

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



**IMPORTANCIA DEL CONTRATO CLIC DENTRO DEL DERECHO MERCANTIL
GUATEMALTECO**

LUDWIG FEDERICO SUCUC CATÚ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2017

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

**IMPORTANCIA DEL CONTRATO CLIC DENTRO DEL DERECHO MERCANTIL
GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUDWIG FEDERICO SUCUC CATÚ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2017

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutía
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Adolfo Vinicio García Mendoza
Vocal: Lic. Albert Clinton Whyte Bernard
Secretario: Lic. Carlos Urbina Mejía

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Vocal: Licda. Thelma González
Secretaria: Licda. Carmen Patricia Muñoz

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



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 06 de junio de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, MONICA ELIZABETH IXCOT RODRIGUEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
LUDWIG FEDERICO SUCUC CATÚ, con carné 200016378,
 intitulado REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA DEL CONTRATO-CLIC, MEDIANTE
UNA REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA.

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.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción _____ / _____ / _____ f) _____


 Asesor(a)
 (Firma y Sello)
Monica Elizabeth Ixcot Rodriguez
 ABOGADA Y NOTARIA





Licenciada
Mónica Elizabeth Ixcot Rodríguez
Abogada y Notaria

Guatemala, 15 de junio de 2017.

Licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.


Licenciada
Mónica Elizabeth Ixcot Rodríguez
ABOCADA Y NOTARIA

Estimado licenciado:

En atención a la providencia emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha 6 de junio del año 2017, se me nombra como asesora de tesis del bachiller **LUDWIG FEDERICO SUCUC CATÚ**, quien se identifica con el carné estudiantil **200016378**, para en su momento emitir el dictamen correspondiente, por lo que habiendo asesorado el trabajo encomendado y de conformidad con lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito emitir el siguiente;

DICTAMEN:

- a. Que el trabajo de tesis se intitula **“IMPORTANCIA DEL CONTRATO CLIC DENTRO DEL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO”**
- b. Inmediatamente que recibí el nombramiento y se estableció comunicación con el Bachiller **LUDWIG FEDERICO SUCUC CATÚ**, procedí a efectuar la revisión de los planes de investigación y de tesis, los cuales se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con el ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo.
- c. Que durante la realización del trabajo de tesis realicé la revisión del mismo y sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, incluyendo dentro de dicha revisión la modificación del título de la investigación para que el contenido recopilado se adecuara de una mejor manera a la problemática planteada, manteniendo siempre lo concretizado en el plan de investigación, previamente autorizado, pues anteriormente el trabajo de tesis se intitulaba **“REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GUATEMALA DEL CONTRATO-CLIC, MEDIANTE UNA REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA”**, a su vez hago constar que no existe vínculo consanguíneo o parentesco dentro de los respectivos grados de Ley con el Bachiller **LUDWIG FEDERICO SUCUC CATÚ**, que pueda impedir la emisión del presente dictamen.



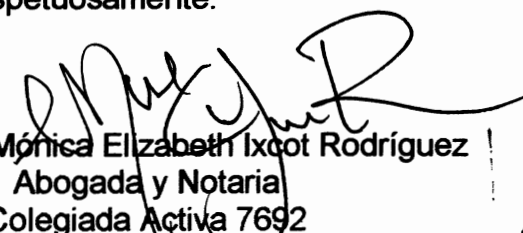
Licenciada
Mónica Elizabeth Ixcot Rodríguez
Abogada y Notaria

- d. Por lo tanto el Bachiller **LUDWIG FEDERICO SUCUC CATÚ**, desarrolló cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis de manera acuciosa, teniendo este un amplio contenido científico, empleando el ponente un lenguaje técnico acorde al tema desarrollado; el estudiante hizo uso con amplitud del método científico, abarcando las etapas del mismo, ya que al plantear el problema lo enfoca a la realidad jurídica, en este caso principalmente sobre la importancia del contrato clic dentro del ámbito mercantil guatemalteco y como este moderniza el tradicional sistema de compra de mercancías, circunstancia que es desarrollada en el presente trabajo de tesis, a lo cual profundiza el sustentante de una manera exhaustiva su investigación, así mismo comprueba la hipótesis planteada, utilizando en su investigación los métodos inductivo, deductivo y el método analítico para sistematizar de una buena manera lo analizado. Ilustrando en excelente forma todo lo referente al negocio jurídico, la contratación mercantil y los distintos contratos típicos y atípicos que actualmente existen, para concluir en un análisis exhaustivo del contrato atípico clic. El sustentante utilizó la técnica de investigación bibliográfica, comprobando que se hizo acopio de bibliografía actualizada.
- e. El presente trabajo de tesis es un esfuerzo meritorio, y será una excelente fuente de consulta para el futuro, sobre todo para los profesionales del derecho, ya que este es un tema de actualidad lo que se refleja en la conclusión discursiva que se mencionan en el trabajo, las cuales son congruentes con el tema, por lo que se ha cumplido con lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. En virtud de lo anterior me es grato;

DICTAMINAR

Que el contenido del trabajo de tesis del Bachiller **LUDWIG FEDERICO SUCUC CATÚ**, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplirse de conformidad con los requisitos exigidos 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 emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo respetuosamente.


Licenciada Mónica Elizabeth Ixcot Rodríguez
Abogada y Notaria
Colegiada Activa 7692

11 Av. 6-62, zona 7, Colonia Quinta Samayoa
Tel. 42198760

Licenciada
Mónica Elizabeth Ixcot Rodríguez
ABOGADA Y NOTARIA



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de octubre de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante LUDWIG FEDERICO SUCUC CATÚ, titulado IMPORTANCIA DEL CONTRATO CLIC DENTRO DEL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.



DEDICATORIA

A DIOS: Por su bondad hacia la humanidad, sus bendiciones dadas a cada uno de nosotros.

A JESUCRISTO: Por ser mi Salvador personal, mi pastor, mi amigo fiel, mi compañero inseparable.

A MIS PADRES: Juan Sucuc Gabriel y Anastasia Catú Sucuc, María Marcelina, por su apoyo incondicional, su esfuerzo y ejemplos dados a mi vida, para poder conducirme en esta vida.

A MIS HERMANOS: Ronald, Otoniel, Stephanie, Cristobal, Rosa, Enrique, Thelma, Oswaldo, Amarildo, Leticia, Miguelito, por su apoyo incondicional a lo largo de nuestras vidas.

A MIS PRIMOS Y Por ser como son, sin prejuicios.

SOBRINOS:

A MIS CUÑADOS: Por ser parte de mi familia.

A LAS FAMILIAS: Méndez, Saballos, Sánchez Rodríguez, por su apoyo incondicional.



A LOS LICENCIADOS:

Por su esfuerzo y dedicación hacia nosotros los estudiantes que nos trasladaron sus conocimientos.

A MIS AMIGOS:

Con quienes compartimos momentos inolvidables, Bellanira, Marlen, Yulisa, Delmi, Ingrid, Elky, María Lourdes, Miriam, Mychell, Silvia, Paola, Marleny, Shirley, Wendy, Mayte, Margarita, Maya, Larissa, Ada, Betzabe, Faby Glenda, Cinthya, María, Carlos, Felipe, Pablo, y a quienes no mencioné, sabiendo ellos que son también de mucha bendición.

A:

La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala por darme la oportunidad de ser parte de esta casa de estudios.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitirme adquirir sus conocimientos y enseñanzas por medio de sus catedráticos.

PRESENTACIÓN

Para desarrollar el trabajo de tesis, se analizaron distintos aspectos de gran importancia dentro del derecho mercantil, especialmente en lo concerniente a los contratos atípicos, y por ello la investigación contenida en la tesis, es de tipo cualitativo, se tuvo mayor prioridad en analizar todo lo referente al derecho mercantil, ya que es a esta rama del derecho a la que pertenece la investigación desarrollada.

Permitiendo de esta forma que se profundizará en todo lo que respecta a la contratación mercantil y como ésta ha ido evolucionando, llegando al grado de adaptarse a cada una de las necesidades del hombre y más cuando el ámbito comercial, es tan complejo y cambiante, especialmente en el comercio electrónico, donde los contratos atípicos como el contrato clic, garantiza cierta seguridad jurídica a las partes contratantes.

Tuvo como ámbito temporal de validez, el período correspondiente del año 2014 al año 2016, a su vez, el objeto de estudio se constituye por el contrato atípico mercantil clic y el sujeto lo conformó la parte consumidora o usuaria dentro de la relación contractual, aportando conocimientos sobre la importancia del contrato atípico clic y su importancia de regularlo, de tal forma que la investigación realizada constituye un aporte académico, que permitirá, tanto a estudiantes como al público en general, el contar con una fuente muy certera de información acerca del contrato atípico y su orientación al comercio electrónico.



HIPÓTESIS

La hipótesis formulada se constituye en la importancia del contrato clic dentro del comercio electrónico y la necesidad de incorporarlo al ordenamiento jurídico guatemalteco en materia mercantil, para garantizarle seguridad jurídica al consumidor o usuario como parte desvalida dentro de la relación contractual.

La ausencia de regulación del contrato clic en el ordenamiento jurídico guatemalteco, dentro de los contratos típicos guatemaltecos vulnera los derechos del consumidor o usuario en toda relación contractual y aún más dentro del comercio, siendo una necesidad la de normar dicho contrato al ordenamiento jurídico guatemalteco, ya que en la actualidad estos distintos contratos y en particular éste no cuenta con una certeza y seguridad jurídica al momento de realizarse cualquier clase de negocio jurídico.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Para comprobar la hipótesis formulada se utilizaron los métodos básicos de investigación como el inductivo, mismo que permitió que se generaran los resultados específicos de la problemática identificada, siendo esta la poca seguridad jurídica que produce el contrato de clic dentro del comercio electrónico, debido a que este es un contrato atípico, siendo necesario su inclusión en la normativa mercantil competente para que de cierta manera equipare las condiciones contractuales de la parte más desvalida como lo es el usuario o consumidor, de tal forma que se empleó a la vez, el método de análisis, para interpretar los datos obtenidos e identificados en valores absolutos y relativos, para que finalmente, se aplicará el método de síntesis para que la investigación fuera congruente. Es por ello que mediante la aplicación de estos métodos de investigación se pudo comprobar fehacientemente la hipótesis formulada en la tesis desarrollada, evidenciando con ella la necesidad de incorporar el contrato clic a la legislación mercantil guatemalteca.

ÍNDICE



Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico.....	1
1.1. La importancia en la distinción entre hecho y acto jurídico.....	1
1.1. Consideraciones generales del negocio jurídico.....	7
1.2. El contrato.....	10
1.3. Elementos del contrato.....	16
1.4. Clasificación de los contratos.....	19

CAPÍTULO II

2. La contratación mercantil.....	21
2.1. Definición de contrato mercantil.....	22
2.2. La mora mercantil.....	26
2.3. La forma en los contratos mercantiles.....	30
2.4. Contratos de adhesión.....	33

CAPÍTULO III

3. Los contratos típicos y atípicos en el derecho mercantil.....	37
3.1 Definición de contratos típicos y atípicos.....	38
3.2 Regulación de los contratos típicos en Guatemala.....	45



Pág.

3.3. Importancia de los contratos atípicos mercantiles en Guatemala..... 51

CAPÍTULO IV

4. La importancia de regular el contrato atípico mercantil clic para generar una adecuada seguridad jurídica en las transacciones de tipo mercantil..... 57

4.1. Consideraciones generales del comercio electrónico..... 58

4.2. El contrato clic como mecanismo de seguridad jurídica en las transacciones realizadas en el comercio electrónico..... 63

4.3. Factores que inciden en la necesidad de incorporar el contrato clic en el ordenamiento jurídico guatemalteco..... 66

CONCLUSIÓN DISCURSIVA..... 69

BIBLIOGRAFÍA..... 71

INTRODUCCIÓN

El comercio electrónico a nivel mundial se encuentra en un gran auge, es por ello que analizar e investigar las distintas modalidades en que se puede contratar dentro del ámbito mercantil y específicamente en esta novedosa forma de comercio, se convierte en una necesidad muy puntual, y más en un país como Guatemala, en el que los avances que se van gestando alrededor del mundo, generan sus efectos en el país de una forma paulatina y un tanto tardía, es por ello que, el desarrollar todos los aspectos concernientes al contrato atípico mercantil clic y la necesidad de incorporar, este tipo de contrato a la legislación mercantil guatemalteca, es decir al Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República).

Es así, como el objetivo general de la tesis, se constituye para establecer, cuáles son los factores que hacen necesaria la incorporación del contrato clic a la legislación guatemalteca en materia mercantil, para dotar de seguridad jurídica la relación contractual que se origina de un negocio jurídico y a la vez se comience a normar, ya que solamente de esta forma, el consumidor o usuario como parte desvalida dentro de la relación contractual podrá contar con una verdadera protección legal.

