio de hospedaje.

Elementos reales:

El inmueble o establecimiento, el precio o retribución que paga el huésped, el servicio de alojamiento y en su caso, de alimentación que presta el hotelero.

Elementos formales:

El contrato de hospedaje no está sujeto a una formalidad especial, sino únicamente se suscribe un libro de entradas y se llena algún formulario en algunos casos, con lo cual se llena el contrato.

CAPÍTULO IV

4. El contrato de consorcio y la necesidad de incorporarlo a la legislación mercantil guatemalteca.

4.1. El contrato de consorcio

4.1.1 El contrato en general

Puig Peña, indica que: "Actualmente, la tendencia del contrato como dominante del mundo jurídico, está sufriendo una gran transformación, esto se debe principalmente a que se pretende reemplazar esencialmente las bases sobre las cuales descansa la contratación, pues hoy por hoy, se entiende que el contrato es un medio de satisfacción económica, que, como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad, para el bien común."⁶⁰

Al realizar un análisis de la definición anterior podemos entender que actualmente la contratación tiene como base la satisfacción económica, no enfocándose tanto a la situación de la voluntad de las partes dentro de una definición clara y precisa, porque no establece la voluntad como una parte importante de la definición, sino como un reemplazo de las bases de la contratación.

Ana Deisy García Soto, señala que: "De entre los antecedentes remotos, sobre los que

⁶⁰ **Compendio de derecho civil español.** Pág. 330



hay mayor grado de coincidencia en la doctrina, pueden citarse los siguientes: Sistema contractual romano. En el derecho romano el contrato aparece como una forma de acuerdo (conventio). La convención es el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que deben dar o prestar. La consensualidad era el prototipo dominante. La convención se divide en pacto (pactum) y contrato (contractus), siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que lo tiene.

En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción (el pacto se refiere únicamente a relaciones que sólo engendran una excepción). La causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación. El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato al considerar las acciones el instrumento para exigir su cumplimiento.”⁶¹

Dentro del contexto de lo mencionado indica que la definición de contrato contiene como aspecto básico la causa y el pacto ya que de ellos surge la necesidad de realizar un contrato.

4.1.2 Definición de contrato de consorcio

La expresión consorcio proviene del término latín *consortium*, que en términos generales significa una forma de asociación con fines específicos.

⁶¹ La conveniencia de incluir dentro de las exenciones al pago del impuesto al valor agregado la donación de bienes inmuebles que cumpla con los mismos requisitos establecidos en el numeral doce del Artículo siete de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. Pág. 2



Guillermo Cabanellas define el consorcio así: "Forma de asociación en que dos o más empresas se unen para trabajar unidas, bajo una misma dirección y reglas comunes, aunque conservando su personalidad e independencia jurídicas."⁶²

Rodríguez Velarde, indica que el contrato de consorcio es: "Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía."⁶³

Esto indica entonces que corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquellas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio, conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

La página www.derechocomercial.edu, define: "El consorcio es un contrato entre dos o más personas que se vinculan temporalmente para la realización de un obra o para prestar un servicio o para realizar el suministro de ciertos bienes."⁶⁴

Anthony Patrick Paredes, señala que: "Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria

⁶² Diccionario Jurídico Elemental. Argentina. Pág.87

⁶³ **Contratos merantiles.** http://www.rodriuezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte4_sec3_cap1.pdf [octubre de 2014]

⁶⁴ **Consorcio.** <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespConsorcio01.htm> [junio de 2014.]



entre los miembros del consorcio, sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley.”⁶⁵

Esto demuestra que el contrato deberá establecer los sistemas de participación en las ganancias que produzca la actividad que realiza el consorcio; de no hacerlo, se entenderá que se dividirá en partes iguales.