Es así, como el trabajo de tesis inicia en el capítulo I desarrollando el negocio jurídico, desarrollando el hecho y acto jurídico, comprendiendo a la vez lo correspondiente al contrato, estableciendo los elementos y clases que pueden existir de esta figura; dentro del capítulo II se expone la contratación mercantil, definiendo para ello, lo que es el

contrato civil y el mercantil, y sus respectivas diferencias, consecuentemente se desarrolla lo pertinente a la mora mercantil y su forma de exigir dentro de la contratación mercantil y como esto puede originar contratos pre redactados como el de adhesión; continuando en el capítulo III se analiza a los contratos típicos y atípicos, determinando la forma en cómo estos son regulados en Guatemala y estableciendo a la vez, cuales son los contratos atípicos que son más empleados en el país; finalmente en el capítulo IV se efectúa un estudio minucioso de la importancia que tiene en la actualidad el comercio electrónico y la necesidad de regular el contrato clic en Guatemala, para obtener una seguridad jurídica plena en las diversas relaciones contractuales que se originen en este tipo de contratos.

Para el desarrollo de la investigación, se emplearon métodos y técnicas de la investigación, como la observación y experimentación, así como el método analítico, mediante el cual se dividió el problema a investigar, determinando así sus elementos esenciales, formulando con ello, la conclusión discursiva, en tanto, el método sintético entrelazó estos elementos dándole congruencia a la investigación, identificando mediante el método inductivo, los resultados específicos de la problemática en cuestión.

Por lo que se comprobó la hipótesis planteada, la cual se constituye como la importancia del contrato clic dentro del comercio electrónico y la necesidad de incorporarlo al ordenamiento jurídico guatemalteco en materia mercantil, para garantizarle seguridad jurídica en la relación contractual.



CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico

El hombre a través de su historia ha tenido la necesidad de conferirle certeza y seguridad jurídica a ciertas actividades que realiza dentro de su entorno como una de las tantas actividades comunes que tiene, por lo que dentro de este punto es que surge el negocio jurídico como una figura jurídica que tiene sus orígenes dentro del campo del derecho civil.

Es decir, que el negocio jurídico es el único medio que ofrece una verdadera garantía al materializar la voluntad de las partes, ya que esta declaración, estará siempre protegida por un cuerpo jurídico normativo, que establecerá, el modo y forma en que deberá concretizarse esa declaración de voluntad y con ello formalizar un negocio jurídico, es así, como paulatinamente esta figura, fue acoplándose a otra rama del derecho como lo es el derecho mercantil, ya que es en este ámbito, donde necesariamente se debe contar con mecanismos que protejan todo lo referente al comercio.

1.1. La importancia en la distinción entre hecho y acto jurídico

La vida del hombre está rodeada de diversos sucesos que claramente no tienen relación con el mundo jurídico, pues de alguna manera son acciones cotidianas del hombre que en ningún momento afectan a sus semejantes, sin embargo al momento en

que estas acciones o sucesos, afectan consciente o inconscientemente a otras personas, su actuar cobra de alguna manera trascendencia en un plano jurídico, surgiendo de esta manera lo que se conoce como hecho y acto jurídico.

Por un lado el hecho jurídico, se constituye por aquellos sucesos que de cierta manera tienen alguna consecuencia jurídica, es decir, que el hombre al momento en que realiza alguna acción que pareciera muy común en el desempeño de su actividad diaria, la misma genera algún efecto sobre otra persona, se estará ante un hecho jurídico, un ejemplo muy habitual para establecer cuando se puede catalogar un hecho como jurídico, es en el supuesto en que una persona arroja un objeto hacia cualquier lugar, siendo esto un simple hecho, pero cuando ese objeto se arroja llega a alcanzar a una persona que transita por el lugar, ese hecho comienza a tener consecuencia y por ello se convierte en un hecho jurídico.

Por lo tanto, el hecho jurídico es una figura de vital importancia dentro del derecho, es por ello, que las distintas escuelas que han estudiado al derecho a través de la historia del hombre como la francesa, establecen que el hecho jurídico "es todo acontecimiento producido por la naturaleza o por el ser humano que produce efectos de derecho"¹, en tanto la escuela alemana propugna por una definición de hecho jurídico, un poco más técnica, pues para ello se fundamenta en la estructura de una norma que se cimenta en el derecho penal, es decir que contenga un presupuesto y una consecuencia jurídica,

¹ <https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/02/taj.html>. (Consultada 5 de mayo de 2017).

siendo así, que un hecho jurídico “es aquel evento jurídico idóneo para producir la transformación de una realidad jurídica determinada”².

De tal forma que un hecho jurídico es un conjunto de circunstancias devenidas del hombre o la naturaleza, que al momento de materializarse generan ciertos efectos que son encuadrados dentro de un supuesto o conducta que se establece en la Ley, concretamente un hecho jurídico tiende a ser cualquier acontecimiento, natural o humano en el cual debe verificarse su efecto dentro del ordenamiento jurídico en cuanto a si estos son constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones jurídicas.

Es así, que la forma en que se originan los hechos jurídicos tiende a ser demasiado amplia, por lo cual se han formulado distintas clasificaciones doctrinarias con las que se pretende conferirle un mayor análisis a cada uno de los hechos jurídicos que puedan gestarse dentro de la realidad del hombre y así poder identificar los rasgos característicos de cada uno y a su vez establecer cuáles son sus respectivos efectos o consecuencias dentro del mundo jurídico, por lo que dentro de una clasificación muy genérica se encuentra la que cataloga a los hechos jurídicos en naturales y humanos.

Los hechos jurídicos son naturales cuando estos se generan sin la intervención o voluntad del hombre, razón por la cual también se les denomina como hechos involuntarios, es decir que tienen su origen en una relación de causalidad que es muy común o característica en los fenómenos naturales, por lo tanto, la Ley en este caso

² *Ibíd.*

únicamente se limita a contemplar el hecho acaecido tal y como se ha generado dentro de la naturaleza, confiriéndole a su vez eficacia jurídica.

En tanto, los hechos jurídicos son humanos, cuando lógicamente interviene el hombre para la generación de los mismos, pero para que estos sean catalogados como tal, la voluntariedad de los hechos sea jurídicamente irrelevante, a esta clase de hechos también se le conocen como hechos voluntarios.

Actualmente a esta clasificación, a consecuencia del análisis sucinto que se ha efectuado en esta materia, se ha agregado otras cuatro clases de hecho, siendo estas las siguientes:

- a) "Hechos jurídicos simples: Aquellos en los cuales existe una sola parte y un solo derecho, por ejemplo la renuncia a la herencia;
- b) Hechos jurídicos complejos: Aquellos en los cuales existe dos o más partes, por ejemplo los contratos, necesitan de un oferente y un aceptante;
- c) Hechos jurídicos positivos: Se traducen en prestaciones de dar y hacer, son conductas activas, tiende a ser la regla en derecho;
- d) Hechos jurídicos negativos: Se traducen abstenciones, en omisiones, es decir se constituye como la excepción"³.

Es así, como estas son algunas clases de hechos jurídicos, en tanto con lo que respecta a los actos jurídicos, estos tienden a ser la base de un sinfín de actividades

³ *Ibíd.*

que realiza el hombre, ya que a diferencia de algunos hechos jurídicos en los que su origen se basa en la involuntariedad del hombre, en los actos jurídicos estos necesariamente deben contar con la voluntad del individuo para que surjan a la vida jurídica, es decir, que los actos jurídicos son la base de los distintos negocios jurídicos que se pueden gestar en la esfera del derecho.

“El acto, en sentido jurídico, supone un hecho humano producido por voluntad consciente y exteriorizada. Cuando el acto se produce, conforme a las disposiciones del derecho objetivo, un efecto jurídico, es llamado acto jurídico. Este es estrictamente el resultado de la conducta del hombre, pero no de cualquier conducta, sino de aquella que intencionalmente ha querido y buscado la realización de consecuencias jurídicas que se dan”⁴. De tal forma que en todo momento el hombre es consciente de lo que está realizando, es decir, sabe que efectos producirá su actuar, distintamente a lo que sucedía con los hechos jurídicos, en donde para la obtención de los efectos jurídicos competentes no mediaba la voluntad de la persona.

Es decir, que el acto jurídico, tiende a ser el medio por el cual, la voluntad de cualquier individuo despliega su actividad creadora pero la misma es limitada por los parámetros impuestos por el derecho, por lo tanto esto permite que esa declaración de voluntad que es fundamental dentro de los actos jurídicos pueda formar, modificar o extinguir una relación jurídica, es decir, que en todo momento esa voluntad del hombre buscará alguno de estos fines, pues cada uno de estos ha sido el motivo de su actuar.

⁴ Aguilar, Vladimir. **El negocio jurídico**. Pág. 5.

De tal forma que dentro de los aspectos que caracterizan a los actos jurídicos se encuentran:

- a) "Si no existe acto jurídico no existe la posibilidad de que el presupuesto de la norma se materialice;
- b) La actividad debe ser hecha por persona capaz, ya que si lo realiza una persona catalogada como incapaz, no será un acto jurídico;
- c) La conducta tiene que producir un efecto de derecho"⁵.

Al materializarse la voluntad del hombre en los actos jurídicos y ser encuadrados dentro de los supuestos establecidos en la Ley, es como se le da vida a los contratos, es decir, que en este sentido el acto jurídico tiende a ser el género y el contrato la especie, es por ello que en el derecho existen una infinidad de contratos, pues de esta manera, la voluntad del hombre podrá adaptarse adecuadamente a cada uno de estos contratos.

En tanto, para determinar la diferencia entre hecho jurídico y acto jurídico, se atiende al factor fundamental que los origina, es decir, la voluntad del hombre, ya que para un acto jurídico, la voluntad es necesaria para surgir a la vida jurídica, en cambio en los hechos jurídicos esto no es indispensable, pues en ningún momento se busca alcanzar determinado efecto, es por ello que algunos juristas también suponen que el hecho jurídico es el género y el acto jurídico la especie, tal y como sucede con este último en cuanto a los contratos, en donde contrariamente el acto jurídico es el género y el

⁵ *Ibíd.* Pág. 7.

contrato la especie, pero indistintamente a esto último, es muy claro diferenciar ambas figuras fundamentales dentro del derecho.

1.2. Consideraciones generales del negocio jurídico

La importancia que tienen los actos jurídicos dentro del derecho ha sido de gran trascendencia, ya que mediante estos la voluntad del hombre se adapta a lo preceptuado en la Ley, y a su vez esto permitió que un término, el cual en sus raíces latinas estaba representado por el vocablo *negotium*, fuera introducido al mundo jurídico como pieza fundamental de la materialización de la voluntad de cualquier ser humano, es decir, que a partir de esto, se originan los negocios jurídicos como un acto jurídico de especial atención.

Pues solamente mediante un negocio jurídico, se puede exteriorizar la declaración de voluntad de un individuo, que busca alcanzar cierto fin como lo puede ser el crear, modificar o extinguir, algún tipo de relación jurídica en especial, de tal forma que es así como la declaración de voluntad se constituye como un acto que exterioriza un contenido determinado.

De tal forma que para analizar la esencia del negocio jurídico, es decir su naturaleza, se han formulado diversas teorías concernientes a esto, pero dentro de las más puntuales se encuentran:

- a) “De la teoría de la voluntad: La formulación de la teoría según el sistema de Savigny es sencilla, la voluntad es el elemento primordial del negocio jurídico, ya que el derecho proporciona las consecuencias jurídicas del querer del individuo en el orden social. Esta teoría afirma que lo esencial, es la voluntad interna, de ahí el conflicto entre la voluntad y la declaración, sobresale el primer elemento;
- b) De la teoría de la declaración: Rower fue el opositor a la teoría de la voluntad, fundamenta que resulta inservible para justificar determinados fenómenos en que la voluntad real deja de ser fundamental y exclusiva. Adquiere relevancia la declaración, la cual eleva a elemento esencial la manifestación exteriorizada, pasa a ser un elemento decisivo y determinante de la vinculación;
- c) De la teoría de la voluntad a la teoría de la declaración: De estas teorías surge una nueva que defiende lo característico de la declaración ya que origina un deber ser, establece aquello que será válido, creándose una norma concreta para los particulares, la cual regula las relaciones entre los mismos. En este proceso la categoría del negocio jurídico se introduce con la función de reconducir las desigualdades formales, introducidas por la codificación a un principio de igualdad”⁶.

Indistintamente de la concepción que se tenga en cuanto a reconocer la naturaleza del negocio jurídico, el mismo sintéticamente es la declaración de voluntad orientado a perseguir ciertos efectos jurídicos y que el derecho se encarga de proporcionarle congruencia al establecer la base jurídica en la que se debe fundamentar.

⁶ Sarat, Débora. **Causas que declaran la ineficacia del negocio jurídico**. Pág. 18.



En sí, “el negocio jurídico es un acto jurídico de declaración de voluntad cuyo fin es la consecución de un fin práctico, efecto que se produce como consecuencia de la expresión de voluntad y bajo la tutela del ordenamiento jurídico. De esta definición se consideran fundamentales los siguientes elementos constitutivos: a) La voluntad; b) la exteriorización de la voluntad; y c) La determinación de las consecuencias”⁷.

Por lo tanto, la voluntad está orientada en la intención que tiene una persona por realizar determinada actividad, la cual al ejercerla materializa esa intención por alcanzar cierto objetivo que desde un inicio tenía previsto concretar y que únicamente la Ley, le podía garantizar cierta seguridad jurídica en cuanto a la consecución de ese fin, de tal forma que a falta de alguno de estos elementos fundamentales, el negocio jurídico no puede nacer a la vida jurídica, es por ello, que dentro del derecho, se matizan una gran diversidad de modalidades en las que esa declaración de voluntad que pretende exteriorizar un individuo pueda concretizarse, a su vez, el negocio jurídico debe de ser en todo momento un acto lícito, voluntario, consciente y libre, ya que solamente mediante este se puede crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones.

Siendo así, que dentro de las principales características que distinguen al negocio jurídico de cualquier otra figura de la esfera del derecho se encuentran:

- a) “Es un acto jurídico, una conducta humana;
- b) Ese acto consiste en una declaración o varias declaraciones de voluntad;
- c) La declaración de voluntad está encaminada a producir un efecto jurídico;

⁷ **Ibíd.** Pág. 20.

d) Ese efecto está reconocido por la Ley y por el derecho⁸.

En consecuencia, el negocio jurídico es una de las figuras más importantes dentro del derecho, pues mediante esta se materializan gran parte de las actividades diarias que tiene el hombre dentro de sus relaciones en sociedad.

1.3. El contrato

La declaración de voluntad y la consecuente generación de efectos jurídicos, origina lo que se conoce como negocio jurídico, de tal forma que es la Ley la que valida cada uno de estos aspectos, atribuyéndole a cada una de esas declaraciones de voluntad y atendiendo a los efectos que se busca producir, una forma determinada, siendo así, que dentro de esto, se gesta lo que tradicionalmente se conoce como contrato.

Sin embargo, el contrato como tal, al igual que cualquier otra figura dentro del vasto mundo del derecho paulatinamente fue evolucionando y tomando forma, ya que en su estado primigenio, el mismo no era considerado como una fuente de obligaciones, ya que la propia voluntad de un individuo era suficiente para originar una obligación, la cual en todo momento era válida y eficiente.

Siendo hasta en la época de la Antigua Roma, en donde se acentuaron los primeros antecedentes más certeros del contrato, ya que es dentro de este período histórico que surge lo que se conocía como convención y el contrato, en el caso de este último en

⁸ *Ibíd.* Pág. 21.

una versión un tanto primitiva. Es así como “la convención o pacto (pactum, conventum) era mero acuerdo de voluntades que por si no generaba acción ni vínculo obligatorio, en tanto el contrato era la convención que, por ir acompañada de una forma requerida por el derecho o de una causa reconocida idónea, generaba un vínculo obligatorio”⁹.

De tal forma que dentro de esos requerimientos que el derecho exigía en cuanto a los contratos, era la existencia de dos o más partes dentro de la relación que se originaba dentro del contrato, es por ello que el contrato al ser un negocio jurídico también se constituye como un acto jurídico, el cual tiende a ser bilateral, ya que ambas partes que voluntariamente acuerdan la celebración de un contrato se comprometen a entregar cada uno por su cuenta, algo en específico, es decir que de esta manera se contrae una obligación, la cual puede crearse, modificarse o extinguirse, dependiendo de la intención que tengan las partes.

Por lo tanto, el contrato se define como: “Un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior de voluntad, tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la Ley; es una doble manifestación de voluntad; la de los contratantes que se ponen de acuerdo”¹⁰.

Es así, como la bilateralidad y la declaración de voluntad dentro de un contrato ha permitido que esta figura no solamente pertenezca al ámbito del derecho privado, puntualmente al derecho civil, ya que estos elementos posibilitan el uso del contrato en

⁹ Roca, Estuardo. **Derecho civil II**. Pág. 7.

¹⁰ Sarat, Débora. **Op. Cit.** Pág. 35.

otras ramas del derecho como el administrativo, laboral, por mencionar algunas o bien que sea la pieza fundamental en el origen del Estado, basándose en la teoría del contrato social.

Sin distinción alguna el contrato, por si mismo tiende a desempeñar funciones demasiado complejas que conllevan a crear situaciones jurídicas como las siguientes:

- a) "Crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias o crediticias;
- b) Al momento en que se origina la relación obligatoria surge un derecho conexo a la obligación como lo puede ser un derecho real;
- c) Producir una transmisión patrimonial;
- d) Vincular a las partes para la celebración de un futuro contrato"¹¹.

Además que el contrato no solamente se valida mediante los preceptos establecidos en la Ley, pues de cierta manera para garantizar que realmente las partes tienen la certeza de llevar a cabo el negocio jurídico, deben a su vez atender a ciertos principios fundamentales que en todo momento rigen al contrato, dotando mediante los mismos de certeza y seguridad jurídica, por lo que estos principios fundamentales dentro de las diversas formas de contratación que regula la Ley, se encuentran:

- a) "Consensualismo: Este principio es influencia del derecho canónico, es un principio de carácter general, inspirador de la contratación, se fundamenta en que para la existencia del negocio jurídico solo necesita del consentimiento de

¹¹ Roca, Estuardo. *Op. Cit.* Pág. 9.

los contratantes, siempre que ese consentimiento sea libre y espontáneamente manifestado;

- b) **Formalismo:** Se presenta como una garantía de seguridad, la no precipitación de los contratantes, la seguridad de probar el acuerdo de voluntades, y la facilidad de inscripción en los registros públicos, eso contra la anulabilidad y la incomodidad que se le puede presentar a los contratantes. Se fundamenta en que para el perfeccionamiento de un contrato, no basta el consentimiento libremente manifestado, sino que hay casos en los cuales se exigen ciertas y determinadas formalidades para que el contrato exista, sin las cuales no será perfecto;
- c) **Autonomía de la voluntad:** Denominado también como principio de la libertad contractual, preside el desarrollo de la contratación, dando un amplio margen de actuación a los contratantes, es un sistema de libertad en la manifestación del consentimiento. Está basado en el hecho de que en el negocio jurídico civil, la voluntad de las partes prevalecer sobre cualquier otra circunstancia, no debe tener limitaciones¹².

En tanto, dentro de los contratos se debe establecer cuáles serán los distintos ámbitos en los que serán efectivos, y para ello debe tomarse en cuenta, que personas son las que intervienen en el contrato, cual es el objeto o cosa que dio origen al contrato, así como también el lugar en el que tendrá sus efectos y el tiempo en que comienza a tener vigencia.

¹² Sarat, Débora. **Op. Cit.** Pág. 38.



De tal forma que estos aspectos son encuadrados en ámbitos como el personal, material, temporal y espacial, es así que en el primero en mención se encuadra el tipo de persona que será participe dentro del negocio jurídico que da vida al contrato, persona que puede ser individual o jurídica, pero en todo caso debe contar con la capacidad necesaria para contratar, es decir, para materializar su voluntad, tener autonomía sobre la misma.

Con respecto al ámbito material, este se delimita, en cuanto al objeto o cosa que se está negociando, que atendiendo a cualquier ordenamiento jurídico, en ningún momento se podrá disponer de cosas que estén fuera del comercio del hombre, es decir, aquellos que expresamente la Ley restringe el disponer de determinadas cosas o bien los que la moral y las buenas costumbres, impiden que puedan negociarse contractualmente.

Siendo de gran importancia, el ámbito temporal y espacial dentro de un contrato, pues en todo momento se debe tener la certeza de cuando el mismo comienza a tener vigencia, ya que este es un aspecto de gran importancia que las partes dentro del contrato, debieron concertar de forma unánime o bien atendiendo a lo preceptuado en la Ley correspondiente, circunstancia que válida el ámbito temporal, en tanto, el espacial tiende a ser un ámbito muy variable y ocasional, pues este supone el lugar en el cual tendrá validez el contrato o en su caso producirá sus efectos, es decir, que este ámbito atiende aquellos casos en los que un contrato producirá consecuencias jurídicas fuera del país en el que es celebrado, es por ello que tiende a ser ocasional, pues son

casos que no son muy cotidianos, pero que se deben tomar en cuenta para que sean efectivos.

A su vez, los contratos cuentan con ciertas características que lo distinguen de cualquier otra figura que pueda asemejarse dentro del ámbito jurídico, es por ello, que la doctrina atendiendo a estos aspectos, ha formulado una gran diversidad de características que identifiquen plenamente a los contratos, sin embargo dentro de las principales que han sido reconocidas e incorporadas a las distintas normativas jurídicas alrededor del mundo, se encuentran:

- a) “Los contratos son eminentemente personales;
- b) Existe una libre declaración de voluntad;
- c) La capacidad de los contratantes;
- d) El objeto del contrato;
- e) Produce consecuencias jurídicas;
- f) Es consensual;
- g) Debe carecer de vicios que lo invaliden;
- h) Coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada;
- i) La prescripción”¹³.

Por lo tanto, el contrato es la figura particularmente dentro del derecho privado, que materializa la voluntad del hombre, en todos aquellos negocios devenidos de su

¹³ *Ibíd.* Pág. 47.

actividad diaria en sociedad y para ello, el derecho instituye una base jurídica sobre la cual se cimientan este tipo de negocios jurídicos.

1.4. Elementos del contrato

Los contratos para su perfeccionamiento y posterior validez deben contar con ciertos elementos que algunos de ellos, son adicionales a los exigidos por la Ley, pero que a falta de uno de estos, difícilmente un negocio jurídico contenido en un contrato pueda nacer a la vida jurídica, tomando en cuenta para ello, el tipo de contrato que se pretende celebrar.

De tal forma que estos elementos, son los esenciales, naturales y accidentales, pero en el caso de los elementos esenciales, estos tienden a cobrar mayor importancia, ya que son los que configuran y le dan forma al contrato, cumpliendo para ello, en cada uno de los postulados establecidos en la Ley, atendiendo al tipo de contrato que se vaya a celebrar, puesto que a falta de este elemento, el contrato carecerá de validez y en consecuencia será totalmente nulo.

Además que dentro de los elementos esenciales, coexisten ciertos aspectos que en su conjunto estructuran a este elemento, siendo estos el consentimiento, objeto, causa y forma, puesto que obviamente para que un contrato sea válido, necesariamente debe mediar el consentimiento de las partes, es decir, la libre voluntad de contratar que a su vez, esa libertad este acompañada de capacidad, ya que si se carece de la misma, el

contrato tiende a ser nulo, es así que el consentimiento es la condición sine qua non en todo contrato, en tanto el objeto, el mismo debe ser lícito, posible y determinable, por lo que dentro de esto, el objeto no necesariamente debe existir al momento de la celebración del contrato, sino que se puede establecer que el mismo existirá posteriormente pero que se tiene plena seguridad de tal circunstancia.

Por lo que del objeto se parte a la causa, ya que de esta manera se justifica la atribución patrimonial proveniente del negocio, en tanto la forma será la que adaptará la voluntad de las partes a lo establecido dentro de la Ley, indistintamente si el contrato se realiza verbalmente o por escrito.

En cuanto a los elementos naturales, estos se configuran como: "Aquellos que acompañan al contrato, se desprenden de su índole particular, son las consecuencias que el contrato está destinado a producir y la ley presume la existencia, en ellos si puede actuar la voluntad de las partes, o queda excluidos por imperativo de la misma, por lo que se integran a cada tipo contractual"¹⁴.

Indistintamente a estos elementos, los accidentales, necesariamente debe mediar un acuerdo de voluntad de las partes contratantes en incorporarlos al contrato a celebrar, ya que en el caso de los elementos naturales, estos a pesar de no haber sido incluidos expresamente en el contrato, por disposición de la Ley, se interpretará que los mismos se encuentran en el mismo, en cambio en los elementos accidentales para que estos

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 49.



tengan validez, deben incorporarse al contrato y desde el momento en que se instituyen a este, tienden a considerarse como un elemento esencial en el contrato.

Es así, como dentro de los elementos accidentales, coexisten tres aspectos importantes como lo son:

- a) “La condición es un acontecimiento futuro e incierto, del cual depende la producción o extinción de los efectos del negocio jurídico. Dentro de las características se pueden mencionar la futuridad, incertidumbre y subordinación. Estás a su vez, pueden ser suspensivas cuando de su cumplimiento surge el derecho de la obligación; serán resolutorias, cuando verificándose el acontecimiento cesan los efectos jurídicos del contrato y también podrán ser potestativas, causales, mixtas, positivas y negativas;
- b) Plazo: Es la determinación del momento en que el negocio debe comenzar a producir o dejar de producir efectos, se caracterizan por tener certeza de lo hecho y lo resuelto, se clasifican a su vez en suspensivos y resolutorios; ciertos y determinados; inciertos e indeterminados;
- c) El modo: Es la forma en que se realiza el contrato, representa la figura clásica de la expresión del fin que se pretende con el acto, sin ser elevado a condición ni constituir tampoco elemento esencial del negocio, se diferencia de la condición en que no hace incierto éste”¹⁵.

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 50.



En su conjunto estos elementos serán los que configurarán adecuadamente el negocio jurídico que se pretende originar mediante la celebración de un contrato específico, ya que para adaptar esa intención voluntaria que tienen las partes de dar y recibir recíprocamente, necesariamente se debe contar con una amplia gama de contratos, en los cuales los elementos esenciales, naturales y accidentales, sean determinantes y con ello, permitan que estos contratos puedan ser eficientes y a la vez generen una verdadera seguridad jurídica.

1.5. Clasificación de los contratos

Las actividades diarias del hombre son un producto de la interrelación entre sus similares, es por ello, que dentro de la esfera del derecho, necesariamente deben existir los mecanismos o figuras adecuadas que permitan garantizarle seguridad jurídica a todas esas actividades que requieran concertarse, ya sea desde una forma verbal o escrita, pues en todo momento esto es el resultado de la voluntad del hombre.