José Iván Tuesta Estrella “El Consorcio es un contrato por medio del cual dos o más personas se asocian para desarrollar uno o varios negocios.”⁶⁶

Es relevante establecer que dentro del contexto de la definición anterior, se establece que la finalidad es realizar uno o varios negocios, por lo cual esta característica del consorcio, lo fija más dentro de las distintas actividades económicas que se realizan en Guatemala, pues muchas personas individuales o jurídicas se unen con la finalidad de no realizar una sola actividad sino que varias.

La página es.scribd.com menciona que: “El contrato de consorcio es un contrato de naturaleza asociativa y por definición no constitutivo de una sociedad; la intención de las partes en este contrato es participar en un determinado negocio, obtener un beneficio por esa actividad en conjunta en la cual participan, asumiendo cada parte las actividades propias que se le encargan en el mismo contrato y responder

⁶⁵ **Contrato de Consorcio.** Pág. 3

⁶⁶ **El Consorcio.** Pág. 7



por los compromisos asumidos contractualmente. En esta modalidad contractual las partes deben fijar los mecanismos de coordinación para el desarrollo del objeto que lleva a esta unión transitoria.”⁶⁷

Por su parte la anterior definición establece que es la misma figura del contrato del consorcio la que debe de garantizar los mecanismos adecuados para el desarrollo de las actividades pactadas para cada una de las partes, las responsabilidades que cada una de ellas asume y las utilidades o beneficios a percibir.

Entonces cuando estamos frente a la figura de los consorcios, podemos hablar de un conjunto de personas que se unen para conseguir un fin, las cuales se ayudan y colaboran mutuamente con la única finalidad de poder obtener beneficios que actuando de manera individual, no sería posible.

Puede decirse también que es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.

Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquellas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio, conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

⁶⁷ **Contrato de Consorcio.** <http://es.scribd.com/doc/58921021/contrato-de-consorcio-1> [junio de 2014]



4.1.3. Características del contrato de consorcio:

Al realizar un análisis podemos establecer que las principales características del contrato de consorcio son las siguientes:

- a. **Es consensual:** Es un contrato que surge de un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes que se unen en determinado negocio jurídico mercantil y lo hacen con el objeto de lograr un fin específico y concreto.
- b. **Es de plazo determinado:** Es de carácter temporal, ya que al cumplir con el fin por el cual se unieron las partes, el contrato finaliza.
- c. **Es plurilateral:** Es plurilateral ya que las partes que contratan usualmente son más de dos.
- d. **Solidaridad:** Como lo mencionamos con anterioridad las partes contratantes son responsables de forma solidaria ante terceros por las actividades realizadas por cualquiera de las partes.
- e. **Es oneroso:** Éste contrato es oneroso porque su finalidad principal es obtener un beneficio mutuo al realizar actividades de forma conjunta.
- f. **Es principal:** Es un contrato principal en virtud de que no necesita de otro contrato para que el mismo surta efectos jurídicos.
- g. **Carece de personalidad jurídica:** Es un contrato en el que las partes contratantes mantienen su autonomía y su personalidad jurídica propia sin que vincule a las mismas o conforme o crea una sola misma persona.



4.2. Afectación, relación y sistemas de participación

a. Afectación de bienes

Los bienes que los miembros del consorcio afecten al cumplimiento de la actividad a que se han comprometido, continúan siendo propiedad exclusiva de éstos. La adquisición conjunta de determinados bienes se regula por las reglas de la copropiedad, en donde se deberán regir de conformidad con las disposiciones jurídicas del derecho civil.

b. Relación con terceros y responsabilidades

Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio, sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley.

c. Sistemas de participación

Como lo mencionamos con anterioridad dentro del contrato de consorcio en sus cláusulas deberá establecer el régimen y los sistemas de participación en las utilidades o ganancias que el consorcio genere a las partes contratantes; si no se pacta expresamente, se entenderá que éstas se dividirán en partes iguales.



4.3. Derecho comparado respecto al contrato de consorcio

a. España

En el ordenamiento jurídico español los consorcios son parte del concepto de las formas sociales de uniones de empresas. Las características de estas uniones o agrupaciones temporales de empresas están descritas en la Ley 28 de diciembre de 1963.