Es así, como la única forma de palpar adecuadamente esa voluntad y en consecuencia tener los efectos jurídicos esperados, es el contrato, razón por la cual, se han configurado una diversa cantidad de contratos, mediante los cuales se puede adaptar esa voluntad e intención que tiene el hombre de concretizar sus respectivos negocios jurídicos.

Por lo tanto, atendiendo a esto, es que se han generado diversas clasificaciones

mediante las cuales se pretende, facilitar un correcto estudio y encuadramiento de esa voluntad que da vida a los contratos, pero dentro de una de las clasificaciones más simplista y común, pero totalmente acertada se encuentra aquella que ordena a los contratos atendiendo a sus funciones, siendo estos, los siguientes:

- a) "Por la interdependencia de las obligaciones en bilaterales y unilaterales;
- b) Por la valoración económica de las prestaciones en onerosos y gratuitos;
- c) Por la precisión de los efectos económicos entre las partes en conmutativos y aleatorios;
- d) Por la entrega física del objeto en contratos reales;
- e) En cuanto a su función jurídica relacionada con otros actos jurídicos en principales y accesorios;
- f) Con respecto a su ámbito de temporalidad en instantáneos y de tracto sucesivo;
- g) De conformidad con su nacimiento y validez en consensuales, formales o solemnes"¹⁶.

Cada una de las clasificaciones, a su vez, contienen diversos contratos que se han gestado dentro del derecho para atender a las necesidades y requerimientos que tiene el hombre al momento de adecuar un negocio jurídico determinado, es así como existen compraventas, permutas, donaciones, arrendamientos, mandatos, entre otros, los cuales se encuentran distribuidos de conformidad a su función y fin, dentro de esta clasificación, que en todo momento busca garantizar una verdadera seguridad jurídica.

¹⁶ <http://tareasjuridicas.com/2015/12/27/clasificacion-los-contratos-segun-sus-funciones/>. (Consultada 7 de mayo de 2017).

CAPÍTULO II

2. La contratación mercantil

Al momento en que la figura del negocio jurídico deja de ser propia del derecho civil y se comienza a acoplar a los principios y requerimientos del derecho mercantil, es que en esta rama del derecho se comienzan a originar una gran diversidad de clases de contratos, los cuales a diferencia de los contratos de naturaleza civil, estos tienden a ser más sencillos, en el sentido de los requisitos que deben contener para que los mismos surjan a la vida jurídica.

Pues, contrariamente a lo que sucede en los contratos civiles, los mercantiles carecen de requisitos fundamentales para su existencia, debido a que estos deben contar con cierta versatilidad que les permita acoplarse con facilidad al complejo ámbito del comercio y más cuando este, se mantiene en constante evolución como en el caso del comercio electrónico, es por ello que existen, tanto contratos atípicos como típicos, ya que es tan vasta la variedad de contratos mercantiles que existen en la actualidad, que difícilmente todos estos pueden ser regulados dentro de un ordenamiento jurídico pertinente.

Por lo tanto, la contratación mercantil, tiende a ser un tema de gran importancia para el derecho, ya que al contar con una diversidad de contratos de este tipo, necesariamente se debe contar con un marco jurídico normativo, que permita dotar de seguridad y



certeza jurídica, a ciertos casos en los cuales, un contrato atípico resulta determinante dentro del comercio.

2.1. Definición de contrato mercantil

El contrato tiene sus orígenes y fundamentos en el derecho civil, ya que es esta rama del derecho que dentro de sus aspectos a regular se encuentran todas aquellas actividades del hombre que dan origen a un negocio jurídico que será plasmado en un contrato, el cual dará origen, modificará o extinguirá una obligación determinada, razón por la que el derecho civil, contempla una diversidad de contratos que pueden ser ajustados a la intención y voluntad del hombre.

De tal forma que el derecho civil al sentar las bases del contrato, esto permitirá que en otras ramas del derecho, dicha figura pueda ser utilizada o adaptada a los requerimientos de alguna ciencia jurídica determinada, es por ello, que existen contratos administrativos, laborales y mercantiles, entre otros, en los cuales siempre existirá esa bilateralidad y voluntad que es la esencia de la contratación.

En el caso puntual del derecho mercantil, los contratos son de vital importancia pues facilitan el tráfico comercial que es de gran importancia en esta ciencia jurídica y además mediante estos, se garantiza que las obligaciones mercantiles que se encuadran dentro de dichos contratos puedan materializar principios muy importantes



como la verdad sabida y la buena fe guardada, que son pilares dentro de las obligaciones mercantiles.

Es por ello, que para diferenciar los contratos mercantiles de los civiles, se establece que los primeros encuadran actos de comercio, los cuales no dejan de ser actos jurídicos, pero que su origen está regido por la Ley atinente al ámbito mercantil, por lo tanto, dentro de este tipo de contratos no podrá originarse, modificarse o extinguirse una obligación de carácter civil, y de igual forma en un contrato civil, no sucederá lo mismo, siendo fundamental en cada uno de estos casos, para su diferenciación, la normativa jurídica pertinente que reconoce ambas materias, ya que la Ley civil tendrá una amplia gama de contratos civiles y la Ley mercantil de igual forma contará con distintos contratos que permitirán generar obligaciones mercantiles.

Por lo que, contrato mercantil se 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”¹⁷.

Es decir, que otro de los aspectos que diferencian a un contrato civil y a uno mercantil, es que dentro de estos últimos, alguna de las partes contratantes debe de tener la calidad de comerciante, en sí, que se dedique a una actividad de comercio, por lo que, a diferencia de lo que sucede en los contratos civiles, la calidad que tengan las partes,

¹⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 516.

no importa, una vez tengan la capacidad para contratar y en consecuencia materializar su voluntad, son suficientes para que se pueda celebrar un contrato, sin dejar a un lado otros elementos esenciales que perfeccionan a este tipo de contrato, y que ocasionalmente algunos de estos, también son fundamentales dentro de los contratos mercantiles.

Existe un punto, en el cual converge ambos tipos de contrato, tanto el civil como el mercantil, y que es la libertad de contratación, ya que este en todo momento tiende a ser un principio fundamental dentro del ámbito de los contratos, pues nadie está obligado a contratar con determinada persona, y más cuando se trata de actos de comercio, en el que cualquier persona es libre de adquirir un objeto o servicio específico, pues en todo momento se busca un beneficio para la actividad de comercio que desarrolla, alguna de las partes contratantes.

Además que otros aspectos que caracterizan a los contratos mercantiles de cualquier otro tipo de contratación, no necesariamente del ámbito civil, se encuentran las siguientes:

- a) "El fin de lucro o provecho;
- b) Constituye algún acto de comercio;
- c) Actos en masas realizados por empresas;
- d) Vinculados a alguna actividad empresarial"¹⁸.

¹⁸ Vega, Alberto. **Contratos mercantiles**. Pág. 12.



Conjuntamente estas caracterizas matizan adecuadamente la naturaleza jurídica de los contratos mercantiles, que es el comercio, es por ello que difícilmente para una situación comercial, se pueda utilizar algún contrato de naturaleza civil, puesto que el mismo no atendería a los fines que se persiguen dentro del derecho mercantil, a pesar de que la denominación entre un contrato civil y uno mercantil, sea similar como en el caso puntual de la compraventa.

Dentro de los contratos mercantiles, la doctrina se ha encargado de formular una gran diversidad de clasificaciones que encuadran a los distintos contratos mercantiles que los ordenamientos jurídicos en esta materia regulan, pero que de igual forma que en los contratos de carácter civil, existen algunas clasificaciones que se apegan adecuadamente al cuerpo normativo que se encarga de regularlos, es así, que dentro de las clasificaciones más certeras de los contratos mercantiles, se encuentra la siguiente:

- a) "Contratos de cambio: Procuran la circulación de la riqueza (bienes y servicios) ya sea un bien por otro o dando un bien por un servicio;
- b) Contrato de colaboración: Una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra;
- c) Contrato de prevención de riesgos: Una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo;
- d) Contrato de conservación de cosas: Mediante estos se realiza una actividad de depósito determinada;



- e) Contrato de crédito: Una parte concede crédito a otra;
- f) Contrato de garantía: Aseguran el cumplimiento de las obligaciones”¹⁹.

Esta clasificación atiende a todos aquellos contratos mercantiles que son conocidos como típicos y atípicos, es decir, aquellos que son reconocidos por la Ley como los que la mera práctica comercial o mercantil han originado y que a consecuencia de ello, son utilizados, sin la necesidad de estar regulados expresamente en una Ley de carácter mercantil debido a la informalidad que rige a las contrataciones en este ámbito, por lo tanto, será el contrato mercantil, el mecanismo mediante el cual se busque obtener una seguridad jurídica en todos los actos de comercio.

2.2. La mora mercantil

El retraso para cumplir una obligación determinada que puede devenir de la suscripción de un contrato, lo cual representa un tipo de sanción para cualquiera de las partes contractuales, es decir, entre deudor o acreedor, se le conoce como mora, misma que dentro del imaginario común de las personas se supone que únicamente el deudor puede incurrir en mora, al ser el principal obligado en hacer efectiva la prestación, sin embargo, también puede ser el acreedor, en el sentido de no querer recibir dicha prestación, la cual comúnmente es de dar, hacer o no hacer, en sí la mora es “una institución jurídica, que se concibe desde la aceptación etimológica, como un retraso, tardanza o demora en la ejecución de la prestación, existe una fuerte vinculación con el

¹⁹ *Ibid.* Pág. 14.

factor tiempo, concretamente es la dilación o tardanza de alguna persona en cumplir con la obligación que se había impuesto²⁰.

De tal forma que esta es la definición de mora desde el punto de vista civil, además que en este caso, necesariamente debe existir un requerimiento mediante el cual se constituya en mora, ya sea al deudor o al acreedor, diligencia que en algunas legislaciones de carácter civil permiten que la misma sea realizada judicialmente o que se encargue a un notario para ello.

Por lo que en todo momento, a quien se le atribuya la mora, es decir, al deudor, este tendrá que hacer efectivo, el correspondiente pago de los daños y perjuicios causados por el retardo que representa el haber incurrido en mora, sin embargo, dicha circunstancia puede pactarse mediante una cláusula denominada comúnmente en algunas legislaciones como cláusula de indemnización, en la que ambas partes, de forma anticipada pactan, cierta cantidad de dinero en concepto de daños y perjuicios, misma que deberá satisfacer, quien haya incurrido en mora, es decir, tanto acreedor como deudor quedan completamente obligados, si alguno de estos incurre en tal circunstancia.

Siendo estos los aspectos que constituyen la figura de la mora, dentro del derecho civil, sin embargo en el caso particular del derecho mercantil, en donde los actos de comercio, también generan distintas obligaciones que son encuadradas dentro de los contratos mercantiles respectivos, surge dicha figura, nacida en el derecho civil, pero

²⁰ <http://derechomx.blogspot.com/2011/09/la-mora.html>. (Consulta 9 de mayo de 2017).

atendiendo algunos aspectos distintos a lo que regularmente constituye en el ámbito de su origen, por lo que la normativa competente de esta área del derecho, se encarga de regular los supuestos, en los cuales, se presume que una de las partes contratantes en algún contrato mercantil, ha incurrido en mora.

Es decir, que en ambas ramas del derecho, ya sea civil o mercantil, la mora siempre representará ese retraso en el cumplimiento de una obligación determinada, pero que la diferencia que separa una de otra, son las condiciones que la hacen efectiva y que será únicamente la Ley, quien se encargará de establecer dicho supuestos, atendiendo a las actividades que surgen en cada ciencia jurídica.

Puesto que, en el caso de las obligaciones de carácter mercantil, la mora para constituirse, no será necesario que exista un requerimiento como sucede en el derecho civil, el cual queda a cargo regularmente de un órgano jurisdiccional o de un notario, ya que en el derecho mercantil, la mora opera con mayor sencillez, pues únicamente basta que el plazo de la obligación haya vencido o sea exigible, circunstancia que evidentemente atiende a uno de las características del derecho mercantil que es la informalidad.

En cuanto al resarcimiento de los respectivos daños y perjuicios que se pudieran ocasionar en la mora mercantil, esta a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil, se contempla en algunas legislaciones, que el deudor moroso deberá pagar, una cantidad determinada basada en un interés legal, devenido del valor de la cosa que se ha



negociado, siempre y cuando la obligación contractual tuviera como objeto una cosa que puede ser cierta y determinada, atendiendo a su género y cantidad, circunstancia que tiende a ser una alternativa en los casos que previamente no se haya pactado una cantidad específica en cuanto al pago de daños y perjuicios entre las partes contratantes.

Además en la mora mercantil, existe una posición en la que el acreedor pareciera una parte con mayor protección que el deudor, puesto que si en dado caso se generan daños y perjuicios, los cuales no son suficientes de conformidad al acreedor, este puede exigirle al deudor, que haga efectivo el pago de un excedente para que se tenga por satisfecho el agravio ocasionado, siendo esto, algo contradictorio, en cuanto a lo relativo legal y doctrinariamente en el derecho de obligaciones, sin importar la materia que se trate, es decir, civil o mercantil, pues en todo momento se debe velar que exista cierta ecuanimidad en derechos y obligaciones, al momento de contratar.