La constitución de estas agrupaciones requiere de escritura pública inscrita en el registro mercantil y su denominación se forma con el nombre de una, varias o todas las empresas asociadas.

El autor Caballero Sierra en cuanto a la responsabilidad de los consorcios en España, establece lo siguiente: "En cuanto a la responsabilidad de los miembros de estas agrupaciones de empresas, ésta es personal y solidaria, aunque subsidiaria, por las obligaciones de la agrupación."⁶⁸

b. Italia.

El contrato de consorcio italiano (denominado consorzi) es considerado como la organización administrativa de varias empresas. Esas empresas generalmente ejercen el mismo ramo de industria o de comercio, o ramos afines y relacionados entre sí, bajo

⁶⁸ Los Consorcios públicos y privados. Pág. 24



dirección unitaria y que tiene criterios técnicos y administrativos uniformes.

En Italia existen varias clases de consorcio, siendo estos los siguientes:

1. El consorcio obligatorio: constituido mediante providencia de la autoridad gubernativa con el fin de responder a la existencia de la organización de la producción.

Los sujetos que conforman el consorcio son impulsados por el Estado a formar una unidad, o bien a reunirse para cooperar en la consecución de un fin de interés general o colectivo, estos consorcios no gozan de personalidad jurídica.

2. El consorcio voluntario: que surge a la vida jurídica por el acuerdo de voluntades y consiste en la coordinación de la producción y los cambios en la misma, y puede adquirir las siguientes formas:

2.1 Consorcio en la disciplina de los precios y condiciones de venta que obliga a los participantes a no prestar sus servicios ni vender sus productos por debajo de un precio mínimo previamente establecido.

2.2 Consorcio contingente de la producción en el cual los participantes tienen un límite en la cantidad de mercancías que produzcan.

2.3 Consorcio cuyo objeto tenga como finalidad la coordinarse entre sí para producir o ya sea para efectuar cambios en la producción de mercancías.



3. El consorcio privado: generalmente constituido por agrupaciones de empresarios pertenecientes a un mismo género de actividad económica o actividades conexas, con miras a disciplinar la competencia y producción.

4. Los consorcios de actividad externa: en los que según la ley se crea un sujeto de derecho con personalidad jurídica y además se origina un patrimonio autónomo que es indivisible mientras no se extinga dicha persona jurídica.

5. El consorcio sociedad: en el cual existe verdaderamente la empresa social en su explotación, pero tal sociedad es una especie de ropaje que externamente ante terceros aparece como sociedad, no dándose el régimen social entre los consorciados por cuanto no se dan los elementos necesarios de ésta.⁶⁹

c. Alemania

“Los konzern alemanes consisten en la integración de sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección unitaria y con propósitos económicos. La ley alemana distingue entre los denominados konzern de coordinación y los konzern de subordinación.

Los primeros se refieren a empresas jurídicamente independientes reunidas bajo una misma dirección, sin que una dependa de la otra. El segundo hace referencia a que una de las empresas es preponderante y las demás se subordinan a ella.⁷⁰

⁶⁹ Sabogal Sabogal, José Luis. **De los Consorcios en Colombia**. Pág. 23

⁷⁰ Chavarro Moncada, Paola Andrea. **Los Consorcios en Colombia**. Pág. 14



d. Argentina

Las uniones transitorias de empresas son la versión argentina del Joint Venture. Por mandato de la ley en Argentina, las agrupaciones de colaboración no son personas jurídicas, son contratos en los que se determinan los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Dentro de la legislación argentina para formalizar el consorcio se exige que se otorgue documento público o privado, el cual debe de inscribirse en el Registro Público de Comercio, y las clausulas deben de estipular el plazo, su duración, la denominación, las partes que lo integran, su domicilio y sus obligaciones.

e. Francia

Para la constitución de estos grupos en la legislación francesa se requiere el otorgamiento de documento por escrito especificando las clausulas relativas al funcionamiento, duración, administración, causales de disolución y normas de liquidación. El consorcio adquiere personalidad jurídica con todos los atributos que conlleva, pero la responsabilidad de sus miembros es solidaria y subsidiaria.

4.4. Diferencia con otras figuras comerciales

a. Sociedades mercantiles y civiles

La sociedad mercantil es la figura contractual o asociativa con la que más



frecuentemente se ha confundido e incluso identificado a los consorcios en Guatemala, sin embargo, ambas figuras son total y completamente diferentes tanto en su estructura organizacional como en su propia naturaleza, puesto que si bien la sociedad mercantil busca al igual que el consorcio privado la reunión de trabajo y capitales para obtener beneficios económicos, no pueden asemejarse, ya que una sociedad mercantil se pone una serie de bienes y capitales a favor de la propia sociedad ajena y diferente de los miembros que la conforman en nombre propio, quien asume la calidad de comerciante; el consorcio privado es la modalidad de consorcio en el que no surge ni constituye una persona jurídica distinta de los miembros integrantes del consorcio.

b. Joint Ventures

La distinción entre el joint venture y el consorcio se torna compleja debido a la similar función que ambas figuras conllevan desde el punto de vista económico, ya que “en ambos casos se trata de estructuras la colaboración entre empresarios durante periodos relativamente cortos y con un objeto generalmente limitado a un único negocio u operación, sin crear una figura organizativa compleja, manteniendo la identidad de los participantes aun en el marco de su colaboración y de sus relaciones conjuntas con terceros, y de forma tal que la terminación y liquidación de las operaciones comunes sea relativamente simple o poco costosa.”⁷¹

⁷¹ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 155



c. El contrato de participación

El consorcio se diferencia del contrato de participación en el sentido de que este último es un contrato mercantil en el cual existe una parte oculta que no interviene en el desarrollo de la actividad comercial o proyecto del cual participará en las utilidades o pérdidas, recayendo dicha facultad y obligación únicamente sobre el gestor o asociado, de tal manera que en el contrato de participación existe un socio oculto que no participa de la gestión o desarrollo del proyecto y que limita su responsabilidad de sus aportes.

En cuanto al contrato de consorcio ocurre todo lo contrario, pues todos los miembros actúan en el desarrollo de la actividad comercial.

d. Grupos financieros

Los grupos financieros que se encuentran regulados en la legislación de Guatemala pueden fácilmente confundirse con la figura del consorcio y más concretamente con los consorcios privados o comerciales, ya que ambas figuras de concentración se caracterizan por ser agrupaciones o asociaciones carentes de personalidad jurídica, no obstante de las similitudes en que puedan incurrir ambas figuras estas son totalmente distintas entre sí.

Ambas figuras se diferencian con relación a la independencia con la cual pueden desarrollarse, ya que si bien, en principio un grupo financiero es una institución bancaria con fines de lucro propia de una actividad privada, esta figura tiene la



característica que, debido a la naturaleza misma de su objeto la actividades que realice serán controlados por la Superintendencia de Bancos, situación que no sucede en los consorcios.

4.5. Análisis de los beneficios de incorporar el consorcio a la legislación mercantil guatemalteca

Siempre existe beneficio al ampliar y especificar una nueva figura jurídica en el ámbito de aplicación del derecho mercantil, pero debido a ello se debe analizar a partir del derecho comparado que el consorcio puede manifestarse tanto en el ámbito privado por medio de un consorcio mercantil como en el ámbito derecho público a través de un consorcio administrativo, siendo así que cada uno de ellos presenta sus características propias, siendo así que en la primera carecen de personalidad jurídica y al segundo en que da lugar a un nueva forma de figura.

Por otra parte debe de indicarse que nuestra legislación guatemalteca presenta un problema ante esta figura por no encontrarse regulado ni en el derecho privado, ni en el derecho público o sea el consorcio mercantil o el consorcio administrativo, y la cual en otros países si se establece.