Por lo tanto, son pocos los aspectos que diferencian la mora civil de la mercantil, ya que en todo momento lo que se busca, es tener un resarcimiento en cuanto al incumplimiento o retardo de una obligación determinada, pero puntualmente se busca que la obligación en ningún momento deje de ser cumplida y se haga efectiva, en el modo y forma que se acordó contractualmente, a su vez, la situación de moroso, no necesariamente se puede encuadrar solamente al deudor sino que también existen grandes posibilidades que el acreedor pueda incurrir en mora, lo cual de igual forma, lesiona los derechos del deudor, contenidos dentro del contrato celebrado, pero que a

diferencia de la mora civil, en la mercantil, no se pretende gestar alguna igualdad en cuanto al resarcimiento que pueda acaecer en caso de incumplimiento de la obligación, lo que desvirtúa, los fines de cualquier tipo de contratación que este fundamentada en la Ley, al proporcionarle mayor protección al acreedor, sin embargo, este tipo de situación no es recopilada por todas legislaciones en materia mercantil, siendo pocas, las que mantienen este mandato un tanto arcaico, como en el caso de la legislación mercantil guatemalteca.

2.3. La forma en los contratos mercantiles

Los contratos dentro del derecho civil, exigen ciertos formalismos para que estos tengan plena validez y en consecuencia produzcan sus efectos jurídicos, es por ello que establecen la forma en que estos deben hacer constar, ya sea verbal o por escrito, en este último caso, la materialización del contrato representa mayor formalismo, pues algunos de estos, pueden realizarse entre las partes sin la intervención de una persona que pueda ostentar cierta autoridad o facultad que permita darle validez al contrato.

Como en el caso de los documentos privados, en los que las partes, establecen de forma unánime las condiciones en que se llevará a cabo el contrato, en otros casos, la Ley expresamente requiere la intervención de una autoridad judicial para que el documento tenga validez, o bien que el mismo sea elaborado y autorizado por un profesional que ha sido investido con fe pública, siendo un caso puntual, el notario, es por ello que este, le dará validez a ciertos contratos al momento en que se haga constar



el mismo en su respectivo registro notarial, dando fe de todo lo expuesto por las partes contratantes, quienes materializan su consentimiento mediante la suscripción del contrato con su respectiva firma.

Es así, como en el derecho civil, los contratos están revestidos de una gran diversidad de formalidades que deben ser cumplidas para que estos tengan validez y para ello se auxilia de otra rama del derecho como el notariado, ya que es este, quien no solamente al estar investido de fe pública puede faccionar y autorizar un documento que contenga un contrato determinado, sino que también tiene la capacidad y conocimientos suficientes para darle forma legal a la voluntad de las partes.

Sin embargo, en el caso de la contratación mercantil, sucede todo lo contrario, ya que dentro de este ámbito, la formalidad es casi inexistente, pues para que el tráfico comercial, sea más fluido se ha eximido de formalidades gran parte de los contratos que imperan en el derecho mercantil, reservándose algunas situaciones en las que necesariamente un contrato debe cumplir con ciertos requerimientos para que sean válidos como en el caso de la constitución de una sociedad anónima.

De tal forma que esta informalidad que prevalece en la contratación mercantil, ha facilitado que las partes contratantes, no tengan mayor inconveniente al momento de celebrar algún tipo de contrato, pues hasta en lo que respecta a la representación para contratar, es tan informal, que regularmente no se requiere de un mandato para poder ser parte activa en un contrato, como sucede en el derecho civil, en el que

necesariamente quien comparece en representación de otra persona, debe contar con un mandato para que el contrato sea plenamente válido, sin embargo en el derecho mercantil, gracias a la existencia de los auxiliares de comercio, muchos de estos actúan en nombre y representación de su principal comerciante, permitiendo que el tráfico comercial sea más fluido, dando origen con esto, a lo que se conoce como representación aparente.

Además que esta inexistencia de formalismos, permite que los contratos mercantiles puedan celebrarse en el idioma que las partes hayan concertado previamente, ya que los mismos tendrán validez, a menos que expresamente en una Ley determinada se establezca que los mismos tienen que ser celebrados en el idioma del lugar en el que tendrá sus respectivos efectos el contrato, de lo contrario si ninguna normativa, exige tal circunstancia los contratantes tendrán plena libertad de contratar en el idioma que más les parezca el adecuado.

En consecuencia la informalidad en la contratación mercantil, es uno de los grandes aspectos que lo diferencian de cualquier tipo de contrato civil, pues a pesar de la existencia de distintas clases de contratos mercantiles y que en algunos casos la denominación de los mismos se asemeja, tal es el caso de la compraventa, sin embargo, en la compraventa que regula el derecho civil, se requiere el cumplimiento de ciertas formalidades para que tenga validez, en cambio en la compraventa de carácter mercantil, no existe formalismo alguno para que nazca a la vida jurídica en consecuencia este contrato tiende a ser versátil, ya que el mismo puede ser celebrado

de cualquier forma, sin atender ciertos requerimientos legales, es así, como la informalidad dentro de los contratos mercantiles tiende a ser un principio dispositivo, que de alguna manera, es ampliamente reconocido en las legislaciones pertenecientes al derecho mercantil.

2.4. Contratos de adhesión

Los contratos en el derecho mercantil, al caracterizarse por su informalidad en cuanto a la celebración y validez de los mismos, ha generado que se originen diversos tipos de contratos en este ámbito, ya que en todo momento se procura que persista un tráfico mercantil fluido, debido a que, la contratación mercantil se caracteriza por las transacciones que se gestan en masa.

Es de esta manera que surgen los denominados contratos de adhesión, los cuales consisten en “un modelo de contratación redactado únicamente por una de las partes que lo suscriben, de manera tal que la otra parte sólo puede aceptar o rechazar el contrato en su totalidad”²¹.

De tal forma que este es un caso especial que se presenta dentro de los distintos contratos que pueden originarse en el derecho mercantil, ya que en este caso, solamente es una de las partes, la que establece las condiciones o estipulaciones en la que se llevará a cabo la contratación, teniendo opción la otra parte, de aceptar los términos y condiciones que se le están presentado, pues a pesar de que el mismo fue

²¹ <https://www.gerencie.com/contrato-de-adhesion.html>. (Consultada 10 de mayo de 2017).

redactado por una de las partes, no le restringe el derecho de libertad de contratación, por lo que atendiendo a los intereses o beneficios que se tenga, se procederá a suscribir el contrato, ya que de lo contrario si lo estipulado en el contrato de adhesión no es favorable, se puede optar a no hacerlo.

Circunstancia que ha sido criticada por diversos juristas, ya que el simple hecho de que solamente una de las partes fue la que dispuso la forma y modo en que debe cumplirse la obligación contenida en el contrato, genera una desigualdad entre los contratantes, ya que la parte no partícipe en la elaboración del contrato, resulta ser la menos desfavorecida, pero esto se debe principalmente a que los contratos de adhesión son utilizados en transacciones realizadas en masa, en donde se pretende buscar cierta sencillez al momento de contratar debido a las grandes cantidades en que estas se realizan, pero en ningún momento se toma en cuenta la desigualdad que se origina al contratar de esta forma.

Es así, como los contratos de 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”²².

Al gestarse esa desigualdad al momento de contratar, es que el Estado como ente garante de los derechos de sus habitantes, crea instituciones en las cuales deben registrarse previamente este tipo de contratos, para que los mismos sean analizados y

²² Villegas, Lara. *Derecho mercantil guatemalteco*. Pág. 34.

se determine si estos no lesionan algún derecho o dejan en desproporción de condiciones a la otra parte que suscribirá el contrato, pues al encontrarse ciertos aspectos en este sentido, el contrato de adhesión es rechazado y deberá ser adecuado correctamente para que el mismo pueda ser aprobado y utilizado posteriormente en cualquier contratación en masa que pueda realizarse.

A su vez, existen normativas que tienen como fin el proteger los derechos del consumidor y usuario, al ser el ámbito de la prestación de servicios en el que con mayor regularidad se utiliza este tipo de contratos y por lo tanto, se pretende equiparar las condiciones hasta igualar los derechos y obligaciones que tienen ambas partes, para que de esta manera no exista menoscabo de los derechos de quien no fue parte en la elaboración del contrato, es así como estas normativas, son beneficiosas y al mismo tiempo fortalecen el actuar de instituciones estatales que tiene una naturaleza similar y que en todo momento solamente quieren un bienestar para el consumidor y usuario.

Por lo tanto, los contratos de adhesión tienden a presentar las siguientes características que los distinguen e individualizan de otros tipos de contratos que se gestan en el ámbito mercantil:

- a) "Ausencia de discusiones preliminares: Las cláusulas o estipulaciones están previamente determinadas y propuestas por una de las partes y la otra sólo puede aceptarlas y celebrar de este modo el contrato o rechazarlas;

- b) **Supremacía económica y jurídica del oferente:** El contrato por adhesión, tiene como carácter distintivo la circunstancia de que tanto su contenido, como sus modalidades peculiares, han sido formulados por una sola parte;
- c) **Redacción anticipada y unilateral del contrato:** El contenido, en este tipo de contratos, es obra exclusiva de una de las partes, y al cual la obra se somete o no, sin que se modifique alguna. Se presenta a los destinatarios como un todo unitario;
- d) **Destinatarios múltiples:** En el contrato por adhesión el destinatario no es un individuo determinado, sino una generalidad de personas, frente a la cual se mantiene la oferta duraderamente con independencia de que sea aceptada o no²³.

Es así, que estas características dejan en evidencia que difícilmente pueda existir otro contrato que se le pueda asemejar, a pesar que en el ámbito civil, ocasionalmente se ha tratado de incorporar esta figura a su normativa, sin embargo debido a los formalismos que prevalecen en la contratación civil, difícilmente tiendan a ser efectivos como en el derecho mercantil.

²³ <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=1&def=1035>. (Consultada 10 de mayo de 2017).

CAPÍTULO III

3. Los contratos típicos y atípicos en el derecho mercantil

Lo concerniente a los contratos en el derecho mercantil, tiende a ser un tema demasiado amplio debido a la necesidad de generar cierta fluidez dentro del tráfico comercial, razón por la cual existe una gran diversidad de contratos que facilitan cualquier transacción mercantil a realizar entre las partes contratantes, que a diferencia de los contratos en el derecho civil, no existen motivos suficientes para que la gama de contratos que se originan en esta rama del derecho sea tan amplia, pues con los que se cuenta regularmente son suficientes para concretar la voluntad de las partes.

Es así, como dentro de las diversas clasificaciones que se han formulado sobre los contratos mercantiles, se instituyen algunos que tienden a ser muy versátiles y se adaptan correctamente a los fines del derecho mercantil, como es el caso de los contratos típicos y atípicos.

Sin embargo, en estas dos clases de contratos, existe un elemento que diferencia uno del otro, que es su tipificación o regulación en la Ley, ya que los contratos típicos son aquellos que se encuentran regulados en normas dispositivas del derecho mercantil, en tanto, los atípicos, se constituyen o se fueron estructurando con base a las prácticas mercantiles, lo cual generó que este tipo de contratos no esté fundamentado en la Ley.

3.1. Definición de contratos típicos y atípicos

Un contrato típico es “aquella figura contractual que ha sido acogida o prevista por la Ley. Es precisamente la Ley la que individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y de datos particulares, y al conjunto, así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria”²⁴.

Por lo que un contrato típico, necesariamente debe estar previsto y regulado en la Ley correspondiente, en la cual se establecerán los elementos y efectos que le darán validez, además que la regulación de este tipo de contratos, representa una supletoriedad a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, ya que permitirá cubrir ciertos aspectos que no se tomaron en cuenta y que constituyen un elemento natural dentro de los contratos.

Siendo la tipicidad y la calificación jurídica, factores fundamentales en este tipo de contratos, ya que solamente mediante esta se puede adecuar correctamente la conducta del hombre y darle un valor legal, mediante el contrato idóneo en el que se materializará la voluntad de las partes contratantes, en sí de esta manera se analiza la conducta del hombre y el supuesto contenido en la norma jurídica, para que al final se determine en cual de todas las normativas atinentes a los distintos contratos existentes en el derecho mercantil y contenidos en una Ley, le corresponde dicha conducta cotejada con el supuesto.

²⁴ Soria, Alfredo. **Contratos modernos**. Pág. 18.

Concretamente la tipicidad y la calificación jurídica, permiten que “una vez verificada la plena correspondencia del contrato realizado en los hechos con un determinado tipo contractual, deberán aplicarse las normas imperativas y supletorias previstas para dicho tipo contractual al contrato concreto realizado por las partes”²⁵.

Dentro de los contratos típicos, los mismos estarán interpretados de conformidad a lo pactado dentro de cada una de las cláusulas que componen al contrato, es decir, se debe analizar la voluntad que tuvieron las partes y que fueron adecuadas conforme a lo prescrito por la Ley respectiva, sin embargo en defecto de que por alguna razón se obvio estipular algún aspecto propio del contrato que se materializa mediante ese acuerdo de voluntades, inmediatamente la ley cubre ese vacío que accidentalmente no se considero, para que de esta manera el contrato tenga sus efectos correspondientes como también para mantener equilibrada la relación que se origina entre las partes contratantes, y evitar con ello, que alguna de estas, quede en desventaja ante la otra.

Es así, como los contratos típicos en todo momento deben respetar una secuencia que es propia de este tipo de contratos que tienen su fundamento en la Ley, por lo que, los aspectos que conforman dicha secuencia son:

- a) “Voluntad de las partes;
- b) Reglas especiales del contrato típico;
- c) Normas generales de los contratos y de las obligaciones”²⁶.

²⁵ **Ibíd.** Pág. 19.

²⁶ **Ibíd.** Pág. 28.

Contrariamente a lo que sucede con los contratos típicos en los atípicos, existe mayor libertad y versatilidad al momento de gestar algún tipo de negocio jurídico en el ámbito comercial, ya que la principal característica de los contratos atípicos es que los mismos no están regulados en alguna Ley determinada, lo cual permite que la declaración de voluntad de las partes contratantes sea bastante amplia, sin embargo esto no representa que al no tener regulación en la Ley, el contrato sea contradictorio o violente la Ley, es decir que se pretenda negociar cosas que estén fuera del comercio del hombre.

Por lo tanto, dentro de los contratos atípicos se pueden gestar una gran diversidad de contratos atendiendo a las necesidades del derecho mercantil, quedando sujetos a las disposiciones de las partes contratantes, lo cual contrasta totalmente con los contratos típicos, los cuales necesariamente deben cumplir con los elementos esenciales y establecidos en la Ley para su validez, así como también no pueden crearse otros contratos fuera de los reconocidos en alguna normativa jurídica.

Es decir, que los contratos que se encuentran regulados en la Ley, tienden a ser muy anticuados, y más cuando se trata de aspectos comerciales, en los que se necesita de propuestas eficientes, ya que el tipo de contratación tiende a ser sobre mercaderías en masa, por lo tanto, difícilmente la Ley podría recopilar constantemente toda esa complejidad que se suscita en el ámbito mercantil, pues difícilmente una Ley que regula un conjunto de contratos, puede estar siendo reformada constantemente para incluir determinados contratos que atiendan los intereses y necesidades de los particulares, de

tal forma que los contratos atípicos son la solución inmediata a esta circunstancia, pues con gran facilidad las partes contratantes pueden gestar una diversidad de contratos que permita adecuar correctamente cada una de las transacciones a realizar y que a la vez, la forma en cómo se perfecciona y consecuentemente produzca sus respectivos efectos, sea lo más inmediato posible.

En consecuencia los contratos atípicos se definen como: “aquel que no obstante de tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún recepción legislativa mediante una disciplina particular. Es decir, se trata de aquella figura contractual que no ha sido acogida por el legislador y que por lo tanto, carece de una regulación concreta dada por la Ley”²⁷.

Además que el simple hecho de que los contratos atípicos no cuenten con alguna regulación legal que los dote de ciertos requisitos esenciales para su validez, no restringe el hecho de que al tratarse de un contrato este no cuente con los elementos necesarios para constituirse como tal, es decir, que exista libertad en la declaración de voluntad como también de que la cosa u objeto que se negocia, sea lícita y determinable, pues lo contrario al carecer de estos requisitos obviamente un contrato no puede originarse.

Sin embargo esa falta de tipicidad dentro de una normativa jurídica específica, no infiere que de alguna forma, esas mismas normativas no hagan referencia de estos contratos dentro del articulado que la compone, pues en muchos ordenamientos normativos se

²⁷ *Ibíd.* Pág. 29.

hace mención de los contratos atípicos, en el sentido de darle validez a la declaración de voluntad de las partes cuando en la misma Ley no exista un contrato que adecue la misma y que en todo caso siempre será válido la formulación de un contrato que no esté normado pero que en todo momento busque consolidar la declaración de voluntad de las partes contratantes.

Siendo así, que dentro de los diversos factores que permiten de alguna forma que los contratos atípicos cobren en la actualidad mayor importancia debido a la versatilidad que los caracteriza, se encuentran:

- a) La influencia del derecho anglosajón con nuevas formas de contratación que, por su sentido práctico y eficaz, se introducen primero en Europa y posteriormente en América Latina;
- b) Los avances tecnológicos que exigen nuevos usos;
- c) El fenómeno del comercio exterior y la globalización;
- d) Los intercambios entre Estados que se vieron obligados a aceptar nuevas formas de relaciones económicas poco utilizadas en el ámbito nacional;
- e) El desarrollo de las sociedades mercantiles con las exigencias que ello reporta, como programación a larga distancia, contratos para intercambio o compra de tecnología y utilización de patentes, entre otros;
- f) Los vacíos que tiene cualquier ordenamiento jurídico con respecto a estos contratos²⁸.

²⁸ Vega, Máximo. **Apuntes sobre los contratos atípicos o innominados.** Pág. 21.

Algo muy peculiar dentro de los contratos atípicos es que a estos ocasionalmente se les suele llamar contratos innominados, sin embargo, esa denominación que se le otorga a los contratos atípicos es totalmente errónea, ya que es totalmente distinto el no contar con regulación dentro de una Ley determinada a no tener una denominación que lo identifique, es decir, que el hecho de que los contratos atípicos no tengan regulación dentro de una Ley mercantil específica no infiere, que a estos no se les confiera una denominación mediante la cual pueda identificárseles, siendo así que es totalmente erróneo, el nombrar a estos contratos como innominados.

Por su lado, la doctrina atendiendo a esa característica principal que tienen los contratos atípicos que es la falta de regulación legal, ha generado que se esbocen distintas clasificaciones que faciliten el análisis y estudio de este tipo de contratos, por lo tanto dentro de una de las clasificaciones doctrinarias con mayor certeza, se encuentra la siguiente:

- a) Contratos atípicos puros: Son los que tienen un contenido completamente extraño a los tipos establecidos;
- b) Contratos mixtos o complejos: Son los que resultan de la combinación o mezcla de elementos y prestaciones que corresponden a contratos típicos. Se les llama también contratos atípicos impropios. A su vez, estos pueden ser contratos combinados gemelos, mixtos o de doble tipo²⁹.

²⁹ Flores, Ivonne. **Contratos innominados**. Pág. 13.

En el caso de los contratos mixtos, los mismos albergan tres modalidades distintas, ya que por un lado los contratos combinados gemelos se originan cuando la prestación de una de las partes contratantes tiende a pertenecer a varios contratos típicos en tanto, la prestación de la otra parte solamente pertenece a un contrato típico, pero que al final se conjugan y tienen como resultado un contrato atípico.

En tanto, con los contratos mixtos, estos surgen cuando originalmente se tiene un contrato típico, pero para que realmente pueda adecuarse la voluntad de las partes dentro del contrato, se es necesario añadirle a dicho contrato algunas partes de otro contrato típico distinto al que se tiene inicialmente, generando que con esa combinación surja un nuevo contrato.

Siendo el contrato de doble tipo, el último que integra a los contratos complejos y consiste en que la totalidad de este, puede encuadrarse fácilmente dentro de dos contratos típicos, es decir, que conjuga versátilmente los aspectos de dos contratos que se encuentran regulados en la Ley, para originar uno eminentemente atípico.

En sí, tanto los contratos típicos y atípicos son fundamentales dentro del derecho mercantil, aunque en el caso de los contratos atípicos, estos actualmente tiene mayor relevancia, debido a la libertad que tienen en cuanto a concretar adecuadamente la intención de las partes de gestar un negocio jurídico eminentemente comercial y en consecuencia les permite tener un tráfico comercial más fluido, ya que en todo momento se busca que esas transacciones masivas que caracterizan al derecho

mercantil, puedan ser más ágiles y eficientes, obteniendo al mismo tiempo amplios resultados.

3.2. Regulación de los contratos típicos en Guatemala

Todo lo que concierne a los contratos mercantiles se encuentra regulado en Guatemala dentro del Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), dedicándole un Libro completo a esta materia conjuntamente con lo referente a las obligaciones de carácter mercantil, ya que este es un tema que se encuentra estrictamente ligado a los contratos, por lo tanto, es pertinente que ambos temas estén comprendidos en el mismo Libro.

Es así, como en el Artículo 671 del Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), se establece lo concerniente a las formalidades de los contratos mercantiles, por lo que dicho Artículo preceptúa lo siguiente: "Los contratos de comercio, no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cuales quiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la Ley, requieran formas o solemnidades especiales...", siendo este Artículo, el que de una forma muy generalizada establece ciertos aspectos que deben concurrir dentro de los contratos mercantiles, teniendo como una peculiaridad, la

libertad que se puede gestar dentro de este tipo de contratación, ya que en ningún momento se hace alusión en cuanto a ciertas solemnidades que le puedan dar validez a estos contratos, a excepción de aquellos que lo requieren y que necesariamente se debe aplicar supletoriamente lo contenido en otras normativas como lo puede ser el Código de Notariado (Decreto 314 del Congreso de la República).

Por lo tanto, este Artículo no solamente le da validez a todos aquellos contratos típicos que pueden estar contenidos en el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), sino que también a los que debido a lo complejo y cambiante que es el derecho mercantil, se es necesario generar diversas modalidades de contratos, siendo este fundamento suficiente para darle valor legal a los contratos atípicos que pudieran materializarse en Guatemala.

Es por ello, que atendiendo a estar circunstancias dentro del Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), también se estipula lo concerniente a la libertad de contratación, ya que esto no solamente es un principio fundamental dentro de la contratación mercantil sino que en todas aquellas ramas del derecho en las que pueda originarse un contrato, por lo tanto, nadie puede quedar obligado a contratar con determinada persona, sin embargo también existe la excepción a la regla, puesto que esta libertad, ocasionalmente puede ser tergiversada y utilizada para realizar ciertos actos ilícitos o se abuse de determinados derechos, por lo cual, solamente en estas circunstancias se podrá contratar de una forma que se asume es obligatoria.

Además que para salvaguardar los derechos de cualquiera de las partes de un contrato y cuando de alguna manera lo contenido en el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), deje ciertos vacíos que puedan perjudicar la interpretación o cualquier otro aspecto de los contratos regulados en dicha normativa, con total libertad se podrá aplicar de forma supletoria lo contenido en el Código Civil (Decreto-Ley 106), para que de esta manera se puedan cubrir esas lagunas legales que pudieran existir y el contrato respectivo tienda a ser efectivo.

De tal forma que el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), dentro del Libro IV regula 17 contratos que anteriormente era una cantidad más alta pero debió a la creación de ciertas normativas, estos fueron regulados por las mismas de una forma más adecuada, atendido a la importancia que estos tenían en el derecho mercantil, por lo tanto, los contratos que aún se encuentran en el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República) son:

- a) Contrato de compraventa mercantil;
- b) Contrato de suministro;
- c) Contrato estimatorio;
- d) Contrato de depósito mercantil;
- e) Contrato de apertura de crédito;
- f) Contrato de descuento;
- g) Contrato de cuenta corriente;
- h) Contrato de reporto;

- i) **Cartas ordenes de crédito;**
- j) **Tarjeta de crédito;**
- k) **Crédito documentario;**
- l) **Fideicomiso;**
- m) **Contrato de transporte;**
- n) **Contrato de participación;**
- o) **Contrato de hospedaje;**
- p) **Contrato de agencia;**
- q) **Contrato de distribución o representación**
- r) **Contrato de seguro;**
- s) **Contrato de fianza y reafianzamiento.**

Siendo los contratos que anteriormente se encontraban regulados en el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), los contenidos en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos (Decreto 33-98 del Congreso de la República) y que son el contrato de edición, contrato de representación y ejecución pública y el contrato de fijación de obra, sin embargo algunos de estos fueron adecuados a la Ley en mención, por lo que de alguna forma, sufrieron alguna variación con respecto a la forma en que anteriormente se regulaban en el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), además que otro contrato mercantil, que nunca se reguló en el cuerpo normativo en mención, son los contratos de bolsa, los cuales se encuentran preceptuados en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías (Decreto 36-96 del Congreso de la República), de tal forma que este tipo de contratos, los constituyen el

contrato de fondo de inversión, de fideicomiso de inversión, de suscripción de valores y contrato a futuro.

En tanto, con lo que respecta al contrato de seguro, el mismo aún se encuentra regulado en el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), estableciendo las diversas clases que se pueden gestar en este tipo de contrato, pero en este caso puntual, se aplica conjuntamente lo correspondiente a la Ley de la Actividad Aseguradora (Decreto 25-2010 del Congreso de la República), pero en lo que concierne al funcionamiento de las entidades que se constituyen como aseguradoras y reaseguradoras.

A su vez, el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), regula todo lo concerniente a la sociedad anónima, sin embargo este a diferencia de los demás contratos mercantiles, por su naturaleza y atendiendo a diversos preceptos doctrinarios difícilmente puede encajar como un contrato mercantil, pero que de alguna manera, este ejemplifica adecuadamente la necesidad del cumplimiento de ciertos requisitos o elementos esenciales para su validez, contrariamente a lo que suponen los demás contratos, en los que expresamente la Ley, los ha revestido de una simplicidad en donde los formalismos pasan a un segundo plano, puesto que lo primordial en este ámbito es darle fluidez al tráfico comercial, por lo que estos contratos tienden a ser altamente versátiles, ya que están dotados de una libertad plena en la que alguna de las partes contratantes no puede objetar, cierta restricción en cuanto a materializar sus respectivas intenciones contenidas en su declaración de voluntad.

Sin embargo, algunos de los contratos contenidos en el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República) tienden a denominarse de igual forma que ciertos contratos regulados en el Código Civil (Decreto-Ley 106), teniendo ambos algunas similitudes, pero que el primer aspecto que diferencia a estos contratos, es que en la compraventa mercantil, la misma se da en masa, contrariamente a lo que sucede con la compraventa civil, que solamente se da de una forma un tanto asilada, es decir, que el objeto que origina el negocio jurídico es solamente uno o bien hasta más de dos, sin alcanzar cantidades gigantescas como en el caso de la compraventa mercantil.