Es importante indicar que aun cuando estas figuras no se encuentran establecidas, de forma específica, en forma general si se aplica, debido a que por ejemplo el Artículo 1 del Código de Comercio de Guatemala, establece que los comerciantes en su actividad profesional de los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles se registrarán por



dicho Código, pero señala además que es su defecto por las derecho civil; mencionado además en el Artículo 694 del mismo Código de Comercio libro IV sobre Obligaciones y Contratos Mercantiles que solo a falta de disposiciones en dicho libro se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantil las disposición del Código Civil.

Esto implica entonces que dentro de la legislación mercantil no se establece dicha figura y que en forma supletoria tendría que sujetarse a las disposiciones de la legislación civil pero al hacerlo se tendría que constituir como persona jurídica tal como lo refiere el inciso cuarto del Artículo 15 del Código Civil, ello implicaría entonces que se estaría constituyendo un tipo de sociedad y no un contrato en sí, además afectaría la temporalidad del mismo, ya que como establecimos con anterioridad el contrato de consorcio se caracteriza por contratarse para un plazo determinado ya que al cumplirse con la finalidad con la que se unieron las partes, éste se extingue.

De tal manera que se recomienda incorporar el contrato de consorcio dentro del libro IV y título II del Código de Comercio de Guatemala, a manera de que el mismo forme parte de los contratos mercantiles legislados dentro de la legislación guatemalteca con el objeto de estipular de manera concreta su definición, los requisitos para su formalización así como las obligaciones y derechos que surjan del mismo.

Al incorporar el contrato de consorcio dentro del Código de Comercio de Guatemala se le daría no solo una herramienta a los comerciantes sino que también se les estaría brindando una seguridad jurídica tanto a ellos como a terceros ya que se estaría



contratando mediante una figura jurídica legislada que contiene los requisitos legales para su formalización, además se establecería las obligaciones y derechos que deriven de su contratación.

Nuestro país ha ido creciendo tanto nacional como internacionalmente en sus prácticas comerciales, por ende es necesario que nuestra legislación se actualice con la legislación comparada ya que como hemos mencionado con la globalización se han ido desarrollando nuevos sistemas comerciales y en consecuencia debemos de crear dentro de nuestra normativa las herramientas jurídicas que nos permitan tener la competitividad para estar a la par de otros países en cuanto a sus formas de contratación, por lo cual sí es necesario y sería de gran beneficio incorporar dentro de la legislación mercantil guatemalteca al contrato de consorcio.

4.6. Riesgos, ventajas y costos que derivan del contrato de consorcio

Respecto a los riesgos que conlleva el contrato de consorcio, debe de considerarse que la propuesta de incorporación permite a cada uno de los consorciados, aportar la misma cantidad o porcentajes iguales de los medios de ejecución de los mismos, quedando en reserva lo establecido por cada uno dentro de la cantidad otorgada en dinero que en su caso podría ser tanto en quetzales, como en dólares o de los bienes que aporten cada parte, no provocando con ello mayores costos para la ejecución del mismo, siendo al igual que otra forma de asociaciones los mismos costos, y además tomando en consideración que no existiría porcentaje de funcionamiento en beneficio del consorcio.



Ante ello entonces más que riesgos los efectos que pueden producirse son:

- Reducción de costos operativos, de producción, comercialización y promoción.
- Podemos decir que gracias al consorcio, las empresas tienen mayor capacidad de negociación con proveedores, accede a actividades comerciales de gran escala, puede costear determinado personal que de otra forma no podría.
- También se hacen posibles las promociones internacionales, viajes a ferias y rondas de negocios, estudios de mercado.
- La calidad del producto podrán ser mejorados y hasta se posibilitará acceder a normas standard de calidad o producción.
- Aumento de la competitividad internacional.
- La administración y la capacidad organizativa aumenta.
- Posibilidad de incrementar la oferta exportable a través de la suma de las empresas.
- Acceso a apoyo de organismos del Estado.
- Se podría introducirse a otros mercados de terceros países y abarcar nuevos tipos de consumidores.
- Existiría mayor posibilidad de acceder a créditos bancarios.



4.7 Propuesta de reforma al Código de Comercio de Guatemala, incorporando el contrato de consorcio mercantil

DECRETO NÚMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala establece que son obligaciones fundamentales del Estado proteger la formación de capital, ahorro y la inversión así como también crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.



CONSIDERANDO:

Que el Código de Comercio de Guatemala al ser el cuerpo normativo que regula las diferentes instituciones del comercio debe de ser reformado incorporando al mismo el contrato de consorcio mercantil, por no estar contenido dentro del citado ordenamiento jurídico.

POR TANTO:

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

DECRETA:

La siguiente reforma al Código de Comercio de Guatemala, decreto 2-70 del Congreso de la República.

Artículo 1. Se adiciona el artículo 285 BIS al decreto 2-70 del Congreso de la República el cual queda así:

“Artículo 285 BIS. Contrato de consorcio. Por el contrato de consorcio, los comerciantes pactan en establecer una organización común con la finalidad de desarrollar e incrementar operaciones relacionadas con la actividad económica que desempeñan sus miembros con el objeto de mejorar sus utilidades.

El contrato deberá de formalizarse en documento privado con firmas legalizadas o en escritura pública, no está sujeto a Registro, no dará nacimiento a persona jurídica por



ser de naturaleza contractual, además deberá designarse un mandatario que será el representante legal del consorcio.

Las utilidades obtenidas de las actividades desarrolladas por el consorcio serán distribuidas entre sus miembros en partes iguales, salvo pacto en contrario.

Deberá establecerse en qué proporción se hacen responsables los miembros, de las actuaciones derivadas del representante del consorcio, sin disposición previamente establecida se entenderá que responsabilidad es solidaria entre todos sus miembros.

El plazo deberá determinarse, en caso contrario se entenderá que finalizará al haberse cumplido con el objeto o fin con el que se contrató”

Artículo 2. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA EL _____ DE _____ DE _____.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El contrato atípico mercantil de consorcio es una herramienta moderna que ha sido desarrollada por la práctica constante y cambiante del comercio, ha sido utilizada en la actualidad por los comerciantes en el desarrollo de su actividad debido a que es una alternativa eficaz para la realización de sus objetivos comerciales. Dicho contrato ha evolucionado pero aun así no brinda una verdadera certeza y seguridad jurídica para las partes contratantes y para terceros que realizan negocios jurídicos con el consorcio, así que es necesario que se reforme el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala Código de Comercio de Guatemala con el objeto de regular dentro del mismo la figura del contrato de consorcio mercantil confiriéndole a dicho contrato la tipicidad, lineamientos y parámetros fundamentales con el objeto de establecer las bases para el normal y eficaz desarrollo del mismo dentro de la actividad comercial en concordancia con la legislación que predomina en otros países, estableciendo con ello una opción jurídicamente segura dentro de una actividad comercial globalizada. Es importante indicar desde un punto de vista académico que es necesario también incorporar el contrato de consorcio mercantil dentro del programa de estudio del curso de derecho mercantil con el objeto de instruir al estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala sobre la importancia que dicho contrato posee actualmente dentro del comercio y de esa manera irse actualizando con las prácticas comerciales tanto nacionales como internacionales.



BIBLIOGRAFÍA



ALVARADO POLANCO, Romeo. **Introducción del estudio del derecho**. Guatemala Departamento de reproducción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1976.

ANDONAIRE VILLEGAS, Luigi. **Contrato de consorcio**. <http://es.scribd.com/doc/58921021/contrato-de-consorcio-1> [Fecha de consulta: junio de 2014]

ARRUBLA PACTAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**. 2t.; 3ª. ed. Medellín Colombia: Ed. Biblioteca Jurídica Dike, 1998.

AVIADOR, Wikipedia. **Comercio**. <https://es.wikipedia.org/wiki/Comercio>, [Fecha de consulta: 08 de marzo 2014], [última modificación: 02 de marzo de 2014].