Además que el contrato de compraventa mercantil, a diferencia de su similar en el derecho civil, el mismo tiende a ser el motor de la dinámica comercial, ya que de alguna manera, este suele vincular otro tipo de contratos o transacciones propias del derecho mercantil como en el caso de los seguros, fianzas, títulos de crédito, entre otras, circunstancia que difícilmente la compraventa civil puede gestionar, como también la compraventa mercantil, cuenta con alrededor de seis distintas formas en las que puede adecuarse como la venta contra documentos, venta de cosas en tránsito, venta FOB, ventas FAS, venta CIF y venta C y F.

Modalidades de compraventa mercantil, que facilitan las transacciones masivas de mercaderías que se gestan en el derecho mercantil, por lo que estas modalidades de compraventa, tienden a ser otro aspecto más que pueden diferenciarla de la compraventa civil, a pesar que en esta, también se gestan diversas modalidades en las que se puede realizar una compraventa dentro del derecho civil, pero que las mismas

siguen teniendo como objeto del negocio jurídico, cosas que no representan una masividad como la que se origina en el ámbito comercial.

De tal forma que cada uno de los contratos contenidos en el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República) y otras leyes conexas a esta materia, son los únicos contratos que pueden considerarse como típicos, al contar con su respectivo fundamento dentro de una normativa específica y en consecuencia son parte determinante en el derecho mercantil.

3.3. Importancia de los contratos atípicos mercantiles en Guatemala

El Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), expresamente establece en su Artículo 671, que todos los contratos que se pudieran originar dentro del ámbito mercantil guatemalteco, para su validez no se requiere de requisitos esenciales tal y como sucede en el derecho civil, por lo tanto esto fundamenta la existencia de los contratos atípicos mercantiles.

Por lo que durante los últimos años este tipo de contratos ha tomado auge en Guatemala, debido a la presencia o interés de distintas entidades internacionales por invertir en el país y generar cierto desarrollo que beneficie no solamente a estos sino que a la población guatemalteca, es por ello que es muy común que atendiendo a la versatilidad que representan los contratos atípicos, los mismos son utilizados con mayor frecuencia, pero ante la extensa gama que existe de este tipo de contratos

regularmente los que en su mayoría son empleados en Guatemala, se encuentran los siguientes:

- a) Contrato de leasing;
- b) Contrato de factoring;
- c) Contrato de franquicia;
- d) Contrato de concesión comercial;
- e) Contrato de tiempo compartido;
- f) Contratos electrónicos.

En el caso puntual del leasing, este contrato en Guatemala es uno de los más utilizados, ya que su importancia ha despertado el interés de la Junta Monetaria, quienes atendiendo al uso que se le ha dado a este contrato atípico, se han visto obligados a emitir una serie de resoluciones reglamentarias que han permitido un mejor uso de este contrato, pero esto representa que el mismo sea regulado legalmente, es así como este contrato consiste básicamente en una especie de arrendamiento que se suscita pero en un ámbito mercantil, generando a consecuencia de esto, alguna confusión con el contrato de arrendamiento regulado en el derecho civil, circunstancia que se debe principalmente a que la doctrina ha formulado dos tipos de leasing, siendo estos el operativo y el financiero.

En el caso del leasing operativo, es el que mayor similitud tiene con el contrato de arrendamiento que se origina en el derecho civil, ya que el mismo consiste en la

entrega de un bien por un plazo corto de tiempo, previamente determinado y a cambio de una renta acordada entre las partes, por lo que en este caso el sujeto propietario del bien puede ser un fabricante o proveedor a quien se le denomina como locador, en tanto la otra parte está constituida por un locatario, quien obviamente es el que paga la renta correspondiente durante el plazo acordado, concretamente este tiende a ser un contrato de arrendamiento originado en un ámbito mercantil.

En tanto, el leasing financiero no se asemeja tanto a un arrendamiento civil, sino que más bien a una compraventa con reserva de dominio, contrato que es típico del derecho civil, ya que en este contrato atípico, el sujeto denominado dador proporciona dinero para adquirir un bien que necesita la otra parte conocida como tomador, pero dicho bien se adquiere a nombre del tomador sino que es propiedad del dador, por lo cual, el uso del mismo es transferido al tomador, quien se obliga a pagar una renta en un plazo determinado por el uso del bien adquirido, teniendo la opción de comprarlo al finalizar el plazo establecido mediante el pago de un precio residual, que también ha sido fijado previamente y que está contenido en el contrato de leasing, siendo estos los aspectos principales que han generado, cierta similitud con contratos del ámbito civil como lo es el contrato de compraventa con reserva de dominio.

Otro de los contratos con mayor incidencia en Guatemala, es el de franquicia, ya que este permite que con gran facilidad y sin tener que realizar una inversión tan alta, las personas puedan constituir sus negocios comerciales, utilizando para ello, marcas de entidades nacionales internacionales de renombre, pero sujetándose siempre a las

directrices que el franquiciante le impone al franquiciado, especialmente a lo que concierne al llamado know-how, que es una especie de capacitación o especialización que el franquiciante se obliga a proporcionarle a quien se le haya otorgado la franquicia, para que en todo momento el servicio o el producto a entregar siempre se caracterice por su calidad y de ninguna forma pueda variarse, para que de esta manera la marca que representa la franquicia no tienda a desprestigiarse, concretamente este tipo de contrato, permite la expansión de entidades que buscan desarrollarse en algunos países y por lo tanto acceden a entregar su marca y otros aspectos que componen su empresa, a quienes estén interesados en invertir en la misma.

Sin embargo, de estos contratos, los que están comenzando a tener cierta incidencia en el ámbito comercial, no solamente guatemalteco sino que mundial, son los contratos electrónicos, ya que a consecuencia de la modernización de la sociedad, se hace necesario que existan ciertas formas de contratación en la cual se puedan adquirir mercancías o servicios con gran facilidad pero que a la vez, esta forma de contratación represente algún tipo de seguridad jurídica.

Es por ello, que en este mundo que se está originando tan tecnológico, en el cual, las formas tradicionales de comercio paulatinamente irán desapareciendo y de esta forma las transacciones mercantiles serán eminentemente electrónicas, es que contratos como el denominado clic, por mencionar uno que actualmente va cobrando relevancia, garantiza a las partes contratantes que dentro del comercio electrónico a pesar de la no presencia física de estos, en todo momento los derechos de ambos en ningún momento

quedarán expuestos y que esto en sí permita un desequilibrio en la relación contractual en donde suponga una posición más favorable para alguna de las partes contratantes.

Por lo tanto, la apertura que se ha tenido en Guatemala en cuanto a los contratos atípicos en general y que no solamente está limitado hacia algunos de estos, ha permitido que en el país, el tráfico comercial sea más fluido y eficiente por lo que esto permite a la vez, un gran desarrollo para Guatemala, ya que existirán una gran diversidad de alternativas que permitan adecuar los actos de comercio que devengan de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes.



CAPÍTULO IV

4. La importancia de regular el contrato atípico mercantil clic para generar una adecuada seguridad jurídica en las transacciones de tipo mercantil

La certeza y seguridad jurídica dentro de un contrato, es un elemento de gran importancia, ya que esto permitirá que cualquiera de las partes intervinientes dentro del contrato, no quede en cierta desventaja ante cualquier circunstancia o situación que pueda acaecer, sin embargo esto difícilmente puede suscitarse en aquellos casos en los cuales un contrato está regulado dentro de un ordenamiento jurídico pertinente.

Pero en aquellos casos, en los cuales la Ley reconoce la atipicidad de ciertos contratos, más no establece o preceptúa determinados elementos o requisitos que revistan de certeza y seguridad jurídica a los mismos, puede poner en riesgo los derechos de las partes contratantes y más cuando el ámbito en el que se originan estos contratos es el comercio, que al ser tan complejo y cambiantes, es necesario que contratos atípicos como el contrato clic, que es fundamental en el novedoso comercio electrónico, cuente con regulación legal, para que de esta manera quienes contraten por este medio, en todo momento cuenten con certeza y seguridad jurídica.

En el caso puntual de Guatemala, es aún más importante el contar con una regulación adecuada de este tipo de contratos, ya que la actual legislación mercantil en el país, no atiende a los cambios o transformaciones que se suscitan a nivel mundial en el ámbito

del comercio, por lo que esto representaría un gran avance en esta materia y que sería un punto de partida para modernizar el comercio guatemalteco.

4.1. Consideraciones generales del comercio electrónico

Las formas en las que se gesta el comercio alrededor del mundo, ha ido evolucionando a través de la historia, adaptándose para ello a las necesidades que va teniendo el hombre, por lo tanto, algunas transacciones comerciales, tienden a ser muy complejas, ya que las mismas se van gestando en masa, de tal forma que esto ha generado que se busquen formas más sencillas de poder realizar negocios, circunstancias que han encontrado una solución en la tecnología que en la actualidad esta imperando en distintos campos en las que confluyen relaciones interpersonales que son un producto de la interacción del hombre en sociedad.

Es así, como de esta manera tiene su origen el comercio electrónico, el cual validándose de herramientas tecnologías como el internet, el cual tiene grandes alcances y facilita la comunicación entre las personas, paulatinamente se va consolidando como una nueva forma de comerciar de forma instantánea, dejando a un lado todos aquellos arquetipos tradicionales que por años reinaron en el comercio y que debido a la complejidad que suponen las necesidades cambiantes del hombre, era pertinente que estos esquemas convencionales fueran llegando a su fin.

Al comercio electrónico también se le suele denominar en el medio anglosajón como e-

commerce, siendo así que concretamente el comercio electrónico “es una moderna metodología que da respuesta a varias necesidades de empresas y consumidores, como reducir, costes, mejorar la calidad de productos y servicios, acortar el tiempo de entrega o mejorar la comunicación con el cliente. Más típicamente se suele aplicar a la compra y venta de información, productos y servicios a través de redes de ordenadores”³⁰.

De tal forma que el comercio electrónico se fue forjando como una herramienta conexas al internet, pues inicialmente el correo electrónico fue uno de los mecanismos que de alguna manera sentó las bases de la necesidad de cambiar ciertos aspectos en cuanto a la distribución o divulgación de información en masa entre las personas, lo que permitió que posteriormente al irse gestando diversos avances tecnológicos se pudiera concretar el comercio electrónico como una alternativa eficiente para realizar transacciones más ágiles y con gran volumen, en cuanto a la mercadería a comerciar.

Por lo tanto, dentro del comercio electrónico a la parte que adquiere algún servicio o producto mediante esta herramienta se le denomina como ciberconsumidor, de tal forma que al gestarse el negocio dentro de un espacio abstracto e impalpable como lo es el internet, no se puede determinar concretamente quien es la persona que efectivamente está adquiriendo determinada mercadería.

Indistintamente a esto, en sus inicios el comercio electrónico se originó para gestionar ventas mediante el internet, ya que esto suponía mayor celeridad y eficiencia en las

³⁰ Dans, Enrique. Comercio electrónico. Pág. 1.

transacciones mercantiles, sin embargo conforme este comercio ha ido evolucionando también se ha comprendido dentro del mismo las siguientes actividades comerciales:

- a) "La preparación de presupuestos en línea;
- b) Las consultas de los usuarios;
- c) El suministro de catálogos electrónicos;
- d) Los planes de acceso a los puntos de venta;
- e) La gestión en tiempo real de la disponibilidad de los productos es decir las existencias;
- f) Los pagos en línea;
- g) El rastreo de las entregas;
- h) Los servicios posventa"³¹.

Es así, como esta diversidad de actividades comerciales que se pueden gestar en el denominado e-commerce, deja en evidencia lo útil que se ha vuelto esta herramienta dentro del ámbito mercantil y que de alguna manera, pretende dejar a un lado las formas tradicionales que por siglos han persistido de comerciar entre los particulares, puesto que dentro de una de las grandes ventajas que genera el e-commerce, es la poca utilización de recursos, lo cual le representa grandes beneficios al no tener que erogar grandes gastos en este sentido a las entidades comerciales o a quien se valide de dicho medio como también permite tener una comunicación directa con el consumidor y el proveedor.

³¹ <http://es.ccm.net/contents/201-introduccion-al-comercio-electronico-e-commerce>. (Consultada 12 de mayo de 2017).

Siendo estas razones suficientes para que el comercio electrónico de forma progresiva comenzara a manifestarse de distintas formas, teniendo dentro de las más comunes, las siguientes:

- a) "B2C (Business to Consumer): Empresas que venden al público en general;
- b) B2B (Business to Business): Empresas haciendo negocios entre ellas;
- c) B2G (Business to Government): Empresas que venden a instituciones de gobierno;
- d) C2C (Consumer to Consumer): Plataforma a partir de la cual los consumidores compran y venden entre ellos³².

Estas modalidades del comercio electrónico han permitido adentrarse a un mercado más amplio y en consecuencia la base de clientes de igual forma se expandirá, además que esto representa que no existan horarios inhábiles, pues en todo momento se deben de atender los requerimientos que tengan los clientes, ya que el fin de la expansión del comercio electrónico es no solamente tener un contacto más directo con los clientes sino que también la atención sea lo más eficiente, aspectos que generaran una ventaja competitiva, en la que tanto las campañas publicitarias de los productos o servicios a ofrecer sean más atractivas y por ende las entidades mercantiles competentes busquen mejorar su atención, productos y servicios.

A su vez, el comercio electrónico para garantizar cierta seguridad y atracción a los

³²<http://www.redempresariosvisa.com/Ecommerce/Article/que-es-e-commerce-o-comercio-electronico>.
(Consultada 12 de mayo de 2017).

clientes necesariamente debe contar con cuatro segmentos de gran importancia, mismos que han sido parte de esa importancia y éxito que han tenido como una nueva modalidad de gestar transacciones comerciales en masa y al mismo tiempo efectivas, por lo tanto, las páginas web, en las que se desarrolla el comercio electrónico debe contar con los siguientes elementos:

- a) "Información institucional: Esta sección intenta atraer a los clientes y generar un ambiente de confianza en la empresa;
- b) Catálogo: Es un requisito fundamental del e-commerce y contiene la información detallada sobre los productos, sus beneficios y precios. De esta sección depende en gran parte el éxito del negocio;
- c) Procesamiento de órdenes: Esta sección incluye un método para especificar y configurar la orden. Los sistemas más avanzados pueden incluir sistemas de seguimiento de la orden;
- d) Pasarela de pago: Es el método utilizado para hacer la transacción económica. Existen varios métodos. En este apartado es muy importante dar seguridad al cliente y algún respaldo en caso de fraudes³³.

Por lo tanto, es este último punto el cual genera cierta importancia en cuanto a la regulación legal de este tipo de transacciones ya que al ser una forma de contratación muy particular, se es necesario crear figuras contractuales mediante las cuales se pueda garantizar una eficiente seguridad jurídica a las partes contratantes.

³³ <http://marketingdigital.bsm.upf.edu/e-commerce-comercio-electronico/>. (Consultada 12 de mayo de 2017).

Debiendo dársele prioridad a quien adquiere el producto o contrata el servicio determinado, puesto que este queda a la deriva al no conocer directamente al proveedor, como también el hecho de gestionar la transacción en un campo tan complejo y subjetivo como lo es el internet. Siendo así, que al encontrarse en tal situación una de las alternativas más eficientes son los contratos atípicos, puesto que al no contar con una regulación legal sobre el comercio electrónico, con gran versatilidad y facilidad, se pueden adecuar este tipo de contratos a cada una de las transacciones comerciales que se realicen vía internet, para que de esta manera el vínculo contractual que se origina entre las partes en ningún momento sea desequilibrada, pero que de cierta forma se le confiera mayor importancia a los derechos del consumidor, es por ello que contratos atípicos mercantiles como el denominado clic, se torna de vital importancia en el ámbito comercial.

4.2. El contrato clic como mecanismo de seguridad jurídica en las transacciones realizadas en el comercio electrónico

El uso del internet como herramienta fundamental para realizar transacciones mercantiles, dan como resultado el origen del comercio electrónico, es así como al gestarse esta nueva modalidad de la cual se sirve el derecho mercantil para facilitar el intercambio de mercaderías entre las partes que realizan determinado negocio, se hace necesario que existan figuras, ya sea típicas o atípicas que permitan garantizarle a las partes, especialmente quien recibirá el producto o servicio, que existirá en todo

momento cierta seguridad jurídica que impedirá que sus derechos como consumidor sean transgredidos.

Es así, como una de las alternativas más adecuadas para regular esta situación, es la utilización de los contratos atípicos, los cuales al tratarse de un ámbito electrónico su materialización será de la misma forma, adecuándose en todo momento a las disposiciones de las partes, sin embargo, es muy común que este tipo de contratos se asemejen a los de adhesión, ya que al encontrarse en un universo electrónico, será solamente la parte consumidora quien determinará si efectivamente y de conformidad a las condiciones que se estipulan en el sitio web, donde se promocionan ciertos productos o servicios, decidirá si realmente le es conveniente contratar de esa forma.

Es decir, que al momento de contratar en una vía electrónica, de alguna manera no se tiene certeza de quien realmente es la otra parte, en sí el proveedor, además que en el caso de mercancías, estas físicamente no pueden verificarse, puesto que las mismas constan en un catálogo electrónico, en el cual se seleccionará, el producto o mercancía del que se tenga interés, por lo que este aspecto también tiende a ser obligatorio dentro del contrato electrónico que contenga la transacción a realizar, ya que en caso de inconformidad con el producto que se ha adquirido y que realmente no se compara a lo promocionado, obligatoriamente debe existir una estipulación en cuanto a la devolución o reclamo, al acaecer esa circunstancia.

Debiéndose todo esto, a consecuencia de la similitud que estos contratos tienen con los

de adhesión, en los que en ningún momento la parte que recibirá el producto o servicio, en ningún momento fue incluida en la elaboración del contrato, debiendo sujetarse a lo estipulado en el contrato electrónico.

Es así, como en este tipo de contratos atípicos, el que mayor cotidianidad tiene es el contrato denominado como clic, el cual se materializa al momento en que el usuario o consumidor pulsa el botón que dice aceptar y que le aparece en la pantalla, materializando de esta forma su voluntad de adquirir cierto producto o contratar determinado servicio.

Concretamente el contrato de clic, es aquel contrato atípico que se gesta en el comercio electrónico, en el cual, la declaración de voluntad de una de las partes contratantes se exterioriza al momento en darle clic al botón correspondiente donde acepta cada una de las cláusulas que contiene el contrato electrónico y que previamente fueron leídas por este y por lo tanto es consciente de los efectos que producirá su aceptación.

Garantizándole de esta forma a la parte contratante, que en este caso es el consumidor y usuario, que existirá cierta seguridad jurídica al momento de darle clic al botón de aceptar que aparece en la página web, en la que se está contratando y que en sí, permite la materialización del contrato.

Sin embargo, el contrato de clic al ser atípico, de alguna forma genera cierta desconfianza, ya que no cuenta con un fundamento legal, mediante el cual se puedan

validar determinadas acciones que posteriormente se quisieran hacer efectivas, en dado caso se incumpla con algunas de las estipulaciones contractuales.

Es por ello, que en algunos Estados, atendiendo a esta situación y concedores de la importancia y auge del contrato clic, han formulado algunas normativas que a lo mejor no encuadran legalmente a este contrato, pero que pretenden generar seguridad jurídica a quienes lo utilicen pero desde un plano general, en el que se abarca todo el comercio electrónico, un ejemplo puntual de ello, son las normativas atinentes a la firma electrónica.

A pesar de estos avances en cuanto a tratar de normar jurídicamente a este contrato y en sí a todo el comercio electrónico, este ámbito aún es muy novedoso y complejo, por lo tanto, difícilmente se podrá contar con un marco jurídico normativo que sea muy certero y que pueda materializar correctamente una verdadera seguridad jurídica a quienes contraten por una vía electrónica, para que en todo momento exista igualdad de condiciones, ya que las políticas que emplean alguno sitios web en los cuales se gestan este tipo de contratos no son garantía y por lo tanto difícilmente puede protegerse adecuadamente los derechos de la parte con mayor desventaja.

4.3. Factores que inciden en la necesidad de incorporar el contrato clic en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Guatemala es un país que a pesar de las condiciones de vida que ofrece, aún despierta

cierto interés en inversionistas extranjeros que desean comerciar dentro del país, de tal forma que esto lleva implícito que la influencia de otros países en cuanto a las formas modernas de comerciar, también tiendan a aplicarse en el país, un caso puntual de ello, es el auge que en los últimos años ha tenido el comercio electrónico.

Circunstancia que se debe principalmente a la comodidad, sencillez y eficiencia que representa el comercio electrónico, aunado a la facilidad con que actualmente cualquier guatemalteco puede ostentar un dispositivo tecnológico que le permita acceder al mundo del internet, en donde se gesta este tipo de comercio.

Un ejemplo de ello es que “entre el año 2013 y 2015 el comercio electrónico en Guatemala creció 22.8% al pasar de US\$232 millones a US\$285 millones, según cifras del estudio de mercado eReadiness en Latinoamérica realizado por Euromonitor para la empresa Visa”³⁴, por lo tanto, esta forma de comercio en Guatemala, se está comenzando a posicionar, pretendiendo dejar a un lado las formas antiquísimas de comerciar en el país, siendo este un factor determinante para que se comience a tomar con mayor seriedad este tema.

Es por ello, que dentro de uno de los avances por generar cierto control del comercio electrónico es que se promulgó la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República), normativa en la cual se equipara la firma electrónica signada en determinado contrato electrónico como

³⁴<https://www.revistasumma.com/guatemala-comercio-electronico-crece-228-en-dos-anos/>. (Consultada 13 de mayo de 2017).

si se tratará de una firma puesta con el puño y letra de determinada persona, es decir, que se pretender darle validez de un forma electrónica a esa declaración de voluntad que se concretiza mediante la firma, pero sin embargo, esto no es suficiente para regular un mercado tan amplio y complejo como lo es el comercio electrónico.

De tal forma que al encontrarse en esta situación se hace necesario que se regulen legalmente determinados contratos electrónicos como el contrato clic, ya que no es suficiente ese reconocimiento que expresamente confiere el Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República), en cuanto a la informalidad de los contratos mercantiles y que de alguna manera se puede interpretar de una forma en la que se le da cierto reconocimiento a los contratos atípicos, pero a pesar de ello, es indispensable que el contrato clic, sea incorporado a dicho cuerpo normativo, para que dentro de este Código se pueda establecer correctamente los distintos supuestos en los que se puede gestar el contrato clic, generando de esta manera que exista cierta seguridad jurídica, al momento de contratar electrónicamente, ya que esto representa también una forma de adecuar las normativas vigentes a los avances tecnológicos que sirven como mecanismos que facilitan el comercio.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En la actualidad las formas tradicionales de comercio, cada vez más se tornan un tanto anticuadas, debido al auge que ha tenido el internet y que ha posibilitado el realizar transacciones comerciales por vía electrónica, es así como cobran gran importancia los contratos electrónicos, los cuales son atípicos, como el contrato clic, el cual se formaliza al momento en que se da un clic al botón de aceptar que aparece en el sitio web en el que se contrata, siendo necesario que este contrato deje de ser atípico y se incorpore a la regulación mercantil guatemalteca, puesto que el comercio electrónico en Guatemala durante los últimos años ha comenzado a crecer, lo cual genera una necesidad por incorporar figuras contractuales como el contrato clic, mediante los cuales revistan de seguridad jurídica dichas transacciones.

Es por ello, que el Congreso de la República, al ser el órgano encargado de legislar en Guatemala, debe analizar e indagar, las formas más prudentes de incorporar este tipo de contrato a la normativa jurídica mercantil vigente y para ello debe asesorarse con personas y entidades fundamentales dentro del ámbito comercial, para establecer los parámetros en los cuales debe concretarse la regulación de un contrato tan importante para el comercio electrónico como lo es el contrato clic, ya que de esta manera Guatemala, dará un paso adelante en la modernización no solamente de su comercio, sino que también de su ordenamiento jurídico, permitiendo que los consumidores y usuarios tengan una garantía de que sus derechos estarán plenamente protegidos.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Vladimir. **El negocio jurídico**. Guatemala, Guatemala. 5º. ed., (s.e.), 2006.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: 11º. ed., Editorial Heliasta S.R.L., 1993.
- DANS, Enrique. **Comercio electrónico**. Ciudad de México, México: (s.e.), 2011.
- FLORES, Ivonne. **Contratos innominados**. San Salvador, El Salvador: (s.e.), 2014.
- <https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/02/taj.html>. (Consultada 5 de mayo de 2017).
- <http://tareasjuridicas.com/2015/12/27/clasificacion-los-contratos-segun-sus-funciones/>. (Consultada 7 de mayo de 2017).
- <http://derechomx.blogspot.com/2011/09/la-mora.html>. (Consulta 9 de mayo de 2017).
- <https://www.gerencie.com/contrato-de-adhesion.html>. (Consultada 10 de mayo de 2017).
- <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=1&def=1035>. (Consultada 10 de mayo de 2017).
- <http://es.ccm.net/contents/201-introduccion-al-comercio-electronico-e-com>. (Consultada 12 de mayo de 2017).
- <http://www.redempresariosvisa.com/Ecommerce/Article/que-es-e-commerce-comercio-electronico>. (Consultada 12 de mayo de 2017).
- <http://marketingdigital.bsm.upf.edu/e-commerce-comercio-electronico/>. (Consultada 12 de mayo de 2017).
- <https://www.revistasumma.com/guatemala-comercio-electronico-crece-228-en-dos-ano>. (Consultada 13 de mayo de 2017).
- ROCA, Estuardo. **Derecho civil II**. Ciudad de México, México: (s.e.), 2010.
- SARAT, Débora. **Causas que declaran la ineficacia del negocio jurídico**. Guatemala, Guatemala: (s.e.), 2013.
- SORIA, Alfredo. **Contratos modernos**. Lima, Perú: (s.e.), 2014.
- VEGA, Alberto. **Contratos mercantiles**. Ciudad de México, México: (s.e.), 2010.



VEGA, Máximo. Apuntes sobre los contratos atípicos o innominados. Lima, Perú: (s.e.), 2010.

VILLEGAS, Lara. Derecho mercantil guatemalteco. Guatemala, Guatemala: 6° ed.; Editorial Universitaria, 2006.

Legislación:

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

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

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