AVIADOR, Wikipedia. **Comerciante**. <http://es.wikipedia.org/wiki/Comerciante>, [Fecha de consulta: 09 de marzo de 2014], [última modificación: 26 de febrero de 2014].

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Ed. Heliasta, S.R.L. Buenos Aires Argentina, 1989.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, 19ª. ed.; Ed. Heliastas, S.R.L. Buenos Aires Argentina, 2008.

CABALLERO SIERRA, Gaspar. **Los consorcios públicos y privados**. Ed. Temis. Bogotá, 1985. Pág. 24

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. México. Ed. Herrero. 2000.

FRECH MIGUEL. **Diccionario y enciclopedia práctica de derecho**“, Ed. Labor, Barcelona, España, 1952.

GARCÍA MAYNEZ. **Introducción al estudio del derecho**. 16 ed. Ed. Porrúa México, D. F 1961.

GARCÍA SOTO, Ana Deisy. **La conveniencia de incluir dentro de las exenciones al pago del impuesto al valor agregado la donación de bienes inmuebles que cumpla con los mismos requisitos establecidos en el numeral doce del Artículo siete de la Ley del Impuesto al Valor Agregado**. Universidad de San Carlos de Guatemala. Marzo, 2012.

HARRINGTON, H. James. **Administración de calidad**. Universidad de Detroit. 1933.



JACKSON, W. N. **Enciclopedia práctica.** t2.; 11ª ed. 1970. (s.l.i)

LANGLE EMILIO Y RUBIO. **Manual de derecho mercantil español.** t1.; Barcelona España.1963. (s.e)

CHAVARRO MONCADA, Paola Andrea. **Los consorcios en Colombia.** Pág. 14 Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Colombia. 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales,** Ed. Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1974.

PUENTE y Flores, Arturo y Octavio Calvo Marroquín. **Derecho mercantil,** 39ª ed. Ed. Banca y Comercio, S.A. de C.V., México, 1991.

PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Negocio jurídico mercantil,** II Parte, Guatemala, Ed. Imprenta Aries, 2000.

PAREDES PAREDES Anthony Patrick. **Contrato de consorcio.** Tarapoto Perú. 2004

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español,** t2.; 3ªed. Revisada, Madrid, Ed. Pirámide, S. A. 1976.

RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal.** México, Ed. Limusa, 1986.

RECINOS SANDOVAL, Enio Alberto. **Características generales de la contratación mercantil,** Tesis, Usac, Guatemala, Ed. Impresos Industriales,1974.

REYES E. Giovanni. **Monografías, Teoría de la globalización,** <http://www.monografias.com/trabajos7/bafux/bafux.shtml>; [Fecha de consulta: 12de marzo de 2014, 20.45].

RODRÍGUEZ VELARDE. *Contratos mercantiles.* [Fecha de consulta: octubre de 2014]. http://www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte4_sec3_cap1.pdf

RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. **Consorcio.** <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespConsorcio01.htm> [Fecha de consulta: 06 de Junio de 2014].

RODRÍGUEZ y Rodríguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil,** t1.; 2ª ed. Porrúa, México, 1952.

SAMUELSON, Paul A. **Curso de economía moderna.** 16 ed. Ed. Aguilar, editado 1971



SABOGAL SABOGAL, José Luis. **De los consorcios en Colombia**. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1983.

TAHICHI, Wikipedia. **El imperio mongol**. http://es.wikipedia.org/wiki/Imperio_mongol [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2014], [última modificación: 05 de marzo de 2014].

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos mercantiles**, México D. F., 12ª ed. Ed. Porrúa, 2003.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. 3ª ed.; Guatemala, Guatemala, Ed. Ius Ediciones, 2012.

VICENTE Y GELLA, Agustín. **Curso de derecho mercantil comparado**, t2.; Zaragoza, España, Ed. Tipografía La Academia, 1945.

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

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, t3.; 6ª ed. Guatemala, Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006.

ZEA RUANO, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**, t1.; Tipografía Nacional Guatemala, C.A. 1966.

Legislación

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

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

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

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